Clerk's Stamp

COURT FILE NO.	2001-14300
COURT	COURT OF QUEEN'S BENCH OF ALBERTA
JUDICIAL CENTRE	CALGARY
APPLICANTS	REBECCA MARIE INGRAM, HEIGHTS BAPTIST CHURCH, NORTHSIDE BAPTIST CHURCH, ERIN BLACKLAWS and TORRY TANNER
RESPONDENTS	HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF ALBERTA and THE CHIEF MEDICAL OFFICER OF HEALTH
DOCUMENT	**BOOK OF AUTHORITIES OF THE APPLICANTS HEIGHTS BAPTIST CHURCH, NORTHSIDE BAPTIST CHURCH, ERIN BLACKLAWS and TORRY TANNER**

JUDICIAL CENTRE OF CALGARY
FILED DIGITALLY
2001 14300
Jun 15, 2022
9:47 AM
CLERK OF THE COURT

ADDRESS FOR SERVICE AND CONTACT INFORMATION OF PARTY FILING THIS DOCUMENT

Justice Centre for Constitutional Freedoms
#253, 7620 Elbow Drive SW
Calgary, AB, T2V 1K2

Attn: Leighton B. U. Grey, Q.C.

Phone: 403-475-3622
Fax: 587-352-3233
Email: lgrey@gwsllp.ca

Counsel for: Heights Baptist Church,
Northside Baptist Church,
Erin Blacklaws, and Torry Tanner

LIST OF AUTHORITES

TAB	NAME AND CITATION
CASE LAW	
1.	*Ktunaxa Nation v British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 SCR 386
2.	*Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, 2018 SCC 32, [2018] 2 SCR 293
3.	*Loyola High School v Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12
4.	*Christian Heritage Party v. City of Hamilton*, 2018 ONSC 3690
5.	*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 SCR 1326, 1989CanLII 20 (SCC
6.	*Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 SCR 139, 1991 CanLII 119 (SCC), 1991] 1 RCS 139 at para 78, quoting *Boucher v The King*, [1951] SCR 265 at page 288 [***Committee for the Commonwealth of Canada***].
7.	*Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 2
8.	*R v Sharpe*, [2001] 1 SCR 45, 2001 SCC 2 (CanLII)
9.	*Little Sisters Book & Art Emporium v Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69 (CanLII), [2000] 2 SCR 1120
10.	*Roach v Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship)*, [1994] 2 FC 406, 1994 CanLII 3453 (FCA)
11.	*Mounted Police Assn. of Ontario v Canada (*Attorney *General)*, 2015 SCC 1
12.	*Garbeau c Montreal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246
13.	*Dunmore v Ontario (Attorney General)*, *2001 SCC 94*
14.	*Rodriguez v British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 SCR 519
15.	*Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2017 SCC
16.	*Blencoe v British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44
17.	*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46
18.	*Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35
19.	*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 SCR 331

20.	*R v Heywood*, [1994] 3 SCR 761, 1994 CanLII 34 (SCC
21.	*B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, 1995 CanLII 115 (SCC), [1995] 1 SCR 315
22.	*Godbout v Longueuil (City)*, 1997 CanLII 335 (SCC), [1997] 3 SCR
23.	*Canada (Attorney General) v* , 2013 SCC 72, [2013] 3 SCR 1101
24.	*Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9
25.	*Canada v. PHS Community Services Society*, [2011] 3 S.C.R. 134
26.	*White Burgess Langille Inman v. Abbott and Haliburton Co.*, 2015 SCC 23
27.	*Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52
28.	*Gateway Bible Baptist Church et al. v. Manitoba et al.*, 2021 MBQB 219
29.	*Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students*, 2009 SCC 31
30.	*R v K.R.J.*, 2016 SCC 31
31.	*R. v. Oakes, [1986] 1 SCR 103*
SECONDARY SOURCES	
32.	Basil S. Alexander, "Exploring a More Independent Freedom of Peaceful Assembly in Canada" (2018) 8: I, UWO J Leg Stud 4 online: https://ojs.lib.uwo.ca/index.php/uwojls/article/view/5715/4809.
33.	Jason M Chin, Michael Lutsky and Itiel E Dror, The Biases of Experts: An Empirical Analysis of Expert Witness Challenges, 2019 42-4 *Manitoba Law Journal* 21, http://themanitobalawjournal.com/wp-content/uploads/articles/MLJ_42.4/42.4_Chin.pdf

TAB 1

Ktunaxa Nation Council and Kathryn Teneese, on their own behalf and on behalf of all citizens of the Ktunaxa Nation *Appellants*

v.

Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations and Glacier Resorts Ltd. *Respondents*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Saskatchewan, Canadian Muslim Lawyers Association, South Asian Legal Clinic of Ontario, Kootenay Presbytery (United Church of Canada), Evangelical Fellowship of Canada, Christian Legal Fellowship, Alberta Muslim Public Affairs Council, Amnesty International Canada, Te'mexw Treaty Association, Central Coast Indigenous Resource Alliance, Shibogama First Nations Council, Canadian Chamber of Commerce, British Columbia Civil Liberties Association, Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic, Katzie First Nation, West Moberly First Nations and Prophet River First Nation *Interveners*

Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, en leur propre nom et au nom de tous les citoyens de la Ktunaxa Nation *Appelants*

c.

Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations et Glacier Resorts Ltd. *Intimés*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Saskatchewan, Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario, Kootenay Presbytery (United Church of Canada), Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit, Alberta Muslim Public Affairs Council, Amnistie internationale (Canada), Te'mexw Treaty Association, Central Coast Indigenous Resource Alliance, Shibogama First Nations Council, Chambre de commerce du Canada, British Columbia Civil Liberties Association, Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic, Katzie First Nation, West Moberly First Nations et Prophet River First Nation *Intervenants*

Indexed as: Ktunaxa Nation *v.* British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)

2017 SCC 54

File No.: 36664.

2016: December 1; 2017: November 2.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Répertorié : Ktunaxa Nation *c.* Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)

2017 CSC 54

N° du greffe : 36664.

2016 : 1er décembre; 2017 : 2 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — First Nation alleging that ski resort project would drive spirit central to their religious beliefs from their traditional territory — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach right to freedom of religion — Whether Minister's decision violates s. 2(a) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Aboriginal rights — Crown — Duty to consult — Provincial government approving ski resort despite claim by First Nation that development would breach constitutional right to protection of Aboriginal interests — Whether Minister's decision that Crown had met duty to consult and accommodate was reasonable — Constitution Act, 1982, s. 35.

The Ktunaxa are a First Nation whose traditional territories include an area in British Columbia that they call Qat'muk. Qat'muk is a place of spiritual significance for them because it is home to Grizzly Bear Spirit, a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology. Glacier Resorts sought government approval to build a year-round ski resort in Qat'muk. The Ktunaxa were consulted and raised concerns about the impact of the project, and as a result, the resort plan was changed to add new protections for Ktunaxa interests. The Ktunaxa remained unsatisfied, but committed themselves to further consultation. Late in the process, the Ktunaxa adopted the position that accommodation was impossible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and therefore irrevocably impair their religious beliefs and practices. After efforts to continue consultation failed, the respondent Minister declared that reasonable consultation had occurred and approved the project. The Ktunaxa brought a petition for judicial review of the approval decision on the grounds that the project would violate their constitutional right to freedom of religion, and that the Minister's decision breached the Crown's duty of consultation and accommodation. The chambers judge dismissed the petition, and the Court of Appeal affirmed that decision.

Held: The appeal should be dismissed.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Allégation d'une première nation selon laquelle un projet de station de ski chasserait de son territoire traditionnel un esprit qui est au cœur de ses croyances religieuses — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit à la liberté de religion — La décision du Ministre viole-t-elle l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Couronne — Obligation de consulter — Approbation par le gouvernement provincial de l'aménagement d'une station de ski malgré la prétention d'une première nation selon laquelle l'aménagement porterait atteinte à son droit constitutionnel à la protection des intérêts autochtones — La décision du Ministre que la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder était-elle raisonnable? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.

Les Ktunaxa forment une première nation dont le territoire traditionnel comprend un secteur de la Colombie-Britannique qu'ils appellent le Qat'muk. Le Qat'muk est un lieu d'importance spirituelle pour eux car il abrite l'Esprit de l'Ours Grizzly, un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa. Glacier Resorts a demandé au gouvernement l'autorisation de construire une station de ski ouverte à longueur d'année dans le Qat'muk. Les Ktunaxa ont été consultés et ils ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. À la suite de ces consultations, le projet a été modifié par l'ajout de nouvelles protections à l'égard des intérêts des Ktunaxa. Les Ktunaxa sont demeurés insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations. Vers la fin du processus, les Ktunaxa ont estimé qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et porterait par le fait même irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après qu'on eut essayé en vain de poursuivre les consultations, le Ministre intimé a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet. Les Ktunaxa ont présenté une requête en contrôle judiciaire de l'approbation au motif que le projet violerait leur droit constitutionnel à la liberté de religion et que la décision du Ministre manquait à l'obligation de consultation et d'accommodement qui incombe à la Couronne. Le juge en chambre a rejeté la requête et la Cour d'appel a confirmé cette décision.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: The Minister's decision does not violate the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right to freedom of religion. In this case, the Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. In this case, the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place.

The second part of the test, however, is not met. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. Yet the Ktunaxa are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect the presence of Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. This is a novel claim that would extend s. 2(*a*) beyond its scope and would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. The state's duty under s. 2(*a*) is not to protect the object of beliefs or the spiritual focal point of worship, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination.

In addition, the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was reasonable. The Minister's decision is entitled to deference. A court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* raised in isolation on a standard of correctness, and therefore does not decide the issue for itself. Rather, it must ask whether the decision maker's finding on the issue was reasonable.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La décision du Ministre ne viole pas le droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*. En l'espèce, la revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Dans la présente affaire, les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit.

Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Pourtant, les Ktunaxa ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette allégation inédite étendrait l'al. 2*a*) au-delà de ses limites et exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2*a*) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances ou le point de mire spirituel du culte, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la diffusion.

En outre, il était raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de cette décision. La cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo* soulevée de façon isolée selon la norme de la décision correcte. Elle ne tranche donc pas la question de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur sur cette question était raisonnable.

2017 SCC 54 (CanLII)

The constitutional guarantee of s. 35 is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

In this case, the Ktunaxa's petition asked the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence, and submissions. Nor can administrative decision makers themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights without specifically delegated authority. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. In the interim, while claims are resolved, consultation and accommodation are the best available legal tools for achieving reconciliation.

The record here supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that

La garantie constitutionnelle de l'art. 35 ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

En l'espèce, les Ktunaxa demandent aux tribunaux dans leur requête, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas non plus se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et découragerait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Dans l'intervalle, alors que les revendications sont en voie de règlement, la consultation et l'accommodement sont les meilleurs outils juridiques dont on dispose pour parvenir à une réconciliation.

Le dossier de l'espèce étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes

2017 SCC 54 (CanLII)

there was no point in further consultation. The process protected by s. 35 was at an end.

The record does not suggest, conversely, that the Minister mischaracterized the right as a claim to preclude development, instead of a claim to a spiritual right. The Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the process and continued to be discussed throughout. Nor did the Minister misunderstand the Ktunaxa's secrecy imperative, which had contributed to the late disclosure of the true nature of the claim: an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. The Minister understood and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with outsiders. Nothing in the record suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred. In addition, the Minister did not treat the broader spiritual right as weak. The Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the new, absolute claim that no accommodation was possible because the project would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The record also does not demonstrate that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual interests of the Ktunaxa.

Ultimately, the consultation was not inadequate. The Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge and the Court of Appeal. Moreover, the record does not establish that no accommodation was made with respect to the spiritual right. While the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project — the Crown met its obligation to consult and accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. Section 35 does not give unsatisfied claimants a veto. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without consent.

chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

À l'inverse, le dossier n'indique pas que le Ministre a mal décrit le droit comme une revendication visant à empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel. Le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk, alors que l'aménagement chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa. Les pratiques et intérêts spirituels ont été évoqués au début du processus et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus. Le Ministre n'a pas non plus mal compris l'impératif du secret des Ktunaxa qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication : une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Le Ministre a compris et accepté le fait que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à des gens de l'extérieur. Rien dans le dossier ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate. De plus, le Ministre n'a pas qualifié de faible le droit spirituel général. Le Ministre a jugé solide la revendication globale de nature spirituelle, mais il avait des doutes quant à la solidité de la nouvelle prétention absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que le projet chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. En outre, le dossier ne démontre pas que le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les intérêts spirituels des Ktunaxa.

En dernière analyse, la consultation n'était pas insuffisante. Le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre et par la Cour d'appel. Qui plus est, le dossier n'établit pas qu'on n'a pas tenu compte du droit spirituel. Bien que le Ministre n'ait pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski, la Couronne s'est acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. L'article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis demandé. L'article 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans consentement.

2017 SCC 54 (CanLII)

Per Moldaver and Côté JJ.: The Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* was met; however, the Minister's decision to approve the ski resort infringed the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right to religious freedom.

The first part of the s. 2(*a*) test is not at issue in this case. The second part focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. Where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her religious beliefs, constituting an infringement of s. 2(*a*).

This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. To ensure that all religions are afforded the same level of protection, courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices. In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices; land itself can be sacred. As such, state action that impacts land can sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with the ability to act in accordance with religious beliefs and practices.

In this case, the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk, a body of sacred land in their religion, and that the Minister's decision to approve the ski resort would sever their connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. Their religious beliefs in Grizzly Bear Spirit would become entirely devoid of religious significance, and accordingly, their prayers, ceremonies, and rituals associated with Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. Moreover, without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, the Ktunaxa would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations. Therefore, the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's

Les juges Moldaver et Côté : Le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*; en revanche, la décision du Ministre d'approuver la station de ski a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Le premier volet du critère relatif à l'al. 2*a*) n'est pas en litige dans la présente affaire. Le second volet s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances religieuses, ce qui constitue une contravention à l'al. 2*a*).

Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Pour veiller à ce que l'al. 2*a*) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion. Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles; la terre peut elle-même être sacrée. Une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité de se conformer à des croyances et pratiques religieuses.

En l'espèce, les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk, un lieu sacré dans leur religion, et que la décision du Ministre d'approuver la station de ski romprait leur lien avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly. Les Ktunaxa seraient ainsi privés des conseils et de l'assistance spirituels de cet esprit. Leurs croyances religieuses en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient toute signification religieuse et, par conséquent, leurs prières, cérémonies et rites associés à cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. En outre, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, les Ktunaxa ne seraient pas en mesure de transmettre leurs croyances et pratiques aux générations futures. La décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit donc d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la

2017 SCC 54 (CanLII)

ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial.

The Minister's decision is reasonable, however, because it reflects a proportionate balancing between the Ktunaxa's s. 2(*a*) *Charter* right and the Minister's statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. A proportionate balancing is one that gives effect as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. When the Minister balances the *Charter* protections with these objectives, he must ensure that the *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives.

In this case, the Minister did not refer to s. 2(*a*) explicitly in his reasons for decision; however, it is clear from his reasons that he was alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right. He recognized that the development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk.

In addition, it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(*a*) right with his statutory objectives. The Minister tried to limit the impact of the development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given these objectives. He provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. Ultimately, however, the Minister had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to veto the development on the basis of their freedom of religion. Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give them a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on public land. This right of exclusion would not be a minimal or negligible restraint on public ownership. It can be implied from the Minister's reasons that permitting the Ktunaxa to dictate the use of a large tract of land according to their religious belief was not consistent with his statutory mandate. Rather, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate. In view of the options open to the Minister, his decision was reasonable, and amounted to a proportionate balancing.

capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses.

La décision du Ministre est toutefois raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée du droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte* et des objectifs confiés par la loi au Ministre : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier. Quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs en question, il doit s'assurer que ces protections sont restreintes aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État.

En l'espèce, le Ministre n'a pas mentionné explicitement l'al. 2*a*) dans ses motifs de décision; il ressort toutefois de ses motifs qu'il a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*). Il a reconnu que l'aménagement mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk.

De plus, il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et les objectifs que lui confie la loi. Le Ministre a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) compte tenu de ces objectifs. Il a consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. En dernière analyse, toutefois, le Ministre avait deux choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétal d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur des terres publiques. Ce droit d'interdiction ne serait pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. On peut déduire des motifs du Ministre que permettre aux Ktunaxa de dicter l'usage d'une grande étendue de terrain selon leur croyance religieuse n'était pas compatible avec son mandat légal. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal. Vu les choix qui s'offraient au Ministre, sa décision était raisonnable et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

2017 SCC 54 (CanLII)

Cases Cited

By McLachlin C.J. and Rowe J.

Applied: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; **referred to:** *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, rev'd *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103.

By Moldaver J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **referred to:** *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *Mouvement laïque québécois v.*

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Rowe

Arrêts appliqués : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; **arrêts mentionnés :** *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, inf. par *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103.

Citée par le juge Moldaver

Arrêt appliqué : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêts mentionnés :** *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235;

2017 SCC 54 (CanLII)

Saguenay (City), 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(*a*).
Constitution Act, 1982, s. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, ss. 4, 11(1).
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, s. 5(b).

Treaties and Other International Instruments

American Convention on Human Rights, 1144 U.N.T.S. 123, art. 12(1), (3).
Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [*European Convention on Human Rights*], art. 9(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, art. 18(1).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

Authors Cited

Dyzenhaus, David. "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*. Oxford: Hart, 1997, 279.
Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*. Vancouver: UBC Press, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Lowry, Bennett and Goepel JJ.A.), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), affirming a decision of Savage J., 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), dismissing an application

Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville), 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 2*a*).
Environmental Assessment Act, S.B.C. 1994, c. 35.
Environmental Assessment Act, S.B.C. 2002, c. 43.
Land Act, R.S.B.C. 1996, c. 245, art. 4, 11(1).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35.
Ministry of Lands, Parks and Housing Act, R.S.B.C. 1996, c. 307, art. 5(b).

Traités et autres documents internationaux

Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1144 R.T.N.U. 123, art. 12(1), (3).
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [*Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 nº 47, art. 18(1).

Doctrine et autres documents cités

Dyzenhaus, David. « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », in Michael Taggart, ed., *The Province of Administrative Law*, Oxford, Hart, 1997, 279.
Ross, Michael L. *First Nations Sacred Sites in Canada's Courts*, Vancouver, UBC Press, 2005.
Ziff, Bruce. *Principles of Property Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Lowry, Bennett et Goepel), 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10, 78 B.C.L.R. (5th) 297, 376 B.C.A.C. 105, 646 W.A.C. 105, 89 Admin. L.R. (5th) 63, 93 C.E.L.R. (3d) 1, [2015] 4 C.N.L.R. 199, 339 C.R.R. (2d) 183, [2016] 3 W.W.R. 423, [2015] B.C.J. No. 1682 (QL), 2015 CarswellBC 2215 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge Savage, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, 82 Admin. L.R. (5th) 117, 86 C.E.L.R. (3d) 202, [2014] 4 C.N.L.R. 143, [2014] B.C.J. No. 584 (QL), 2014 CarswellBC 901 (WL Can.), qui a rejeté

2017 SCC 54 (CanLII)

for judicial review of a decision of the Minister to approve a ski resort. Appeal dismissed.

Peter Grant, *Jeff Huberman*, *Karenna Williams* and *Diane Soroka*, for the appellants.

Jonathan G. Penner and *Erin Christie*, for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, *Q.C.*, and *Pamela E. Sheppard*, for the respondent Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, *Q.C.*, and *Sharlene Telles-Langdon*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Richard James Fyfe, for the intervener the Attorney General of Saskatchewan.

Justin Safayeni and *Khalid Elgazzar*, for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos and *Derek Ross*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Avnish Nanda*, for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg and *Randy Christensen*, for the intervener Amnesty International Canada.

Robert J. M. Janes, *Q.C.*, and *Claire Truesdale*, for the intervener the Te'mexw Treaty Association.

Written submissions only by *Lisa C. Fong*, for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk and *Krista Nerland*, for the intervener the Shibogama First Nations Council.

une demande de contrôle judiciaire de la décision du Ministre d'approuver une station de ski. Pourvoi rejeté.

Peter Grant, *Jeff Huberman*, *Karenna Williams* et *Diane Soroka*, pour les appelants.

Jonathan G. Penner et *Erin Christie*, pour l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations.

Gregory J. Tucker, *c.r.*, et *Pamela E. Sheppard*, pour l'intimée Glacier Resorts Ltd.

Mitchell R. Taylor, *c.r.*, et *Sharlene Telles-Langdon*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Richard James Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Justin Safayeni et *Khalid Elgazzar*, pour les intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada).

Albertos Polizogopoulos et *Derek Ross*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Avnish Nanda*, pour l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council.

Joshua Ginsberg et *Randy Christensen*, pour l'intervenante Amnistie internationale (Canada).

Robert J. M. Janes, *c.r.*, et *Claire Truesdale*, pour l'intervenante Te'mexw Treaty Association.

Argumentation écrite seulement par *Lisa C. Fong*, pour l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance.

Senwung Luk et *Krista Nerland*, pour l'intervenant Shibogama First Nations Council.

2017 SCC 54 (CanLII)

Neil Finkelstein, *Brandon Kain* and *Bryn Gray*, for the intervener the Canadian Chamber of Commerce.

Jessica Orkin and *Adriel Weaver*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Written submissions only by *John Burns* and *Amy Jo Scherman*, for the intervener the Katzie First Nation.

Written submissions only by *John W. Gailus* and *Christopher G. Devlin*, for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND ROWE J. —

I. Introduction

[1] The issue in this case is whether the British Columbia Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations ("Minister") erred in approving a ski resort development, despite claims by the Ktunaxa that the development would breach their constitutional right to freedom of religion and to protection of Aboriginal interests under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] The appellants represent the Ktunaxa people. The Ktunaxa's traditional territories are said to consist of land that straddles the international boundary between Canada and the United States, comprised of northeastern Washington, northern Idaho, northwestern Montana, southwestern Alberta and southeastern British Columbia.

Neil Finkelstein, *Brandon Kain* et *Bryn Gray*, pour l'intervenante la Chambre de commerce du Canada.

Jessica Orkin et *Adriel Weaver*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Paul Williams, pour l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic.

Argumentation écrite seulement par *John Burns* et *Amy Jo Scherman*, pour l'intervenante Katzie First Nation.

Argumentation écrite seulement par *John W. Gailus* et *Christopher G. Devlin*, pour les intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, il s'agit de décider si l'intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), a commis une erreur en approuvant l'aménagement d'une station de ski malgré les revendications des Ktunaxa, qui soutenaient que l'aménagement porterait atteinte à leur droit constitutionnel à la liberté de religion et à leurs droits ancestraux dont l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* commande la protection.

[2] Les appelants représentent le peuple des Ktunaxa dont le territoire traditionnel regrouperait des terres qui s'étendent de part et d'autre de la frontière internationale entre le Canada et les États-Unis et englobent le nord-est de l'État de Washington, le nord de l'Idaho, le nord-ouest du Montana, le sud-ouest de l'Alberta et le sud-est de la Colombie-Britannique.

2017 SCC 54 (CanLII)

[3] This case concerns a proposed development in an area the Ktunaxa call Qat'muk. This area is located in a Canadian valley in the northwestern part of the larger Ktunaxa territory, the Jumbo Valley, about 55 kilometres west of the town of Invermere, B.C.

[4] The respondent Glacier Resorts Ltd. ("Glacier Resorts") wishes to build a year-round ski resort in Qat'muk with lifts to glacier runs and overnight accommodation for guests and staff. For more than two decades, Glacier Resorts has been negotiating with the B.C. government and stakeholders, including the Aboriginal peoples who inhabit the valley, the Ktunaxa and the Shuswap, on the terms and conditions of the development.

[5] Early on in the process, the Ktunaxa and Shuswap peoples raised concerns about the impact of the resort project. The Ktunaxa asserted that Qat'muk was a place of spiritual significance for them. Notably, it is home to an important population of grizzly bears and to Grizzly Bear Spirit, or Kławła Tukłułak?is, "a principal spirit within Ktunaxa religious beliefs and cosmology": A.F., at para. 18.

[6] Consultation ensued, leading to significant changes to the original proposal. The Shuswap declared themselves satisfied with the changes and indicated their support for the proposal given the benefits it would bring to their people and the region. The Ktunaxa were not satisfied, but committed themselves to further consultation to remove the remaining obstacles and find mutually satisfactory accommodation. Lengthy discussions ensued, and it seemed agreement would be achieved. Then, late in the process, the Ktunaxa adopted an uncompromising position — that accommodation was impossible because a ski resort with lifts to glacier runs and permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and irrevocably impair their religious beliefs and practices. After fruitless efforts to revive the consultation process and reach agreement, the

[3] La présente affaire concerne une proposition d'aménagement dans un secteur que les Ktunaxa appellent le Qat'muk. Ce secteur est situé dans une vallée canadienne, dans la partie nord-ouest du vaste territoire des Ktunaxa, la vallée Jumbo, à environ 55 kilomètres à l'ouest de la ville d'Invermere, en Colombie-Britannique.

[4] L'intimée Glacier Resorts Ltd. (« Glacier Resorts ») souhaite construire dans le Qat'muk une station de ski ouverte à longueur d'année et munie de remonte-pentes par lesquels on pourrait accéder aux pistes de glacier et qui offrirait un hébergement pour la nuit aux visiteurs et au personnel. Glacier Resorts a négocié pendant plus de 20 ans les conditions de l'aménagement avec le gouvernement de la Colombie-Britannique et différents intéressés, notamment les peuples autochtones qui habitent la vallée, les Ktunaxa et les Shuswap.

[5] Au début du processus, les peuples des Ktunaxa et des Shuswap ont fait part de leurs préoccupations quant aux répercussions du projet. Les Ktunaxa ont affirmé que le Qat'muk était un lieu d'importance spirituelle pour eux. Fait à noter, il abrite une population importante de grizzlys et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ou Kławła Tukłułak?is, [TRADUCTION] « un esprit principal des croyances religieuses et de la cosmologie des Ktunaxa » : m.a., par. 18.

[6] Des consultations ont débouché sur des modifications importantes à la proposition initiale. Les Shuswap se sont dits satisfaits des changements et ont donné leur appui à la proposition compte tenu des avantages qu'elle présenterait pour leur peuple et la région. Les Ktunaxa se sont quant à eux dits insatisfaits, mais ils se sont engagés à participer à de nouvelles consultations en vue d'éliminer les derniers obstacles et d'arriver à un compromis satisfaisant pour tous. De longs pourparlers s'ensuivirent et les parties semblaient sur le point de parvenir à un accord. Puis, vers la fin du processus, les Ktunaxa ont adopté une position inflexible, estimant désormais qu'il était impossible d'arriver à un compromis parce qu'une station de ski munie de remonte-pentes vers les pistes de glacier et d'installations permanentes chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du

2017 SCC 54 (CanLII)

government declared that reasonable consultation had occurred and approved the project.

[7] The appellants, the Ktunaxa Nation Council and the Chair of the Council, Kathryn Teneese, brought proceedings in judicial review before the British Columbia Supreme Court to overturn the approval by the Minister of the ski resort on two independent grounds: first, that the project would violate the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and second, that the government breached the duty of consultation and accommodation imposed on the Crown by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. The chambers judge dismissed the petition for judicial review, and the Court of Appeal affirmed his decision. The Ktunaxa now appeal to this Court.

[8] We would dismiss the appeal. We conclude that the claim does not engage the right to freedom of conscience and religion under s. 2(*a*) of the *Charter.* Section 2(*a*) protects the freedom of individuals and groups to hold and manifest religious beliefs: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336. The Ktunaxa's claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) because neither the Ktunaxa's freedom to hold their beliefs nor their freedom to manifest those beliefs is infringed by the Minister's decision to approve the project.

[9] We also conclude that the Minister, while bound by s. 35 of the *Constitution Act, 1982* to consult with the Ktunaxa in an effort to find a way to accommodate their concerns, did not act unreasonably in concluding that the requirements of s. 35 had been met and approving the project.

[10] We arrive at these conclusions cognizant of the importance of protecting Indigenous religious beliefs and practices, and the place of such

Qat'muk et porterait irrémédiablement atteinte à leurs croyances et pratiques religieuses. Après avoir tenté sans succès de relancer le processus de consultation et de parvenir à un accord, le gouvernement a déclaré qu'il y avait eu une consultation raisonnable et a approuvé le projet.

[7] Les appelants, Ktunaxa Nation Council et Kathryn Teneese, la présidente de ce conseil, ont intenté une procédure de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire annuler l'approbation, par le Ministre, du projet de station de ski. Ils invoquaient deux moyens indépendants : premièrement, le projet porterait atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*; deuxièmement, le gouvernement a manqué à l'obligation de consultation et d'accommodement qu'impose à la Couronne l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge en chambre a rejeté la requête en contrôle judiciaire, et la Cour d'appel a confirmé sa décision. Les Ktunaxa se pourvoient maintenant devant notre Cour.

[8] Nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi. Nous concluons que la revendication ne fait pas intervenir le droit à la liberté de conscience et de religion garanti à l'al. 2*a*) de la *Charte.* L'alinéa 2*a*) protège la liberté des individus et des groupes d'avoir et de manifester des croyances religieuses : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336. La revendication des Ktunaxa ne relève pas de cette disposition car la décision du Ministre d'approuver le projet ne porte atteinte ni à la liberté des Ktunaxa d'avoir leurs croyances ni à leur liberté de manifester ces croyances.

[9] Nous jugeons aussi que le Ministre, quoique tenu par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de consulter les Ktunaxa pour essayer de répondre à leurs préoccupations, n'a pas agi déraisonnablement en concluant que les exigences de l'art. 35 avaient été respectées et en approuvant le projet.

[10] Nous arrivons à ces conclusions en étant conscients de l'importance de protéger les croyances et pratiques religieuses des Autochtones et du rôle

2017 SCC 54 (CanLII)

protection in achieving reconciliation between Indigenous peoples and non-Indigenous communities.

II. Facts

[11] The Jumbo Valley and Qat'muk are located in the traditional territory of the Ktunaxa. The Ktunaxa believe that Grizzly Bear Spirit inhabits Qat'muk. It is undisputed that Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices.

[12] The Jumbo Valley has long been used for heli-skiing, which involves flying skiers to the top of runs by helicopter, whence they ski to the valley floor. In the 1980s, Glacier Resorts became interested in building a permanent ski resort on a site near the north end of the valley and sought government approval of the project.

[13] The regulatory process for approval of the ski resort was a protracted matter, involving a number of cascading processes: (1) the Commercial Alpine Ski Policy ("CASP") process to determine sole proponent status; (2) the Commission on Resources and the Environment ("CORE") process to determine best uses of the land; (3) an environmental assessment process to resolve issues related to environmental, wildlife and cultural impact and culminating in an Environmental Assessment Certificate ("EAC"); and (4) submission of a Master Plan which, if approved, would lead to a Master Development Agreement ("MDA") between the developer and the government. These processes involved public consultation, and the Ktunaxa participated at every stage. In the course of the various reviews, many changes were made to the original plan. The entire process, until the Minister determined consultation was adequate, took place from 1991 to 2011 — over 20 years.

[14] Until 2005, the Ktunaxa participated in the regulatory processes jointly with the Shuswap as part

que joue une telle protection dans l'atteinte d'une réconciliation entre les peuples autochtones et les communautés non autochtones.

II. Faits

[11] La vallée Jumbo et le Qat'muk se situent dans le territoire traditionnel des Ktunaxa. Ces derniers croient que l'Esprit de l'Ours Grizzly habite le Qat'muk. Personne ne conteste que cet esprit est au cœur des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa.

[12] La vallée Jumbo a longtemps été utilisée pour l'héliski, pratique qui consiste à amener par hélicoptère des skieurs au sommet de pistes, d'où ils descendent jusqu'au fond de la vallée. Dans les années 1980, Glacier Resorts s'est mise à caresser un projet de construction d'une station de ski permanente près de l'extrémité nord de la vallée, pour lequel elle a sollicité l'approbation du gouvernement.

[13] Le processus d'approbation réglementaire de la station de ski s'est révélé une entreprise de longue haleine en raison de ses étapes consécutives : (1) l'étape relative à la politique sur les centres de ski alpin à vocation commerciale (« PCSAVC »), qui vise à déterminer la qualité de seul promoteur; (2) l'étape relative à la Commission sur les ressources et l'environnement (« CORE »), qui vise à déterminer les meilleures utilisations du terrain; (3) l'étape relative à l'évaluation environnementale, qui cherche à résoudre les questions liées aux répercussions sur l'environnement, la faune et la culture, et se termine par la délivrance d'un certificat d'évaluation environnementale (« CÉE »); (4) la présentation d'un plan directeur qui, s'il est approuvé, mènerait à un accord-cadre d'aménagement (« ACA ») entre le promoteur et le gouvernement. Le processus global comportait une consultation publique à laquelle les Ktunaxa ont participé à chacune des étapes. Au cours des divers examens, de nombreux changements ont été apportés au plan initial. L'ensemble du processus, au terme duquel le Ministre a jugé la consultation adéquate, a duré de 1991 à 2011, soit plus de 20 ans.

[14] Jusqu'en 2005, les Ktunaxa ont participé aux étapes réglementaires conjointement avec les

2017 SCC 54 (CanLII)

of the Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council ("KKTC"). However, in 2005, the Shuswap parted company with the Ktunaxa over the proposed ski resort and left the KKTC. The Shuswap support the project, believing their interests have been reasonably accommodated and that the project will be good for their community. The Ktunaxa, by contrast, say their interests cannot be accommodated and demand the project's rejection.

[15] Adequacy of consultation is a central issue in this appeal. It is therefore necessary to set out in some detail what occurred at each step of the regulatory process.

A. *Stage One: The CASP Process*

[16] In 1991, Glacier Resorts filed a formal proposal to build a year-round ski resort in the upper Jumbo Valley. The government conducted public hearings on the project under the CASP, the first phase in the regulatory approval process. The predecessor of the appellants, the KKTC, participated in public hearings in the fall of 1991. After a call for proposals, Glacier Resorts was granted sole proponent status and moved up to the next step on the regulatory ladder.

B. *Stage Two: The Land Use or CORE Process*

[17] In 1993 and 1994, the second phase of the regulatory process began. The government conducted a site utilization review under the CORE process, with the goal of producing a new land use plan for the region focusing specifically on construction of the ski resort. The CORE process involved public hearings, which the KKTC attended as an observer. In 1994, the CORE process concluded with a report that assigned very high recreational and tourism values to the area of the proposed ski resort and recommended that the approval process for the resort include a statutory environmental assessment.

Shuswap par l'entremise du Ktunaxa/Kinbasket Tribal Council (« KKTC »). Toutefois, en 2005, les Shuswap se sont dissociés des Ktunaxa au sujet de la station de ski proposée et ont quitté le KKTC. Les Shuswap soutiennent le projet, estimant qu'on a raisonnablement tenu compte de leurs intérêts et que le projet sera bénéfique pour leur communauté, alors que les Ktunaxa disent que leurs intérêts ne peuvent être pris en compte et exigent le rejet du projet.

[15] La question du caractère adéquat de la consultation est au centre du présent pourvoi. Il est par conséquent nécessaire de relater de manière assez détaillée ce qui s'est produit à chaque étape du processus réglementaire.

A. *Première étape : PCSAVC*

[16] En 1991, Glacier Resorts a déposé une proposition officielle pour la construction d'une station de ski ouverte à l'année dans la partie supérieure de la vallée Jumbo. Le gouvernement a mené des audiences publiques sur le projet conformément à la PCSAVC, première étape du processus d'approbation réglementaire. Le prédécesseur des appelants, le KKTC, a participé aux audiences publiques tenues à l'automne 1991. À la suite d'un appel de propositions, Glacier Resorts s'est vu reconnaître la qualité de seul promoteur et a pu passer à l'étape suivante du processus réglementaire.

B. *Deuxième étape : utilisation du terrain ou CORE*

[17] En 1993 et 1994, la deuxième étape du processus réglementaire s'est amorcée. Le gouvernement a examiné l'utilisation du site conformément au processus de la CORE dans le but de produire un nouveau plan d'utilisation du terrain pour la région prévoyant expressément la construction de la station de ski. Le processus de la CORE comportait des audiences publiques auxquelles le KKTC a assisté comme observateur. En 1994, le processus s'est conclu par le dépôt d'un rapport accordant une très grande valeur au chapitre du loisir et du tourisme à la région choisie pour la station de ski proposée et recommandait que le processus d'approbation comprenne une évaluation environnementale prévue par la loi.

2017 SCC 54 (CanLII)

[18] In March 1995, the government released a summary of the CORE East Kootenay Land Use Plan and West Kootenay-Boundary Land Use Plan, identifying a ski resort development as an acceptable land use of the upper Jumbo Creek Valley. In July 1995, the government and Glacier Resorts entered into an interim agreement pursuant to the CASP, and the third step on the regulatory ladder, review under the *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35, began.

C. *Stage Three: The Environmental Assessment Process*

[19] The environmental assessment process lasted almost a decade, from 1995 to 2004. The KKTC, representing both the Ktunaxa and the Shuswap peoples, and supported by government funding, was extensively involved in the environmental assessment process for the ski resort. It was invited to participate in the technical review committee and to comment on the project report. It raised the issue of "sacred values" in the valley, which were discussed in the "First Nations Socio-Economic Assessment: Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis", a 2003 report of consultants retained by the B.C. government's Environmental Assessment Office ("EAO").

[20] In parallel, Glacier Resorts submitted the information required to complete the environmental review under the new *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43, in a comprehensive "Project Report" in December 2003 that was accepted by the EAO in the following months.

[21] In response to this report, the KKTC submitted a document to the EAO entitled "Jumbo Glacier Resort Project: Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation" stating that the Jumbo Valley area is invested with sacred values, and Glacier Resorts should be required to negotiate an Impact Management and

[18] En mars 1995, le gouvernement a publié un résumé des plans d'utilisation du terrain d'East Kootenay et de West Kootenay-Boundary préparés par la CORE, lequel indique que l'aménagement d'une station de ski constitue une utilisation acceptable du terrain de la partie supérieure de la vallée Jumbo Creek. En juillet 1995, le gouvernement et Glacier Resorts ont conclu une entente intérimaire conformément à la PCSAVC, ce qui a constitué le coup d'envoi de la troisième étape prévue par la réglementation : un examen en application de l'*Environmental Assessment Act*, S.B.C. 1994, c. 35.

C. *Troisième étape : processus d'évaluation environnementale*

[19] Le processus d'évaluation environnementale a duré presque une décennie, soit de 1995 à 2004. Le KKTC, qui représentait tant le peuple des Ktunaxa que celui des Shuswap et recevait l'aide financière du gouvernement, a participé activement au processus d'évaluation environnementale de la station de ski. Il a été invité à se joindre au comité d'examen technique et à commenter le rapport sur le projet. Il a ainsi soulevé la question des [TRADUCTION] « valeurs sacrées » associées à la vallée, lesquelles ont été examinées dans un rapport de 2003 qui a pour titre « First Nations Socio-Economic Assessment : Jumbo Glacier Resort Project, A Genuine Wealth Analysis », rédigé par des consultants auxquels a fait appel l'Environmental Assessment Office (« Bureau ») de la Colombie-Britannique.

[20] Parallèlement, Glacier Resorts a fourni en décembre 2003, dans son exhaustif [TRADUCTION] « rapport sur le projet », les renseignements nécessaires à l'évaluation environnementale prévue par la nouvelle *Environmental Assessment Act*, S.B.C. 2002, c. 43. Le Bureau a accepté ce rapport dans les mois qui ont suivi.

[21] En réponse à ce rapport, le KKTC a présenté au Bureau un document intitulé « Jumbo Glacier Resort Project : Final Comments on Measures Proposed to Address Issues Identified by the Ktunaxa Nation », qui expliquait que des valeurs sacrées étaient associées à la région de la vallée Jumbo et que Glacier Resorts devrait avoir l'obligation de

2017 SCC 54 (CanLII)

Benefits Agreement ("IMBA") to mitigate the potential impact of the ski resort. The KKTC submitted detailed comments, under protest, on the measures proposed by the EAO to address the concerns of the valley's Indigenous inhabitants.

[22] On October 4, 2004, an EAC was issued, approving the development subject to numerous conditions. Among them was a requirement that Glacier Resorts negotiate with the KKTC and attempt to conclude an IMBA before the next stage of the regulatory process. The KKTC did not seek judicial review of the conditional EAC. At this point, from the government's perspective, the consultation was proceeding smoothly toward mutually acceptable accommodation.

D. *Stage Four: Development of a Resort Master Plan*

[23] The regulatory process moved to the fourth stage — the development of a Master Plan and an MDA for the ski resort.

[24] Glacier Resorts submitted a revised draft Master Plan in 2005. The process of reviewing this plan took place from December 2005 to July 2007.

[25] At the outset of the review process, the government offered to enter into additional consultations with the Ktunaxa Nation Council, which was formed following the withdrawal of the Shuswap from the KKTC. In June 2006, a consultant retained by the Ktunaxa and funded by the government prepared a "Gap Analysis" to identify what the Ktunaxa considered to be the outstanding issues for discussion. The Gap Analysis highlighted the need for further information to facilitate discussion on: (1) contemporary land and resource use by the Ktunaxa of the Jumbo Valley; (2) the effectiveness of proposed mitigation measures to reduce disturbance, displacement and mortality impacts to key wildlife populations from road traffic on the access road; and (3) project-induced socio-economic effects to the regional economy, including land use and cost of living that might affect Ktunaxa well-being. One of the

négocier une entente sur la gestion des répercussions et les avantages (« EGRA ») pour atténuer les éventuelles répercussions de la station de ski. Le KKTC a présenté sous toutes réserves des commentaires détaillés au sujet des mesures proposées par le Bureau pour répondre aux préoccupations des habitants autochtones de la vallée.

[22] Le 4 octobre 2004, un CÉE approuvant l'aménagement a été délivré sous réserve de nombreuses conditions, dont celle que Glacier Resorts négocie avec le KKTC et tente de conclure une EGRA avant la prochaine étape du processus réglementaire. Le KKTC n'a pas sollicité le contrôle judiciaire de ce CÉE conditionnel. Le gouvernement avait alors l'impression que la consultation se dirigeait sans heurts vers un compromis acceptable pour tous.

D. *Quatrième étape : élaboration d'un plan directeur pour la station de ski*

[23] Le projet est passé ainsi à la quatrième étape du processus réglementaire : l'élaboration d'un plan directeur et d'un ACA pour la station de ski.

[24] Glacier Resorts a présenté une ébauche révisée du plan directeur en 2005. La révision de ce plan s'est déroulée de décembre 2005 à juillet 2007.

[25] Au début de la révision, le gouvernement a offert de poursuivre les consultations avec le Ktunaxa Nation Council, qui avait été constitué après que les Shuswap se soient retirés du KKTC. En juin 2006, un consultant retenu par les Ktunaxa mais payé par le gouvernement a préparé une [TRADUCTION] « analyse de l'écart » pour faire ressortir ce que les Ktunaxa considéraient être les questions non réglées devant faire l'objet de discussions. Cette analyse mettait en lumière le besoin d'obtenir des renseignements additionnels pour faciliter les discussions sur les enjeux suivants : (1) l'utilisation actuelle du terrain et des ressources par les Ktunaxa de la vallée Jumbo; (2) l'efficacité des mesures d'atténuation proposées pour réduire les perturbations, les déplacements et la mortalité des principales espèces d'animaux sauvages causés par le trafic sur la route d'accès; (3) les effets socio-économiques du projet sur l'économie

2017 SCC 54 (CanLII)

34 issues identified in the Gap Analysis was that the Jumbo Valley is an "area of cultural significance and has sacred values": chambers judge's reasons, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at para. 69. In this regard, the analysis stated that the "cultural impacts remain unassessed" (*ibid.*).

[26] The Ktunaxa met with the Minister and they agreed on further consultation built around the Gap Analysis. As part of this process, the cultural significance/sacred values issue was discussed at the "Land Issues" workshop held on October 12 and 13, 2006 in Cranbrook, B.C. Following the workshop, the Ktunaxa consultant circulated a document entitled "Working Outline: Ktunaxa-British Columbia Accommodation", which identified the cultural and sacred significance of the valley as an issue to be addressed, and suggested a conceptual framework for accommodating the Ktunaxa land use concerns through: (a) a fee simple land transfer to the Ktunaxa; (b) the establishment of a land reserve; and (c) the establishment of a conservancy area in proximity to the ski-run site. The land use issues workshop was followed by workshops in November and December 2006 and January 2007. These addressed grizzly bear, other wildlife, and residual issues.

[27] In November 2006, prospects for agreement on accommodation looked bright. The Minister received a copy of a letter where the Ktunaxa informed Glacier Resorts that they had made "considerable progress in setting up a process for the negotiation of an [IMBA]": chambers judge's reasons, at para. 76. Only two issues appeared to stand in the way of final agreement — "funding" and "the outstanding issue of unpaid monies" (*ibid.*). In April 2007, Glacier Resorts wrote the Minister that it believed it had reached an "agreement in principle" with the Ktunaxa (*ibid.*). On July 12, the Minister approved a Master Plan, which outlined the nature,

régionale, notamment en ce qui a trait à l'utilisation du terrain et au coût de la vie, qui pourraient avoir une incidence sur le bien-être des Ktunaxa. L'une des 34 questions soulevées dans l'analyse concernait le fait que la vallée Jumbo est une [TRADUCTION] « région d'importance culturelle et porteuse de valeurs sacrées » : motifs du juge en chambre, 2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 69. À cet égard, l'analyse mentionnait que les « conséquences culturelles ne sont toujours pas évaluées » (*ibid.*).

[26] Les Ktunaxa ont rencontré le Ministre et accepté de continuer de participer à des consultations additionnelles sur le fondement de l'analyse de l'écart. Dans le cadre du processus, les parties ont discuté de la question de l'importance culturelle et de la valeur sacrée des lieux en cause dans l'atelier [TRADUCTION] « Enjeux fonciers » tenu les 12 et 13 octobre 2006 à Cranbrook, en Colombie-Britannique. Après l'atelier, le consultant des Ktunaxa a fait circuler un document intitulé « Working Outline : Ktunaxa-British Columbia Accommodation », qui indiquait que la question de l'importance culturelle et sacrée de la vallée devait être examinée et proposait, pour répondre aux préoccupations des Ktunaxa quant à l'utilisation du terrain, un cadre conceptuel consistant en a) un transfert de terres en fief simple aux Ktunaxa, b) l'établissement d'une réserve foncière et c) la création d'une aire de conservation à proximité des pistes de ski. L'atelier sur les enjeux fonciers a été suivi d'autres ateliers en novembre et décembre 2006 et en janvier 2007. Il a alors été question des grizzlys, d'autres animaux sauvages et d'enjeux résiduels.

[27] En novembre 2006, les perspectives d'accord sur un accommodement semblaient bonnes. Le Ministre a reçu une copie d'une lettre dans laquelle les Ktunaxa informaient Glacier Resorts qu'ils estimaient avoir réalisé [TRADUCTION] « des progrès considérables dans l'établissement d'une marche à suivre pour la négociation d'une [EGRA] » : motifs du juge en chambre, par. 76. Il ne semblait rester que deux questions à régler pour parvenir à un accord définitif : « le financement » et « la question non réglée des sommes d'argent non versées » (*ibid.*). En avril 2007, Glacier Resorts a écrit au Ministre qu'elle estimait être parvenue à un « accord de principe »

2017 SCC 54 (CanLII)

scope and pace of the proposed development, identified land tenure requirements, and incorporated recommendations arising from consultation with Glacier Resorts, the public and First Nations and from the environmental review process.

[28] The Minister advised the Ktunaxa that Master Plan approval did not preclude additional mitigation measures based on ongoing consultation. In the months following the approval, the discussion turned to economic issues. The Minister made an accommodation proposal to the Ktunaxa in December 2007, which included $650,000 in economic benefits to be taken in cash or Crown land, plus nine non-financial accommodations. In February 2008, the Ktunaxa rejected the proposed accommodation on the basis that (1) the financial component was "grossly insufficient" and (2) it was inappropriate for the Minister to provide identical financial accommodation to the Shuswap, given the Ktunaxa's "far greater history in the Jumbo area": chambers judge's reasons, at para. 82. The rejection letter did not mention the sacred nature of the Jumbo Valley or Grizzly Bear Spirit.

[29] The Minister came back in September 2008 with a second offer of accommodation to the Ktunaxa, in the form of revenue sharing in an Economic and Community Development Agreement. The Ktunaxa rejected this proposal in December. While the negotiations suggested that an agreement could be reached regarding the construction of the ski resort project, the Ktunaxa rejected this proposal on the basis that the Jumbo Valley is a "place unique and sacred" to them: chambers judge's reasons, at para. 83. Again, there was no special mention of Grizzly Bear Spirit.

[30] Discussions continued. In February 2009, the Ktunaxa gave formal notice to the Minister that they wished to enter into a process to negotiate an

avec les Ktunaxa (*ibid.*). Le 12 juillet, le Ministre a approuvé un plan directeur, qui décrivait la nature, l'étendue et le rythme de réalisation de l'aménagement proposé, énonçait les exigences relatives au mode de tenure et formulait des recommandations découlant du processus d'évaluation environnementale et des consultations menées auprès de Glacier Resorts, du public et des Premières Nations.

[28] Le Ministre a avisé les Ktunaxa que l'approbation du plan directeur n'empêchait pas la prise de mesures d'atténuation additionnelles découlant de la poursuite de la consultation. Dans les mois qui ont suivi l'approbation, la discussion s'est orientée sur des enjeux économiques. Le Ministre a proposé en décembre 2007 aux Ktunaxa un accommodement qui comprenait des avantages économiques de 650 000 dollars en argent ou terres publiques ainsi que neuf mesures d'accommodement non pécuniaires. En février 2008, les Ktunaxa ont rejeté la proposition d'accommodement au motif (1) que le volet financier était [TRADUCTION] « nettement insuffisant » et (2) qu'il était inapproprié de la part du Ministre de fournir les mêmes mesures d'accommodement financières aux Shuswap et aux Ktunaxa étant donné que « les liens historiques [de ces derniers] avec la région Jumbo étaient nettement plus forts » : motifs du juge en chambre, par. 82. La lettre de rejet ne mentionnait ni la nature sacrée de la vallée Jumbo ni l'Esprit de l'Ours Grizzly.

[29] En septembre 2008, le Ministre a fait une seconde offre d'accommodement aux Ktunaxa, à savoir un partage de revenus dans le cadre d'une entente de développement économique et communautaire. Les Ktunaxa l'ont rejetée en décembre. Bien que les négociations donnaient à penser qu'un accord sur le projet de construction de la station de ski pourrait être conclu, les Ktunaxa ont rejeté la proposition au motif que la vallée Jumbo était un [TRADUCTION] « lieu unique et sacré » pour eux : motifs du juge en chambre, par. 83. Encore une fois, ils n'ont pas expressément mentionné l'Esprit de l'Ours Grizzly.

[30] Les discussions se sont donc poursuivies. En février 2009, les Ktunaxa ont formellement avisé le Ministre qu'ils souhaitaient amorcer la négociation

2017 SCC 54 (CanLII)

accommodation and benefits agreement. In April, the Minister accepted and offered additional capacity funding for the process. In May, the Ktunaxa provided the Minister with a list of outstanding issues and possible accommodation measures to be discussed, including land transfers, land reserves, a wildlife conservancy, development-free buffer zones beside the access road, access rights in the controlled recreation area, a stewardship framework for economic compensation, revenue sharing, ongoing supervision of environmental commitments, and other measures. The Ktunaxa did not place the sacred nature of the Jumbo Valley on the list of outstanding issues.

[31] On June 3, 2009, the Minister advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were "primarily interest-based rather than legally driven by asserted Aboriginal rights and title claims": chambers judge's reasons, at para. 86. Accordingly, he was of the view that approval for the resort could be given. The Minister expressed the intention to continue negotiating a benefits agreement with the Ktunaxa.

[32] At this point, the big issues appeared to have been resolved. In deference to the Ktunaxa claim, the MDA changed the scope of the proposed development and added new protections for Ktunaxa interests. The size of the controlled recreational area was reduced by approximately 60% and the total resort area was reduced to approximately 104 hectares. Protections for Ktunaxa access and activities were put in place, and environmental protections were established.

[33] To accommodate the Ktunaxa's spiritual concerns, changes had been proposed to provide special protection of grizzly bear habitat:

- The lower Jumbo Creek area was removed from the recreation area because it was perceived as having greater visitation potential from grizzly bears;

d'une entente sur des mesures d'accommodement et des avantages. En avril, le Ministre a accepté leur demande et leur a alloué de nouveaux fonds pour la négociation. Le mois suivant, les Ktunaxa ont remis au Ministre une liste de questions non réglées et de mesures d'accommodement possibles dont ils souhaitaient discuter : transferts de terres, réserves foncières, conservation de la faune, zones tampons non aménagées à côté de la route d'accès, droits d'accès à la zone de loisir contrôlée, cadre de gestion pour l'indemnisation pécuniaire, partage des revenus, supervision continue des engagements environnementaux, etc. Les Ktunaxa n'ont pas inscrit la nature sacrée de la vallée Jumbo dans leur liste des questions non réglées.

[31] Le 3 juin 2009, le Ministre a avisé les Ktunaxa qu'à son avis, il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées avaient [TRADUCTION] « essentiellement trait à des intérêts plutôt qu'à des revendications de droits et de titre ancestraux » : motifs du juge en chambre, par. 86. Par conséquent, il estimait possible de donner l'aval au projet, mais a exprimé l'intention de continuer à négocier avec les Ktunaxa une entente sur les avantages.

[32] À ce stade, les grandes questions semblaient avoir été réglées. Pour respecter la demande des Ktunaxa, l'ACA a modifié l'étendue de l'aménagement proposé et ajouté de nouvelles protections à l'égard des intérêts des Ktunaxa. La taille de la zone de loisir contrôlée a été réduite d'environ 60 p. 100 et l'aire totale de la station de ski, à environ 104 hectares. Par ailleurs, des mesures ont été prévues pour protéger l'accès et les activités des Ktunaxa ainsi que l'environnement.

[33] Pour répondre aux préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa, on a proposé des changements pour que l'habitat du grizzly bénéficie d'une protection spéciale :

- Le secteur inférieur de Jumbo Creek a été retiré de la zone de loisir parce qu'il était perçu comme davantage susceptible d'être fréquenté par les grizzlys.

2017 SCC 54 (CanLII)

- Ski lifts were removed on the west side of the valley, where impact to grizzly bear habitat was expected to be greatest; and

- The province committed to pursuing a Wildlife Management Area to address potential impacts in relation to grizzly bears and Aboriginal claims relating to the spiritual value of the valley.

[34] On June 8, 2009, five days after the Minister had concluded that all major issues had been resolved, the Ktunaxa responded with a table of outstanding concerns. They did not list the sacred nature of the area or a threat to the grizzly bear population among their concerns.

[35] At meetings on June 9 and 10, however, the Ktunaxa took a very different and uncompromising position regarding the spiritual value of Qat'muk. They asserted that the consultation process was deficient, not because interest-based issues like money and land reserves had not been concluded, but because the process had not properly considered information that the Jumbo Valley was a sacred site. They advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about these values. Elder Chris Luke Sr. was better placed to speak to the issue. The Minister agreed to meet Mr. Luke on June 22, 2009 but the meeting did not proceed on that date. The Minister agreed to extend the consultation process with the Ktunaxa until at least December 2009 to specifically address the issue of the sacred nature of the Jumbo Valley.

[36] After ongoing efforts to arrange a meeting about sacred values, the Minister was finally able to meet with the Ktunaxa and Mr. Luke on September 19, 2009 in Cranbrook Mr. Luke, through translators, advised the Minister that Qat'muk was "a life and death matter", that "Jumbo is one of the major spiritual places", and that to say the sacredness of the area for the Ktunaxa was important would be

- On a retiré les remonte-pentes du côté ouest de la vallée, car on pensait que les répercussions sur l'habitat du grizzly y seraient plus importantes.

- La province s'est engagée à mettre sur pied une aire de gestion de la faune pour contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée.

[34] Le 8 juin 2009, soit cinq jours après que le Ministre eut conclu que toutes les questions importantes avaient été réglées, les Ktunaxa lui ont présenté un tableau des questions non résolues, dans lequel ils n'ont pas mentionné la nature sacrée de la région ni les menaces pour la population de grizzlys.

[35] Aux rencontres tenues les 9 et 10 juin, les Ktunaxa ont toutefois adopté une position très différente et inflexible concernant la valeur spirituelle du Qat'muk. Ils ont affirmé que le processus de consultation était déficient, non pas en raison de questions ayant trait à des intérêts, comme l'indemnisation pécuniaire et les réserves foncières, mais parce qu'on n'avait pas adéquatement tenu compte dans le processus de renseignements selon lesquels la vallée Jumbo est un lieu sacré. Ils ont expliqué au Ministre que seuls certains membres de la collectivité, les gardiens du savoir, détenaient de l'information sur ces valeurs. L'aîné Chris Luke père était le mieux placé pour parler de cet enjeu. Le Ministre a accepté de le rencontrer le 22 juin 2009, mais la réunion n'a pas eu lieu ce jour-là. Le Ministre a accepté de prolonger la consultation auprès des Ktunaxa jusqu'au moins décembre 2009 pour traiter tout particulièrement de l'enjeu de la nature sacrée de la vallée Jumbo.

[36] Après avoir déployé des efforts constants en vue d'organiser une rencontre pour discuter des valeurs sacrées, le Ministre a finalement réussi à rencontrer les Ktunaxa et M. Luke le 19 septembre 2009 à Cranbrook. S'exprimant par l'entremise d'interprètes, M. Luke a informé le Ministre que la question du Qat'muk en était une [TRADUCTION] « de vie et de mort », que « Jumbo [était] l'un des

2017 SCC 54 (CanLII)

an understatement: chambers judge's reasons, at para. 94. He stated that any movement of earth and the construction of permanent structures would desecrate the area and destroy the valley's spiritual value. The Ktunaxa at the meeting told the Minister that there was no middle ground regarding the proposed resort. Simply put, no accommodation was possible. The Ktunaxa confirmed this position in a second meeting in Creston, B.C., on December 7, 2009. It emerged that the revelation that led to the position that permanent structures would desecrate and irrevocably devalue the sacred site came to Mr. Luke in 2004, but that health problems and secrecy concerns had prevented him from disclosing the revelation to others until 2009.

[37] The Minister persisted. After further study of the Ktunaxa's spiritual claims, on June 11, 2010 he sent the Ktunaxa a 71-page draft "Consultation/Accommodation Summary" that included seven pages devoted to describing the consultation and accommodation specifically related to the Ktunaxa's assertions regarding the sacred nature of the Jumbo Valley and invited the Ktunaxa's comments. He met with the Ktunaxa on July 8, 2010 and revisions were made to the document.

[38] The Ktunaxa responded with a 40-page document that devoted the first page and a half to sacred values. A few months later, in November 2010, the Ktunaxa issued the "Qat'muk Declaration" (Schedule "E" of 2014 BCSC 568, at pp. 115-16 (CanLII)) — a unilateral declaration of rights based on "pre-existing sovereignty". The Qat'muk Declaration mapped an area in which the Ktunaxa would not permit development. No disturbance or alteration of the ground would be permitted within an area identified as the "refuge area". Construction of buildings with permanent foundations or permanent human habitation was forbidden within the refuge area and

principaux lieux spirituels » de leur nation, et que dire que la nature sacrée du lieu est importante pour les Ktunaxa serait un euphémisme : motifs du juge en chambre, par. 94. Il a déclaré que tout déplacement de la terre ou toute construction d'installations permanentes enlèverait à la région son caractère sacré et détruirait la valeur spirituelle de la vallée. À la réunion, les Ktunaxa ont dit au Ministre qu'il n'y avait aucune solution intermédiaire au regard du projet. En termes simples, aucun accommodement n'était possible. Les Ktunaxa ont confirmé cette position lors d'une seconde rencontre le 7 décembre 2009 à Creston, en Colombie-Britannique. Il en est ressorti que M. Luke avait eu en 2004 la révélation qui a mené à la position que des installations permanentes enlèveraient au site son caractère sacré et le dévalueraient de façon irrévocable, mais que des problèmes de santé et des préoccupations liées au caractère secret de cette révélation l'avaient empêché d'en faire part à autrui avant 2009.

[37] Le Ministre a persisté. Après examen plus approfondi des revendications à caractère spirituel des Ktunaxa, il a envoyé à ces derniers, le 11 juin 2010, un document préliminaire de 71 pages, « Consultation/Accommodation Summary » (Résumé des consultations et des mesures d'accommodement). Sept pages étaient consacrées à la description des consultations et des mesures d'accommodement qui avaient directement trait aux affirmations des Ktunaxa quant à la nature sacrée de la vallée Jumbo. On invitait par ailleurs les Ktunaxa à présenter leurs observations. Il a rencontré les Ktunaxa le 8 juillet 2010 et des modifications ont été apportées au document.

[38] La réponse des Ktunaxa est contenue dans un document de 40 pages dont la première page et demie portait sur les valeurs sacrées. Quelques mois plus tard, en novembre 2010, les Ktunaxa ont publié une déclaration de droits unilatérale sur le Qat'muk, la « Qat'muk Declaration » (déclaration sur le Qat'muk) (annexe « E » de la décision 2014 BCSC 568, p. 115-116 (CanLII)), fondée sur leur [TRADUCTION] « souveraineté préexistante ». Ce document dressait la carte d'une région où les Ktunaxa empêcheraient tout aménagement. Aucune perturbation ou altération ne serait permise dans la région identifiée sous le nom d'« aire de refuge ». Il était

2017 SCC 54 (CanLII)

the access road and buffer area. This amounted to saying that the resort could not proceed, as the proposed resort was partially within the refuge area and its access road ran through the buffer area.

[39] Consistent with the Qat'muk Declaration, the Ktunaxa now took the position that negotiations were over. The only point of further discussion was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. The Minister continued to explore potential mitigation and accommodation measures through additional consultations, without success. Negotiations were at an end.

[40] On March 20, 2012, the Minister signed the MDA with Glacier Resorts. The MDA contained a number of measures responding to concerns raised by the Ktunaxa during the consultations: chambers judge's reasons, at paras. 236-39.

[41] In summary, the Ktunaxa played an active part in all phases of the lengthy regulatory process leading to the approval of the resort project. As a result of the consultation that occurred during the regulation process, the resort plan was significantly reduced in scope; safeguards for the grizzly bear population and the spiritual interests of the Ktunaxa were put in place; and economic and interest-based issues, including compensation, were discussed. Areas of significant frequentation by grizzly bears were removed from the project. Progress was made and agreement seemed imminent.

[42] This trajectory toward accommodation ended in 2010, with the issuance of the Qat'muk Declaration. The Ktunaxa said at the September 2009 meeting that their spiritual concerns could not be accommodated. The 2010 Qat'muk Declaration unequivocally changed the process from a search for

interdit de construire des immeubles avec des fondations permanentes ou des habitations permanentes pour les humains dans l'aire de refuge ainsi qu'à l'intérieur de la zone tampon et sur la route d'accès, ce qui revenait à dire que le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant puisqu'il était partiellement situé dans l'aire de refuge et que sa route d'accès traversait la zone tampon.

[39] Dans la même veine que la déclaration sur le Qat'muk, les Ktunaxa ont désormais soutenu que les négociations étaient terminées. Les discussions pouvaient uniquement se poursuivre pour faire comprendre aux décideurs la raison pour laquelle le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Le Ministre a continué à tenter de trouver des mesures d'atténuation et d'accommodement en procédant à des consultations additionnelles, mais sans succès. Les négociations étaient terminées.

[40] Le 20 mars 2012, le Ministre a signé l'ACA avec Glacier Resorts. Le document prévoyait un certain nombre de mesures pour répondre aux préoccupations soulevées par les Ktunaxa lors des consultations : motifs du juge en chambre, par. 236-239.

[41] En résumé, les Ktunaxa ont joué un rôle actif à toutes les phases du long processus réglementaire qui a mené à l'approbation du projet de station de ski. Par suite de la consultation qui a eu lieu au cours du processus réglementaire, l'étendue du projet a été grandement réduite, des mesures ont été prises pour protéger les grizzlys et les intérêts spirituels des Ktunaxa, et des discussions ont été engagées sur des enjeux économiques et autres intérêts, notamment en matière d'indemnisation. Les zones fréquentées abondamment par les grizzlys ont été retirées du projet. Enfin, des progrès ont été réalisés et la conclusion d'un accord semblait imminente.

[42] En 2010, la déclaration sur le Qat'muk a mis fin à cette perspective d'entente sur d'éventuels accommodements. Les Ktunaxa ont dit à la réunion de septembre 2009 qu'il n'était pas possible de répondre à leurs préoccupations d'ordre spirituel. La déclaration sur le Qat'muk de 2010 a changé sans

2017 SCC 54 (CanLII)

accommodation to rejection of the entire project; from a search for protection of spiritual values inhering in the valley and the grizzly bear population, to the position that any permanent structures on the proposed resort site would drive out Grizzly Bear Spirit and destroy the foundation of Ktunaxa spiritual practice.

[43] The stance taken by the Ktunaxa in September 2009 and again in late 2010 with the issuance of the Qat'muk Declaration amounted, in effect, to a different and uncompromising claim regarding suitable accommodation. The claim now was not a claim to generalized spiritual values that could be accommodated by measures like land reserves, economic payments and environmental protections. Instead, it was an absolute claim to a sacred site, which must be preserved and protected from permanent human habitation. To identify this claim — which first arose in September 2009 and was affirmed in December 2009 and again by the Qat'muk Declaration — we refer to it below as the "Late-2009 Claim". There was no way the proposed resort could be reconciled with this claim. The Minister made efforts to continue consultation, but, not surprisingly, they failed. In 2011, the Minister concluded that sufficient consultation had occurred and approved the resort development.

III. Decisional History

A. *The Minister's Rationale*

[44] On March 20, 2012, the Minister approved the resort MDA and issued the Rationale for his decision: Schedule "F" of 2014 BCSC 568, at pp. 117-24 (CanLII) ("Rationale"). The Rationale in turn referenced the detailed Consultation/Accommodation Summary, which was finalized in March 2011: see R.R. (Minister), at pp. 66-154.

équivoque le processus : d'une recherche d'accommodements acceptables, on est passé à un rejet de l'ensemble du projet, et d'une recherche de protection des valeurs spirituelles inhérentes à la vallée et de la population de grizzlys, on en est venu à la position que toute installation permanente sur l'emplacement proposé de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et détruirait le fondement de la pratique spirituelle des Ktunaxa.

[43] La position adoptée par les Ktunaxa en septembre 2009 et de nouveau à la fin de 2010 avec la publication de la déclaration sur le Qat'muk équivalait en fait à une revendication différente et inflexible au sujet d'un accommodement convenable. La revendication ne portait alors plus sur les valeurs spirituelles répandues auxquelles il serait possible de satisfaire par la prise de mesures comme la création de réserves foncières, le versement de sommes d'argent et la protection de l'environnement. Il s'agissait désormais plutôt d'une revendication absolue à l'égard d'un lieu sacré qui devait être préservé et protégé de l'habitation humaine permanente. Nous l'appelons ci-dessous « revendication de la fin de 2009 », laquelle a été formulée la première fois en septembre 2009 puis de nouveau en décembre 2009 ainsi que dans la déclaration sur le Qat'muk. Il n'y avait aucun moyen de concilier cette revendication avec le projet de station de ski. Le Ministre a essayé de poursuivre les consultations mais, sans surprise, celles-ci ont échoué. En 2011, le Ministre a conclu qu'il y avait eu des consultations suffisantes et a approuvé l'aménagement de la station de ski.

III. Historique des décisions

A. *Les motifs du Ministre*

[44] Le 20 mars 2012, le Ministre a approuvé l'ACA et rendu les motifs de sa décision (annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (CanLII) (« Motifs »)), lesquels renvoyaient au détaillé Résumé des consultations et des mesures d'accommodement, qui a été achevé en mars 2011 (voir le d.i. (Ministre), p. 66-154).

2017 SCC 54 (CanLII)

[45] The Minister stated that while the Aboriginal claims to the area remained to be proven, he was required to give them due respect and recognition, and consult with the groups with a view to accommodating their interests. The Shuswap had concluded that sufficient consultation had occurred, but the Ktunaxa had not.

[46] The Minister stated that he recognized the genuinely sacred values at stake for the Ktunaxa leadership and knowledge keepers. He stated that it was not clear whether the Ktunaxa spiritual claims would be found to be a constitutionally protected right or whether the claimed right could be reconciled with other claimed Aboriginal rights and Ktunaxa access to the valley for a variety of traditional and modern uses, including hunting, gathering and fishing. He viewed the claim as weak, due to lack of indication that the claimed right was part of an Aboriginal tradition, practice or activity integral to the Ktunaxa culture, and the fact that details of the spiritual interest were not shared with or known to the general Ktunaxa population. (The latter point must refer to the Late-2009 Claim, since the more general spiritual claims that had been advanced from the start of the process were broadly known and shared.)

[47] The Minister reviewed the extensive record of consultation with the Ktunaxa over the past two decades, and noted the many accommodations and adjustments that had been made in an effort to accommodate their interests. These included a 60% reduction in the resort development area, on-site environmental monitors, continued use of the area for traditional practices, and measures designed to reduce the impact of the development on grizzly bears. The lower Jumbo Creek area and a ski lift on the west side of the valley had been removed from the development because of perceived greater visitation by grizzly bears in these areas. A wildlife management area had been established to address potential impacts in relation to grizzly bears and the

[45] Le Ministre a déclaré que le bien-fondé des revendications des Autochtones à l'égard de la région devait encore être prouvé, mais qu'il devait malgré tout faire preuve de respect à l'égard de ces revendications et reconnaître leur existence et qu'il devait consulter les groupes dans le but de tenir compte de leurs intérêts. Les Shuswap avaient conclu au caractère suffisant de la consultation, mais non les Ktunaxa.

[46] Le Ministre a déclaré qu'il reconnaissait les valeurs véritablement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir. Il a ajouté qu'on ne savait pas si les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa seraient considérées comme un droit protégé par la Constitution ou si le droit revendiqué pourrait être concilié avec d'autres droits revendiqués par les Autochtones et l'accès des Ktunaxa à la vallée pour diverses activités traditionnelles et modernes, notamment la chasse, la cueillette et la pêche. À son avis, la revendication était faible car, d'une part, peu d'indices laissaient croire que le droit revendiqué faisait partie d'une tradition, pratique ou activité ancestrale essentielle à la culture des Ktunaxa et, d'autre part, en raison du fait que les détails de l'intérêt en question n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière. (Le dernier point renvoie à la revendication de la fin de 2009, étant donné que les revendications plus générales de nature spirituelle invoquées depuis le début du processus étaient notoires.)

[47] Le Ministre, qui a examiné le volumineux dossier des consultations menées auprès des Ktunaxa au cours des deux dernières décennies, a indiqué qu'un grand nombre de mesures d'accommodement et d'ajustements avaient été consentis pour tenter de répondre aux intérêts de cette nation. On avait par exemple réduit de 60 p. 100 la zone d'aménagement réservée à la station de ski, dépêché sur place des inspecteurs de l'environnement, assuré l'utilisation continue de la zone pour des pratiques traditionnelles et pris des mesures pour atténuer les répercussions de l'aménagement sur les grizzlys. On avait retiré du projet le secteur inférieur de Jumbo Creek et un remonte-pente du côté ouest de la vallée parce qu'on avait l'impression que le grizzly fréquentait

2017 SCC 54 (CanLII)

spiritual value of the valley. And the province committed to continue to proactively manage the grizzly bear population through existing legislation and policies. The Minister stated in his Rationale:

> For these reasons I have concluded that, on balance, the commitments and strategies in place are reasonable and minimize the potential impact to the environment and specifically, to Grizzly bear habitat. [p. 124]

[48] The Minister concluded that overall, consultation had been at the "deep end of the consultation spectrum" (p. 123). This, combined with the accommodation measures put in place, was adequate "in respect of those rights for which the strength of claim is strong, and for which potential impacts of the project could be significant" (*ibid.*). The extensive accommodation measures relating to the continued ability of the Ktunaxa to continue to exercise their Aboriginal rights, balanced against the societal benefits of the project ($900 million in capital investment and 750 to 800 permanent, direct jobs), were reasonable.

[49] Noting once again the extensive consultation and assessment processes that had taken place, the Minister stated that he had decided to approve the MDA for the Jumbo Glacier Resort.

B. *The Chambers Judge's Reasons*

[50] The Ktunaxa sought judicial review of the Minister's decision. They filed a petition, claiming the decision violated their freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*, and breached the Crown's duty to consult and accommodate their Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

davantage ces secteurs. Une aire de gestion de la faune avait été établie pour atténuer les éventuelles répercussions du projet sur les grizzlys et la valeur spirituelle de la vallée. Par ailleurs, la province s'était engagée à poursuivre la gestion proactive de la population de grizzlys grâce à la législation et aux politiques existantes. Le Ministre a déclaré ce qui suit dans ses Motifs :

> [TRADUCTION] Tout bien considéré, j'ai conclu pour ces raisons que les engagements et stratégies en place sont raisonnables et minimisent les éventuelles répercussions sur l'environnement et, en particulier, sur l'habitat du grizzly. [p. 124]

[48] Le Ministre a conclu que, dans l'ensemble, la consultation s'était rendue [TRADUCTION] « à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Si l'on tient compte en outre des mesures d'accommodement prises, la consultation était adéquate « à l'égard des droits pour lesquels il existait une revendication solide, et pour lesquels les conséquences du projet pourraient être importantes » (*ibid.*). Il a jugé raisonnables les mesures importantes d'accommodement prises pour permettre aux Ktunaxa de continuer à exercer leurs droits ancestraux, par rapport aux avantages du projet pour la collectivité (investissements de 900 millions de dollars et entre 750 et 800 emplois directs et permanents).

[49] Rappelant les vastes consultations et processus d'évaluation qui avaient eu lieu, le Ministre a affirmé avoir décidé d'approuver l'ACA pour la station de ski Jumbo Glacier.

B. *Les motifs du juge en chambre*

[50] Les Ktunaxa ont sollicité le contrôle judiciaire de la décision du Ministre. Ils ont déposé une requête dans laquelle ils faisaient valoir que la décision portait atteinte à leur liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et ne respectait pas l'obligation de la Couronne de les consulter et de tenir compte des droits ancestraux qui leur sont reconnus à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

2017 SCC 54 (CanLII)

[51] The chambers judge, Savage J. (as he then was), dismissed the petition. On the *Charter* claim, he held that s. 2(*a*) protects against state coercion or constraint on individual conduct, but does not encompass "subjective loss of meaning" to a religion, without associated coercion or constraint on conduct (para. 299). He therefore rejected the claim that the state had a duty under s. 2(*a*) to stop the development because the Ktunaxa believe it would undermine their religious beliefs and practices.

[52] The chambers judge went on to say that if he were wrong in this conclusion about the scope of s. 2(*a*), the Minister's actions and accommodations represented a reasonable balancing of the s. 2(*a*) value and the statutory objectives, and thus did not unreasonably trench on freedom of religion.

[53] On the issue of consultation, the chambers judge found that the consultation process undertaken by the Minister was reasonable and appropriate, and that the Minister's proposed accommodations fell within a range of reasonable responses which upheld the honour of the Crown and satisfied the Crown's duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

C. *The Court of Appeal*

[54] The Court of Appeal dismissed the appeal: 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] The Court of Appeal held that the Minister's decision did not violate the Ktunaxa's right to freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter*. The chambers judge's view that s. 2(*a*) protected only against state coercion or constraint on individual conduct was too narrow; s. 2(*a*) freedom implies the vitality of a religious community as a whole. The proper test was whether "the subjective loss of meaning more than trivially or substantially interfere[d] with the *communal dimension* of the s. 2(a) right

[51] Le juge en chambre, le juge Savage (maintenant juge à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique), a rejeté la requête. Pour ce qui est de la revendication fondée sur la *Charte*, il a jugé que l'al. 2*a*) protège l'individu contre la coercition ou contrainte exercée par l'État, mais ne vise pas une [TRADUCTION] « perte subjective de sens » d'une religion, en l'absence de la coercition ou contrainte associée à la conduite (par. 299). Il a par conséquent rejeté l'argument des Ktunaxa selon lequel l'État était tenu par l'al. 2*a*) de mettre un terme au projet parce qu'ils croyaient qu'il nuirait à leurs croyances et pratiques religieuses.

[52] Le juge en chambre a ajouté que si sa conclusion au sujet de la portée de l'al. 2*a*) était erronée, il y avait un équilibre raisonnable entre, d'une part, les actes du Ministre et les mesures d'accommodement qu'il a prises et, d'autre part, les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*a*) et les objectifs de cette disposition, et qu'il n'était par conséquent pas porté atteinte de façon déraisonnable à la liberté de religion.

[53] Sur la question de la consultation, le juge en chambre a conclu que le processus de consultation suivi par le Ministre était raisonnable et approprié et que les mesures d'accommodement proposées par ce dernier faisaient partie des réponses raisonnables de nature à préserver l'honneur de la Couronne et respectaient l'obligation de la Couronne en matière de consultation et d'accommodement découlant de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

C. *La Cour d'appel*

[54] La Cour d'appel a rejeté l'appel : 2015 BCCA 352, 387 D.L.R. (4th) 10.

[55] Selon la Cour d'appel, la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit à la liberté de religion garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Elle a par ailleurs trouvé trop restrictive l'opinion du juge en chambre selon laquelle l'al. 2*a*) n'accordait une protection qu'à l'égard de la coercition ou contrainte exercée par l'État à l'égard d'une conduite individuelle, estimant que la liberté protégée à l'al. 2*a*) implique la vitalité d'une communauté religieuse dans son ensemble. Le bon test

2017 SCC 54 (CanLII)

by diminishing the vitality of the Ktunaxa religious community through a disruption of the 'deep linkages' between the asserted religious belief and its manifestation through communal Ktunaxa institutions": para. 67 (emphasis in original). However, protection of the communal dimension of freedom of religion does not extend to "restraining and restricting the behaviour of others who do not share that belief in the name of preserving subjective religious meaning" (para. 73). The court found that the Ktunaxa cannot, in the name of their own religious freedom, require others who do not share that belief to modify their behaviour. As stated in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 62, "[c]onduct which would potentially cause harm to or interference with the rights of others [may not] be protected."

consistait à déterminer si [TRADUCTION] « la perte de sens subjective [entravait] d'une manière plus que négligeable ou insignifiante la *dimension collective* du droit reconnu à l'al. 2a) en diminuant la vitalité de la communauté religieuse des Ktunaxa par la perturbation des "liens profonds" entre la croyance religieuse invoquée et sa manifestation au sein des institutions collectives des Ktunaxa » : par. 67 (en italique dans l'original). Toutefois, la protection de la dimension collective de la liberté de religion ne va pas jusqu'à « restreindre et limiter, au nom de la préservation d'un sens religieux subjectif, la conduite d'autres personnes qui ne partagent pas cette croyance » (par. 73). La Cour d'appel a conclu que les Ktunaxa ne peuvent pas, au nom de leur propre liberté de religion, exiger d'autres personnes ne partageant pas cette croyance qu'elles modifient leur comportement. Comme l'indique l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 62, « [u]ne conduite susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits [ne peut être] protégée. »

[56] On s. 35, the Court of Appeal agreed with the chambers judge's conclusion that "the process of consultation and the accommodation offered meets the reasonableness standard" (para. 93). It concluded that the chambers judge did not err in law by finding reasonable the Minister's characterization of the potential Aboriginal right as a right to "preclude permanent development" rather than a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection" (para. 81). Nor did the chambers judge understate the scale of the alleged infringement to the Ktunaxa and apply too light a standard of consultation; in fact, deep consultation consistent with an important impact took place. Finally, the chambers judge did not err in finding that the Ktunaxa first asserted the permanent nature of the proposed project would infringe their s. 35 Aboriginal rights in 2009. In fact, the chambers judge found that what was first asserted in 2009 was the position that "no accommodation" was possible — a finding supported by the record.

[56] Sur l'art. 35, la Cour d'appel a souscrit à la conclusion du juge en chambre selon laquelle [TRADUCTION] « le processus de consultation et l'accommodement offert satisfont à la norme du caractère raisonnable » (par. 93). D'après la Cour d'appel, le juge en chambre n'a pas commis d'erreur de droit en estimant raisonnable le fait que le Ministre a décrit l'éventuel droit ancestral comme un droit « d'empêcher tout aménagement permanent » plutôt qu'un droit de « se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (par. 81). Le juge en chambre n'a pas non plus minimisé l'étendue du préjudice dont seraient victimes les Ktunaxa ni appliqué une norme de consultation trop basse; il y a eu en effet des consultations approfondies en accord avec l'étendue du préjudice. Enfin, le juge en chambre n'a pas commis d'erreur en concluant que les Ktunaxa avaient fait valoir la première fois en 2009 que la nature permanente du projet porterait atteinte à leurs droits ancestraux reconnus à l'art. 35. En fait, il a conclu que ce qui a été exprimé la première fois en 2009, c'est la position qu'« aucun accommodement » n'était possible — conclusion étayée par le dossier.

2017 SCC 54 (CanLII)

IV. Issues

[57] A. Did the Minister's decision violate the Ktunaxa's freedom of conscience and religion?

B. Was the Minister's decision that the Crown had met its duty to consult and accommodate under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* reasonable?

V. Analysis

A. *Did the Minister's Decision Violate the Ktunaxa's Freedom of Conscience and Religion?*

(1) The Claim

[58] The Ktunaxa contend that the Minister's decision to allow the Glacier Resorts project to proceed violates their right to freedom of conscience and religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter*. This claim is asserted independently from the Ktunaxa's s. 35 claim. Even if the Minister undertook adequate consultation under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, his decision could be impeached on the ground that it violated the Ktunaxa's *Charter* guarantee of freedom of religion. We note that with respect to the s. 2(*a*) claim, the Ktunaxa stand in the same position as non-Aboriginal litigants.

[59] The Ktunaxa assert that the project, and in particular permanent overnight accommodation, will drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. As Grizzly Bear Spirit is central to Ktunaxa religious beliefs and practices, its departure, they say, would remove the basis of their beliefs and render their practices futile. The Ktunaxa argue that the vitality of their religious community depends on maintaining the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk.

[60] The Ktunaxa fault the Minister for not having considered their right to freedom of religion in

IV. Questions en litige

[57] A. La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?

B. Était-il raisonnable de la part du Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analyse

A. *La décision du Ministre a-t-elle violé la liberté de conscience et de religion des Ktunaxa?*

(1) La prétention

[58] Les Ktunaxa soutiennent que la décision du Ministre d'autoriser la poursuite du projet de Glacier Resorts viole leur droit à la liberté de conscience et de religion protégé par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Cette prétention est présentée indépendamment de la revendication des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Même si le Ministre a procédé à une consultation adéquate au titre de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sa décision pourrait être attaquée au motif qu'elle a porté atteinte à la liberté de religion des Ktunaxa garantie par la *Charte*. Nous tenons à souligner qu'en ce qui concerne la revendication fondée sur l'al. 2*a*), la situation des Ktunaxa est la même que celle des plaideurs non autochtones.

[59] Les Ktunaxa affirment que le projet, et en particulier les installations permanentes d'hébergement pour la nuit, chassera l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Comme cet esprit est au cœur de leurs croyances et pratiques religieuses, ils disent que son départ aurait pour effet d'éliminer le fondement de leurs croyances et de rendre inutiles leurs pratiques. Les Ktunaxa plaident que la vitalité de leur communauté religieuse dépend du maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk.

[60] Les Ktunaxa reprochent au Ministre de ne pas avoir tenu compte dans sa décision de leur droit

2017 SCC 54 (CanLII)

the course of his decision. The Ktunaxa raised the potential breach of s. 2(*a*) before the Minister. Nevertheless, the Minister's Rationale for approving the Jumbo Glacier Resort did not analyze the s. 2(*a*) claim. The Minister should have discussed the s. 2(*a*) claim. However, his failure to conduct an analysis of the Ktunaxa's right to freedom of religion is immaterial because the claim falls outside the scope of s. 2(*a*). This was the finding of both the chambers judge and the Court of Appeal and we agree, though for somewhat different reasons.

(2) The Scope of Freedom of Religion

[61] The first step where a claim is made that a law or governmental act violates freedom of religion is to determine whether the claim falls within the scope of s. 2(*a*). If not, there is no need to consider whether the decision represents a proportionate balance between freedom of religion and other considerations: *Amselem*, at para. 181.

[62] The seminal case on the scope of the *Charter* guarantee of freedom of religion is this Court's decision in *Big M Drug Mart*. The majority of the Court, per Justice Dickson (as he then was), defined s. 2(*a*) as protecting "the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 336).

[63] So defined, s. 2(*a*) has two aspects — the freedom to hold religious beliefs and the freedom to manifest those beliefs. This definition has been adopted in subsequent cases: *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 58; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 159; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 32; *Amselem*, at para. 40.

à la liberté de religion. Ils ont soutenu devant lui qu'il pourrait y avoir contravention à l'al. 2*a*). Malgré cela, les motifs pour lesquels le Ministre a approuvé le projet Jumbo Glacier ne contenaient pas d'analyse de la revendication fondée sur l'al. 2*a*). Le Ministre aurait dû analyser cette revendication. L'omission du Ministre d'examiner le droit à la liberté de religion des Ktunaxa est toutefois sans importance parce que la revendication ne relève pas de l'al. 2*a*). C'est la conclusion à laquelle sont arrivés le juge en chambre et la Cour d'appel et nous partageons leur avis, quoique pour des raisons quelque peu différentes.

(2) La portée de la liberté de religion

[61] Lorsqu'un intéressé fait valoir qu'une mesure législative ou une action de l'État viole sa liberté de religion, la première étape consiste à juger si l'allégation relève de l'al. 2*a*). Dans la négative, il n'est pas nécessaire de chercher à savoir si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et d'autres facteurs : *Amselem*, par. 181.

[62] L'arrêt de principe sur l'étendue de la liberté de religion garantie par la *Charte* est *Big M Drug Mart*. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit l'al. 2*a*) comme protégeant « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles, et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 336).

[63] Ainsi défini, l'al. 2*a*) comporte deux volets : la liberté d'avoir des croyances religieuses et celle de manifester ces croyances. Cette définition a été reprise dans des arrêts ultérieurs : *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 58; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 68; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 159; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 32; *Amselem*, par. 40.

2017 SCC 54 (CanLII)

[64] These two aspects of the right to freedom of religion — the freedom to hold a religious belief and the freedom to manifest it — are reflected in international human rights law. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948) ("UDHR"), first defined the right in international law in these terms: "Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance."

[65] Similarly, art. 18(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47 ("ICCPR"), defined the right to freedom of religion as consisting of "freedom to have or to adopt a religion or belief of [one's] choice" and "freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching". The relevance of art. 18(1) of the ICCPR to s. 2(*a*) of the *Charter* was considered by a noted human rights jurist, Tarnopolsky J.A., in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). He observed that art. 18(1) defined freedom of religion "as including not only the right to have or adopt a religion or belief of one's choice, but also to be able to 'manifest' the religion or belief" (p. 421 (emphasis deleted)), and added that s. 2(*a*) of the *Charter* — then a new and judicially unconsidered feature of Canada's Constitution — should be "interpreted in conformity with our international obligations" (p. 420). On further appeal to this Court, Dickson C.J. approved Tarnopolsky J.A.'s approach to s. 2(*a*), noting that his definition of freedom of religion "to include the freedom to manifest and practice one's religious beliefs . . . anticipated conclusions which were reached by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 735. Later, in *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 349, Dickson C.J. proposed, as Tarnopolsky J.A. had done, that the *Charter* be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in Canada's international human rights obligations. The Court has since

[64] Ces deux volets du droit à la liberté de religion — la liberté d'avoir une croyance religieuse et la liberté de la manifester — trouvent leur expression dans le droit international en matière de droits de la personne. L'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948) (« DUDH »), a défini ainsi pour la première fois ce droit en droit international : « Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites. »

[65] De même, le par. 18(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 nº 47 (« PIDCP »), a défini le droit à la liberté de religion comme « la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix » et « la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement ». La pertinence du par. 18(1) du PIDCP pour l'al. 2*a*) de la *Charte* a été examinée par un éminent juriste des droits de la personne, le juge Tarnopolsky, dans *R. c. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.). Il a fait observer que, selon le par. 18(1), la liberté de religion [TRADUCTION] « comprend non seulement le droit d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, mais aussi la faculté de "manifester" la religion ou conviction » (p. 421 (soulignement omis)), et ajouté que l'al. 2*a*) de la *Charte* — alors un nouvel aspect de la Constitution canadienne sur lequel les tribunaux ne s'étaient pas encore penchés — doit être « interprété conformément à nos obligations internationales » (p. 420). À la suite du pourvoi formé devant notre Cour, le juge en chef Dickson a souscrit à la manière dont le juge Tarnopolsky a abordé l'al. 2*a*) et signalé qu'en définissant la liberté de religion « comme incluant la liberté de manifester et de mettre en pratique ses croyances religieuses [. . .] le juge Tarnopolsky a devancé les conclusions tirées par notre Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* » : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 735. Puis, dans le *Renvoi relatif à la Public Service*

2017 SCC 54 (CanLII)

adopted this interpretive presumption: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paras. 22-23 and 25; *India v. Badesha*, 2017 SCC 44, [2017] 2 S.C.R. 127, at para. 38.

[66] The two aspects of freedom of religion enunciated in the UDHR and ICCPR are also found in international human rights instruments to which Canada is not a party. Article 9(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, recognizes everyone's right to "freedom of thought, conscience and religion" including "freedom . . . to manifest [one's] religion or belief, in worship, teaching, practice and observance". The *American Convention on Human Rights*, 1144 U.N.T.S. 123, provides, at art. 12(1), that "[e]veryone has the right to freedom of conscience and of religion" including "freedom to profess or disseminate one's religion or beliefs", while art. 12(3) indicates that the "[f]reedom to manifest one's religion and beliefs" may be subject only to lawful limitations. While these instruments are not binding on Canada and therefore do not attract the presumption of conformity, they are nevertheless important illustrations of how freedom of religion is conceived around the world.

[67] The scope of freedom of religion in these instruments is expressed in terms of the right's two aspects: the freedom to believe and the freedom to manifest belief. This Court's definition from *Big M Drug Mart*, consistently applied in later cases, is in keeping with this conception of the right's scope. The question, then, is whether the Ktunaxa's claim falls within that scope.

Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349, le juge en chef Dickson a proposé, à l'instar du juge Tarnopolsky, de présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les obligations internationales du Canada relatives aux droits de la personne. La Cour a depuis fait sienne cette présomption d'interprétation : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 22-23 et 25; *Inde c. Badesha*, 2017 CSC 44, [2017] 2 R.C.S. 127, par. 38.

[66] Les deux volets de la liberté de religion énoncés dans la DUDH et le PIDCP figurent aussi dans les instruments internationaux sur les droits de l'homme auxquels le Canada n'est pas partie. Le paragraphe 9(1) de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, reconnaît à toute personne le droit à « la liberté de pensée, de conscience et de religion », notamment « la liberté [. . .] de manifester sa religion ou sa conviction [. . .] par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». La *Convention américaine relative aux droits de l'homme*, 1144 R.T.N.U. 123, dispose, en son par. 12(1), que « [t]oute personne a droit à la liberté de conscience et de religion », y compris « la liberté de professer et de répandre sa foi ou ses croyances », tandis que le par. 12(3) indique que « [l]a liberté de manifester sa religion ou ses croyances » ne peut être assortie que de restrictions prévues par la loi. Bien que ces instruments ne lient pas le Canada et ne font donc pas intervenir la présomption de conformité, ils constituent des illustrations importantes de la manière dont on conçoit la liberté de religion partout dans le monde.

[67] La portée de la liberté de religion est exprimée dans ces instruments sous l'angle des deux volets du droit : la liberté de croire et la liberté de manifester une croyance. La définition donnée par notre Cour dans *Big M Drug Mart* et systématiquement appliquée par la suite concorde avec cette conception de la portée du droit. Il s'agit alors de savoir si la revendication des Ktunaxa s'inscrit dans cette portée.

2017 SCC 54 (CanLII)

(3) Application to This Case

[68] To establish an infringement of the right to freedom of religion, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned state conduct interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief: see *Multani*, at para. 34.

[69] In this case, it is undisputed that the Ktunaxa sincerely believe in the existence and importance of Grizzly Bear Spirit. They also believe that permanent development in Qat'muk will drive this spirit from that place. The chambers judge indicated that Mr. Luke came to this belief in 2004 but whether this belief is ancient or recent plays no part in our s. 2(*a*) analysis. The *Charter* protects all sincere religious beliefs and practices, old or new.

[70] The second part of the test, however, is not met in this case. This stage of the analysis requires an objective analysis of the interference caused by the impugned state action: *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 24. The Ktunaxa must show that the Minister's decision to approve the development interferes either with their freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or their freedom to manifest that belief. But the Minister's decision does neither of those things. This case is not concerned with either the freedom to hold a religious belief or to manifest that belief. The claim is rather that s. 2(*a*) of the *Charter* protects the presence of Grizzly Bear Spirit in Qat'muk. This is a novel claim and invites this Court to extend s. 2(*a*) beyond the scope recognized in our law.

[71] We would decline this invitation. The state's duty under s. 2(*a*) is not to protect the object of beliefs, such as Grizzly Bear Spirit. Rather, the state's duty is to protect everyone's freedom to hold such beliefs and to manifest them in worship and practice or by teaching and dissemination. In short, the *Charter* protects the freedom to worship, but does

(3) Application en l'espèce

[68] Pour démontrer qu'il y a atteinte au droit à la liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance : voir *Multani*, par. 34.

[69] Dans la présente affaire, nul ne conteste que les Ktunaxa croient sincèrement en l'existence et l'importance de l'Esprit de l'Ours Grizzly. Ils croient aussi qu'un aménagement permanent à l'intérieur du Qat'muk en chassera cet esprit. Selon le juge en chambre, M. Luke est parvenu à cette croyance en 2004, mais le caractère ancien ou récent de cette croyance ne joue aucun rôle dans notre analyse fondée sur l'al. 2*a*). La *Charte* protège toutes les croyances et pratiques religieuses sincères, qu'elles soient anciennes ou récentes.

[70] Il n'est toutefois pas satisfait au second volet du critère en l'espèce. À ce stade de l'analyse, il faut examiner objectivement l'atteinte causée par l'acte reproché à l'État : *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 24. Les Ktunaxa doivent démontrer que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte soit à leur liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly, soit à leur liberté de manifester cette croyance. Or, la décision ne porte atteinte à aucune de ces libertés. La présente affaire ne porte ni sur la liberté d'avoir une croyance religieuse ni sur celle de manifester cette croyance, mais plutôt sur l'allégation que l'al. 2*a*) de la *Charte* assure la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans le Qat'muk. Par cette allégation inédite, on invite la Cour à étendre l'al. 2*a*) au-delà de ce que reconnaît le droit canadien.

[71] Nous sommes d'avis de décliner cette invitation. L'obligation imposée à l'État par l'al. 2*a*) ne consiste pas à protéger l'objet des croyances, comme l'Esprit de l'Ours Grizzly. Il incombe plutôt à l'État de protéger la liberté de toute personne d'avoir pareilles croyances et de les manifester par le culte et la pratique ou par l'enseignement et la propagation.

2017 SCC 54 (CanLII)

not protect the spiritual focal point of worship. We have been directed to no authority that supports the proposition that s. 2(*a*) protects the latter, rather than individuals' liberty to hold a belief and to manifest that belief. Section 2(*a*) protects the freedom to pursue practices, like the wearing of a kirpan in *Multani* or refusing to be photographed in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567. And s. 2(*a*) protects the right to freely hold the religious beliefs that motivate such practices. In this case, however, the appellants are not seeking protection for the freedom to believe in Grizzly Bear Spirit or to pursue practices related to it. Rather, they seek to protect Grizzly Bear Spirit itself and the subjective spiritual meaning they derive from it. That claim is beyond the scope of s. 2(*a*).

Bref, la *Charte* protège la liberté de culte, mais non le point de mire spirituel du culte. On ne nous a présenté aucune source qui étaye la proposition selon laquelle l'al. 2*a*) protège cette composante plutôt que la liberté des individus d'avoir une croyance et de la manifester. L'alinéa 2*a*) protège la liberté de se livrer à des pratiques, comme le port d'un kirpan (dans *Multani*) ou le refus d'être photographié (dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). L'alinéa 2*a*) protège en outre le droit à la liberté d'avoir des croyances religieuses qui motivent de telles pratiques. Or, en l'espèce, les appelants ne réclament pas la protection de la liberté de croire en l'Esprit de l'Ours Grizzly ou de s'adonner à des pratiques connexes. Ils sollicitent plutôt la protection de l'Esprit de l'Ours Grizzly lui-même et du sens spirituel subjectif qu'ils en dégagent. Cette revendication déborde le cadre de l'al. 2*a*).

[72] The extension of s. 2(*a*) proposed by the Ktunaxa would put deeply held personal beliefs under judicial scrutiny. Adjudicating how exactly a spirit is to be protected would require the state and its courts to assess the content and merits of religious beliefs. In *Amselem*, this Court chose to protect *any* sincerely held belief rather than examining the specific merits of religious beliefs:

> In my view, the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma. Accordingly, courts should avoid judicially interpreting and thus determining, either explicitly or implicitly, the content of a subjective understanding of religious requirement, "obligation", precept, "commandment", custom or ritual. Secular judicial determinations of theological or religious disputes, or of contentious matters of religious doctrine, unjustifiably entangle the court in the affairs of religion.

(para. 50, per Iacobucci J.)

[72] L'élargissement de l'al. 2*a*) proposé par les Ktunaxa exposerait les croyances intimes profondes au contrôle des tribunaux. Statuer sur la protection exacte dont doit bénéficier un esprit reviendrait à obliger l'État et ses tribunaux à juger de la teneur et du bien-fondé de croyances religieuses. Dans *Amselem*, notre Cour a choisi de protéger *toute* croyance sincère au lieu d'examiner le bien-fondé précis de croyances religieuses :

> À mon avis, l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir. Les tribunaux devraient donc éviter d'interpréter — et ce faisant de déterminer —, explicitement ou implicitement, le contenu d'une conception subjective de quelque exigence, « obligation », précepte, « commandement », coutume ou rituel d'ordre religieux. Statuer sur des différends théologiques ou religieux ou sur des questions litigieuses touchant la doctrine religieuse amènerait les tribunaux à s'empêtrer sans justification dans le domaine de la religion.

(par. 50, le juge Iacobucci)

The Court in *Amselem* concluded that such an inquiry into profoundly personal beliefs would be inconsistent with the principles underlying freedom of religion (para. 49).

Dans *Amselem*, la Cour a conclu que pareil examen des croyances intimes profondes est incompatible avec les principes de base de la liberté de religion (par. 49).

2017 SCC 54 (CanLII)

[73] The Ktunaxa argue that the *Big M Drug Mart* definition of the s. 2(*a*) guarantee has been subsequently enriched by an understanding that freedom of religion has a communal aspect, and that the state cannot act in a way that constrains or destroys the communal dimension of a religion. Grizzly Bear Spirit's continued occupation of Qat'muk is essential to the communal aspect of Ktunaxa religious beliefs and practices, they assert. State action that drives Grizzly Bear Spirit from Qat'muk will, the Ktunaxa say, "constrain" or "interfere" with — indeed destroy — the communal aspect of s. 2(*a*) protection.

[74] The difficulty with this argument is that the communal aspect of the claim is also confined to the scope of freedom of religion under s. 2(*a*). It is true that freedom of religion under s. 2(*a*) has a communal aspect: *Loyola*; *Hutterian Brethren*, at para. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650. But the communal aspects of freedom of religion do not, and should not, extend s. 2(*a*)'s protection beyond the freedom to have beliefs and the freedom to manifest them.

[75] We conclude that s. 2(*a*) protects the freedom to have and manifest religious beliefs, and that the Ktunaxa's claim does not fall within these parameters. It is therefore unnecessary to consider whether the Minister's decision represents a reasonable balance between freedom of religion and other considerations.

B. *Was the Minister's Decision That the Crown Had Met Its Duty to Consult and Accommodate Under Section 35 of the Constitution Act, 1982 Reasonable?*

[76] The Ktunaxa say that the Minister's decision that consultation and accommodation had been sufficient to satisfy s. 35 was unreasonable, which in turn rendered his decision to approve the resort unreasonable and invalid.

[73] Les Ktunaxa soutiennent que la définition de la garantie de l'al. 2*a*) formulée dans *Big M Drug Mart* a été ultérieurement enrichie par la compréhension du fait que la liberté de religion comporte un volet collectif et que l'État ne peut agir d'une façon qui restreint ou détruit la dimension collective d'une religion. Selon eux, le maintien de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly au Qat'muk est essentiel au volet collectif des croyances et pratiques religieuses des Ktunaxa. Aux dires des Ktunaxa, l'action de l'État qui a pour effet de chasser l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk [TRADUCTION] « restreindrait » ou « entraverait » — voire détruirait — le volet collectif de la protection offerte par l'al. 2*a*).

[74] Le problème que pose cet argument est que le volet collectif de la revendication doit lui aussi s'inscrire dans les limites de la liberté de religion reconnue à l'al. 2*a*). Il est vrai que cette liberté de religion comporte un volet collectif : *Loyola*; *Hutterian Brethren*, par. 89; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, la dimension collective de la liberté de religion n'étend pas, et ne doit pas étendre, la protection accordée par l'al. 2*a*) au-delà de la liberté d'avoir des croyances et de la liberté de les manifester.

[75] Nous concluons que l'al. 2*a*) protège la liberté d'avoir des croyances religieuses et de les manifester et que la revendication des Ktunaxa ne relève pas de ces paramètres. Il n'est donc pas nécessaire de se demander si la décision du Ministre représente une mise en balance raisonnable de la liberté de religion et d'autres facteurs.

B. *Était-il raisonnable pour le Ministre de décider que la Couronne s'était acquittée de l'obligation de consultation et d'accommodement que lui impose l'art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982?*

[76] Les Ktunaxa affirment qu'il était déraisonnable de la part du Ministre de décider que les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient suffisantes pour respecter l'art. 35, et que cela rendait par ricochet déraisonnable et invalide sa décision d'approuver la station de ski.

2017 SCC 54 (CanLII)

[77] The Minister's decision that an adequate consultation and accommodation process occurred is entitled to deference: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, at para. 62. The chambers judge was required to determine whether the Minister reasonably concluded that the Crown's obligation to consult and accommodate had been met. A reviewing judge does not decide the constitutional issues raised in isolation on a standard of correctness, but asks rather whether the decision of the Minister, on the whole, was reasonable.

(1) The Legal Requirements of the Section 35 Consultation and Accommodation Process

[78] The constitutional guarantee of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is not confined to treaty rights or to proven or settled Aboriginal rights and title claims. Section 35 also protects the potential rights embedded in as-yet unproven Aboriginal claims and, pending the determination of such claims through negotiation or otherwise, may require the Crown to consult and accommodate Aboriginal interests: *Haida Nation*, at paras. 25 and 27. Where, as here, a permit is sought to use or develop lands subject to an unproven Aboriginal claim, the government is required to consult with the affected Aboriginal group and, where appropriate, accommodate the group's claim pending its final resolution. This obligation flows from the honour of the Crown and is constitutionalized by s. 35.

[79] The extent of the Crown's duty to consult and accommodate in the case of an unproven Aboriginal claim varies with the *prima facie* strength of the claim and the effect the proposed development or use will have on the claimed Aboriginal right: *Haida Nation*, at paras. 43-44. A strong *prima facie* claim and significant impact may require deep consultation. A weak claim or transient impact may

[77] Il convient de faire preuve de déférence à l'égard de la décision du Ministre selon laquelle les consultations menées et les mesures d'accommodement prises étaient adéquates : *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, par. 62. Le juge en chambre devait décider s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la Couronne s'était acquittée de son obligation de consulter et d'accommoder. Un juge qui siège en révision ne tranche pas les questions constitutionnelles soulevées de façon isolée selon la norme de la décision correcte, mais se demande plutôt si la décision du Ministre, prise dans son ensemble, était raisonnable.

(1) Les exigences juridiques du processus de consultation et d'accommodement établi à l'art. 35

[78] La garantie constitutionnelle de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne vise pas uniquement les droits issus de traités ou les revendications prouvées ou réglées de droits ancestraux et de titre ancestral. L'article 35 protège aussi les droits éventuels inhérents aux revendications autochtones qui n'ont pas encore été formellement établies et il peut obliger la Couronne à consulter les Autochtones et à prendre en compte leurs intérêts en attendant qu'il soit statué sur ces revendications par la négociation ou une autre procédure : *Nation haïda*, par. 25 et 27. Lorsque, comme en l'espèce, on demande un permis pour utiliser ou aménager des terres qui font l'objet d'une revendication autochtone dont le bien-fondé n'a pas été démontré, le gouvernement est tenu de consulter le groupe autochtone touché et, s'il y a lieu, de tenir compte de la revendication du groupe en attendant son règlement définitif. Cette obligation découle de l'honneur de la Couronne et est constitutionnalisée à l'art. 35.

[79] L'étendue de l'obligation de la Couronne de consulter les Autochtones et de tenir compte d'une revendication autochtone non encore établie varie selon la solidité de la revendication à première vue et l'effet du projet d'aménagement ou d'utilisation des terres sur le droit ancestral revendiqué : *Nation haïda*, par. 43-44. Une revendication solide à première vue et des conséquences importantes peuvent

2017 SCC 54 (CanLII)

attract a lighter duty of consultation. The duty is to consult and, where warranted, accommodate. Section 35 guarantees a process, not a particular result. The Aboriginal group is called on to facilitate the process of consultation and accommodation by setting out its claims clearly (*Haida Nation*, at para. 36) and as early as possible. There is no guarantee that, in the end, the specific accommodation sought will be warranted or possible. The ultimate obligation is that the Crown act honourably.

[80] The holdings of *Haida Nation*, as they pertain to this case, may be summarized as follows:

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate pending the resolution of claims is grounded in the honour of the Crown, and must be understood generously to achieve reconciliation (paras. 16-17).

- The Crown, acting honourably, cannot "cavalierly run roughshod over Aboriginal interests where claims affecting these interests are being seriously pursued in the process of treaty negotiation"; it must consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest (para. 27).

- The duty to consult is triggered by the Crown having "[k]nowledge of a credible but unproven claim" (para. 37).

- The content of the duty to consult and accommodate varies with the strength of the claim and the significance of the potential adverse effect on the Aboriginal interest (para. 39). Cases with a weak claim, a limited Aboriginal right, or a minor intrusion may require only notice, information, and response to queries. At the other end of the spectrum, a strong *prima facie* case with significant intrusion on an important right may require the Crown to engage in "deep consultation" and to accommodate the interest

nécessiter une consultation approfondie. Une revendication faible ou des conséquences temporaires peuvent commander une consultation moins vaste. L'obligation en est une de consultation et, s'il y a lieu, d'accommodement. L'article 35 garantit un processus, et non un résultat précis. Le groupe autochtone est appelé à faciliter le processus de consultation et d'accommodement en énonçant ses revendications clairement (*Nation haïda*, par. 36) et le plus tôt possible. Rien ne garantit qu'en fin de compte il sera justifié ou possible d'obtenir l'accommodement précis demandé. L'obligation incontournable est que la Couronne agisse honorablement.

[80] Les conclusions de *Nation haïda* applicables en l'espèce peuvent être résumées comme suit :

- L'obligation de consulter et, s'il y a lieu, d'accommoder en attendant le règlement des revendications découle du principe de l'honneur de la Couronne et doit recevoir une interprétation généreuse pour que l'on parvienne à une réconciliation (par. 16-17).

- La Couronne, qui agit honorablement, ne peut « traiter cavalièrement les intérêts autochtones qui font l'objet de revendications sérieuses dans le cadre du processus de négociation et d'établissement d'un traité »; elle doit consulter et, s'il y a lieu, prendre en compte l'intérêt des Autochtones (par. 27).

- L'obligation de consulter découle de la « connaissance [par la Couronne] d'une revendication crédible mais non encore établie » (par. 37).

- Le contenu de l'obligation de consulter et d'accommoder varie selon la solidité de la revendication et l'importance de l'effet préjudiciable potentiel sur l'intérêt autochtone (par. 39). Les cas où la revendication est peu solide, le droit ancestral, limité ou le risque d'atteinte, faible peuvent nécessiter uniquement un avis, une communication de renseignements et de réponses aux questions. À l'autre extrémité du continuum, les cas où la revendication repose sur une preuve solide à première vue et où le

2017 SCC 54 (CanLII)

by altering its plans. Between these extremes lie other cases (paras. 43-45).

- When the consultation process suggests amendment of Crown policy, a duty to reasonably accommodate the Aboriginal interest may arise (para. 47).

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate the Aboriginal interest is a two-way street. The obligations on the Crown are to provide notice and information on the project, and to consult with the Aboriginal group about its concerns. The obligations on the Aboriginal group include: defining the elements of the claim with clarity (para. 36); not frustrating the Crown's reasonable good faith attempts; and not taking unreasonable positions to thwart the Crown from making decisions or acting where, despite meaningful consultation, agreement is not reached (para. 42).

- The duty to consult and, if appropriate, accommodate Aboriginal interests may require the alteration of a proposed development. However, it does not give Aboriginal groups a veto over developments pending proof of their claims. Consent is required only for *proven* claims, and even then only in certain cases. What is required is a balancing of interests, a process of give and take (paras. 45 and 48-50).

[81] The steps in a consultation process may be summarized as follows:

1. Initiation of the consultation process, triggered when the Crown has knowledge, whether real

droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance peuvent obliger la Couronne à tenir une « consultation approfondie » et à prendre en compte les intérêts en modifiant ses projets. D'autres situations se situent entre ces deux extrémités (par. 43-45).

- S'il ressort des consultations que des modifications à la politique de la Couronne s'imposent, une obligation de tenir raisonnablement compte de l'intérêt autochtone peut prendre naissance (par. 47).

- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte de l'intérêt ancestral implique une réciprocité. Les obligations de la Couronne consistent à donner un avis et des renseignements sur le projet et à consulter le groupe autochtone au sujet de ses préoccupations. Quant au groupe autochtone, il doit notamment définir clairement les éléments de ses revendications (par. 36), ne pas contrecarrer les efforts déployés de bonne foi par la Couronne et ne pas défendre des positions déraisonnables pour empêcher la Couronne de prendre des décisions ou d'agir dans les cas où, malgré une véritable consultation, on ne parvient pas à s'entendre (par. 42).

- L'obligation de consulter et, le cas échéant, de tenir compte des intérêts autochtones peut nécessiter la modification d'un projet. Elle ne confère toutefois pas aux groupes autochtones un droit de veto à l'égard des projets en attendant que leurs revendications soient établies. Le consentement n'est requis que dans les cas des revendications *établies* et, même en pareille éventualité, seules certaines de ces revendications requièrent un consentement. Ce qu'il faut faire, c'est de mettre en balance les intérêts, un processus de concessions mutuelles (par. 45 et 48-50).

[81] Les étapes du processus de consultation peuvent être résumées ainsi :

1. Initiation du processus de consultation dès que la Couronne a connaissance, réellement ou par

2017 SCC 54 (CanLII)

or constructive, of the potential existence of an Aboriginal right or treaty right and contemplates conduct that might adversely affect it;

2. Determination of the level of consultation required, by reference to the strength of the *prima facie* claim and the significance of the potential adverse impact on the Aboriginal interest;

3. Consultation at the appropriate level; and

4. If the consultation shows it is appropriate, accommodation of the Aboriginal interest, pending final resolution of the underlying claim.

This summary of the steps in a consultation process is offered as guidance to assist parties in ensuring that adequate consultation takes place, not as a rigid test or a perfunctory formula. In the end there is only one question — whether in fact the consultation that took place was adequate.

(2) Was the Minister's Conclusion That the Consultation Process Satisfied Section 35 Reasonable?

[82] After an extensive regulatory process and negotiations with the Ktunaxa spanning two decades, the Minister concluded that the s. 35 duty of consultation and accommodation had been satisfied, and authorized the Glacier Resorts ski project. As noted, a court reviewing an administrative decision under s. 35 does not decide the constitutional issue *de novo* for itself. Rather, it must ask whether the administrative decision maker's finding on the issue was reasonable. The question before us is whether the Minister's conclusion, that consultation and accommodation sufficient to satisfy s. 35 had occurred, was reasonable.

[83] The s. 35 obligation to consult and accommodate regarding unproven claims is a right to a process, not to a particular outcome. The question is

interprétation, de l'existence possible d'un droit ancestral ou issu d'un traité et envisage d'accomplir un acte susceptible de lui porter préjudice;

2. Détermination du niveau de consultation requis en fonction de la solidité à première vue de la revendication et de l'importance de l'effet préjudiciable potentiel sur l'intérêt autochtone;

3. Consultation au degré approprié;

4. S'il ressort de la consultation que cela est indiqué, prise en compte de l'intérêt autochtone jusqu'au règlement définitif de la revendication sous-jacente.

Le résumé ci-dessus des étapes du processus de consultation sert de guide pour aider les parties à garantir une consultation adéquate; il ne se veut pas un critère rigoureux ou une formule superficielle. Au bout du compte, il n'y a qu'une seule question à se poser : la consultation qui a eu lieu était-elle réellement adéquate?

(2) La conclusion du Ministre selon laquelle le processus de consultation respecte l'art. 35 était-elle raisonnable?

[82] Au terme d'un long processus réglementaire et de négociations avec les Ktunaxa qui se sont échelonnés sur deux décennies, le Ministre a conclu qu'il avait été satisfait à l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 et il a autorisé le projet de station de ski de Glacier Resorts. Comme nous l'avons signalé, la cour qui contrôle une décision administrative au titre de l'art. 35 ne tranche pas la question constitutionnelle *de novo*, de façon indépendante. Elle doit plutôt se demander si la conclusion du décideur administratif sur cette question était raisonnable. La question dont nous sommes saisis consiste à savoir s'il était raisonnable de la part du Ministre de conclure que la consultation et les mesures d'accommodement étaient suffisantes pour respecter l'art. 35.

[83] L'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 pour ce qui est des revendications non établies est un droit à un processus,

2017 SCC 54 (CanLII)

not whether the Ktunaxa obtained the outcome they sought, but whether the process is consistent with the honour of the Crown. While the hope is always that s. 35 consultation will lead to agreement and reconciliation of Aboriginal and non-Aboriginal interests, *Haida Nation* makes clear that in some situations this may not occur, and that s. 35 does not give unsatisfied claimants a veto over development. Where adequate consultation has occurred, a development may proceed without the consent of an Indigenous group.

et non à un résultat en particulier. Il ne s'agit pas de savoir si les Ktunaxa ont obtenu le résultat qu'ils recherchaient, mais si le processus était conforme au principe de l'honneur de la Couronne. S'il est vrai qu'on espère toujours que les consultations menées au titre de l'art. 35 déboucheront sur une entente et une conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux des non-Autochtones, *Nation haïda* indique clairement que, dans les situations où cela ne se produit pas, l'art. 35 ne confère pas aux demandeurs insatisfaits un droit de veto sur les projets. S'il y a eu consultation adéquate, le projet peut aller de l'avant sans le consentement du groupe autochtone concerné.

[84] The Ktunaxa's petition asked the chambers judge to issue a declaration that Qat'muk is sacred to the Ktunaxa and that permanent construction is banned from that site. In effect, they ask the courts, in the guise of judicial review of an administrative decision, to pronounce on the validity of their claim to a sacred site and associated spiritual practices. This declaration cannot be made by a court sitting in judicial review of an administrative decision to approve a development. In judicial proceedings, such a declaration can only be made after a trial of the issue and with the benefit of pleadings, discovery, evidence and submissions. Aboriginal rights must be proven by tested evidence; they cannot be established as an incident of administrative law proceedings that centre on the adequacy of consultation and accommodation. To permit this would invite uncertainty and discourage final settlement of alleged rights through the proper processes. Aboriginal rights claims require that proper evidence be marshalled to meet specific legal tests in the context of a trial: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 109 and 143; *Mitchell v. M.N.R.*, 2001 SCC 33, [2001] 1 S.C.R. 911, at para. 26; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at para. 26.

[84] Dans leur requête, les Ktunaxa demandent au juge en chambre de rendre un jugement déclaratoire portant que le Qat'muk est sacré pour eux et qu'il est interdit d'ériger des installations permanentes en ce lieu. En fait, ils demandent aux tribunaux, sous le couvert d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, de se prononcer sur la validité de leur revendication à l'égard d'un lieu sacré et des pratiques spirituelles connexes. Ce jugement déclaratoire ne peut être rendu par une cour siégeant en contrôle d'une décision administrative d'approuver un aménagement. Dans une instance judiciaire, pareil jugement déclaratoire ne peut être rendu qu'après l'instruction de la question quand le tribunal bénéficie des actes de procédure, des interrogatoires préalables, des éléments de preuve et des arguments. Les droits ancestraux doivent être prouvés au moyen d'éléments mis à l'épreuve; ils ne peuvent être établis accessoirement dans le cadre d'une procédure administrative dont le point de mire est le caractère adéquat des consultations et des mesures d'accommodement. Permettre une telle chose causerait de l'incertitude et décourage rait le règlement définitif des droits allégués par la procédure appropriée. Les revendications de droits ancestraux nécessitent que l'on rassemble des preuves adéquates pour répondre à des critères juridiques précis dans le cadre d'un procès : *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 109 et 143; *Mitchell c. M.R.N.*, 2001 CSC 33, [2001] 1 R.C.S. 911, par. 26; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 26.

2017 SCC 54 (CanLII)

[85] Without specifically delegated authority, administrative decision makers cannot themselves pronounce upon the existence or scope of Aboriginal rights, although they may be called upon to assess the *prima facie* strength of unproven Aboriginal claims and the adverse impact of proposed government actions on those claims in order to determine the depth of consultation required. Indeed, in this case, the duty to consult arises regarding rights that remain unproven: *Haida Nation*, at para. 37.

[86] The Ktunaxa reply that they must have relief now, for if development proceeds Grizzly Bear Spirit will flee Qat'muk long before they are able to prove their claim or establish it under the B.C. treaty process. We are not insensible to this point. But the solution is not for courts to make far-reaching constitutional declarations in the course of judicial review proceedings incidental to, and ill-equipped to determine, Aboriginal rights and title claims. Injunctive relief to delay the project may be available. Otherwise, the best that can be achieved in the uncertain interim while claims are resolved is to follow a fair and respectful process and work in good faith toward reconciliation. Claims should be identified early in the process and defined as clearly as possible. In most cases, this will lead to agreement and reconciliation. Where it does not, mitigating potential adverse impacts on the asserted right ultimately requires resolving questions about the existence and scope of unsettled claims as expeditiously as possible. For the Ktunaxa, this may seem unsatisfactory, indeed tragic. But in the difficult period between claim assertion and claim resolution, consultation and accommodation, imperfect as they may be, are the best available legal tools in the reconciliation basket.

[85] Sans un pouvoir expressément délégué, les décideurs administratifs ne peuvent pas se prononcer eux-mêmes sur l'existence ou la portée de droits ancestraux, mais ils peuvent être appelés à évaluer la solidité à première vue de revendications autochtones non établies et l'effet préjudiciable de mesures gouvernementales proposées sur ces revendications afin de déterminer l'ampleur des consultations nécessaires. En effet, dans la présente affaire, l'obligation de consulter prend naissance à l'égard de droits qui ne sont toujours pas établis : *Nation haïda*, par. 37.

[86] Les Ktunaxa répliquent qu'ils doivent obtenir réparation maintenant parce que, si le projet va de l'avant, l'Esprit de l'Ours Grizzly fuira le Qat'muk bien avant qu'ils parviennent à établir le bien-fondé de leur revendication ou à le faire dans le cadre du processus des traités de la Colombie-Britannique. Nous ne sommes pas insensibles à ce point. Toutefois, la solution ne consiste pas pour les tribunaux à faire des déclarations constitutionnelles d'une portée considérable lors d'une procédure de contrôle judiciaire accessoire à des droits ancestraux et à des revendications de titre et mal conçue pour les trancher. Il est possible d'obtenir une injonction pour retarder l'exécution du projet. Sinon, le mieux que l'on puisse faire pendant la période d'incertitude temporaire où les revendications sont en voie de règlement, c'est de suivre un processus équitable et respectueux et de s'employer de bonne foi à parvenir à une réconciliation. Les revendications devraient être mentionnées tôt dans le processus et définies aussi clairement que possible. Dans la plupart des cas, une telle démarche mènera à un accord et à une conciliation. Dans les autres cas, pour atténuer les éventuels effets préjudiciables sur le droit revendiqué, il faudra, en dernière analyse, régler le plus rapidement possible les questions de l'existence et de la portée des revendications non encore établies. Pour les Ktunaxa, cette solution peut sembler insatisfaisante, voire tragique. Toutefois, lors de la difficile période allant de la présentation de la revendication à son règlement, la consultation et l'accommodement, aussi imparfaits soient-ils, demeurent les meilleurs outils juridiques dont ils disposent pour parvenir à une réconciliation.

2017 SCC 54 (CanLII)

[87] On the face of the matter, the Minister's decision that consultation sufficient to satisfy s. 35 had taken place does not appear to be unreasonable. The Ktunaxa spiritual claims to Qat'muk had been acknowledged from the outset. Negotiations spanning two decades and deep consultation had taken place. Many changes had been made to the project to accommodate the Ktunaxa's spiritual claims. At a point when it appeared all major issues had been resolved, the Ktunaxa, in the form of the Late-2009 Claim, adopted a new, absolute position that no accommodation was possible because permanent structures would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk. The Minister sought to consult with the Ktunaxa on the newly formulated claim, but was told that there was no point in further consultation given the new Ktunaxa position that no accommodation was possible and that only total rejection of the project would satisfy them. The process protected by s. 35 was at an end.

[87] Au vu du dossier, la conclusion du Ministre qu'il y avait eu consultation suffisante pour respecter l'art. 35 ne semble pas déraisonnable. Les revendications de nature spirituelle des Ktunaxa à l'égard du Qat'muk ont été reconnues dès le départ. Des négociations se sont échelonnées sur deux décennies et il y a eu des consultations approfondies. De nombreux changements ont été apportés au projet pour tenir compte des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa. Alors que tous les différends importants semblaient réglés, les Ktunaxa, dans leur revendication de la fin de 2009, ont adopté une nouvelle position absolue selon laquelle aucun accommodement n'était possible parce que des installations permanentes chasseraient l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk. Le Ministre a cherché à consulter les Ktunaxa pour discuter de la revendication nouvellement formulée, mais on lui a répondu qu'il était inutile de le faire vu la nouvelle position des Ktunaxa : aucun accommodement n'était possible et seul le rejet du projet dans son intégralité leur donnerait satisfaction. Le processus protégé par l'art. 35 a alors pris fin.

[88] We conclude that on its face, the record supports the reasonableness of the Minister's conclusion that the s. 35 obligation of consultation and accommodation had been met. However, it is necessary to consider the arguments advanced by the Ktunaxa in support of their position that this conclusion was unreasonable.

[88] Nous concluons que, de prime abord, le dossier étaye le caractère raisonnable de la conclusion du Ministre selon laquelle l'obligation de consultation et d'accommodement visée à l'art. 35 a été respectée. Il est toutefois nécessaire d'examiner les arguments présentés par les Ktunaxa au soutien de leur thèse selon laquelle cette conclusion était déraisonnable.

[89] The Ktunaxa in their factum say that the consultation process was inadequate to satisfy s. 35 because: (1) the government failed to properly characterize the right; (2) the government failed to comprehend the role of knowledge keepers, which contributed to the late disclosure of the true nature of the claim; (3) the government erroneously treated the spiritual right as weak; (4) the government failed to properly address the adverse impact of the project on the Ktunaxa's rights; (5) consultation was inadequate; and (6) no accommodation was made with respect to the spiritual right. The Ktunaxa point to errors and omissions in the Minister's Rationale, which they say show the unreasonableness of his conclusion that adequate s. 35 consultation occurred.

[89] Dans leur mémoire, les Ktunaxa affirment que le processus de consultation était insuffisant pour respecter l'art. 35 car : (1) le gouvernement n'a pas décrit correctement le droit; (2) le gouvernement n'a pas compris le rôle des gardiens du savoir, qui a contribué à la divulgation tardive de la véritable nature de la revendication; (3) le gouvernement a qualifié à tort le droit spirituel de faible; (4) le gouvernement a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur les droits des Ktunaxa; (5) la consultation était inadéquate; (6) le gouvernement ne s'est pas adapté au droit spirituel. Les Ktunaxa relèvent des erreurs et omissions dans les Motifs de la décision du Ministre qui, selon eux, témoignent du caractère déraisonnable de sa conclusion selon laquelle il y avait eu

2017 SCC 54 (CanLII)

Overall, the Ktunaxa say the process of consultation was flawed and did not fulfill the honour of the Crown or meet the goal of reconciliation. We will consider each of these submissions in turn. In this analysis we employ the term "spiritual" rather than "religious" only because this term was used by the parties in their submissions. As the chambers judge rightly noted (at para. 275), there is no issue here that the Ktunaxa's system of spiritual beliefs constitutes a religion.

(a) *Failure to Properly Characterize the Right*

[90] The Ktunaxa say that while the right claimed was the right "to exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection" (A.F., at para. 112), the Minister erroneously characterized it as a right "to preclude permanent development" (*ibid.*, at para. 116). This mischaracterization, the Ktunaxa say, precluded proper consultation and accommodation. In short, the Ktunaxa say, the Minister viewed the Ktunaxa as making a claim to preclude development, instead of a making a claim to a spiritual right.

[91] The record does not support the contention that the Minister mischaracterized the right in this way. Spiritual practices and interests were raised at the beginning of the regulatory process and continued to be discussed throughout, leading to a number of accommodations. The Minister's Rationale states:

> With respect to the Ktunaxa Nation's asserted spiritual interests in the area . . . the Consultation/Accommodation Summary notes how the Crown has endeavored to honourably give consideration to those interests, while at the same time applying the tests for determination of aboriginal rights as set out in relevant case law. [p. 122]

[92] The Consultation/Accommodation Summary states:

consultation adéquate au titre de l'art. 35. Somme toute, les Ktunaxa soutiennent que le processus de consultation était déficient, qu'il ne respectait pas le principe de l'honneur de la Couronne et qu'il ne permettait pas de réaliser l'objectif de réconciliation. Nous examinerons chacune de ces prétentions à tour de rôle. Dans cette analyse, nous employons l'adjectif « spirituel » au lieu de « religieux » uniquement parce qu'il s'agit du mot utilisé par les parties dans leur argumentation. Comme l'a signalé à juste titre le juge en chambre (au par. 275), il est acquis aux débats en l'espèce que le système de croyances spirituelles des Ktunaxa constitue une religion.

a) *Description erronée du droit*

[90] Les Ktunaxa disent que le droit revendiqué était celui [TRADUCTION] « de se livrer à des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré dont la protection est requise » (m.a., par. 112), mais que le Ministre a erronément décrit ce droit comme « un droit d'empêcher tout aménagement permanent » (*ibid.*, par. 116). Selon les Ktunaxa, cette description erronée faisait obstacle à une consultation et à des mesures d'accommodement appropriées. En résumé, ils soutiennent que le Ministre a considéré qu'ils formulaient une revendication pour empêcher tout aménagement plutôt que la revendication d'un droit spirituel.

[91] Le dossier n'étaye pas la prétention selon laquelle le Ministre a mal décrit ainsi le droit revendiqué. Les Ktunaxa ont évoqué des pratiques et intérêts spirituels au début du processus réglementaire et les parties ont continué de discuter de ces questions tout au long du processus, ce qui a mené à un certain nombre de mesures d'accommodement. Dans ses Motifs, le Ministre écrit :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne les intérêts spirituels revendiqués par la Ktunaxa Nation à l'égard de la région [. . .] le Résumé des consultations et des mesures d'accommodement précise que la Couronne s'est efforcée de tenir compte honorablement de ces intérêts, tout en appliquant les critères énoncés dans la jurisprudence pertinente pour déterminer les droits ancestraux. [p. 122]

[92] Le Résumé des consultations et des mesures d'accommodement indique :

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

With respect to an aboriginal rights claim, the Ministry has had to take the grizzly and spiritual values information presented and characterize it in terms of an aboriginal tradition, practice or activity that is integral to the culture of the Ktunaxa. In addition to the hunting, gathering and fishing rights claims discussed above, the Ministry has assessed the spiritual and cultural related information not as a rights claim to carry out a specific activity but more as a non-exclusive aboriginal right to ensure protection of Jumbo valley from permanent forms of development for the purposes of preserving a place for the spirit of the Grizzly bear which embodies a core spirit of the Ktunaxa people. The claim seems to amount to a right to preclude certain kinds of permanent development (excluding logging and other resource extraction which is more ephemeral) so that the grizzly and its spirit, together with the spirit of the Ktunaxa, can be maintained. [Emphasis added.]

(R.R. (Minister), at p. 115)

[93] It is clear from this and from many other statements throughout the process that the Minister understood that the Ktunaxa were claiming a broad spiritual right, not just a right to block development. It is also clear that the Minister understood that this right entailed practices which depended on the continued presence of Grizzly Bear Spirit in the valley, which the Ktunaxa believed would be driven out by the development.

[94] Moreover, the Late-2009 Claim did not change the nature of the spiritual interests in play. Rather, it attempted to include a specific *accommodation* — no permanent construction — as part of the asserted right. The characterization of an asserted right should not include any specific qualification of that right: *Mitchell*, at para. 23. These potential limitations are better examined in the consideration of adverse effects and the reasonableness of the accommodation, and are addressed below.

(b) *Failure to Understand the Role of Knowledge Keepers*

[95] The Ktunaxa say the Minister erred by failing to comprehend the role of the knowledge keepers.

[TRADUCTION] Pour ce qui est de la revendication de droits ancestraux, le Ministère a dû examiner les renseignements sur les grizzlys et les valeurs spirituelles présentés et les décrire au regard d'une tradition, pratique ou activité ancestrale qui fait partie intégrante de la culture des Ktunaxa. En plus des droits revendiqués de chasse, de cueillette et de pêche déjà examinés, le Ministère a considéré les renseignements liés à la spiritualité et à la culture non pas comme une revendication de droits d'exercer une activité particulière, mais plutôt comme une revendication de droits ancestraux non exclusifs pour protéger la vallée Jumbo contre toute forme d'aménagement permanent en vue de préserver un lieu pour l'Esprit de l'Ours Grizzly, qui incarne un esprit fondamental du peuple des Ktunaxa. La revendication semble équivaloir à un droit d'empêcher certains types d'aménagement permanent (mais exclut des activités plus éphémères comme l'exploitation forestière et l'extraction de ressources) pour permettre de préserver le grizzly et son esprit ainsi que l'esprit des Ktunaxa. [Nous soulignons.]

(d.i. (Ministre), p. 115)

[93] Il ressort de ces documents et de beaucoup d'autres déclarations faites tout au long du processus que le Ministre comprenait que les Ktunaxa revendiquaient un large droit spirituel, et pas uniquement un droit d'empêcher tout aménagement. De même, le Ministre comprenait que ce droit supposait des pratiques qui dépendaient de la présence continue de l'Esprit de l'Ours Grizzly dans la vallée, alors que l'aménagement proposé chasserait cet esprit selon les croyances des Ktunaxa.

[94] Qui plus est, la revendication de la fin de 2009 n'a pas modifié la nature des intérêts spirituels en jeu. Elle visait plutôt à intégrer au droit revendiqué un *accommodement* précis, l'absence d'installation permanente. La définition d'un droit revendiqué ne devrait pas assortir celui-ci de restrictions précises : *Mitchell*, par. 23. Il vaut mieux examiner ces limites potentielles dans l'analyse des effets préjudiciables et du caractère raisonnable de l'accommodement et elles sont abordées ci-après.

b) *Incompréhension du rôle des gardiens du savoir*

[95] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a commis une erreur en ne saisissant pas le rôle des

This criticism is based on a statement in the Rationale that "details of the spiritual interest in the valley have not been shared with or known by the general Ktunaxa population" (p. 122). This led the Minister to question "whether any of these values can take the shape of a constitutionally protected aboriginal right", they contend (*ibid.*).

[96] The Minister's query does not establish that the Minister misunderstood the secrecy imperative. The Rationale makes it clear that the Minister understood the special role of knowledge keepers, and accepted that spiritual beliefs did not permit details of beliefs to be shared with the population or outsiders. The Minister refers to "spiritual information" which has been imparted to him "in a trusting way": Rationale, at p. 122. The need for knowledge keepers to keep details of spiritual beliefs secret was made plain to the Minister during the regulatory process, and in particular at his meeting in Cranbrook with knowledge keeper Mr. Luke and other Ktunaxa members in September 2009. The record is clear that the Ktunaxa at this meeting advised the Minister that only certain members of the community, knowledge keepers, possessed information about spiritual values, and that only Mr. Luke could speak to these matters. Nothing in the Rationale suggests that the Minister had forgotten this fundamental point when he made his decision that adequate consultation had occurred.

(c) *Treating the Constitutional Right as Weak*

[97] The Ktunaxa argue that the Minister treated their claimed spiritual interest in Qat'muk as weak. If the Crown significantly undervalues the Aboriginal right at stake, this may render a decision adverse to that interest reviewable: *Haida Nation*, at para. 63.

[98] The Minister took account of numerous asserted Aboriginal rights including the right to gather, the right to hunt and fish, and the right to Aboriginal title: Rationale, at p. 122. The Minister's assessment

gardiens du savoir. Cette critique repose sur une affirmation faite dans les Motifs : [TRADUCTION] « . . . des détails de l'intérêt spirituel de la vallée n'ont pas été communiqués à la population générale des Ktunaxa ou n'étaient pas connus d'elle » (p. 122), ce qui avait amené, aux dires des Ktunaxa, le Ministre à se demander « si l'une ou l'autre de ces valeurs peut prendre la forme d'un droit ancestral garanti par la Constitution » (*ibid.*).

[96] L'interrogation du Ministre ne prouve pas qu'il a mal compris l'impératif du secret. Les Motifs indiquent clairement que le Ministre a compris le rôle particulier des gardiens du savoir et a accepté que les croyances spirituelles ne permettaient pas que certains détails des croyances soient communiqués à la population ou aux gens de l'extérieur. Le Ministre renvoie aux [TRADUCTION] « renseignements spirituels » qui lui ont été fournis « sous le sceau de la confiance » : Motifs, p. 122. On a clairement expliqué au Ministre que les gardiens du savoir devaient garder secrets certains détails des croyances spirituelles lors du processus réglementaire, et notamment lors de sa réunion à Cranbrook avec le gardien du savoir M. Luke et d'autres membres des Ktunaxa en septembre 2009. Le dossier indique clairement qu'à cette réunion, les Ktunaxa ont informé le Ministre que seuls certains membres de la communauté, les gardiens du savoir, possédaient des renseignements sur les valeurs spirituelles, et que seul M. Luke pouvait en parler. Rien dans les Motifs ne porte à croire que le Ministre a oublié cet élément fondamental quand il a décidé qu'il y avait eu une consultation adéquate.

c) *Qualifier le droit constitutionnel de faible*

[97] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a qualifié de faible l'intérêt spirituel qu'ils revendiquent à l'égard du Qat'muk. Si la Couronne sous-estime grandement le droit ancestral en jeu, cela peut rendre susceptible de contrôle une décision défavorable à ce droit : *Nation haïda*, par. 63.

[98] Le Ministre a tenu compte de nombreux droits ancestraux revendiqués, y compris ceux de cueillette, de chasse et de pêche ainsi que le droit au titre ancestral : Motifs, p. 122. L'appréciation par le Ministre

2017 SCC 54 (CanLII)

of the strength of these asserted rights and the consultation and accommodation flowing from them are not in dispute in this case. The main issue of contention is, rather, the Minister's appreciation and weighing of the spiritual significance of Qat'muk, particularly following the Ktunaxa's advancement of the Late-2009 Claim.

[99] The Minister at one point in his Rationale did indeed refer to the spiritual claim as "weak", stating that it had not been shown to be part of a pre-contact practice integral to the Ktunaxa culture, and that it had not been shared with and was not known to the general Ktunaxa population (p. 122). This comment may seem at odds with the Minister's statement later in the Rationale that "[o]verall, the consultation applied in this case is at the deep end of the consultation spectrum" (p. 123). The explanation for this apparent tension lies in the fact that when the Minister described the claim as "weak" early in the Rationale he had in mind the Late-2009 Claim that the resort development could not proceed because this would drive out Grizzly Bear Spirit and irrevocably impair the foundation of the Ktunaxa spiritual practices. The Minister was not here referring to the broader claim to spiritual values in Qat'muk. This is apparent from the Minister's statement that the claim he characterized as "weak" had not been shared with and was not known to the Ktunaxa population generally. It is also supported by the Minister's reference to deep consultation being adequate "in respect of those rights for which the strength of the claim is strong" (p. 123). We view the Rationale as indicating that the Minister considered the overall spiritual claim to be strong, but had doubts about the strength of the Late-2009 Claim.

[100] Even if the Minister had accepted the Ktunaxa's characterization of the Late-2009 Claim as a right to "exercise spiritual practices which rely on a sacred site and require its protection", it still

de la solidité de ces droits revendiqués ainsi que de la consultation et des accommodements qui en découlent ne sont pas en litige dans la présente affaire. Le nœud principal du débat est plutôt l'évaluation et la pondération qu'a faites le Ministre de l'importance spirituelle du Qat'muk, surtout après que les Ktunaxa eurent fait valoir la revendication de la fin de 2009.

[99] Dans ses Motifs, le Ministre a bel et bien qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication de nature spirituelle, expliquant qu'on n'avait pas démontré que la pratique faisait partie intégrante de la culture des Ktunaxa avant leur contact avec les Européens et que la population générale des Ktunaxa n'avait pas été informée de son existence et ne la connaissait pas (p. 122). Cette remarque paraît peut-être contraire à la déclaration ultérieure du Ministre selon laquelle « [d]ans l'ensemble, la consultation effectuée en l'espèce se situe à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (p. 123). Cette contradiction apparente peut s'expliquer par le fait que, lorsque le Ministre a qualifié la revendication de « faible » au début de ses Motifs, il avait à l'esprit la revendication de la fin de 2009 selon laquelle l'aménagement de la station de ski ne pouvait aller de l'avant parce qu'il chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly et porterait atteinte irrémédiablement au fondement des pratiques spirituelles des Ktunaxa. Le Ministre ne parlait pas ici de la revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk. C'est ce qui ressort de la déclaration du Ministre selon laquelle la revendication qu'il a qualifiée de « faible » n'avait pas été communiquée à la population générale des Ktunaxa et celle-ci n'était pas au courant de son existence. Le point de vue du Ministre est aussi étayé par sa remarque selon laquelle des consultations approfondies étaient adéquates « à l'égard de ces droits qui reposent sur une preuve solide » (p. 123). D'après nous, les Motifs indiquent que le Ministre a jugé solide la revendication générale de nature spirituelle, mais qu'il avait des doutes quant à la solidité de la revendication de la fin de 2009.

[100] Même si le Ministre avait partagé l'avis des Ktunaxa selon lequel la revendication de la fin de 2009 visait le droit d'[TRADUCTION] « exercer des pratiques spirituelles qui reposent sur un lieu sacré

2017 SCC 54 (CanLII)

would have been reasonable to find this aspect of the Ktunaxa's overall claim weak: C.A. reasons, at para. 81. As the Minister noted, in the negotiations the Ktunaxa did not advise the Crown of "specific spiritual practices": R.R. (Minister), at p. 113; see also chambers judge's reasons, at para. 212. As such, the Minister did not have evidence that the Ktunaxa were asserting a particular practice that took place in Qat'muk prior to contact. The Late-2009 Claim seemed designed to require a particular accommodation rather than to assert and support a particular pre-contact practice, custom, or tradition that took place on the territory in question.

dont la protection est requise », il aurait néanmoins été raisonnable de juger faible cet aspect de la revendication générale des Ktunaxa : motifs de la C.A., par. 81. Comme l'a fait remarquer le Ministre, les Ktunaxa n'ont pas informé la Couronne de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier » lors des négociations : d.i. (Ministre), p. 113; voir aussi les motifs du juge en chambre, par. 212. En conséquence, le Ministre ne disposait pas de preuve que les Ktunaxa faisaient valoir une pratique exercée dans le Qat'muk avant le contact avec les Européens. La revendication de la fin de 2009 semblait avoir pour objet d'exiger un accommodement donné plutôt que de faire valoir et d'appuyer une pratique, coutume ou tradition précontact sur le territoire en question.

(d) *Failure to Properly Assess the Adverse Impact of the Development on the Spiritual Right*

[101] The Ktunaxa assert that because the Minister mischaracterized the asserted right, he "could not have properly assessed the ski resort's adverse impact on the right": A.F., at para. 123. The Ktunaxa do not point to anything said by the Minister, but reference para. 83 of the Court of Appeal reasons.

[102] The record supports the view that, after June 2009, the Minister understood the Ktunaxa position that any construction of permanent accommodation on the resort site would drive Grizzly Bear Spirit from Qat'muk and undermine the basis of their spiritual beliefs and practices. The Court of Appeal in the criticized passage summarized the adverse impact issue as follows, using the description provided by the Ktunaxa themselves in the Qat'muk Declaration, and concluded that the Minister understood the adverse impact from the Ktunaxa perspective:

> In this case, the "adverse impacts flowing from the specific Crown proposal at issue" concerns the spiritual consequences that follow from permitting development of the Proposed Resort in the Qat'muk area. In the Qat'muk declaration, this is the adverse impact that the Ktunaxa describe:

d) *Mauvaise évaluation de l'effet préjudiciable du projet sur le droit spirituel*

[101] Les Ktunaxa affirment que le Ministre [TRADUCTION] « ne pouvait pas avoir correctement évalué l'effet préjudiciable de la station de ski sur le droit revendiqué » (m.a., par. 123) puisqu'il a mal décrit ce droit. Ils ne renvoient à aucune observation du Ministre, mais plutôt au par. 83 des motifs de la Cour d'appel.

[102] Le dossier permet de dire qu'après juin 2009, le Ministre a compris la position des Ktunaxa selon laquelle toute installation d'hébergement permanente construite sur le site de la station de ski chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly du Qat'muk et minerait le fondement de leurs croyances et pratiques spirituelles. La Cour d'appel a résumé ainsi la question de l'effet préjudiciable, en renvoyant à la description fournie par les Ktunaxa eux-mêmes dans la déclaration sur le Qat'muk, et a conclu que le Ministre a saisi l'effet préjudiciable du point de vue des Ktunaxa :

> [TRADUCTION] Dans la présente affaire, les « effets préjudiciables découlant de la proposition précise de la Couronne » concernent les conséquences spirituelles qui découlent de l'autorisation de l'aménagement de la station de ski proposée dans la région du Qat'muk. Dans la déclaration sur le Qat'muk, voici l'effet préjudiciable que décrivent les Ktunaxa :

2017 SCC 54 (CanLII)

> The refuge and buffer areas will not be shared with those who engage in activities that harm or appropriate the spiritual nature of the area. These activities include, but are not limited to:
>
> - The construction of buildings or structures with permanent foundations;
>
> - Permanent occupation of residences.
>
> To further safeguard spiritual values, no disturbances or alteration of the ground will be permitted within the refuge area.

In my view, the Minister reasonably characterized the above adverse impact on the s. 35 right as concerning the impact of development of the Proposed Resort on the Ktunaxa and, in particular, as a claim that development in the Qat'muk area was fundamentally inimical to their belief. [paras. 83-84]

[103] We agree with the Court of Appeal on this point. The record does not support the view that the Minister failed to properly assess the adverse impact of the development on the spiritual claim.

(e) *Inadequate Consultation on the Asserted Right*

[104] The overall contention of the Ktunaxa is that the Crown did not offer sufficient consultation on their asserted right. It is possible for a decision maker to mischaracterize a right and still fulfill the duty to consult: *Beckman v. Little Salmon/Carmacks First Nation*, 2010 SCC 53, [2010] 3 S.C.R. 103, at paras. 38-39. Thus, even in the face of any alleged mischaracterization or undervaluing, the key question is the level of consultation regarding the asserted right.

[105] We are satisfied that the Minister engaged in deep consultation on the spiritual claim. This level of consultation was confirmed by both the chambers judge (at para. 233) and the Court of Appeal (at para. 86) and we would not disturb that finding.

> Les aires de refuge et les zones tampons ne seront pas partagées avec ceux qui se livrent à des activités nuisant à la nature spirituelle du secteur ou la faisant disparaître. Ces activités comprennent :
>
> - la construction d'immeubles ou d'installations comportant des fondations permanentes;
>
> - l'occupation permanente de résidences.
>
> Pour mieux sauvegarder les valeurs spirituelles, aucune perturbation ou modification du sol ne sera permise dans l'aire de refuge.

À mon avis, le Ministre a raisonnablement décrit l'effet préjudiciable susmentionné sur le droit reconnu à l'art. 35 comme concernant les répercussions de l'aménagement de la station de ski proposée sur les Ktunaxa et, en particulier, comme visant l'aménagement dans la région du Qat'muk, lequel allait fondamentalement à l'encontre de leur croyance. [par. 83-84]

[103] Nous partageons l'avis de la Cour d'appel sur ce point. Le dossier n'étaye pas l'opinion selon laquelle le Ministre a mal évalué l'effet préjudiciable du projet sur la revendication de nature spirituelle.

e) *Consultation inadéquate à propos du droit revendiqué*

[104] De façon générale, les Ktunaxa font valoir que les consultations offertes par la Couronne au sujet du droit qu'ils revendiquent n'étaient pas suffisantes. Il se peut qu'un décideur décrive mal un droit et s'acquitte néanmoins de l'obligation de consulter : *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2010] 3 R.C.S. 103, par. 38-39. Donc, même en présence d'une prétendue mauvaise description ou sous-évaluation, la question clé est l'ampleur de la consultation au sujet du droit revendiqué.

[105] Nous sommes convaincus que le Ministre s'est livré à des consultations approfondies sur la revendication de nature spirituelle. L'ampleur de ces consultations a été confirmée à la fois par le juge en chambre (par. 233) et par la Cour d'appel (par. 86) et nous ne sommes pas d'avis de modifier cette conclusion.

2017 SCC 54 (CanLII)

[106] Regarding the Late-2009 Claim that no permanent construction be built, the Ktunaxa argue that the Minister wrongly ended the consultation on June 3, 2009. There is a contradiction, it is argued, between the Minister's June 3, 2009 letter expressing the view that the s. 35 consultation process had been completed, and the chambers judge's conclusion that when post-2009 consultations were considered in the context of the extensive prior consultation, "the Minister's consultation in respect of the Ktunaxa's asserted spiritual claims was reasonable and appropriate": A.F., at para. 128, citing chambers judge's reasons, at para. 232; see also A.F., at para. 129.

[107] This argument takes the Minister's letter stating that he considered sufficient consultation had taken place by June 3, 2009 out of context and fails to take account of what the Minister actually said. The letter was written at a time when the sacred value of Jumbo Valley was no longer listed as an outstanding issue for the Ktunaxa's agreement, and before the Late-2009 Claim. Negotiations with the Ktunaxa had been going well, and the Minister reasonably believed that the only outstanding matters were unrelated to the Ktunaxa rights claims. The Minister's letter therefore advised the Ktunaxa that, in his opinion, a reasonable consultation process had occurred and that most of the outstanding issues were interest-based.

[108] Five days later, on June 8, 2009, the Ktunaxa responded to this letter with a list of concerns, not including the sacred nature of the area. At meetings the next day, however, the Ktunaxa refocused on the sacred nature of the site and asked for more consultation on this issue. The Minister agreed to this, and lengthy in-depth consultations on this new spiritual claim took place, including the meeting between the Minister himself and knowledge keeper Mr. Luke, in Cranbrook in September. The Minister sent the Ktunaxa a "Consultation/Accommodation Summary" that included a description of the consultation and accommodation efforts specifically

[106] En ce qui concerne la revendication de la fin de 2009 qu'aucune installation permanente ne soit érigée, les Ktunaxa soutiennent que le Ministre a mis fin à tort aux consultations le 3 juin 2009. D'après eux, il existe une contradiction entre la lettre du Ministre datée du 3 juin 2009 dans laquelle il se dit d'avis que le processus de consultation au titre de l'art. 35 était terminé, et la conclusion du juge en chambre selon laquelle, si l'on examinait les consultations postérieures à 2009 eu égard à la poursuite de la consultation antérieure approfondie, [TRADUCTION] « les consultations du Ministre au sujet des revendications de nature spirituelle des Ktunaxa étaient raisonnables et appropriées » : m.a., par. 128, citant les motifs du juge en chambre, par. 232; voir aussi le m.a., par. 129.

[107] Cet argument sort de son contexte la lettre dans laquelle le Ministre a jugé suffisantes les consultations menées jusqu'au 3 juin 2009 et ne tient pas compte de ce qu'il a réellement dit. La lettre avait été écrite à l'époque où la valeur sacrée de la vallée Jumbo ne figurait plus parmi les questions non réglées en vue de l'assentiment des Ktunaxa et avant la revendication de la fin de 2009. Les négociations avec les Ktunaxa allaient bon train, et le Ministre croyait raisonnablement que les seules questions non réglées étaient étrangères aux revendications de droits des Ktunaxa. Le Ministre a par conséquent informé dans sa lettre les Ktunaxa qu'à son avis il y avait eu un processus de consultation raisonnable et que la plupart des questions non réglées portaient principalement sur des intérêts.

[108] Cinq jours plus tard, le 8 juin 2009, les Ktunaxa ont répondu à cette lettre en énumérant des sujets de préoccupation, mais non la nature sacrée de la région. Aux réunions tenues le lendemain, les Ktunaxa ont toutefois mis à nouveau l'accent sur la nature sacrée du lieu et demandé des consultations supplémentaires à ce sujet, ce que le Ministre a accepté de faire. De longues consultations approfondies sur cette nouvelle revendication d'ordre spirituel ont eu lieu, y compris une réunion en septembre, à Cranbrook, entre le Ministre lui-même et M. Luke, le gardien du savoir. Le Ministre a envoyé aux Ktunaxa un « Résumé des consultations et des

2017 SCC 54 (CanLII)

related to the Late-2009 Claim and invited them to comment on it. He then met with them and revisions were made to the document. Consultation continued until the Ktunaxa issued the Qat'muk Declaration in November 2010 declaring that no accommodation was possible and that the only point of further discussions was to make decision makers understand why the proposed resort could not proceed. Even after this, the Minister sought further consultation, without success.

mesures d'accommodement » qui comportait une description des consultations et des mesures d'accommodement se rapportant expressément à la revendication de la fin de 2009 et les invitait à commenter le résumé. Il les a ensuite rencontrés et des modifications ont été apportées au document. Les consultations se sont poursuivies jusqu'à la déclaration sur le Qat'muk des Ktunaxa en novembre 2010 portant qu'aucun accommodement n'était possible et que la seule raison pour laquelle il serait justifié de poursuivre les discussions serait de faire comprendre aux décideurs pourquoi le projet de station de ski ne pouvait pas aller de l'avant. Même après ce revirement, le Ministre a cherché à poursuivre les consultations, mais en vain.

[109] There is no contradiction between the Minister's letter on June 3, 2009 and the chambers judge's conclusion that negotiations from 2009 onwards indicated deep consultation on the Late-2009 Claim. On June 3, that claim was not in play. Six days later, with the Ktunaxa change of position, it assumed central importance, and renewed consultation focused on this issue ensued.

[109] Il n'y a aucune contradiction entre la lettre écrite le 3 juin 2009 par le Ministre et la conclusion du juge en chambre selon laquelle les négociations menées à partir de 2009 avaient comporté des consultations approfondies sur la revendication de la fin de 2009. Le 3 juin, cette revendication n'était pas en jeu. Six jours plus tard, étant donné le changement de position des Ktunaxa, elle revêtait une importance capitale, et de nouvelles consultations axées sur cet enjeu ont suivi.

[110] The Ktunaxa also contend that the courts below relied too much on the length of the consultation process. We agree that adequacy of consultation is not determined by the length of the process, although this may be a factor to be considered. While the Minister's Rationale mentions two decades of consulting, there is no evidence that he made his decision simply because he felt the process had gone on too long. Rather, it was clear to all by the spring of 2012 that given the position of the Ktunaxa, more consultation would be fruitless.

[110] Les Ktunaxa soutiennent également que les cours d'instance inférieure se sont appuyées trop fortement sur la longueur du processus de consultation. Nous convenons que ce n'est pas la longueur du processus qui détermine le caractère adéquat de la consultation, même s'il peut s'agir d'un facteur à prendre en considération. Bien que le Ministre mentionne dans ses Motifs les deux décennies de consultations, rien ne prouve qu'il a rendu sa décision simplement parce qu'il estimait que le processus avait trop duré. Au contraire, il était clair pour tous au printemps 2012 que la poursuite des consultations serait vaine étant donné la position des Ktunaxa.

[111] Finally, the Ktunaxa assert that although the Minister may have undertaken deep consultation on other issues, he did not engage in deep consultation with respect to the Late-2009 Claim. We cannot agree. Even after the Ktunaxa said further

[111] Enfin, les Ktunaxa affirment que, bien que le Ministre se soit peut-être livré à des consultations approfondies sur d'autres enjeux, il ne l'a pas fait à l'égard de la revendication de la fin de 2009. Nous ne pouvons souscrire à cette affirmation. En

2017 SCC 54 (CanLII)

consultation was pointless, the Minister persisted in attempts to consult.

(f) *Failure to Accommodate the Asserted Right*

[112] As a consequence of the lengthy regulatory process, many accommodations were made with respect to Ktunaxa spiritual concerns. These included specific changes to protect the grizzly population in Qat'muk — the west chair lift was removed because of the grizzly bear population in that area and the resort was confined to the upper half of the valley — as well as extensive environmental reserves and monitoring. The findings of the chambers judge on this point (at para. 236) have not been impugned.

[113] The Ktunaxa say these changes were inadequate: "Changes to the ski resort were measures required by economic, environmental and wildlife protection concerns and, while they do set out some limited protection for grizzly bears, there was no accommodation to address the ability of the Ktunaxa to carry on their spiritual practices dependent upon Grizzly Bear Spirit": A.F., at para. 133; see generally paras. 133-38.

[114] In point of fact, there was no evidence before the Minister of "specific spiritual practices". It is true, of course, that the Minister did not offer the ultimate accommodation demanded by the Ktunaxa — complete rejection of the ski resort project. It does not follow, however, that the Crown failed to meet its obligation to consult and accommodate. The s. 35 right to consultation and accommodation is a right to a process, not a right to a particular outcome: *Haida Nation*. While the goal of the process is reconciliation of the Aboriginal and state interest, in some cases this may not be possible. The process is one of "give and take", and outcomes are not guaranteed.

effet, même après que les Ktunaxa eurent dit qu'il ne servait à rien de poursuivre les consultations, le Ministre a continué de tenter de les consulter.

f) *Omission de s'adapter au droit revendiqué*

[112] Le long processus réglementaire s'est soldé par la prise de nombreuses mesures d'accommodement à l'égard des préoccupations de nature spirituelle des Ktunaxa. Entre autres, on a apporté des changements précis pour protéger la population de grizzlys dans le Qat'muk, le remonte-pente ouest a été retiré en raison de la présence de grizzlys dans le secteur et la station de ski a été confinée à la moitié supérieure de la vallée, sans compter la création et la surveillance de réserves environnementales d'envergure. Les conclusions du juge en chambre sur ce point (par. 236) n'ont pas été contestées.

[113] Selon les Ktunaxa, ces modifications étaient inadéquates : [TRADUCTION] « Les modifications apportées à la station de ski étaient des mesures nécessaires en raison de préoccupations économiques, environnementales et de protection de la faune et, s'il est vrai qu'elles prévoient effectivement une protection limitée des grizzlys, elles ne proposent rien au sujet de la capacité des Ktunaxa à poursuivre leurs pratiques spirituelles tributaires de la présence de l'Esprit de l'Ours Grizzly » : m.a., par. 133; voir de façon générale les par. 133-138.

[114] Dans les faits, le Ministre n'avait aucune preuve de l'existence de [TRADUCTION] « pratiques spirituelles en particulier ». Il est vrai, bien sûr, que le Ministre n'a pas offert la mesure d'accommodement ultime exigée par les Ktunaxa, soit le rejet complet du projet de station de ski. Il ne s'ensuit toutefois pas que la Couronne a failli à son obligation de consulter et d'accommoder. Le droit de consultation et d'accommodement reconnu à l'art. 35 est un droit à un processus, et non un droit à un résultat précis : *Nation haïda*. Bien que l'objectif du processus soit la conciliation des intérêts des Autochtones et de ceux de l'État, il n'est pas toujours possible d'y parvenir. Le processus en est un de « concessions mutuelles », et les résultats ne sont pas garantis.

2017 SCC 54 (CanLII)

VI. Conclusion

[115] The Minister's decision did not violate the Ktunaxa's freedom of religion as their claim does not fall within the scope of s. 2(*a*) of the *Charter*. The Minister's conclusion that consultation sufficient to satisfy s. 35 of the *Constitution Act, 1982* had occurred has not been shown to be unreasonable. For these reasons, we would dismiss the appeal.

The reasons of Moldaver and Côté JJ. were delivered by

MOLDAVER J. —

I. Overview

[116] The Ktunaxa are an Aboriginal people who inhabit parts of southeastern British Columbia. They claim that the decision by the provincial Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations ("Minister") to approve a ski resort development infringes their right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and constitutes a breach of the Crown's duty to consult pursuant to s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[117] I agree with the Chief Justice and Rowe J. that the Minister reasonably concluded that the duty to consult and accommodate the Ktunaxa under s. 35 was met. Respectfully, however, I disagree with my colleagues' s. 2(*a*) analysis. In my view, the Ktunaxa's right to religious freedom was infringed by the Minister's decision to approve the development of the ski resort proposed by the respondent Glacier Resorts Ltd. The Ktunaxa hold as sacred several sites within their traditional lands, and they revere multiple spirits in their religion. The Ktunaxa believe that a very important spirit in their religious tradition, Grizzly Bear Spirit, inhabits Qat'muk, a body of sacred land that lies at the heart of the proposed ski resort. The development of the ski resort would desecrate Qat'muk and cause Grizzly Bear Spirit to leave, thus severing the Ktunaxa's connection to the

VI. Conclusion

[115] La décision du Ministre n'a pas violé la liberté de religion des Ktunaxa car leur revendication ne relève pas de l'al. 2*a*) de la *Charte*. On n'a pas démontré le caractère déraisonnable de la conclusion du Ministre qu'il y avait eu une consultation suffisante pour respecter l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pour ces motifs, nous sommes d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges Moldaver et Côté rendus par

LE JUGE MOLDAVER —

I. Vue d'ensemble

[116] Les Ktunaxa forment un peuple autochtone qui habite certains secteurs du sud-est de la Colombie-Britannique. Selon eux, la décision de l'intimé, Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations de la Colombie-Britannique (« Ministre »), d'approuver l'aménagement d'une station de ski porte atteinte au droit à la liberté de religion que leur garantit l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et constitue un manquement à l'obligation de consultation imposée à la Couronne par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[117] Je conviens avec la Juge en chef et le juge Rowe que le Ministre a raisonnablement conclu à l'acquittement de l'obligation de consulter et d'accommoder les Ktunaxa prévue à l'art. 35. En revanche, je ne peux malheureusement faire mienne leur analyse fondée sur l'al. 2*a*). À mon avis, la décision du Ministre d'approuver l'aménagement de la station de ski proposée par l'intimée Glacier Resorts Ltd. a porté atteinte au droit des Ktunaxa à la liberté de religion. Les Ktunaxa tiennent pour sacrés plusieurs secteurs de leur territoire traditionnel et la vénération de nombreux esprits fait partie de leur religion. Ils croient qu'un esprit fort important dans leur tradition religieuse, l'Esprit de l'Ours Grizzly, habite le Qat'muk, un lieu sacré qui se situe au cœur de la station de ski proposée. L'aménagement de la station de ski profanerait le Qat'muk et ferait fuir

2017 SCC 54 (CanLII)

land. As a result, the Ktunaxa would no longer receive spiritual guidance and assistance from Grizzly Bear Spirit. All songs, rituals and ceremonies associated with Grizzly Bear Spirit would become meaningless.

[118] In my respectful view, where state conduct renders a person's sincerely held religious beliefs devoid of all religious significance, this infringes a person's right to religious freedom. Religious beliefs have spiritual significance for the believer. When this significance is taken away by state action, the person can no longer act in accordance with his or her *religious* beliefs, constituting an infringement of s. 2(*a*). That is exactly what happened in this case. The Minister's decision to approve the ski resort will render all of the Ktunaxa's religious beliefs related to Grizzly Bear Spirit devoid of any spiritual significance. Accordingly, the Ktunaxa will be unable to perform songs, rituals or ceremonies in recognition of Grizzly Bear Spirit in a manner that has any religious significance for them. In my view, this amounts to a s. 2(*a*) breach.

[119] That being said, I am of the view that the Minister proportionately balanced the Ktunaxa's s. 2(*a*) right with the relevant statutory objectives: to administer Crown land and dispose of it in the public interest. The Minister was faced with two options: approve the development of the ski resort or grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of Crown land. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. If he granted this right of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives. In the end, it is apparent that he determined that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa the veto right that they were seeking.

[120] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that his decision was reasonable.

l'Esprit de l'Ours Grizzly, rompant par le fait même le lien entre les Ktunaxa et la terre. Ces derniers seraient ainsi privés de ses conseils et de son assistance spirituels. L'ensemble des chansons, rites et cérémonies associés à l'Esprit de l'Ours Grizzly perdraient tout leur sens.

[118] À mon humble avis, la conduite de l'État qui prive de toute signification religieuse les croyances religieuses sincères d'une personne porte atteinte à son droit à la liberté de religion. Les croyances religieuses revêtent une signification spirituelle pour le croyant. Lorsque cette signification est supprimée par l'État, la personne ne peut plus se conformer à ses croyances *religieuses*, ce qui constitue une contravention à l'al. 2*a*). C'est exactement ce qui s'est produit en l'espèce. La décision du Ministre d'approuver la station de ski privera de toute signification spirituelle l'ensemble des croyances religieuses des Ktunaxa touchant l'Esprit de l'Ours Grizzly. Par conséquent, les Ktunaxa ne pourront pas interpréter des chansons, se livrer à des rituels ou tenir des cérémonies en l'honneur de l'Esprit de l'Ours Grizzly d'une manière qui a une signification religieuse à leurs yeux. À mon avis, il s'agit là d'une violation de l'al. 2*a*).

[119] Cela dit, j'estime que le Ministre a mis en balance de façon proportionnée le droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et les objectifs pertinents de la loi : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. Deux choix se présentaient au Ministre : approuver l'aménagement de la station de ski ou conférer aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres de la Couronne. Le Ministre se retrouvait donc dans une situation difficile, voire impossible. S'il conférait ce droit d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans l'atteinte des objectifs que lui confie la loi, voire l'empêcherait d'atteindre ces objectifs. Au bout du compte, il a manifestement décidé que la réalisation de son mandat législatif l'empêchait d'accorder aux Ktunaxa le droit de veto qu'ils réclamaient.

[120] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que sa décision était raisonnable. Elle

2017 SCC 54 (CanLII)

It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given these statutory objectives (*Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, at para. 40), and amounted to a proportionate balancing. I would therefore dismiss the appeal.

II. Analysis

A. *Section 2(a) of the Charter*

(1) The Scope of Section 2(*a*)

[121] All *Charter* rights — including freedom of religion under s. 2(*a*) — must be interpreted in a broad and purposive manner (*Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 20; *Reference re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)*, [1991] 2 S.C.R. 158, at p. 179, per McLachlin J. (as she then was)). As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, the interpretation of freedom of religion must be a "generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection" (emphasis added). The interpretation of s. 2(*a*) must therefore be guided by its purpose, which is to "ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759).

[122] In light of this purpose, this Court has articulated a two-part test for determining whether s. 2(*a*) has been infringed. The claimant must show: (1) that he or she sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion; and (2) that the impugned conduct interferes with the claimant's ability to act in accordance with that belief or practice "in a manner that is more than trivial or insubstantial" (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 59 (emphasis deleted); *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 34; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32).

a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu de ces objectifs visés par la loi (*École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, par. 40), et était le fruit d'une mise en balance proportionnée. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

II. Analyse

A. *Alinéa 2a) de la Charte*

(1) La portée de l'al. 2*a*)

[121] Tous les droits garantis par la *Charte* — notamment la liberté de religion reconnue à l'al. 2*a*) — doivent recevoir une interprétation libérale et téléologique (*Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 20; *Renvoi : Circ. électorales provinciales (Sask.)*, [1991] 2 R.C.S. 158, p. 179, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef)). Comme l'a dit la Cour dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, l'interprétation de la liberté de religion doit être « libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (je souligne). L'interprétation de l'al. 2*a*) doit donc tenir compte de son objet, qui est d'« assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759).

[122] À la lumière de cet objet, la Cour a formulé un critère à deux volets permettant de décider s'il y a eu contravention à l'al. 2*a*). Le demandeur doit démontrer : (1) qu'il croit sincèrement à une croyance ou à une pratique ayant un lien avec la religion et (2) que la conduite reprochée nuit « d'une manière plus que négligeable ou insignifiante » à sa capacité de se conformer à cette croyance ou pratique (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 59 (soulignement omis); *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 34; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32).

2017 SCC 54 (CanLII)

[123] The first part of the test is not at issue in this case. None of the parties dispute that the Ktunaxa sincerely believe that Grizzly Bear Spirit lives in Qat'muk, and that any permanent development would drive Grizzly Bear Spirit out, desecrate the land and sever the Ktunaxa's spiritual connection to it. The central issue raised by this appeal concerns the second part of the test. The Chief Justice and Rowe J. maintain that the Minister's decision does not interfere with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices. With respect, I disagree. As I will explain, in my view, the Minister's decision interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs and practices in a manner that is more than trivial or insubstantial, and the Ktunaxa's claim therefore falls within the scope of s. 2(*a*).

(2) The Ability to Act in Accordance With a Religious Belief or Practice

[124] As indicated, the s. 2(*a*) inquiry focuses on whether state action has interfered with the ability of a person to act in accordance with his or her religious beliefs or practices. This Court has recognized that religious beliefs are "deeply held personal convictions . . . integrally linked to one's self-definition and spiritual fulfilment", while religious practices are those that "allow individuals to foster a connection with the divine" (*Amselem*, at para. 39). In my view, where a person's religious belief no longer provides spiritual fulfillment, or where the person's religious practice no longer allows him or her to foster a connection with the divine, that person cannot act in accordance with his or her *religious* beliefs or practices, as they have lost all religious significance. Though an individual could still publicly profess a specific belief, or act out a given ritual, it would hold no religious significance for him or her.

[125] The same holds true of a person's ability to pass on beliefs and practices to future generations. This Court has recognized that the ability of a religious community's members to pass on their beliefs to their children is an essential aspect of religious

[123] Le premier volet du critère n'est pas en litige dans la présente affaire. Aucune des parties ne conteste le fait que les Ktunaxa croient sincèrement que l'Esprit de l'Ours Grizzly vit dans le Qat'muk et que tout aménagement permanent en chasserait cet esprit, profanerait le terrain et romprait le lien spirituel qui l'unit aux Ktunaxa. La question principale soulevée par le présent pourvoi touche le second volet du critère. La Juge en chef et le juge Rowe affirment que la décision du Ministre ne nuit pas à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. Soit dit en tout respect, je ne partage pas leur avis. Comme je l'expliquerai, la décision du Ministre me semble nuire d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, et la revendication des Ktunaxa relève donc de l'al. 2*a*).

(2) La capacité de se conformer à une croyance ou pratique religieuse

[124] Rappelons que l'analyse fondée sur l'al. 2*a*) s'attache au point de savoir si une mesure étatique a nui à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses. La Cour a reconnu que les croyances religieuses sont « de profondes [. . .] convictions volontaires, [. . .] qui sont intégralement liées à la façon dont [l'individu] se définit et s'épanouit spirituellement », tandis que les pratiques religieuses « permettent à l'individu de communiquer avec l'être divin » (*Amselem*, par. 39). À mon avis, si la croyance religieuse d'une personne ne lui offre plus d'épanouissement spirituel, ou si sa pratique religieuse ne lui permet plus de communiquer avec l'être divin, cette personne ne peut se conformer à ses croyances ou pratiques *religieuses*, car elles ont perdu toute signification religieuse. Bien qu'une personne puisse toujours professer une croyance en particulier ou s'adonner à un rite donné, cette croyance ou ce rite n'aurait aucune signification religieuse pour elle.

[125] Il en va de même de la capacité d'une personne de transmettre des croyances et des pratiques aux générations futures. La Cour a reconnu que la capacité des membres d'une communauté religieuse de transmettre leurs croyances à leurs enfants est un

2017 SCC 54 (CanLII)

freedom protected under s. 2(*a*) (*Loyola*, at paras. 64 and 67). Where state action has rendered a certain belief or practice devoid of spiritual significance, this interferes with one's ability to pass on that tradition to future generations, as there would be no reason to continue a tradition that lacks spiritual significance.

[126] Therefore, where the spiritual significance of beliefs or practices has been taken away by state action, this interferes with an individual's ability to act in accordance with his or her religious beliefs or practices — whether by professing a belief, engaging in a ritual, or passing traditions on to future generations.

[127] This kind of state interference is a reality where individuals find spiritual fulfillment through their connection to the physical world. The connection to the physical world, specifically to land, is a central feature of Indigenous religions. Indeed, as M. L. Ross explains, "First Nations spirituality and religion are rooted in the land" (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), at p. 3 (emphasis added)). In many Indigenous religions, land is not only the site of spiritual practices in the sense that a church, mosque or holy site might be; land may *itself* be sacred, in the sense that it is where the divine manifests itself. Unlike in Judeo-Christian faiths, for example, where the divine is considered to be supernatural, the spiritual realm in the Indigenous context is inextricably linked to the physical world. For Indigenous religions, state action that impacts land can therefore sever the connection to the divine, rendering beliefs and practices devoid of their spiritual significance. Where state action has this effect on an Indigenous religion, it interferes with a believer's ability to act in accordance with his or her religious beliefs and practices.

[128] Taking this feature of Indigenous religions into account is therefore critical in assessing whether there has been a s. 2(*a*) infringement. The principle of state neutrality requires that the state not favour or

aspect essentiel de la liberté de religion protégé par l'al. 2*a*) (*Loyola*, par. 64 et 67). Lorsqu'une mesure étatique prive de toute signification spirituelle une certaine croyance ou pratique, cela nuit à la capacité d'une personne de transmettre cette tradition aux générations futures, car il ne servirait à rien de poursuivre une tradition dénuée de signification spirituelle.

[126] Ainsi, lorsqu'une mesure étatique enlève à des croyances ou pratiques leur signification spirituelle, cela nuit à la capacité d'une personne de se conformer à ses croyances ou pratiques religieuses, que ce soit en professant une croyance, en se livrant à un rite ou en transmettant des traditions aux générations futures.

[127] Ce type d'ingérence de l'État est une réalité lorsque les citoyens s'épanouissent spirituellement par le lien qui les unit au monde concret. Le lien au monde concret, particulièrement à la terre, est un élément primordial des religions autochtones. En effet, comme l'explique M. L. Ross, [TRADUCTION] « la spiritualité et la religion des Premières Nations sont ancrées dans la terre » (*First Nations Sacred Sites in Canada's Courts* (2005), p. 3 (je souligne)). Dans de nombreuses religions autochtones, la terre est non seulement le lieu où s'exercent des pratiques spirituelles au même titre que peut l'être une église, une mosquée ou un lieu saint; la terre peut *elle-même* être sacrée, en ce sens que c'est là que l'être divin se manifeste. Contrairement aux fois judéo-chrétiennes, par exemple, où l'être divin est perçu comme étant surnaturel, dans les fois autochtones, le domaine spirituel est inextricablement lié au monde concret. Du point de vue des religions autochtones, une mesure étatique qui touche la terre peut donc rompre le lien avec l'être divin, ce qui priverait les croyances et pratiques de leur signification spirituelle. La mesure étatique qui a cet effet sur une religion autochtone nuit à la capacité d'un croyant de se conformer à ses croyances et pratiques religieuses.

[128] Il est crucial de prendre en compte cet élément des religions autochtones pour juger s'il y a eu contravention à l'al. 2*a*). Le principe de la neutralité de l'État exige que l'État ne favorise ni ne

2017 SCC 54 (CanLII)

hinder one religion over the other (see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 32; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 72). To ensure that all religions are afforded the same level of protection under s. 2(*a*), courts must be alive to the unique characteristics of each religion, and the distinct ways in which state action may interfere with that religion's beliefs or practices.

(3) The Chief Justice and Rowe J.'s Position on the Scope of Section 2(*a*)

[129] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They maintain that the *Charter* protects the "freedom to worship", but not what they call the "spiritual focal point of worship" (para. 71). If I understand my colleagues' approach correctly, s. 2(*a*) of the *Charter* protects *only* the freedom to hold beliefs and manifest them through worship and practice (para. 71). In their view, even where the effect of state action is to render beliefs and practices devoid of all spiritual significance, claimants still have the freedom to hold beliefs and manifest those beliefs through practices, and there is therefore no interference with their ability to act in accordance with their beliefs. Thus, under my colleagues' approach, as long as a Sikh student can carry a kirpan into a school (*Multani*), Orthodox Jews can erect a personal succah (*Amselem*), or the Ktunaxa have the ability to conduct ceremonies and rituals, there is no infringement of s. 2(*a*), even where the effect of state action is to reduce these acts to empty gestures.

[130] I cannot accept such a restrictive reading of s. 2(*a*). As I have indicated, where a belief or practice is rendered devoid of spiritual significance, there is obviously an interference with the ability to act in accordance with that *religious* belief or practice. The scope of s. 2(*a*) is therefore not limited to the freedom to hold a belief and manifest that belief through religious practices. Rather, as this Court noted in *Amselem*, "[i]t is the religious or spiritual essence of an action" that attracts protection under s. 2(*a*) (para. 47). In my view, the

défavorise une religion aux dépens de l'autre (voir *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 32; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 72). Pour veiller à ce que l'al. 2*a*) accorde la même protection à toutes les religions, les tribunaux doivent être conscients des caractéristiques propres à chacune d'elles et des différentes manières dont l'État peut nuire aux croyances ou pratiques de chaque religion.

(3) La position de la Juge en chef et du juge Rowe sur la portée de l'al. 2*a*)

[129] La Juge en chef et le juge Rowe voient les choses autrement. Selon eux, la *Charte* protège la « liberté de culte », mais non ce qu'ils appellent le « point de mire spirituel du culte » (par. 71). Si je comprends bien la thèse de mes collègues, l'al. 2*a*) de la *Charte* protège *uniquement* la liberté d'avoir des croyances et de les manifester par le culte et la pratique (par. 71). À leur avis, même si une mesure étatique a pour effet de priver des croyances et des pratiques de toute signification spirituelle, les demandeurs conservent néanmoins la liberté d'avoir des croyances et de les manifester en se livrant à des pratiques, et il n'y a donc pas atteinte à leur capacité de se conformer à leurs croyances. Par conséquent, selon la thèse de mes collègues, tant qu'un élève de religion sikhe peut porter un kirpan à l'école (*Multani*), que des Juifs orthodoxes peuvent ériger une souccah individuelle (*Amselem*), ou que les Ktunaxa peuvent tenir des cérémonies et des rituels, il n'y a pas contravention à l'al. 2*a*) même si la mesure étatique a pour effet de vider ces gestes de tout sens.

[130] Je ne peux souscrire à une interprétation aussi restrictive de l'al. 2*a*). Comme je l'ai mentionné, lorsqu'une croyance ou pratique est dénuée de signification spirituelle, il y a manifestement atteinte à la capacité de se conformer à cette croyance ou pratique *religieuse*. L'alinéa 2*a*) ne protège donc pas seulement la liberté d'avoir une croyance et de la manifester en se livrant à des pratiques religieuses. D'ailleurs, comme l'a souligné la Cour dans *Amselem*, « [c]'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte » qui entraîne la protection de l'al. 2*a*)

2017 SCC 54 (CanLII)

approach adopted by my colleagues does not engage with this crucial point. It does not take into account that if a belief or practice becomes devoid of spiritual significance, it is highly unlikely that a person would continue to hold those beliefs or engage in those practices. Indeed, that person would have no reason to do so. With respect, my colleagues' approach amounts to protecting empty gestures and hollow rituals, rather than guarding against state conduct that interferes with "profoundly personal beliefs", the true purpose of s. 2(*a*)'s protection (*Edwards Books*, at p. 759).

[131] This approach also risks excluding Indigenous religious freedom claims involving land from the scope of s. 2(*a*)'s protection. As indicated, there is an inextricable link between spirituality and land in Indigenous religious traditions. In this context, state action that impacts land can sever the spiritual connection to the divine, rendering Indigenous beliefs and practices devoid of their spiritual significance. My colleagues have not taken this unique and central feature of Indigenous religion into account. Their approach therefore risks foreclosing the protections of s. 2(*a*) of the *Charter* to substantial elements of Indigenous religious traditions.

(4) The Minister's Decision Infringes the Ktunaxa's Freedom of Religion Under Section 2(*a*) of the *Charter*

[132] I turn now to the facts of this case. The Ktunaxa's religion encompasses multiple spirits and several places of spiritual significance (see, e.g., A.R., vol. II, at pp. 119 and 197). The Ktunaxa sincerely believe that Qat'muk is a highly sacred site, home to a very important spirit — Grizzly Bear Spirit. The Ktunaxa assert that Grizzly Bear Spirit provides them with spiritual guidance and assistance. They claim that the proposed development would drive Grizzly Bear Spirit out, sever their spiritual connection with Qat'muk, and render their beliefs in Grizzly Bear Spirit devoid of spiritual significance.

(par. 47). J'estime que l'approche adoptée par mes collègues fait abstraction de ce point capital. Elle ne tient pas compte du fait que, si une croyance ou pratique perd sa signification spirituelle, il est fort peu probable qu'une personne conserve cette croyance ou se livre toujours à cette pratique. En effet, cette personne n'aurait aucune raison de le faire. Soit dit en tout respect, l'approche de mes collègues revient à protéger des gestes vains et des rites vides de sens plutôt qu'à se prémunir contre la conduite de l'État qui nuit à des « croyances intimes profondes », le véritable objet de la protection accordée par l'al. 2*a*) (*Edwards Books*, p. 759).

[131] Cette approche risque aussi d'exclure des revendications territoriales autochtones fondées sur la liberté de religion de la protection accordée par l'al. 2*a*). Comme je l'ai mentionné, un lien inextricable unit la spiritualité et la terre dans les traditions religieuses autochtones. Dans ces conditions, une mesure étatique qui touche la terre peut rompre le lien spirituel avec l'être divin et priver ainsi les croyances et pratiques autochtones de leur signification spirituelle. Mes collègues n'ont pas tenu compte de cette caractéristique unique et centrale de la religion autochtone. Leur approche risque donc d'exclure des éléments importants de traditions religieuses autochtones de la protection accordée par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

(4) La décision du Ministre porte atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) de la *Charte*

[132] Je passe maintenant aux faits de l'espèce. La religion des Ktunaxa englobe de multiples esprits et plusieurs lieux d'importance spirituelle (voir, p. ex., d.a., vol. II, p. 119 et 197). Les Ktunaxa croient sincèrement que le Qat'muk est un lieu très sacré, le foyer d'un esprit fort important, celui de l'Ours Grizzly. Selon eux, cet esprit leur donne des conseils et de l'assistance spirituels. Ils prétendent que l'aménagement proposé chasserait l'Esprit de l'Ours Grizzly, romprait leur lien spirituel avec le Qat'muk et priverait leurs croyances en cet esprit de toute signification spirituelle.

2017 SCC 54 (CanLII)

[133] The Chief Justice and Rowe J. frame the Ktunaxa's religious freedom claim as one that seeks to protect the "spiritual focal point of worship" — that is, Grizzly Bear Spirit (para. 71). I disagree. The Ktunaxa are seeking protection of their ability to act in accordance with their religious beliefs and practices, which falls squarely within the scope of s. 2(*a*). If the Ktunaxa's religious beliefs in Grizzly Bear Spirit become entirely devoid of religious significance, their prayers, ceremonies and rituals in recognition of Grizzly Bear Spirit would become nothing more than empty words and hollow gestures. There would be no reason for them to continue engaging in these acts, as they would be devoid of any spiritual significance. Members of the Ktunaxa assert that without their spiritual connection to Qat'muk and to Grizzly Bear Spirit, they would be unable to pass on their beliefs and practices to future generations in any meaningful way, as illustrated in the following excerpt from an affidavit quoted in the appellants' factum:

> If the proposed resort were to go ahead in the heart of Qat'muk, I do not see how I can meaningfully speak to my grandchildren about Grizzly Bear Spirit. How can I teach them his songs, what to ask from him, if he no longer has a place recognizable to us and respected as his within our world? [para. 28]

[134] Viewed this way, I am satisfied that the Minister's decision approving the proposed development interferes with the Ktunaxa's ability to act in accordance with their religious beliefs or practices in a manner that is more than trivial or insubstantial. The decision therefore amounts to an infringement of the Ktunaxa's freedom of religion under s. 2(*a*).

B. *The Minister's Decision Was Reasonable*

(1) The *Doré* Framework

[135] Having resolved the preliminary issue that the Minister's decision to approve the development infringes the Ktunaxa's s. 2(*a*) right, I turn now to

[133] La Juge en chef et le juge Rowe disent que la revendication des Ktunaxa fondée sur la liberté de religion vise à protéger le « point de mire spirituel du culte », en l'occurrence l'Esprit de l'Ours Grizzly (par. 71). Je ne suis pas de cet avis. Les Ktunaxa réclament la protection de leur capacité de se conformer à leurs croyances et pratiques religieuses, qui relèvent nettement de l'al. 2*a*). Si les croyances religieuses des Ktunaxa en l'Esprit de l'Ours Grizzly perdent toute signification religieuse, leurs prières, cérémonies et rites en l'honneur de cet esprit ne seraient plus que de vaines paroles et des gestes vides de sens. Les Ktunaxa n'auraient aucune raison de continuer de se livrer à ces actes, car ceux-ci seraient dépourvus de toute signification spirituelle. Des membres des Ktunaxa mentionnent que, sans leur lien spirituel avec le Qat'muk et l'Esprit de l'Ours Grizzly, ils ne seraient pas en mesure de transmettre de façon significative leurs croyances et pratiques aux générations futures, comme le montre l'extrait suivant d'un affidavit cité dans le mémoire des appelants :

> [TRADUCTION] Si la construction de la station de ski proposée devait aller de l'avant dans le cœur du Qat'muk, je ne vois pas comment je pourrais parler de façon significative de l'Esprit de l'Ours Grizzly à mes petits-enfants. Comment pourrais-je leur enseigner ses chansons, ce que nous pouvons lui demander, s'il n'occupe plus une place que nous reconnaissons et qui est tenue pour la sienne dans notre monde? [par. 28]

[134] Dans cette optique, je suis convaincu que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement proposé nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité des Ktunaxa de se conformer à leurs croyances ou pratiques religieuses. La décision porte donc atteinte à la liberté de religion garantie aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

B. *La décision du Ministre était raisonnable*

(1) Le cadre d'analyse établi dans *Doré*

[135] Ayant réglé la question préliminaire en statuant que la décision du Ministre d'approuver l'aménagement porte atteinte au droit garanti aux Ktunaxa

2017 SCC 54 (CanLII)

the question of whether the Minister's decision was reasonable.

[136] This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister reasonably exercised his statutory discretion in accordance with the Ktunaxa's *Charter* protections (*Loyola*, at para. 3). On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework "is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance" between the *Charter* protections — both rights and values — at stake and the relevant statutory objectives (*Loyola*, at para. 37, citing *Doré*, at para. 57). As this Court explained in *Loyola*, a proportionate balancing is one "that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate" (para. 39). That is, when the Minister balances the *Charter* protections with the relevant statutory objectives, he or she must ensure that the *Charter* protections are "affected as little as reasonably possible" in light of the state's particular objectives (*Loyola*, at para. 40). This approach respects the expertise that decision makers like the Minister bring to balancing *Charter* protections and statutory objectives in the context of the particular facts before them (*Loyola*, at para. 42, citing *Doré*, at para. 47).

(2) A Reviewing Court May Consider an Administrative Decision Maker's Implicit Reasons

[137] The Ktunaxa submit that the Minister did not consider their s. 2(*a*) claim at all when he made his decision and that his decision was therefore unreasonable. Although the Ktunaxa advised the Minister that their s. 2(*a*) right was implicated by his decision regarding the development (A.F., at para. 17), the Minister did not refer to s. 2(*a*) explicitly in his reasons for his decision.

par l'al. 2*a*), j'aborde maintenant le point de savoir si cette décision était raisonnable.

[136] Dans l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour établit le cadre d'analyse applicable pour décider si le Ministre a raisonnablement exercé le pouvoir discrétionnaire que lui accorde la loi en conformité avec les protections conférées par la *Charte* aux Ktunaxa (*Loyola*, par. 3). Lors d'un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Doré* « consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu'elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée » des protections de la *Charte* — tant les droits que les valeurs — en jeu et des objectifs pertinents visés par la loi (*Loyola*, par. 37, citant *Doré*, par. 57). Comme l'a expliqué la Cour dans *Loyola*, une mise en balance proportionnée en est une « qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (par. 39). Autrement dit, quand le Ministre met en balance les protections conférées par la *Charte* et les objectifs pertinents de la loi, il doit s'assurer que ces protections sont « restrei[ntes] [. . .] aussi peu que cela est raisonnablement possible » eu égard aux objectifs particuliers de l'État (*Loyola*, par. 40). Cette approche respecte l'expertise que les décideurs comme le Ministre apportent à la mise en balance des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi dans le contexte des faits particuliers dont ils sont saisis (*Loyola*, par. 42, citant *Doré*, par. 47).

(2) Une cour de révision peut examiner les motifs implicites d'un décideur administratif

[137] Les Ktunaxa soutiennent que le Ministre n'a pas du tout pris en compte leur revendication fondée sur l'al. 2*a*) au moment de prendre sa décision et que celle-ci était donc déraisonnable. Bien que les Ktunaxa aient informé le Ministre que sa décision concernant l'aménagement mettait en jeu le droit que leur reconnaissait l'al. 2*a*) (m.a., par. 17), il n'a pas mentionné explicitement cet alinéa dans ses motifs de décision.

2017 SCC 54 (CanLII)

[138] The chambers judge, Savage J., held that the Minister did not need to specifically refer to the s. 2(*a*) claim made by the Ktunaxa, because the Minister addressed the "substance" of the asserted *Charter* right in his reasons: the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk, and the impact the development would have on this connection (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, at paras. 270 and 273). Although Savage J. found that the Minister's decision did not infringe the Ktunaxa's s. 2(*a*) right, he stated that if he was wrong in this regard, the Minister's decision amounted to a proportionate balancing of the *Charter* protections with the statutory objectives (para. 301).

[139] As I will explain, I agree with Savage J. in two respects: (1) that the Minister addressed the "substance" of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right; and (2) that it is implicit from the Minister's reasons that he proportionately balanced the *Charter* protections at stake for the Ktunaxa with the relevant statutory objectives. In this case, it is important to recall that reviewing courts may consider an administrative decision maker's implicit reasoning for reaching a decision. As Abella J. held in *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, the reasons given by an administrative decision maker are not required to explicitly address every argument raised by the claimant:

> Reasons may not include all the arguments, statutory provisions, jurisprudence or other details the reviewing judge would have preferred, but that does not impugn the validity of either the reasons or the result under a reasonableness analysis. A decision-maker is not required to make an explicit finding on each constituent element, however subordinate, leading to its final conclusion . . . . [para. 16]

[140] Rather, the ultimate question for the reviewing court is whether "the reasons allow the reviewing court to understand why the [administrative decision maker] made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes" (*ibid.*). Even if the reasons

[138] Le juge en chambre, le juge Savage, a conclu que le Ministre n'avait pas à mentionner expressément la revendication faite par les Ktunaxa sur la base de l'al. 2*a*) parce qu'il a traité de la « substance » du droit invoqué au titre de la *Charte* dans ses motifs : le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk et l'impact qu'aurait l'aménagement sur ce lien (2014 BCSC 568, 306 C.R.R. (2d) 211, par. 270 et 273). Bien que le juge Savage ait estimé que la décision du Ministre ne portait pas atteinte au droit reconnu aux Ktunaxa par l'al. 2*a*), il a dit que, même s'il se trompait sur ce point, la décision du Ministre était le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi (par. 301).

[139] Comme je l'expliquerai, je partage l'avis du juge Savage à deux égards : (1) le Ministre a traité de la « substance » du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et (2) il ressort implicitement des motifs du Ministre qu'il a mis en balance de façon proportionnée les protections de la *Charte* en jeu pour les Ktunaxa et les objectifs pertinents de la loi. En l'espèce, il importe de rappeler que la cour de révision peut tenir compte du raisonnement adopté implicitement par le décideur administratif pour parvenir à une décision. Comme l'a déclaré la juge Abella dans *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, il n'est pas nécessaire que les motifs du décideur administratif abordent explicitement chaque argument soulevé par le demandeur :

> Il se peut que les motifs ne fassent pas référence à tous les arguments, dispositions législatives, précédents ou autres détails que le juge siégeant en révision aurait voulu y lire, mais cela ne met pas en doute leur validité ni celle du résultat au terme de l'analyse du caractère raisonnable de la décision. Le décideur n'est pas tenu de tirer une conclusion explicite sur chaque élément constitutif du raisonnement, si subordonné soit-il, qui a mené à sa conclusion finale . . . [par. 16]

[140] La question que la cour de révision doit trancher au bout du compte est plutôt de savoir si « [les motifs] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du [décideur administratif] et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » (*ibid.*).

2017 SCC 54 (CanLII)

do not seem wholly adequate to justify the outcome, a reviewing court should seek to first supplement the reasons of the decision maker before substituting its own decision (*ibid*., at para. 12). Reasonableness review thus entails "a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision" (*ibid.*, at para. 12, citing D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286; see also *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 58). For example, in *Newfoundland Nurses*, although the chambers judge and a dissenting judge at the Court of Appeal found that the administrative decision maker's reasons disclosed no line of reasoning which could lead to his conclusion, this Court held that the decision maker was "alive to the question at issue and came to a result well within the range of reasonable outcomes" (para. 26). His decision was therefore reasonable.

(3) The Minister Was Alive to the Substance of the Ktunaxa's Section 2(*a*) Right

[141] In my view, it is clear from the Minister's reasons that he was alive to the "substance" of the Ktunaxa's asserted *Charter* right: the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk, and the fact that any permanent development in Qat'muk would sever their spiritual connection to the land. The Minister did note that the Ktunaxa's *prima facie* claim to an Aboriginal right under s. 35 based on their spiritual connection to the land was "weak" (see Minister's Rationale, at Schedule "F" of 2014 BCSC 568, pp. 117-24 ("Rationale"), at p. 122 (CanLII)). However, as I will explain, this assessment of the s. 35 claim was based on factors which are irrelevant to the s. 2(*a*) inquiry and thus had no bearing on the Minister's consideration of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

[142] In assessing the *prima facie* claim to an Aboriginal right as "weak", the Minister specifically referred to elements of the test under s. 35 for evaluating an Aboriginal right (see *R. v. Van der Peet*,

Même si les motifs ne semblent pas tout à fait convenables pour justifier l'issue, la cour de révision doit d'abord chercher à les compléter avant de leur substituer sa propre décision (*ibid*., par. 12). Le contrôle selon la norme de la décision raisonnable commande donc [TRADUCTION] « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » (*ibid.*, par. 12, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286; voir aussi *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 58). Par exemple, dans *Newfoundland Nurses*, bien que le juge siégeant en cabinet et une juge dissidente de la Cour d'appel aient conclu que les motifs du décideur administratif ne faisaient ressortir aucun raisonnement susceptible de mener à la conclusion à laquelle il était parvenu, notre Cour a jugé que le décideur avait « bien saisi la question en litige et qu'il [était] parvenu à un résultat faisant sans aucun doute partie des issues possibles raisonnables » (par. 26). Sa décision était donc raisonnable.

(3) Le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*)

[141] À mon avis, il ressort des motifs du Ministre qu'il a bien saisi la « substance » du droit revendiqué par les Ktunaxa en vertu de la *Charte* : leur lien spirituel avec le Qat'muk et le fait que toute installation permanente dans ce secteur romprait le lien en question. Le Ministre a effectivement qualifié de [TRADUCTION] « faible » la revendication à première vue, par les Ktunaxa, d'un droit ancestral reconnu à l'art. 35 du fait de leur lien spirituel avec la terre (voir les motifs du Ministre à l'annexe « F » de la décision 2014 BCSC 568, p. 117-124 (« Motifs »), p. 122 (CanLII)). Toutefois, comme je l'expliquerai, cette évaluation de la revendication fondée sur l'art. 35 reposait sur des facteurs étrangers à l'analyse concernant l'al. 2*a*) et ne se rapportait donc pas à la décision du Ministre sur le droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

[142] Pour juger « faible » la revendication à première vue d'un droit ancestral, le Ministre a explicitement mentionné des éléments du test à utiliser en application de l'art. 35 pour évaluer ce droit (voir

2017 SCC 54 (CanLII)

[1996] 2 S.C.R. 507, at paras. 46, 55 and 60). These elements include whether the tradition or practice was engaged in prior to contact with Europeans and whether it was integral to the distinctive culture of the Aboriginal group. The Minister noted that there was no indication that Jumbo Valley was under threat from "permanent forms of development at the time of contact such that the right claimed would have been one that was exercised or an aboriginal tradition, practice or activity integral to the culture of [the] Ktunaxa", and that the "details of the spiritual interest in the valley" were not shared with or known by the general Ktunaxa population (Rationale, at p. 122).

[143] These elements of the test for identifying an Aboriginal right under s. 35 are not part of the s. 2(*a*) inquiry. As indicated, in order to determine that there is an infringement of a s. 2(*a*) right, there are two requirements: (1) that the religious belief or practice is sincerely held; and (2) that state conduct has interfered with the ability to act in accordance with the belief or practice in a non-trivial way. It follows that the Minister's comment that the *prima facie* claim concerning the Ktunaxa's spiritual connection to the land was "weak" goes only to the strength of the s. 35 claim and has no bearing on the assessment of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

[144] In fact, in his Rationale, the Minister explicitly recognized that the proposed development put at stake the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk — the substance of their s. 2(*a*) right. Although the Minister assessed the strength of the s. 35 claim to an Aboriginal right as "weak", he stated that he "sincerely recognize[d] the genuinely sacred values at stake for Ktunaxa leadership and the Knowledge Keepers in particular" (p. 122). In his Consultation/Accommodation Summary (reproduced in R.R. (Minister), at pp. 66-154), which the Minister refers to in his Rationale, he noted that Jumbo Valley is an area of cultural significance with sacred values, and that "the Land of the Grizzly Spirit" is a highly important spiritual site in the Ktunaxa's traditional

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 46, 55 et 60). Au nombre de ces éléments figurent les points de savoir si la tradition ou pratique précède le contact avec les Européens et si elle faisait partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone. D'après le Ministre, rien n'indique que la vallée Jumbo était menacée par des [TRADUCTION] « aménagements permanents au moment du contact qui auraient entraîné l'exercice du droit revendiqué ou fait en sorte que celui-ci constitue une tradition, pratique ou activité ancestrale au cœur de la culture des Ktunaxa », et les « détails de l'intérêt spirituel dans la vallée » n'étaient ni communiqués à la population générale des Ktunaxa ni connus de cette dernière (Motifs, p. 122).

[143] Ces éléments du test servant à identifier un droit ancestral reconnu à l'art. 35 ne font pas partie de l'analyse fondée sur l'al. 2*a*). Comme je l'ai indiqué, pour décider qu'il y a atteinte à un droit garanti à l'al. 2*a*), deux conditions doivent être réunies : (1) il s'agit d'une croyance ou pratique religieuse sincère et (2) la conduite étatique a nui à la capacité de se conformer à la croyance ou pratique de manière non négligeable. Par conséquent, la remarque du Ministre selon laquelle la revendication à première vue concernant le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre était « faible » se rapporte uniquement à la solidité de la revendication fondée sur l'art. 35 et n'a rien à voir avec l'évaluation du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

[144] En fait, dans ses Motifs, le Ministre a expressément reconnu que l'aménagement proposé mettait en jeu le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk, la substance du droit que leur garantit l'al. 2*a*). Bien que le Ministre ait jugé « faible » la revendication d'un droit ancestral fondée sur l'art. 35, il a dit avoir [TRADUCTION] « reconn[u] sincèrement les valeurs réellement sacrées en jeu pour les dirigeants des Ktunaxa et les gardiens du savoir en particulier » (p. 122). Dans son Résumé des consultations et des mesures d'accommodement (reproduit dans le d.i. (Ministre), p. 66-154), auquel renvoie le Ministre dans ses Motifs, il a signalé que la vallée Jumbo est un secteur d'importance culturelle auquel sont associées des valeurs sacrées et que [TRADUCTION] « la

2017 SCC 54 (CanLII)

lands (p. 111). In my view, the Minister was thus alive to the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right.

(4) The Minister Engaged in Proportionate Balancing

(a) *Statutory Objectives*

[145] Before turning to the question of whether the Minister engaged in proportionate balancing of the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right and his statutory mandate, I begin with the relevant statutory objectives in this case. The Minister referred to several of his statutory obligations under the *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, and the *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, that were relevant to his decision. At page 119 of his Rationale, the Minister noted that under those Acts, he is "responsible for the administration of Crown land" (see *Land Act*, s. 4), "responsible to dispose of Crown land where [he] considers advisable in the public interest" (see *Land Act*, s. 11(1)), and "responsible for encouraging outdoor recreation" (see *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, s. 5(b)). When the reasons of the Minister are read fairly as a whole, it is apparent that he took these objectives into account in arriving at his decision.

(b) *The Minister's Efforts to Accommodate the Ktunaxa's Section 2(a) Claim*

[146] As I will explain, it is apparent from the Minister's reasons that he tried to limit the impact of the proposed development on the substance of the Ktunaxa's s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given these statutory objectives. The Minister in fact provided significant accommodation measures that specifically addressed the Ktunaxa's spiritual connection to the land. As Savage J. noted, these accommodations were "clearly intended to reduce the footprint of the Proposed Resort within Qat'muk and lessen the effect of the Proposed Resort on Grizzly bears, within which the Ktunaxa say

terre de l'Esprit de l'Ours Grizzly » est une partie fort importante sur le plan spirituel du territoire traditionnel des Ktunaxa (p. 111). J'estime donc que le Ministre a bien saisi la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*).

(4) Le Ministre s'est livré à une mise en balance proportionnée

a) *Objectifs visés par la loi*

[145] Avant de passer à la question de savoir si le Ministre a mis en balance de façon proportionnée la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) et le mandat que lui confie la loi, j'aborde les objectifs législatifs pertinents en l'espèce. Le Ministre a fait état de plusieurs de ses obligations découlant de la *Land Act*, R.S.B.C. 1996, c. 245, et de la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, R.S.B.C. 1996, c. 307, qui ont joué dans sa décision. À la p. 119 de ses Motifs, il fait remarquer qu'aux termes de ces lois, il est [TRADUCTION] « responsable de l'administration des terres de la Couronne » (voir la *Land Act*, art. 4), « chargé d'aliéner les terres de la Couronne lorsqu['il] l'estime indiqué dans l'intérêt public » (voir la *Land Act*, par. 11(1)) et « chargé d'encourager les activités de plein air » (voir la *Ministry of Lands, Parks and Housing Act*, al. 5(b)). Lorsqu'on interprète impartialement les motifs du Ministre dans leur ensemble, il est clair qu'il a tenu compte de ces objectifs pour parvenir à sa décision.

b) *Les efforts déployés par le Ministre pour satisfaire à la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2a)*

[146] Comme je l'expliquerai, il ressort des motifs du Ministre qu'il a essayé de limiter autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact de l'aménagement proposé sur la substance du droit garanti aux Ktunaxa par l'al. 2*a*) compte tenu de ces objectifs visés par la loi. Le Ministre a en fait consenti des mesures d'accommodement importantes qui touchaient précisément le lien spirituel des Ktunaxa avec la terre. Comme l'a souligné le juge Savage, ces mesures d'accommodement [TRADUCTION] « visaient clairement à réduire l'empreinte de la station de ski proposée dans le Qat'muk et à

2017 SCC 54 (CanLII)

the Grizzly Bear Spirit manifests itself" (para. 313). These measures included the following (Rationale, at p. 123):

- The area of the "controlled recreation area" was reduced by 60% and reductions were also made to the "total resort development area".
- An area was removed "from the controlled recreation area of the lower Jumbo Creek area that has been perceived as having greater visitation potential from Grizzly bears".
- The "controlled recreation area" was also "amended to remove ski lifts on the West side of the valley, where impact to Grizzly bear habitat was expected to be greatest".
- The Province of B.C. would "pursue the establishment of a Wildlife Management Area (WMA)" in order "to address potential impacts in relation to Grizzly bears and aboriginal claims relating to spiritual value of the valley". The Ktunaxa were invited to engage with the Province in the development and implementation of the WMA objectives.

[147] It is true that these accommodation measures were provided in the context of the Minister's duty to consult and accommodate under s. 35. The Minister provided these measures, as well as other accommodations, as part of a consultative process that occurred "at the deep end of the consultation spectrum" (Rationale, at p. 123). But, as indicated, the Minister provided the accommodation listed above to specifically address the Ktunaxa's spiritual interest in the land, even though the Minister assessed the strength of the Ktunaxa's *prima facie* s. 35 claim based on this interest as "weak". In my opinion, it does not make sense that the Minister would provide significant accommodation for a "weak" s. 35 claim, which suggests that the Minister took into account the Ktunaxa's broader spiritual

atténuer les répercussions de cette station sur les grizzlys dans lesquels, aux dires des Ktunaxa, se manifeste l'Esprit de l'Ours Grizzly » (par. 313). Ces mesures comprenaient les suivantes (Motifs, p. 123) :

- La taille de la [TRADUCTION] « zone de loisir contrôlée » a été réduite de 60 p. 100 et on a également amputé « l'aire totale d'aménagement de la station ».
- On a retranché « de la zone de loisir contrôlée du secteur inférieur de la vallée Jumbo une région perçue comme davantage susceptible d'être fréquentée par les grizzlys ».
- La « zone de loisir contrôlée » a aussi été « modifiée par le retrait des remonte-pentes sur le côté ouest de la vallée car on pensait que l'impact sur l'habitat du grizzly y serait plus important ».
- La province de la Colombie-Britannique « irait de l'avant avec la mise sur pied d'une aire de gestion de la faune (AGF) » afin « de contrer les répercussions possibles du projet sur les grizzlys et les revendications autochtones touchant la valeur spirituelle de la vallée ». On a invité les Ktunaxa à discuter avec la province de l'élaboration et de la mise en œuvre des objectifs de l'AGF.

[147] Certes, ces mesures d'accommodement ont été consenties eu égard à l'obligation du Ministre de consulter et d'accommoder découlant de l'art. 35. Le Ministre a offert ces mesures et d'autres accommodements dans le cadre d'un processus de consultation qui s'était rendu [TRADUCTION] « à l'extrémité supérieure du continuum de consultation » (Motifs, p. 123). Mais, tel qu'il est indiqué précédemment, le Ministre a offert les accommodements énumérés ci-dessus pour répondre précisément à l'intérêt spirituel des Ktunaxa sur la terre même s'il a jugé « faible » la revendication à première vue des Ktunaxa fondée sur l'art. 35. Il me semble illogique que le Ministre consente des accommodements importants pour une « faible » revendication fondée sur l'art. 35, ce qui donne à penser que le

2017 SCC 54 (CanLII)

interest in the land, distinct from the context of their s. 35 claim.

[148] The Chief Justice and Rowe J. take a different approach. They explain this apparent tension by asserting that the Minister assessed as "weak" only the Ktunaxa's s. 35 claim that their spiritual connection to the land would be severed by any permanent development. For them, the Minister determined that the Ktunaxa's "broader claim to spiritual values in Qat'muk" under s. 35 was strong, and he accordingly engaged in deep consultation (para. 99).[1] In my view, even if my colleagues are right that the Minister engaged in deep consultation to address the Ktunaxa's "overall spiritual claim" (para. 99) under s. 35, it follows that the Minister provided the accommodation above to reduce the impact of the development on the Ktunaxa's spiritual connection to Qat'muk. These measures indicate that the Minister made efforts to mitigate the impact on the substance of their s. 2(*a*) right as much as reasonably possible given his statutory mandate.

[149] Nonetheless, I acknowledge that these accommodation measures only reduce the footprint of the development in Qat'muk, a very important spiritual site in the Ktunaxa's religion. They do not prevent the loss of the Ktunaxa's spiritual connection to the land once the development is built and Grizzly Bear Spirit leaves Qat'muk. The Ktunaxa's position is that there is no "middle ground" available regarding the development: no accommodation is possible, as no permanent structures can be built on the land or Qat'muk will lose its sacred nature. The Minister therefore had two options before him: approve the development or permit the Ktunaxa to

[1] To be clear, as I have indicated above, it is plain from the Minister's reasons that he assessed the Ktunaxa's s. 35 claim based on their spiritual connection to the land as "weak". However, I am satisfied that the duty to consult and accommodate under s. 35 with respect to this claim was met by the deep consultation engaged in by the Minister.

Ministre a tenu compte de l'intérêt spirituel général des Ktunaxa sur le terrain indépendamment de leur revendication fondée sur l'art. 35.

[148] La Juge en chef et le juge Rowe adoptent une perspective différente. Ils expliquent cette contradiction apparente en affirmant que le Ministre a qualifié de « faible » uniquement la prétention des Ktunaxa fondée sur l'art. 35 selon laquelle leur lien spirituel avec la terre serait rompu par tout aménagement permanent. D'après eux, le Ministre a décidé que leur « revendication générale visant les valeurs spirituelles associées au Qat'muk » au titre de l'art. 35 était solide et il a donc procédé à des consultations approfondies (par. 99)[1]. À mon avis, même si mes collègues ont raison de dire que le Ministre a procédé à des consultations approfondies pour répondre à la « revendication générale de nature spirituelle » (par. 99) des Ktunaxa en conformité avec l'art. 35, il s'ensuit que le Ministre a offert les accommodements susmentionnés pour réduire l'incidence de l'aménagement sur le lien spirituel des Ktunaxa avec le Qat'muk. Ces mesures indiquent que le Ministre s'est efforcé d'atténuer autant qu'il était raisonnablement possible de le faire l'impact sur la substance du droit que leur garantit l'al. 2*a*) compte tenu de son mandat législatif.

[149] Néanmoins, je reconnais que ces mesures d'accommodement ne font que réduire l'empreinte de l'aménagement sur le Qat'muk, un lieu spirituel qui revêt une grande importance dans la religion des Ktunaxa. Elles n'empêchent pas les Ktunaxa de perdre leur lien spirituel avec la terre après que la station de ski soit construite et que l'Esprit de l'Ours Grizzly quitte le Qat'muk. Les Ktunaxa estiment qu'il n'y pas de « moyen terme » à l'égard de l'aménagement : aucun accommodement n'est possible, car aucune installation permanente ne peut être érigée sur la terre, sinon le Qat'muk perdra son caractère sacré. Le Ministre avait donc deux

[1] Précisons que, comme je l'ai mentionné précédemment, il ressort des motifs du Ministre qu'il a jugé « faible » la revendication faite par les Ktunaxa au titre de l'art. 35 sur la base de leur lien spirituel avec la terre. Or, je suis convaincu que le Ministre s'est acquitté de l'obligation de consulter et d'accommoder que lui impose cet article en procédant aux consultations approfondies.

2017 SCC 54 (CanLII)

veto the development on the basis of their freedom of religion. As I will explain, it can be implied from the Minister's decision that permitting the Ktunaxa to veto the development was not consistent with his statutory mandate. Indeed, it would significantly undermine, if not completely compromise, this mandate.

(c) *The Right to Exclude*

[150] Granting the Ktunaxa a power to veto development over the land would effectively give the Ktunaxa a significant property interest in Qat'muk — namely, a power to exclude others from constructing permanent structures on over 50 square kilometres of public land. This right of exclusion is not a minimal or negligible restraint on public ownership. It gives the Ktunaxa the power to exclude others from developing land that the public in fact owns. The public in this case includes an Aboriginal group, the Shuswap Indian Band, that supports the development — a fact which the Minister explicitly took into consideration in his reasons. The Shuswap Indian Band is supportive of the development in part because of "the potential economic development opportunities it may provide" (R.R. (Minister), at p. 68).

[151] The power of exclusion is an essential right in property ownership, because it gives an owner the exclusive right to determine the use of his or her property and to ensure that others do not interfere with that use (see B. Ziff, *Principles of Property Law* (6th ed. 2014), at p. 6). Without the power of exclusion, the owner is unable to dictate how his or her property will be used. Even a person who has a limited power of exclusion — for example, the power to prevent development of the land — will be able to exercise control over the property and dictate its use to a significant extent.

[152] In granting a limited power of exclusion to the Ktunaxa, the Minister would effectively transfer the public's control of the use of over 50 square kilometres of land to the Ktunaxa. This power would permit the Ktunaxa to dictate the use of the land —

choix : approuver l'aménagement ou permettre aux Ktunaxa d'opposer leur veto à l'aménagement en raison de leur liberté de religion. Comme je l'expliquerai, on peut déduire de la décision du Ministre que le deuxième choix n'était pas compatible avec son mandat législatif. En effet, cela minerait considérablement la réalisation de ce mandat, voire lui porterait un coup fatal.

c) *Le droit d'interdiction*

[150] Conférer aux Ktunaxa le pouvoir d'opposer leur veto à l'aménagement du territoire en question leur donnerait dans les faits un intérêt propriétal d'envergure sur le Qat'muk, à savoir le pouvoir d'interdire à autrui de construire des installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce droit d'interdiction n'est pas une restriction minimale ou négligeable de la propriété publique. Il donne aux Ktunaxa le pouvoir d'interdire à autrui d'aménager un territoire qui appartient effectivement à la population. Cette dernière comprend un groupe autochtone, la Shuswap Indian Band, qui est en faveur de l'aménagement, un fait dont a expressément tenu compte le Ministre dans ses motifs. La Shuswap Indian Band est favorable à l'aménagement notamment en raison [TRADUCTION] « des possibilités de développement économique qu'il peut offrir » (d.i. (Ministre), p. 68).

[151] Le pouvoir d'interdiction est un droit essentiel à la propriété d'un bien car il accorde au propriétaire le droit exclusif de décider de l'usage de son bien et d'éviter que d'autres personnes ne nuisent à cet usage (voir B. Ziff, *Principles of Property Law* (6e éd. 2014), p. 6). Sans le pouvoir d'interdiction, le propriétaire ne peut dicter l'usage qui sera fait de son bien. Même le titulaire d'un pouvoir limité d'interdiction — comme celui de prévenir l'aménagement du territoire — pourra exercer un contrôle sur le bien et en dicter l'usage dans une large mesure.

[152] S'il accordait aux Ktunaxa un pouvoir limité d'interdiction, le Ministre leur céderait dans les faits le contrôle que détient le public sur l'utilisation de plus de 50 kilomètres carrés de terres. Ce pouvoir permettrait aux Ktunaxa de dicter l'usage

2017 SCC 54 (CanLII)

2017 SCC 54 (CanLII)

namely, preventing any permanent structures from being constructed — so that it does not conflict with their religious belief in the sacred nature of Qat'muk. A religious group would therefore be able to regulate the use of a vast expanse of public land so that it conforms to its religious belief. It seems implicit from the Minister's reasons that permitting a religious group to dictate the use of a large tract of land according to its religious belief — and excluding the public from using the land in a way contrary to this belief — would undermine the objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. It can be inferred that the Minister found that granting the Ktunaxa such a power of exclusion would not fulfill his statutory mandate. Rather, it would significantly compromise — if not negate — those objectives.

du territoire — soit empêcher la construction de toute installation permanente — pour éviter qu'elle n'entre en conflit avec leur croyance religieuse dans le caractère sacré du Qat'muk. Un groupe religieux serait donc en mesure de réglementer l'utilisation d'une vaste étendue de terre publique pour qu'elle se conforme à sa croyance religieuse. Il semble se dégager implicitement des motifs du Ministre que permettre à un groupe religieux de dicter l'utilisation d'une grande étendue de terrain selon sa croyance religieuse — et d'interdire à la population d'utiliser le terrain contrairement à cette croyance — entraverait la réalisation des objectifs d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. On peut en déduire que, selon le Ministre, conférer aux Ktunaxa pareil pouvoir d'interdiction ne lui permettrait pas de remplir son mandat législatif. L'octroi de ce pouvoir compromettrait plutôt substantiellement l'atteinte de ces objectifs, voire lui porterait un coup fatal.

[153] As indicated, the Ktunaxa's s. 2(*a*) claim left the Minister with two options: either to approve the development, or to grant the Ktunaxa a right to exclude others from constructing any permanent development on over 50 square kilometres of public land. This is distinct from a situation where some reasonable accommodation — a "middle ground" — is possible. For example, where a claimant seeks limited access to an area of land, or seeks to restrict a certain activity on an area of land during certain limited time periods, granting an accommodation may not have the effect of undermining the Minister's statutory objectives of administering Crown land and disposing of it in the public interest. As proportionate balancing under *Doré* requires limiting *Charter* protections "no more than is necessary given the applicable statutory objectives" (*Loyola*, at para. 4), in such cases, it may be unreasonable for the Minister not to provide these accommodations.

[153] Comme je l'ai indiqué, la revendication des Ktunaxa fondée sur l'al. 2*a*) laissait deux choix au Ministre : soit approuver l'aménagement, soit accorder aux Ktunaxa le droit d'interdire à autrui de construire toute installation permanente sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques. Ce cas se distingue d'une situation où il est possible de parvenir à un compromis raisonnable, un « moyen terme ». Par exemple, lorsqu'un demandeur réclame l'accès limité à un secteur ou cherche à restreindre une activité donnée dans un secteur pendant certaines périodes limitées, le fait d'offrir un accommodement n'aura peut-être pas pour effet d'entraver la réalisation des objectifs confiés par la loi au Ministre d'administrer les terres de la Couronne et de les aliéner dans l'intérêt public. Puisque la mise en balance proportionnée établie dans *Doré* exige qu'on ne limite pas les protections énumérées dans la *Charte* « plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi » (*Loyola*, par. 4), en pareil cas, il peut être déraisonnable pour le Ministre de ne pas offrir ces accommodements.

[154] But here, an accommodation that would not compromise the Minister's statutory mandate was unavailable. As indicated, the Minister did make an

[154] Mais dans l'affaire qui nous occupe, il était impossible d'offrir un accommodement qui ne compromettrait pas la réalisation du mandat confié au

effort to provide the Ktunaxa with accommodation to limit the impact on their religious freedom, but the Ktunaxa took the position that no permanent development in the area could be allowed. This placed the Minister in a difficult, if not impossible, position. He determined that if he granted the power of exclusion to the Ktunaxa, this would significantly hamper, if not prevent, him from fulfilling his statutory objectives: to administer Crown land and to dispose of it in the public interest. In the end, he found that the fulfillment of his statutory mandate prevented him from giving the Ktunaxa a veto right over the construction of permanent structures on over 50 square kilometres of public land.

[155] In view of the options open to the Minister, I am satisfied that this decision was reasonable in the circumstances. It limited the Ktunaxa's right "as little as reasonably possible" given the statutory objectives (*Loyola*, at para. 40) and amounted to a proportionate balancing.

III. Conclusion

[156] For these reasons, I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Quebec.

Solicitor for the respondent the Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent Glacier Resorts Ltd.: Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Vancouver.

Ministre par la loi. Je le rappelle, le Ministre s'est efforcé de fournir aux Ktunaxa un accommodement pour limiter l'impact du projet sur leur liberté de religion, mais les Ktunaxa ont soutenu qu'on ne pouvait autoriser aucun aménagement permanent dans le secteur. Cela a mis le Ministre dans une situation difficile, voire impossible. Selon lui, s'il accordait le pouvoir d'interdiction aux Ktunaxa, cela le gênerait considérablement dans la réalisation de ses objectifs légaux, voire l'empêcherait de les réaliser : administrer les terres de la Couronne et les aliéner dans l'intérêt public. En fin de compte, il a jugé que la réalisation du mandat que lui attribue la loi l'empêchait de donner aux Ktunaxa un droit de veto sur la construction d'installations permanentes sur plus de 50 kilomètres carrés de terres publiques.

[155] Vu les choix qui s'offraient au Ministre, je suis convaincu que cette décision était raisonnable dans les circonstances. Elle a restreint le droit des Ktunaxa « aussi peu que cela [était] raisonnablement possible » compte tenu des objectifs visés par la loi (*Loyola*, par. 40) et était le fruit d'une mise en balance proportionnée.

III. Conclusion

[156] Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants : Peter Grant & Associates, Vancouver; Diane Soroka Avocate Inc., Westmount, Québec.

Procureur de l'intimé Minister of Forests, Lands and Natural Resource Operations : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimée Glacier Resorts Ltd. : Owen Bird Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Vancouver.

2017 SCC 54 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Attorney General of Saskatchewan: Attorney General of Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners the Canadian Muslim Lawyers Association, the South Asian Legal Clinic of Ontario and the Kootenay Presbytery (United Church of Canada): Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Christian Legal Fellowship: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Christian Legal Fellowship, London, Ontario.

Solicitors for the intervener the Alberta Muslim Public Affairs Council: Nanda & Company, Edmonton.

Solicitor for the intervener Amnesty International Canada: Ecojustice Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Te'mexw Treaty Association: JFK Law Corporation, Victoria.

Solicitors for the intervener the Central Coast Indigenous Resource Alliance: Ng Ariss Fong, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Shibogama First Nations Council: Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Chamber of Commerce: McCarthy Tétrault, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitor for the intervener the Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic: Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Solicitors for the intervener the Katzie First Nation: Donovan & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners the West Moberly First Nations and the Prophet River First Nation: Devlin Gailus Westaway, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des avocats musulmans, South Asian Legal Clinic of Ontario et Kootenay Presbytery (United Church of Canada) : Stockwoods, Toronto; Khalid Elgazzar, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et l'Alliance des chrétiens en droit : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance des chrétiens en droit, London, Ontario.

Procureurs de l'intervenant Alberta Muslim Public Affairs Council : Nanda & Company, Edmonton.

Procureur de l'intervenante Amnistie internationale (Canada) : Ecojustice Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Te'mexw Treaty Association : JFK Law Corporation, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Central Coast Indigenous Resource Alliance : Ng Ariss Fong, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant Shibogama First Nations Council : Olthuis, Kleer, Townshend, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Chambre de commerce du Canada : McCarthy Tétrault, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureur de l'intervenant Council of the Passamaquoddy Nation at Schoodic : Paul Williams, Ohsweken, Ontario.

Procureurs de l'intervenante Katzie First Nation : Donovan & Company, Vancouver.

Procureurs des intervenantes West Moberly First Nations et Prophet River First Nation : Devlin Gailus Westaway, Victoria.

2017 SCC 54 (CanLII)

TAB 2

2018 SCC 32 (CanLII)

Law Society of British Columbia *Appellant*

v.

Trinity Western University and Brayden Volkenant *Respondents*

and

Lawyers' Rights Watch Canada, National Coalition of Catholic School Trustees' Associations, International Coalition of Professors of Law, Christian Legal Fellowship, Canadian Bar Association, Advocates' Society, Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada, Canadian Council of Christian Charities, Canadian Conference of Catholic Bishops, Canadian Association of University Teachers, Law Students' Society of Ontario, Seventh-day Adventist Church in Canada, BC LGBTQ Coalition, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Higher Education Canada, British Columbia Humanist Association, Egale Canada Human Rights Trust, Faith, Fealty & Creed Society, Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, Catholic Civil Rights League, Faith and Freedom Alliance, Canadian Secular Alliance, West Coast Women's Legal Education and Action Fund and World Sikh Organization of Canada *Interveners*

Law Society of British Columbia *Appelante*

c.

Trinity Western University et Brayden Volkenant *Intimés*

et

Lawyers' Rights Watch Canada, National Coalition of Catholic School Trustees' Associations, International Coalition of Professors of Law, Alliance des chrétiens en droit, Association du Barreau canadien, Société des plaideurs, Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada, Canadian Council of Christian Charities, Conférence des évêques catholiques du Canada, Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Société des étudiants et étudiantes en droit de l'Ontario, Église adventiste du septième jour au Canada, BC LGBTQ Coalition, Alliance évangélique du Canada, Christian Higher Education Canada, British Columbia Humanist Association, Égale Canada Human Rights Trust, Faith, Fealty & Creed Society, Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, Ligue catholique pour les droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance, Canadian Secular Alliance, West Coast Women's Legal Education and Action Fund et World Sikh Organization of Canada *Intervenants*

Indexed as: Law Society of British Columbia *v.* Trinity Western University

2018 SCC 32

File No.: 37318.

2017: November 30, December 1; 2018: June 15.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

Répertorié : Law Society of British Columbia *c.* Trinity Western University

2018 CSC 32

N° du greffe : 37318.

2017 : 30 novembre, 1er décembre; 2018 : 15 juin.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Law of professions — Barristers and solicitors — Law society — Approval of law school — Law society denying approval to proposed law school with mandatory covenant prohibiting sexual intimacy except between married heterosexual couples — Whether law society entitled under its enabling statute to consider admissions policy and to hold referendum of members in deciding whether to approve proposed law school — Law Society Rules, r. 2-27 — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, s. 13.

Administrative law — Judicial review — Standard of review — Law society — Administrative decision engaging Charter protections — Law society denying approval to proposed law school with mandatory religiously-based covenant — Application for judicial review challenging decision on basis that it violated religious rights — Whether law society's decision engages Charter by limiting freedom of religion — If so, whether decision proportionately balanced limitation on freedom of religion with law society's statutory objectives — Whether law society's decision reasonable — Application of Doré/Loyola framework — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, s. 3.

Trinity Western University ("TWU") is an evangelical Christian postsecondary institution that seeks to open a law school that requires its students and faculty to adhere to a religiously-based code of conduct, the Community Covenant Agreement (Covenant), which prohibits "sexual intimacy that violates the sacredness of marriage between a man and a woman". The Covenant would prohibit the conduct throughout the three years of law school, even when students are off-campus in the privacy of their own homes. The Law Society of British Columbia ("LSBC") is the regulator of the legal profession in British Columbia. The Benchers of the LSBC voted to hold a referendum of its members on the issue of the approval of TWU's proposed law school and agreed to be bound by the results. The members voted to implement a resolution declaring that TWU's proposed law school was not an approved faculty of law because of its mandatory Covenant. The Benchers therefore passed the resolution. TWU and V, a graduate of TWU's undergraduate program who would have chosen to attend TWU's proposed law school, successfully brought judicial review proceedings to the Supreme Court of British Columbia, arguing that the LSBC's decision not

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit des professions — Avocats et procureurs — Barreau — Reconnaissance d'une faculté de droit — Barreau refusant d'agréer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire interdisant toute intimité sexuelle sauf au sein des couples hétérosexuels mariés — En vertu de sa loi habilitante, le barreau peut-il examiner une politique d'admission et tenir un référendum auprès de ses membres pour décider s'il y a lieu d'agréer la faculté de droit proposée? — Law Society Rules, art. 2-27 — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, art. 13.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Barreau — Décision administrative mettant en cause les protections conférées par la Charte — Barreau refusant d'agréer une faculté de droit proposée dont la fréquentation est assujettie à un covenant obligatoire fondé sur des croyances religieuses — Demande de contrôle judiciaire de cette décision au motif qu'elle porte atteinte aux droits religieux — La décision du barreau fait-elle intervenir la Charte en restreignant la liberté de religion? — Dans l'affirmative, la décision met-elle en balance de façon proportionnée la restriction imposée à la liberté de religion et les objectifs qui incombent au barreau en vertu de la loi? — La décision du barreau est-elle raisonnable? — Application du cadre d'analyse établi dans les arrêts Doré et Loyola — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, art. 3.

Trinity Western University (« TWU »), un établissement d'enseignement postsecondaire chrétien évangélique, souhaite ouvrir une faculté de droit exigeant que ses étudiants et les membres de son corps professoral adhèrent à un code de conduite fondé sur des croyances religieuses, le *Community Covenant Agreement* (*Covenant*), qui interdit toute « intimité sexuelle qui viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme ». Le *Covenant* interdirait cette conduite pendant les trois années de fréquentation de la faculté de droit, même si les étudiants se trouvent à l'extérieur du campus dans l'intimité de leur foyer. La Law Society of British Columbia (« LSBC ») est l'organisme chargé de réglementer la profession juridique en Colombie-Britannique. Les conseillers de la LSBC ont voté pour la tenue d'un référendum auprès de ses membres sur la question de la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU et ils ont convenu qu'ils seraient liés par les résultats. Les membres ont voté pour l'application d'une résolution déclarant que la faculté de droit proposée par TWU n'était pas une faculté de droit agréée en raison de son *Covenant* obligatoire. Les conseillers ont donc adopté la résolution. TWU et V, un diplômé du programme

2018 SCC 32 (CanLII)

to approve TWU's proposed law school violated religious rights protected by s. 2(*a*) of the *Charter*. The Court of Appeal dismissed the appeal.

Held (Côté and Brown JJ. dissenting): The appeal should be allowed. The resolution of the LSBC to declare that TWU's proposed law school not be approved is restored.

Per Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.: The LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school represents a proportionate balance between the limitation on the religious protections under s. 2(*a*) of the *Charter* and the statutory objectives that the LSBC sought to pursue. The LSBC's decision was therefore reasonable.

The LSBC was entitled under its enabling statute to consider TWU's admissions policies, apart from the academic qualifications and competence of individual graduates, in determining whether to approve TWU's proposed law school under Rule 2-27 of the *Law Society Rules*. The LSBC's enabling statute requires the Benchers to consider the overarching objective of upholding and protecting the public interest in the administration of justice in determining the requirements for admission to the profession, including whether to approve a particular law school. As the governing body of a self-regulating profession, the LSBC's determination of the manner in which its broad public interest mandate will best be furthered is entitled to deference. The public interest is a broad concept and what it requires will depend on the particular context.

The LSBC in this case interpreted its duty to uphold and protect the public interest as precluding the approval of TWU's proposed law school because the requirement that students sign the Covenant as a condition of admission effectively imposes inequitable barriers on entry to the school and ultimately, inequitable barriers on entry to the profession. It was reasonable for the LSBC to conclude that promoting equality by ensuring equal access to the legal profession, supporting diversity within the bar, and preventing harm to LGBTQ law students were valid means to pursue the public interest. The LSBC has an overarching interest in protecting the values of equality and human rights in carrying out its functions. Approving or facilitating inequitable barriers to the profession could

de premier cycle de cette université qui aurait choisi de fréquenter la faculté de droit proposée, ont eu gain de cause dans leur demande de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle ils ont fait valoir que la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU portait atteinte aux droits religieux protégés par l'al. 2*a*) de la *Charte*. La Cour d'appel a rejeté l'appel.

Arrêt (les juges Côté et Brown sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. La résolution par laquelle la LSBC déclare que la faculté de droit proposée par TWU n'est pas une faculté de droit agréée est rétablie.

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon : La décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU représente une mise en balance proportionnée de la restriction imposée aux protections religieuses conférées par l'al. 2*a*) de la *Charte* et des objectifs prévus par la loi que cherchait à poursuivre la LSBC. La décision de la LSBC était donc raisonnable.

En vertu de sa loi habilitante, la LSBC pouvait examiner — outre les diplômes universitaires et la compétence de diplômés individuels — les politiques d'admission de TWU pour décider s'il y avait lieu d'agréer la faculté de droit proposée par TWU au titre de l'art. 2-27 des *Law Society Rules*. La loi habilitante de la LSBC exige que les conseillers tiennent compte de l'objectif primordial de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice lorsqu'ils déterminent les conditions d'admission dans la profession, et notamment lorsqu'ils décident s'il y a lieu d'agréer une faculté de droit en particulier. Il faut faire preuve de déférence à l'égard de la décision que prend la LSBC, en tant qu'organisme chargé de réglementer une profession autonome, sur la meilleure façon de s'acquitter de son vaste mandat de protection de l'intérêt public. Le concept d'intérêt public est large et ce qu'il requiert dépendra du contexte particulier en cause.

En l'espèce, la LSBC a considéré que son obligation de défendre et de protéger l'intérêt public l'empêchait d'agréer la faculté de droit proposée par TWU parce qu'obliger les étudiants à signer le *Covenant* comme condition d'admission dresse effectivement des barrières inéquitables à l'entrée à la faculté et impose au bout du compte des barrières inéquitables à l'entrée dans la profession. Il était raisonnable que la LSBC conclue que promouvoir l'égalité en assurant un accès égal à la profession juridique, soutenir la diversité au sein du barreau et empêcher qu'un préjudice soit causé aux étudiants en droit LGBTQ étaient des moyens valides de s'acquitter de son obligation de protection de l'intérêt public. La LSBC a un intérêt primordial à protéger les valeurs d'égalité et des

2018 SCC 32 (CanLII)

undermine public confidence in the LSBC's ability to regulate in the public interest.

Also, the LSBC Benchers were entitled to hold a referendum of members on the question of TWU's proposed law school. Section 13 of the *Legal Profession Act* does not limit the circumstances in which the Benchers can elect to be bound to implement the results of such a referendum. The legal profession in British Columbia is self-governing; the majority of Benchers are elected by the LSBC membership and make decisions on behalf of the LSBC as a whole. It is consistent with this statutory scheme that the Benchers may decide that certain decisions they take would benefit from the guidance or support of the membership as a whole. This is no less the case where a decision implicates the *Charter* and raises questions as to the best means to pursue the LSBC's statutory objectives.

The LSBC was not required to give reasons formally explaining why the decision to refuse to approve TWU's proposed law school amounted to a proportionate balancing of freedom of religion with the LSBC's statutory objectives. Not all administrative decision-making requires the same procedure. In this context, the vast majority of Benchers serve as elected representatives, and reached their decision by a majority vote. It is clear from the speeches that the LSBC Benchers made during their meetings that they were alive to the question of the balance to be struck. Reviewing courts may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome.

Administrative decisions that engage the *Charter* are reviewed based on the framework set out in the binding precedents of the Court of *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613. Under the *Doré*/*Loyola* framework, if the administrative decision engages the *Charter* by limiting its protections — both rights and values — the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play and the relevant statutory mandate.

droits de la personne dans l'exercice de ses fonctions. Le fait d'approuver ou de faciliter l'imposition de barrières inéquitables à l'entrée dans la profession pourrait compromettre la confiance du public à l'égard de la capacité de réglementation de la LSBC dans l'intérêt public.

De plus, les conseillers de la LSBC étaient autorisés à tenir un référendum auprès des membres sur la question de la faculté de droit proposée par TWU. L'article 13 de la *Legal Profession Act* ne limite pas les circonstances dans lesquelles les conseillers peuvent décider d'être tenus de donner effet aux résultats d'un tel référendum. En Colombie-Britannique, la profession juridique est une profession autonome; dans la majorité des cas, les conseillers sont élus par les membres de la LSBC et prennent des décisions au nom de cet organisme dans son ensemble. Il est compatible avec ce régime législatif que les conseillers puissent décider que certaines de leurs décisions gagneraient à être guidées ou appuyées par l'ensemble des membres. C'est d'autant plus vrai lorsque la décision met en cause la *Charte* et soulève des questions quant aux meilleurs moyens d'atteindre les objectifs que confie la loi à la LSBC.

La LSBC n'était pas tenue d'expliquer par écrit les raisons pour lesquelles la décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU constituait une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et des objectifs confiés par la loi à la LSBC. Les décisions administratives ne requièrent pas toutes la même procédure. Dans ce contexte, les conseillers de la LSBC, qui agissent en grande majorité à titre de représentants élus, ont pris leur décision par un vote majoritaire. Il ressort clairement des discours prononcés par les conseillers lors de leurs réunions que ceux-ci étaient conscients de l'équilibre qu'il fallait établir. La cour de révision peut, si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat.

Les décisions administratives qui font intervenir la *Charte* sont examinées selon le cadre d'analyse qu'a établi la Cour dans des précédents qui la lient, à savoir les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613. Suivant le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, si la décision administrative fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections qu'elle confère — qu'il s'agisse de droits ou de valeurs —, il faut se demander si, en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes législatif et factuel, la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en cause conférées par la *Charte* et du mandat pertinent prévu par la loi.

2018 SCC 32 (CanLII)

Section 2(*a*) of the *Charter* is limited, or engaged, when the claimant demonstrates that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and that the impugned state conduct interferes, in a manner that is more than trivial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. If s. 2(*a*) is not engaged, there is nothing to balance. In this case, it is clear from the record that evangelical members of the TWU community sincerely believe that studying in an environment defined by religious beliefs in which members follow particular religious rules of conduct contributes to their spiritual development. Precluding the approval of TWU's law school governed by the mandatory Covenant limits the ability of members of the TWU community to enhance their spiritual development through studying law in an environment defined by their religious beliefs. Accordingly, their religious rights were limited, and therefore engaged, by the LSBC's decision.

Where an administrative decision engages a *Charter* protection, the reviewing court should apply a robust proportionality analysis consistent with administrative law principles, instead of a literal s. 1 analysis. The administrative decision will be reasonable if it reflects a proportionate balancing of the *Charter* protection with the relevant statutory mandate. This approach recognizes that an administrative decision-maker is generally in the best position to weigh the *Charter* protections with his or her statutory mandate in light of the specific facts of the case. It follows that deference is warranted when a reviewing court is determining whether the decision reflects a proportionate balance.

For a decision to be proportionate, it is not enough for the decision-maker to simply balance the statutory objectives with the *Charter* protection in making its decision. The reviewing court must consider whether there were other reasonable possibilities that would give effect to *Charter* protections more fully in light of the objectives. The reviewing court must also consider how substantial the limitation on the *Charter* protection was compared to the benefits to the furtherance of the statutory objectives in this context.

The LSBC was faced with only two options — to approve or reject TWU's proposed law school. Given the LSBC's statutory mandate, approving TWU's proposed law school would not have advanced the relevant statutory

L'alinéa 2*a*) de la *Charte* est restreint ou mis en cause lorsque le demandeur démontre, d'une part, qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et, d'autre part, que la conduite qu'il reproche à l'État limite d'une manière plus que négligeable sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. Si l'al. 2*a*) n'est pas en cause, il n'y a rien à mettre en balance. En l'espèce, il ressort clairement du dossier que les membres évangéliques de la communauté de TWU croient sincèrement que le fait d'étudier dans un milieu défini par des croyances religieuses où les membres suivent certaines règles de conduite à caractère religieux contribue à leur développement spirituel. Empêcher la reconnaissance de la faculté de droit de TWU régie par le *Covenant* obligatoire limite la capacité des membres de la communauté de TWU d'accroître leur développement spirituel en étudiant le droit dans un milieu défini par leurs croyances religieuses. En conséquence, la décision de la LSBC a restreint, et donc mis en cause, leurs droits religieux.

Lorsqu'une décision administrative fait intervenir une protection conférée par la *Charte*, la cour de révision doit procéder à une analyse robuste de la proportionnalité compatible avec les principes de droit administratif au lieu d'adopter une approche fondée sur l'article premier prise littéralement. La décision administrative sera raisonnable si elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la protection conférée par la *Charte* et du mandat pertinent prévu par la loi. Cette démarche reconnaît que le décideur administratif est généralement le mieux placé pour mettre en balance les protections conférées par la *Charte* et le mandat que lui confie la loi au regard des faits précis de l'affaire. Il s'ensuit que la déférence est justifiée lorsqu'une cour de révision est appelée à décider si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée.

Pour qu'une décision soit proportionnée, il ne suffit pas que le décideur se contente de mettre en balance les objectifs de la loi et la protection conférée par la *Charte* en rendant sa décision. La cour de révision doit se demander s'il existait d'autres possibilités raisonnables qui donneraient davantage effet aux protections conférées par la *Charte* eu égard aux objectifs applicables. Elle doit aussi se pencher sur l'importance de la restriction de la protection conférée par la *Charte* par rapport aux avantages qu'il y a à favoriser la réalisation des objectifs de la loi dans ce contexte.

Seules deux possibilités s'offraient à la LSBC — agréer ou ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU. Compte tenu du mandat que confère la loi à la LSBC, reconnaître la faculté de droit proposée par TWU

2018 SCC 32 (CanLII)

objectives, and therefore was not a reasonable possibility that would give effect to *Charter* protections more fully in light of the statutory objectives.

The LSBC's decision also reasonably balanced the severity of the interference against the benefits to its statutory objectives. The LSBC's decision did not limit religious freedom to a significant extent because a mandatory covenant is not absolutely required to study law in a Christian environment in which people follow certain religious rules of conduct, and studying law in an environment infused with the community's religious beliefs is preferred, not necessary, for their spiritual growth.

On the other side of the scale, it is clear that the decision not to approve TWU's proposed law school significantly advanced the LSBC's statutory objectives by maintaining equal access to and diversity in the legal profession and by preventing the risk of significant harm to LGBTQ people. The public confidence in the administration of justice could be undermined by the LSBC's decision to approve a law school that forces some to deny a crucial component of their identity in the most private and personal of spaces for three years in order to receive a legal education.

Freedom of religion protects the rights of religious adherents to hold and express beliefs through both individual and communal practices. Where a religious practice impacts others, however, this can be taken into account at the balancing stage. In this case, the effect of the mandatory Covenant is to restrict the conduct of others. The LSBC's decision prevents the risk of significant harm to LGBTQ people who feel they have no choice but to attend TWU's proposed law school. These individuals would have to deny who they are for three years to receive a legal education. Being required by someone else's religious beliefs to behave contrary to one's sexual identity is degrading and disrespectful.

Given the significant benefits to the relevant statutory objectives and the minor significance of the limitation on the *Charter* rights at issue, and given the absence of any

n'aurait pas favorisé la réalisation des objectifs de la loi pertinents et ne constituait donc pas une possibilité raisonnable qui donnerait davantage effet aux protections conférées par la *Charte* eu égard aux objectifs prévus par la loi.

La décision de la LSBC a également mis en balance de façon raisonnable la gravité de l'atteinte et les avantages qu'il y a à favoriser la réalisation de ses objectifs en vertu de la loi. Cette décision n'a pas restreint de manière importante la liberté de religion parce que, d'une part, il n'est pas absolument nécessaire d'adhérer à un covenant obligatoire pour étudier le droit dans un milieu chrétien où les gens suivent certaines règles de conduite à caractère religieux et parce que, d'autre part, le fait d'étudier le droit dans un milieu imprégné des croyances religieuses de la communauté constitue une préférence, et non une nécessité, à l'égard de la croissance spirituelle.

Sur l'autre plateau de la balance, il est clair que la décision de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU a nettement favorisé la réalisation des objectifs que la loi confie à la LSBC en maintenant un accès égal à la profession juridique et une diversité au sein de celle-ci et en prévenant le risque que soit causé un préjudice important aux personnes LGBTQ. La confiance du public dans l'administration de la justice pourrait être compromise par la décision de la LSBC d'agréer une faculté de droit qui force certaines personnes à renier pendant trois ans un élément essentiel de leur identité dans leur espace le plus intime et le plus personnel afin de pouvoir recevoir une formation juridique.

La liberté de religion protège les droits des fidèles d'avoir des croyances et de les exprimer au moyen de pratiques tant individuelles que collectives. Cependant, lorsqu'une pratique religieuse a une incidence sur autrui, on peut en tenir compte à l'étape de la mise en balance. En l'espèce, le *Covenant* obligatoire a pour effet de limiter la conduite d'autrui. La décision de la LSBC permet de prévenir le risque que soit causé un préjudice important aux personnes LGBTQ qui ont l'impression de n'avoir d'autre choix que de fréquenter la faculté de droit proposée par TWU. Ces personnes auraient à renier ce qu'elles sont pendant trois ans afin de pouvoir recevoir une formation juridique. Être tenu par les croyances religieuses de quelqu'un d'autre de se conduire d'une manière qui va à l'encontre de son identité sexuelle est dégradant et irrespectueux.

Compte tenu des avantages importants qu'il y a à favoriser la réalisation des objectifs pertinents visés par la loi et de l'importance mineure de la restriction aux droits

2018 SCC 32 (CanLII)

reasonable alternative that would reduce the impact on *Charter* protections while sufficiently furthering those same objectives, the decision to refuse to approve TWU's proposed law school represents a proportionate balance. The decision was reasonable.

Per McLachlin C.J.: There is agreement with the majority that the jurisdiction and decision-making process of the LSBC are reviewable on a standard of reasonableness. Where legislatures delegate regulation of the legal profession to a law society, the law society's interpretation of the public interest is owed deference.

There is also agreement with the majority that *Charter*-infringing administrative decisions are reviewed according to the *Doré/Loyola* framework. This framework has two discrete steps. The reviewing court must first determine if the decision limits a *Charter* right, and then determine whether the limitation of the right is proportionate in light of the state's objective, and hence is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*. In most cases, the ultimate question will be whether the decision under review balances the negative effects on the right against the benefits derived from the decision in a proportionate way.

However, certain gaps and omissions in the framework must be addressed. To adequately protect the *Charter* right, the initial focus must be on whether the claimant's constitutional right has been infringed. *Charter* values may play a role in defining the scope of rights; it is the right itself, however, that receives protection under the *Charter*. Also, the scope of the guarantee of the *Charter* right must be given a consistent interpretation regardless of the state actor, and it is the task of the courts on judicial review of a decision to ensure this. Since this is a matter of justification of a rights infringement under s. 1, the onus is on the state actor that made the rights-infringing decision to demonstrate that the limits its decisions impose on the rights of the claimants are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. Finally, relying on the language of deference and reasonableness as does the majority in this case may be unhelpful. Where an administrative decision-maker renders a decision that has an unjustified

garantis par la *Charte* en cause, et compte tenu de l'absence de solution de rechange raisonnable susceptible de réduire l'incidence sur les protections conférées par la *Charte* tout en favorisant suffisamment la réalisation de ces objectifs, la décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU représente une mise en balance proportionnée. La décision était raisonnable.

La juge en chef McLachlin : Il y a accord avec la conclusion de la majorité portant que la norme de la décision raisonnable est la norme applicable à l'égard des décisions sur la compétence et le processus décisionnel de la LSBC. Lorsqu'un législateur délègue à un barreau la tâche de réglementer la profession juridique, l'interprétation que donne le barreau de l'intérêt public commande la déférence.

Il y a également accord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le contrôle des décisions administratives portant atteinte à la *Charte* s'effectue selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*. Ce cadre d'analyse comporte deux étapes distinctes. La cour de révision doit d'abord décider si la décision restreint un droit garanti par la *Charte*, puis juger si cette restriction est proportionnée eu égard aux objectifs de l'État et si, de ce fait, elle constitue une mesure raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*. La plupart du temps, il s'agira en définitive de décider si la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire représente une mise en balance proportionnée des effets négatifs de la décision sur les droits touchés et des avantages qui découlent de celle-ci.

Cependant, certaines lacunes et omissions de ce cadre d'analyse doivent être analysées. Pour que soit protégé adéquatement le droit garanti par la *Charte* qui est en cause, il faut s'attacher au départ à la question de savoir s'il y a eu atteinte au droit constitutionnel du demandeur. Il est possible que les valeurs consacrées par la *Charte* jouent un rôle dans la définition de la portée des droits en jeu; toutefois, c'est le droit lui-même qui est protégé par la *Charte*. De plus, l'interprétation de la portée du droit garanti par la *Charte* doit être la même, peu importe l'identité de l'acteur étatique concerné, et il incombe aux tribunaux de veiller à ce que ce soit le cas à l'occasion d'un contrôle judiciaire. Comme il s'agit d'une affaire de justification d'une atteinte à des droits au regard de l'article premier, il incombe à l'acteur étatique qui a pris la décision attentatoire de démontrer que les limites que sa décision impose aux droits des demandeurs sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Enfin, il

2018 SCC 32 (CanLII)

and disproportionate impact on a *Charter* right, it will always be unreasonable.

In this case, the first step of the *Doré/Loyola* framework is satisfied, because the LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school limits the freedom of religion of members of the TWU community. The LSBC's denial of accreditation precludes members of the TWU community from engaging in the practice of providing legal education in an environment that conforms to their religious beliefs, deprives them of the ability to express those beliefs in institutional form, and prevents them from associating in the manner they believe their faith requires. While it may not be necessary to conduct a separate analysis for the guarantees of freedom of expression and freedom of association, the Court must include them in the ambit of the guarantee of freedom of religion.

As for the second step of the *Doré/Loyola* framework, the LSBC has shown its infringement of TWU's freedom of religion to be justified under s. 1. No one suggests that there was not an objective capable of overriding the *Charter* right to freedom of religion. Moreover, the decision was minimally impairing. The LSBC was faced with the choice of either accrediting the law school or denying that accreditation. Therefore, the analysis comes down to the final stage of weighing the benefit achieved by the infringing decision against its negative impacts on the right.

Contrary to the majority's analysis, the negative impacts of the LSBC's denial of accreditation on the religious, expressive and associational rights of the TWU community are not of minor significance. If the community wishes to operate a law school, it must relinquish the mandatory Covenant it says is core to its religious beliefs, with the attendant ramifications on religious practices. However, the LSBC cannot condone a practice that discriminates by imposing burdens on LGBTQ people on the basis of sexual orientation, with negative consequences for the LGBTQ community, diversity and the enhancement of equality in the profession. It was faced with an either-or decision on which compromise was impossible — either allow the mandatory Covenant in TWU's proposal to

pourrait ne pas être utile de s'appuyer sur les notions de « déférence » et de « raisonnabilité » comme le font les juges majoritaires en l'espèce. Dans les cas où un décideur administratif prend une décision dont les effets sur un droit garanti par la *Charte* sont injustifiés et disproportionnés, une telle décision sera toujours déraisonnable.

Dans la présente affaire, il a été satisfait à la première étape du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, étant donné que la décision de la LSBC de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU restreint la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. Le refus par la LSBC d'accorder l'agrément demandé empêche les membres de la communauté de TWU de mettre en œuvre la pratique consistant à enseigner et à apprendre le droit dans un environnement conforme à leurs croyances religieuses, en plus de les priver de la possibilité d'exprimer leurs croyances à l'échelle institutionnelle et de s'associer d'une façon qui, selon eux, respecte les exigences de leur foi. Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire d'analyser séparément les garanties de liberté d'expression et de liberté d'association, la Cour se doit d'inclure ces garanties dans le champ d'application de la garantie de liberté de religion.

Pour ce qui est de la seconde étape du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, la LSBC a démontré que l'atteinte qu'elle a portée à la liberté de religion de TWU est justifiée au regard de l'article premier. Personne ne met en doute l'existence d'un objectif susceptible de l'emporter sur le droit à la liberté de religion protégé par la *Charte*. Qui plus est, la décision constituait une atteinte minimale. La LSBC devait choisir entre soit agréer la faculté de droit, soit refuser la demande d'agrément. Par conséquent, l'analyse se résume en définitive à la dernière étape, soit la mise en balance des effets bénéfiques de la décision attentatoire et des effets négatifs de celle-ci sur le droit touché.

Contrairement à l'analyse qu'en font les juges majoritaires, les effets négatifs du refus de la LSBC d'accorder l'agrément sur les droits à la liberté de religion, d'expression et d'association de la communauté de TWU ne peuvent être qualifiés d'importance mineure. Si cette communauté souhaite se doter d'une faculté de droit, elle doit renoncer au *Covenant* obligatoire, qui prétend-elle constitue un élément fondamental de ses croyances religieuses, en plus de devoir composer avec les conséquences qui en résultent au chapitre des pratiques religieuses. En revanche, la LSBC ne saurait cautionner une pratique qui crée de la discrimination à l'endroit des membres de la communauté LGBTQ en leur imposant certains fardeaux en raison de leur orientation sexuelle, avec tout ce que

2018 SCC 32 (CanLII)

stand, and thereby condone unequal treatment of LGBTQ people, or deny accreditation and limit TWU's religious practices. Ultimately, the LSBC concluded that the imperative of refusing to condone discrimination and unequal treatment on the basis of sexual orientation outweighed TWU's claims to freedom of religion. This decision of the LSBC represents a proportionate balancing of freedom of religion, on the one hand, and the avoidance of discrimination, on the other. The decision was therefore reasonable.

cela implique de répercussions négatives pour cette communauté, ainsi que pour la diversité et pour l'amélioration de l'égalité au sein de la profession. La LSBC n'avait le choix qu'entre deux possibilités, aucun compromis n'était possible — soit elle autorisait le maintien du *Covenant* obligatoire dans la proposition de TWU et cautionnait ainsi le traitement inégal de la communauté LGBTQ, soit elle refusait l'agrément demandé et limitait les pratiques religieuses de TWU. En définitive, la LSBC a conclu que la nécessité de refuser de cautionner toute discrimination et inégalité de traitement fondées sur l'orientation sexuelle l'emportait sur les prétentions de TWU fondées sur la liberté de religion. Cette décision de la LSBC représente une mise en balance proportionnée de la liberté de religion, d'une part, et de la volonté d'éviter la discrimination, d'autre part. La décision était en conséquence raisonnable.

Per Rowe J.: There is agreement with the majority that the LSBC acted within its jurisdiction when it considered the discriminatory effect of the Covenant on prospective law students at TWU. With the privilege of self-government granted to the LSBC comes a corresponding duty to self-regulate in the public interest. The LSBC was entitled to interpret its public interest mandate as including consideration of the effect of the Covenant on prospective law students. The fact that the Covenant is a statement of religious rules and principles does not insulate it from such scrutiny.

Le juge Rowe : Il y a accord avec la conclusion des juges majoritaires selon laquelle la LSBC n'a pas outrepassé sa compétence en prenant en considération les effets discriminatoires du *Covenant* sur les éventuels étudiants en droit de TWU. Le privilège d'autoréglementation accordé à la LSBC est assorti du devoir pour cette dernière de l'exercer dans l'intérêt public. La LSBC était justifiée de considérer que son mandat de protection de l'intérêt public impliquait l'examen des effets du *Covenant* sur les éventuels étudiants en droit. Le fait que le *Covenant* constitue un énoncé de règles et principes de nature religieuse n'a pas pour effet de le soustraire à cet examen.

There is disagreement, however, with the majority's approach to assessing whether the decision of the LSBC infringed the *Charter* rights raised by TWU. This appeal raises issues that call for clarification of the *Doré*/*Loyola* framework. First, when courts review administrative decisions for compliance with the *Charter*, *Charter* rights must be the focus of the inquiry — not *Charter* values. *Charter* values have no independent function in the administrative context and their scope is often undefined in the jurisprudence. This lack of clarity is an impediment to applying a structured and consistent approach to adjudicating *Charter* claims.

Il y a cependant désaccord avec l'approche appliquée par les juges majoritaires pour décider si la décision de la LSBC a porté atteinte aux droits garantis par la *Charte* invoqués par TWU. Le présent pourvoi soulève des questions requérant que soient apportées des précisions au cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*. Premièrement, la cour qui contrôle une décision administrative pour s'assurer de sa conformité avec la *Charte* doit centrer son analyse sur les droits garantis par la *Charte* — et non sur les valeurs consacrées par celle-ci. Ces valeurs ne remplissent pas de fonction indépendante en contexte administratif et leur portée n'est souvent pas définie dans la jurisprudence. Cette absence de clarté nuit à l'application d'une approche structurée et uniforme à l'examen des demandes fondées sur la *Charte*.

Second, the adjudication of *Charter* claims needs to follow a structured two-step analysis. Under the *Doré*/*Loyola* framework, the initial burden is on the claimant to demonstrate that the decision infringes his or her *Charter* rights. This first step requires that the reviewing court possess a proper understanding of the scope of the rights at issue. An approach that skims over the proper delineation

Deuxièmement, l'examen des demandes fondées sur la *Charte* doit se faire selon un processus structuré comportant deux étapes. Selon le cadre établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, il incombe au départ au demandeur de prouver que la décision porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Cette première étape exige que la cour de révision possède une compréhension adéquate de la

2018 SCC 32 (CanLII)

of rights and freedoms runs the risk of distorting the relationship between s. 1 of the *Charter* and the protections guaranteed by the *Charter*. This approach can lead to situations whereby certain rights are routinely said to be infringed only for the claimant to be told that the infringement is justified by any number of countervailing considerations. This erodes the seriousness of finding *Charter* violations. It increases the role of policy considerations in the adjudication of *Charter* claims by shifting the bulk of the analysis to s. 1. And it distorts the proper relationship between the branches of government by unduly expanding the policy-making role of the judiciary. The result is an unstructured, somewhat conclusory exercise that ignores the framing of the *Charter* and departs fundamentally from the Court's foundational *Charter* jurisprudence. On judicial review, as in other proceedings, *Charter* claims demand analytical rigour. This starts with the correct delineation of the scope of the rights and freedoms at issue.

Once the claimant has demonstrated that an administrative decision infringes his or her *Charter* rights, the second step of the *Doré*/*Loyola* framework requires the state actor to demonstrate that the infringement is justified. The *Doré*/*Loyola* framework does not shift this justificatory burden onto rights claimants. The justificatory burden must remain where the *Charter* places it, on the state actor. For the administrative state, this is no more than what s. 1 requires.

The *Doré/Loyola* framework does not deviate fundamentally from the principles set out in *Oakes* for assessing the reasonableness of a limit on a *Charter* right under s. 1. All the stages of the *Oakes* test have a role to play in the judicial review of administrative decisions for compliance with the *Charter*. Often, however, the main hurdle for the state will be the final stages of the *Oakes* test: minimal impairment and balancing. The fact that most statutes reviewed under *Oakes* have failed at the minimal impairment or balancing stages does not mean that the rational connection stage and consideration of the pressing and substantial objective cease to be relevant. Similarly, in the administrative context, the fact that most decisions will be rationally connected to an identified statutory objective does not mean that the inquiry need not be carried out. It

portée des droits en jeu. Une démarche qui ne procède que superficiellement à l'étape de la délimitation adéquate des droits et libertés en cause risque de déformer le rapport entre l'article premier de la *Charte* et les protections garanties par cette dernière. Une telle approche peut mener à des situations où les tribunaux concluraient couramment à l'existence d'atteintes à certains droits, mais se contenteraient en définitive de répondre au demandeur concerné que l'atteinte est justifiée par un certain nombre de considérations faisant contrepoids. Cela a pour effet d'atténuer la gravité d'une conclusion portant qu'il y a eu atteinte à la *Charte*, en plus d'accroître le rôle des considérations de politique générale dans l'examen des demandes fondées sur la *Charte* en déplaçant l'essentiel de l'analyse à l'étape fondée sur l'article premier. En outre, cela déforme le rapport approprié qui doit exister entre les différentes branches de l'État en élargissant d'une manière excessive le rôle des tribunaux en matière d'établissement de politiques. Il en résulte une opération non structurée et plutôt conclusive, qui ne tient pas compte de l'organisation de la *Charte* et qui déroge radicalement à la jurisprudence fondamentale de la Cour concernant ce texte. Lors d'un contrôle judiciaire, comme dans d'autres instances, les demandes fondées sur la *Charte* commandent une analyse rigoureuse. La première étape consiste à délimiter correctement la portée des droits et libertés en jeu.

Une fois que le demandeur a démontré qu'une décision administrative porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*, il incombe alors à l'État, à la deuxième étape du cadre établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, de démontrer que cette atteinte est justifiée. Le cadre en question ne transfère pas ce fardeau de justification sur les épaules des demandeurs. Ce fardeau doit continuer d'incomber à la partie à qui la *Charte* l'a imposé, c'est-à-dire l'État. Pour les organismes administratifs étatiques, il s'agit de l'obligation imposée par l'article premier, rien de plus.

Le cadre d'analyse établi dans *Doré* et *Loyola* ne s'écarte pas fondamentalement des principes énoncés dans *Oakes* pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier. Toutes les étapes de l'analyse établie dans *Oakes* ont un rôle à jouer lors du contrôle judiciaire de décisions administratives pour s'assurer de leur conformité avec la *Charte*. Cependant, le principal obstacle pour l'État résidera souvent dans les étapes finales de l'analyse énoncée dans *Oakes* : atteinte minimale et équilibre. Le fait que la plupart des lois qui ont été analysées au regard de l'arrêt *Oakes* n'ont pas satisfait aux étapes relatives à l'atteinte minimale ou à la proportionnalité ne signifie pas que l'étape portant sur le lien rationnel et la prise en compte de l'objectif urgent et réel ne sont plus des considérations pertinentes.

2018 SCC 32 (CanLII)

means only that this component of the analysis will often readily be met.

The main *Charter* right at issue in this appeal is the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*). The freedom of religion protected by s. 2(*a*) is premised on two principles: the exercise of free will and the absence of constraint. From this perspective, religious freedom aims to protect individuals from interference with their religious beliefs and practices. While this focus on the individual choice of believers does not detract from the communal aspect of religion, it must be underscored that religious freedom is premised on the personal volition of individual believers. Although religious communities may adopt their own rules and membership requirements, the foundation of the community remains the voluntary choice of individual believers to join together on the basis of their common faith.

The alleged infringement of s. 2(*a*) in this case — namely, that the decision of the LSBC interferes with the claimants' ability to attend an accredited law school at TWU with its mandatory Covenant — does not fall within the scope of freedom of religion. The religious belief or practice at issue relates to the religious proscription of sexual intimacy outside heterosexual marriage and the importance of imposing this proscription by means of the mandatory Covenant on all students attending the proposed law school at TWU. At the first stage of the s. 2(*a*) analysis, it does not suffice that the claimants sincerely believe that studying in a community defined by religious beliefs contributes to their spiritual development. Rather, the claimants must show that they sincerely believe that doing so is a practice required by their religion. The question of whether a belief or practice is objectively required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials is irrelevant. All that matters is that the claimant sincerely believes that their religion compels them to act, regardless of whether that line of conduct is objectively or subjectively obligatory. Much of the affidavit evidence relied upon by the majority undermines the view that the claimants have advanced a sincere belief or practice that is required by their religion. Despite this concern, it is assumed that the claimants sincerely believe in the importance of studying in an environment where all students abide by this Covenant.

De même, en contexte administratif, le fait que la majorité des décisions ont un lien rationnel avec l'objectif législatif invoqué à leur égard ne signifie pas qu'il n'est plus nécessaire d'effectuer cet examen. Cela signifie seulement que, bien souvent, cet aspect de l'analyse sera aisément respecté.

Le principal droit garanti par la *Charte* qui est en jeu dans le présent pourvoi est la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*). La liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) repose sur deux principes : l'exercice du libre arbitre et l'absence de contrainte. Considérée sous cet angle, la liberté de religion vise à protéger les personnes contre les entraves à l'observance de leurs croyances et pratiques religieuses. Bien que cette importance accordée au libre choix individuel des croyants n'atténue en rien l'aspect collectif de la religion, il faut souligner que la liberté de religion repose sur l'exercice par chaque croyant de sa volonté personnelle. Même si les communautés religieuses peuvent adopter leurs propres règles de fonctionnement et conditions d'adhésion, l'assise de la communauté demeure le choix volontaire que font les croyants, individuellement, de se regrouper sur la base de leur foi commune.

L'atteinte à l'al. 2*a*) reprochée en l'espèce — à savoir que la décision de la LSBC empêche les demandeurs de fréquenter, à TWU, une faculté de droit agréée dotée du *Covenant* obligatoire — échappe à la portée de la liberté de religion. La croyance ou pratique religieuse en cause consiste en la proscription religieuse de toute intimité sexuelle en dehors du mariage hétérosexuel et en l'importance d'imposer cette proscription au moyen du *Covenant* obligatoire à tous les éventuels étudiants de la faculté de droit proposée par TWU. À la première étape de l'analyse fondée sur l'al. 2*a*), il n'est pas suffisant que les demandeurs croient sincèrement que le fait d'étudier au sein d'une communauté définie par des croyances religieuses contribue à leur croissance spirituelle. Les demandeurs doivent plutôt démontrer qu'ils croient sincèrement qu'étudier dans un tel milieu constitue une pratique que leur religion leur impose. Il n'est pas pertinent de savoir si la croyance ou la pratique est objectivement prescrite par un dogme religieux officiel ou est conforme à la position de représentants religieux. La seule chose qui importe est que le demandeur croie sincèrement que sa religion le contraint à agir, indépendamment du fait que cette conduite soit objectivement ou subjectivement obligatoire. Les témoignages par voie d'affidavit sur lesquels s'appuient les juges majoritaires jettent pour la plupart de sérieux doutes sur l'opinion selon laquelle les demandeurs ont fait valoir une croyance ou une pratique sincère requise par leur religion. Malgré cette préoccupation, il est tenu pour acquis que les demandeurs croient sincèrement à l'importance d'étudier dans un milieu où tous les étudiants se conforment au *Covenant*.

2018 SCC 32 (CanLII)

At the second stage of the s. 2(*a*) analysis, the proper delineation of the scope of s. 2(*a*) comes into play. Where the protection of s. 2(*a*) is sought for a belief or practice that constrains the conduct of nonbelievers — those who have freely chosen not to believe — the claim falls outside the scope of the freedom. Therefore, interference with such a belief or practice is not an infringement of s. 2(*a*) because the coercion of nonbelievers is not protected by the *Charter*.

The student body at TWU is not coextensive with the religious community of evangelical Christians who attend TWU. Although TWU teaches from a Christian perspective, its statutory mandate requires that its admission policy not be restricted to Christian students. The Covenant is a commitment to enforcing a religiously-based code of conduct, not just in respect of one's own behaviour, but also in respect of others', including members of other religions and nonbelievers. Given that the coercion of nonbelievers is not protected by the *Charter*, TWU's claim falls outside the scope of freedom of religion as protected by s. 2(*a*).

Given the absence of a *Charter* infringement, the decision of the LSBC must be reviewed under the usual principles of judicial review rather than the *Doré/Loyola* framework. Reviewed under the standard of reasonableness, the decision of the LSBC will command deference if it meets the criteria set out in *Dunsmuir*.

The LSBC is a self-governing entity. Therefore, with respect to process, the LSBC had discretion in determining how to carry out its duty to regulate the legal profession in the public interest. There is agreement with the majority that the LSBC's enabling statute does not preclude the Benchers from holding a referendum or choosing to be bound by the results of such a referendum. Consequently, the procedure employed by the Benchers is not fatal to the reasonableness of their decision.

As to the substance of the decision, reasonableness does not always require the decision-maker to give formal reasons. In some cases, a reviewing court may look to the record to assess the reasonableness of the decision. In this appeal, the range of possible outcomes was informed by the LSBC's mandate to regulate the legal profession in the public interest and by the binary choice available to the

C'est à la deuxième étape de l'analyse fondée sur l'al. 2*a*) que la délimitation adéquate de la portée de cet alinéa entre en jeu. Lorsque la demande sollicite la protection de l'al. 2*a*) à l'égard d'une croyance ou pratique qui impose des contraintes à la conduite d'incroyants — c'est-à-dire des personnes qui ont délibérément choisi de ne pas croire —, cette demande échappe à la portée de la liberté de religion. Par conséquent, une entrave à l'observance d'une telle croyance ou pratique ne constitue pas une atteinte à l'al. 2*a*), étant donné que le fait d'exercer de la coercition à l'endroit d'incroyants n'est pas protégé par la *Charte*.

Le corps étudiant de TWU n'est pas composé uniquement de chrétiens évangéliques. Bien que TWU offre son enseignement dans une perspective chrétienne, la mission que lui confie la loi lui interdit de limiter l'admission à ses programmes aux seuls étudiants chrétiens. Le *Covenant* est un engagement à assurer le respect d'un code de conduite fondé sur des croyances religieuses, à l'égard non seulement de son propre comportement, mais aussi de celui d'autres personnes, y compris des adeptes d'autres religions et des incroyants. Puisque le fait d'exercer de la coercition à l'endroit d'incroyants n'est pas protégé par la *Charte*, la demande de TWU échappe à la portée de la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*).

Vu l'absence de violation de la *Charte*, la décision de la LSBC doit être contrôlée selon les règles habituelles du contrôle judiciaire et non selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*. Considérée selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la décision de la LSBC commandera la déférence si elle satisfait aux critères énoncés dans *Dunsmuir*.

La LSBC est une entité qui s'autoréglemente. En conséquence, pour ce qui concerne la procédure, la LSBC disposait du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour décider comment s'acquitter de son devoir de réglementer la profession juridique dans l'intérêt public. Il y a accord avec les juges majoritaires pour dire que rien dans la loi habilitante de la LSBC n'empêche les conseillers de tenir un référendum ou de décider d'être liés par les résultats d'un tel référendum. Par conséquent, la procédure utilisée par les conseillers n'est pas fatale au caractère raisonnable de leur décision.

Pour ce qui est du fond de la décision, le décideur n'est pas toujours tenu de motiver formellement sa décision pour que celle-ci soit raisonnable. Dans certains cas, la cour de révision peut consulter le dossier de l'instance pour apprécier le caractère raisonnable de cette décision. Dans le présent pourvoi, l'éventail des issues possibles découlait du mandat de la LSBC qui consiste à réglementer

2018 SCC 32 (CanLII)

Benchers. Given the deference owed to the LSBC, it was open to the LSBC to conclude that it should not accredit the proposed law school given the Covenant's imposition of discriminatory barriers to admission. It was also open to the LSBC to conclude that its mandate included promoting equal access to the legal profession, supporting diversity within the bar and preventing harm to LGBTQ law students. It was in this context that the LSBC declined to accredit the proposed law school. This decision falls within a range of possible, acceptable outcomes that are defensible in respect of the facts and law. It was therefore reasonable.

Per Côté and Brown JJ. (dissenting): Under the LSBC's enabling statute, the only proper purpose of a law faculty approval decision is to ensure that individual graduates are fit to become members of the legal profession because they meet minimum standards of competence and ethical conduct. Given the absence of any concerns relating to the fitness of prospective TWU law graduates, the only defensible exercise of the LSBC's statutory discretion would have been to approve TWU's proposed law school.

Under Rule 2-27(4.1) of the *Law Society Rules*, the LSBC's authority to approve law schools acts only as a proxy for determining whether a law school's graduates, as individual applicants to the LSBC, meet the standards of competence and conduct required to become licensed. Rule 2-27(4.1) does not grant the LSBC authority to regulate law schools or to guarantee equal access to law schools. So long as a law school's admissions policies do not raise concerns over its graduates' fitness to practise law, the LSBC is simply not statutorily empowered to scrutinize them. The LSBC is properly concerned with competence, not with merit. This interpretation is consistent with the purpose of the *Legal Profession Act* as a whole and respects the express limits to the LSBC's rule-making powers under s. 11 for the regulation of the legal profession and its constituent parts, extending no further than the licensing process — the doorway to the profession. Although s. 3 states the LSBC's overarching object and duty includes upholding and protecting the public interest in the administration of justice by "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons", it does not empower the LSBC to police human rights standards in law schools. Any harms to marginalized communities in the context of legal education are considered by provincial

la profession juridique dans l'intérêt public, ainsi que du choix binaire devant lequel se trouvaient les conseillers. Compte tenu de la déférence qui doit être accordée à la LSBC, il était donc loisible à cette dernière de conclure qu'elle ne devait pas agréer la faculté de droit proposée en raison des obstacles à l'admission de nature discriminatoire qu'imposait le *Covenant*. Il était également loisible à la LSBC de conclure que son mandat consistait également à promouvoir l'égalité d'accès à la profession, à appuyer la diversité au sein du barreau et à prévenir l'infliction de préjudices aux étudiants en droit issus de la communauté LGBTQ. C'est dans ce contexte que la LSBC a refusé d'agréer la faculté de droit proposée. Cette décision appartient aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. Elle était par conséquent raisonnable.

Les juges Côté et Brown (dissidents) : Selon la loi habilitante de la LSBC, la décision relative à la reconnaissance d'une faculté de droit a pour seule fin légitime de veiller à ce que les diplômés soient individuellement aptes à devenir membres de la profession juridique parce qu'ils respectent des normes minimales en matière de compétence et de déontologie. Vu l'absence de préoccupations à l'égard de l'aptitude des éventuels diplômés en droit de TWU, le seul exercice justifiable du pouvoir discrétionnaire statutaire de la LSBC aurait été pour elle d'agréer la faculté de droit proposée par TWU.

Pour l'application du par. 2-27(4.1) des *Law Society Rules*, le pouvoir de la LSBC d'agréer les facultés de droit sert uniquement d'indicateur pour déterminer si les diplômés d'une faculté de droit, en tant que personnes présentant une demande individuelle à la LSBC, respectent les normes de compétence et de conduite requises pour accéder à la profession. Ce paragraphe 2-27(4.1) ne confère pas à la LSBC le pouvoir de réglementer les facultés de droit ni de garantir l'égalité d'accès aux facultés de droit. Dans la mesure où les politiques d'admission d'une faculté de droit ne soulèvent pas de préoccupations quant à l'aptitude des diplômés de celle-ci à pratiquer le droit, la loi ne confère tout simplement pas le pouvoir à la LSBC de les scruter. La LSBC s'intéresse à bon droit à la compétence des candidats et non à leur mérite. Cette interprétation est compatible avec l'objet de la *Legal Profession Act* dans son ensemble et respecte les limites expresses au pouvoir de la LSBC d'établir des règles, prévu à l'art. 11, qui vise la réglementation de la profession juridique et de ses éléments constitutifs et qui s'arrête au processus de délivrance de permis — la porte d'entrée de la profession. Même si l'art. 3 énonce que l'objet et le devoir primordiaux de la LSBC comprennent le fait de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la

2018 SCC 32 (CanLII)

human rights tribunals, by legislatures, and by members of the executive, which grant such institutions the power to confer degrees.

The LSBC violated its statutory duty by adopting the results of a referendum affecting *Charter* rights without engaging in the process of balancing *Charter* rights and statutory objectives required by the *Doré/Loyola* framework. The results of the referendum were adopted with no further discussion and therefore no substantive debate. The LSBC's decision is therefore completely devoid of any reasoning. And yet, the majority of the Court has replaced the (non-) reasons of the LSBC with its own reasons and made the outcome the sole consideration. Although such a serious error would normally require that the LSBC's decision be quashed and returned for a proper determination, it now falls to this Court to determine the proportionate balance in this case.

The majority's lack of rationale for insisting on a distinct framework for judicial review of *Charter*-infringing administrative decisions is troubling, particularly in light of the fact that the application of the *Oakes* test is already context-specific. The orthodox test — the *Oakes* test — must apply to justify state infringements of *Charter* rights, regardless of the context in which they occur. Holding otherwise subverts the promise of the Constitution that the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* will be subject only to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified". Under the *Doré/Loyola* framework, *Charter* rights are guaranteed only so far as they are consistent with the objectives of the enabling statute. Section 1 of the *Charter* does not guarantee certain rights and freedoms subject only to the limits imposed by statutory objectives, but to limits that are "demonstrably justified in a free and democratic society". Further, the Court has been silent on who bears the burden to justify a rights limitation in the administrative context, leaving a conspicuous and serious lacuna in the framework. The burden must rest with the state actor.

justice en « préservant et en protégeant les droits et libertés de chacun », cet article n'habilite pas la LSBC à veiller au respect des normes relatives aux droits de la personne dans les facultés de droit. Tout préjudice causé aux communautés marginalisées dans le contexte de la formation juridique est examiné par les tribunaux provinciaux des droits de la personne, par les assemblées législatives et par les membres de l'exécutif, qui confèrent à ces institutions le pouvoir de délivrer des diplômes.

La LSBC a manqué à son devoir statutaire en s'en remettant aux résultats d'un référendum ayant une incidence sur des droits garantis par la *Charte* sans réaliser, comme le requiert le cadre d'analyse prescrit dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, un juste équilibre entre ces droits et les objectifs législatifs en cause. Les résultats du référendum ont été entérinés sans autre discussion et, par conséquent, sans la tenue d'un débat de fond. La décision de la LSBC ne repose donc sur aucun raisonnement. Et pourtant, les juges majoritaires de la Cour ont remplacé les motifs (inexistants) de la LSBC par les leurs et ils font du résultat leur seule considération. Bien qu'une erreur aussi grave commande normalement que la décision de la LSBC soit annulée et que le dossier lui soit renvoyé pour qu'elle tranche la question adéquatement, il revient maintenant à la Cour de déterminer ce qui constitue une mise en balance proportionnée en l'espèce.

Le manque de logique quant au fait pour les juges majoritaires d'insister pour qu'un cadre d'analyse distinct soit appliqué aux décisions administratives attentatoires est troublant, d'autant plus que l'application des étapes de l'analyse de l'arrêt *Oakes* est déjà contextuelle. L'analyse traditionnelle — celle de l'arrêt *Oakes* — doit s'appliquer aux atteintes par l'État aux droits garantis par la *Charte*, peu importe le contexte dans lequel elles se produisent. Conclure différemment viole la promesse découlant de la Constitution que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne seront assujettis qu'à « des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer ». Selon le cadre d'analyse des arrêts *Doré* et *Loyola*, les droits garantis par la *Charte* ne sont protégés que dans la mesure où ils sont compatibles avec les objectifs de la loi habilitante. L'article premier de la *Charte* protège certains droits et libertés non seulement sous réserve des limites qu'imposent les objectifs visés par la loi, mais sous réserve des limites « dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». De surcroît, la Cour est restée muette quant à l'identité de la personne à qui incombe le fardeau de justifier la restriction de droits dans le contexte administratif, laissant ainsi une lacune, évidente et grave, dans ce cadre d'analyse. Ce fardeau doit reposer sur l'acteur étatique.

2018 SCC 32 (CanLII)

The majority's continued reliance on values protected by the *Charter* as equivalent to rights is similarly troubling. Resorting to *Charter* values as a counterweight to constitutionalized and judicially defined *Charter* rights is a highly questionable practice. *Charter* values are unsourced, amorphous and, just as importantly, undefined. The majority's preferred value of equality is, without further definition, too vague a notion on which to ground a claim to equal treatment in any and all concrete situations, such as admission to a law school. A value of equality is, therefore, a questionable notion against which to balance the exercise by the TWU community of its *Charter*-protected rights.

Le fait que les juges majoritaires utilisent de façon soutenue les valeurs consacrées par la *Charte* comme notion équivalant aux droits est tout aussi préoccupant. Invoquer les valeurs consacrées par la *Charte* pour faire contrepoids aux droits garantis par celle-ci, constitutionnalisés et définis par les tribunaux, est une pratique fort discutable. Les valeurs consacrées par la *Charte* ne découlent pas d'une source particulière, elles sont floues et, qui plus est, non définies. Sans autre définition, la valeur de l'égalité, privilégiée par les juges majoritaires, est une notion trop vague pour servir de fondement à une demande portant sur le droit à un traitement égal dans une situation concrète, comme l'admission à une faculté de droit. Il est donc discutable de mettre en balance une valeur d'égalité pour apprécier l'exercice par la communauté de TWU des droits que lui garantit la *Charte*.

The LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school infringes the religious freedom of members of the TWU community. The freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Charter*, interpreted broadly and purposively, captures the freedom of members of the TWU community to express their religious beliefs through the Covenant — a code of conduct protected by provincial human rights legislation — and to associate with one another in order to study law in an educational community which reflects their religious beliefs. The LSBC's decision is a profound interference with religious freedom, and is contrary to the state's duty of religious neutrality. It is substantively coercive in nature.

La décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU porte atteinte à la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. La liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*, lorsqu'elle reçoit une interprétation large et téléologique, s'étend à la liberté des membres de la communauté de TWU d'exprimer leurs croyances religieuses au moyen du *Covenant* — un code de conduite protégé par la législation provinciale relative aux droits de la personne — et de s'associer les uns aux autres afin d'étudier le droit dans un milieu d'enseignement qui témoigne de leurs croyances religieuses. La décision de la LSBC constitue une atteinte profonde à la liberté de religion et est contraire au devoir de neutralité religieuse de l'État. Elle est de nature hautement coercitive.

The LSBC's statutory objective in rendering an approval decision is to ensure that individual applicants are fit for licensing. Accordingly, the justification under s. 1 of the *Charter* of a restriction on freedom of religion requires evidence of a detrimental impact in the form of the unfitness of future graduates of TWU's proposed law school to practise law. As the fitness of future graduates of TWU's proposed law school was not in dispute, this statutory objective cannot justify any limitations on the TWU community's s. 2(*a*) rights.

L'objectif statutaire vers lequel la LSBC doit tendre lorsqu'elle décide de l'opportunité d'agréer une faculté de droit est celui de veiller à ce que les candidats soient individuellement aptes à accéder à la profession. Par conséquent, la justification au regard de l'article premier de la *Charte* de la restriction à la liberté de religion exige que soit démontrée une incidence préjudiciable prenant la forme de l'inaptitude à pratiquer le droit des éventuels diplômés de la faculté de droit proposée par TWU. Étant donné que l'aptitude des éventuels diplômés de cette faculté de droit n'a pas été remise en question, cet objectif statutaire ne saurait justifier une restriction apportée aux droits de la communauté de TWU garantis par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Even if the LSBC's statutory mandate had permitted the consideration of broader public interest concerns, the LSBC's decision would not be justified, since withholding approval substantially interferes with the TWU community's freedom of religion and approving TWU's proposed law school was not against the public interest.

Même si le mandat que lui confère la loi avait autorisé la LSBC à prendre en considération les questions plus vastes d'intérêt public, sa décision ne serait pas justifiée parce que le refus d'agréer la faculté de droit constitue une entrave substantielle à la liberté de religion de la communauté de TWU et que le fait d'agréer la faculté de droit

2018 SCC 32 (CanLII)

Accommodating religious diversity is in the public interest, broadly understood, and approving the proposed law school does not condone discrimination against LGBTQ persons. The purpose of TWU's admissions policy is not to exclude LGBTQ persons, or anybody else, but to establish a code of conduct which ensures the vitality of its religious community. No one group is singled out, and many others (notably unmarried heterosexual persons) would be bound by it. The unequal access resulting from the Covenant is a function of accommodating religious freedom, which itself advances the public interest by promoting diversity in a liberal, pluralist society. The state and state actors — not private institutions like TWU — are constitutionally bound to accommodate difference in order to foster pluralism in public life. Equating approval to condonation turns the protective shield of the *Charter* into a sword by effectively imposing *Charter* obligations on private actors.

Accommodating diverse beliefs and values is a precondition to the secularism and the pluralism that are needed to protect and promote the *Charter* rights of all Canadians. State neutrality requires that the state neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief. Either way, state neutrality must prevail. Tolerance and accommodation of difference serve the public interest and foster pluralism. Approving TWU's proposed law school was the only decision reflecting a proportionate balancing between *Charter* rights and the LSBC's statutory objectives.

Cases Cited

By Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; **referred to:** *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *R. v. National Post*,

proposée par l'université n'était pas contraire à l'intérêt public. Respecter la diversité religieuse est dans l'intérêt public au sens large, et le fait d'agréer la faculté de droit proposée ne revient pas à approuver des actes discriminatoires à l'égard des personnes LGBTQ. La politique d'admission de TWU n'a pas pour objet d'exclure les personnes LGBTQ — ni personne d'autre, d'ailleurs —, mais bien d'établir un code de conduite qui assure la vitalité de la communauté religieuse de l'université. Elle ne concerne pas un seul groupe de personnes, et bien d'autres groupes (notamment les personnes hétérosexuelles non mariées) y seraient assujettis. L'inégalité d'accès que cause le *Covenant* découle directement du respect de la liberté de religion, qui en soi permet de promouvoir l'intérêt public en favorisant la diversité au sein d'une société libérale et pluraliste. Seuls l'État et les acteurs étatiques — et non les institutions privées comme TWU — sont constitutionnellement tenus de respecter la différence de sorte à promouvoir le pluralisme dans la sphère publique. Assimiler ainsi reconnaissance et approbation fait du rempart qu'est la *Charte* une arme qui impose à des acteurs privés des obligations découlant de la *Charte*.

Le respect de la diversité de croyances et de valeurs est une condition préalable à la laïcité et au pluralisme, lesquels sont nécessaires pour protéger et favoriser les droits garantis par la *Charte* de tous les Canadiens. La neutralité de l'État exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance. Dans tous les cas, la neutralité de l'État doit primer. La tolérance et le respect de la différence servent l'intérêt public et favorisent le pluralisme. La reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU constituait la seule décision représentant une mise en balance proportionnée des droits garantis par la *Charte* et des objectifs statutaires de la LSBC.

Jurisprudence

Citée par les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon

Arrêts appliqués : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; **arrêts mentionnés :** *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la*

2018 SCC 32 (CanLII)

2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.

By McLachlin C.J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; **distinguished:** *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; **referred to:** *E.T. v. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296.

réforme du Sénat, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765; *Trinity Western University c. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Trinity Western University c. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467.

Citée par la juge en chef McLachlin

Arrêts appliqués : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; **distinction d'avec l'arrêt :** *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; **arrêts mentionnés :** *E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Trinity Western University c. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296.

2018 SCC 32 (CanLII)

By Rowe J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; **distinguished:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; **considered:** *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; **referred to:** *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640; *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *E.T. v. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *R. v. Grant*, 2009 SCC

Citée par le juge Rowe

Arrêts appliqués : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; **distinction d'avec l'arrêt :** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; **arrêts examinés :** *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; **arrêts mentionnés :** *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247; *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640; *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. Tessling*, 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47,

2018 SCC 32 (CanLII)

32, [2009] 2 S.C.R. 353; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467.

By Côté and Brown JJ. (dissenting)

Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada, 2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453; *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772; *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757; *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95; *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Multani v. Commission scolaire*

[2013] 3 R.C.S. 157; *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467.

Citée par les juges Côté et Brown (dissidents)

Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453; *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772; *Trinity Western University c. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4520, 126 O.R. (3d) 1; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757; *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Smith & Rhuland Ltd. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95; *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*,

2018 SCC 32 (CanLII)

Marguerite-Bourgeoys, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2017 SCC 55, [2017] 2 S.C.R. 456; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386; *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, [1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), (*d*), 7, 15, 32, 33.
Civil Marriage Act, S.C. 2005, c. 33, preamble, s. 3.1.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Degree Authorization Act, S.B.C. 2002, c. 24, s. 4(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 41.
Law Society Rules, adopted by the Benchers of the Law Society of British Columbia under the authority of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (effective December 31, 1998), rr. 1-9(2), 2-27.
Law Society Rules 2015, adopted by the Benchers of the Law Society of British Columbia under the authority of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (effective July 1, 2015), rr. 1-11(2), 2-54.
Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, ss. 3, 11, 13, 19 to 21, 20(1)(a), 21(1)(b), 26 to 35, 26, 28.
Trinity Western University Act, S.B.C. 1969, c. 44, s. 3(2).

Authors Cited

Berger, Benjamin L. *Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*. Toronto: University of Toronto Press, 2015.

2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386; *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52; *National Coalition for Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice*, [1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6; *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), *d*), 7, 15, 32, 33.
Degree Authorization Act, S.B.C. 2002, c. 24, art. 4(1).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, art. 41.
Law Society Rules, adopted by the Benchers of the Law Society of British Columbia under the authority of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (en vigueur le 31 décembre 1998), règles 1-9(2), 2-27.
Law Society Rules 2015, adopted by the Benchers of the Law Society of British Columbia under the authority of the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (en vigueur le 1er juillet 2015), règles 1-11(2), 2-54.
Legal Profession Act, S.B.C. 1998, c. 9, art. 3, 11, 13, 19 à 21, 20(1)(a), 21(1)(b), 26 à 35, 26, 28.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur le mariage civil, L.C. 2005, c. 33, préambule, art. 3.1.
Trinity Western University Act, S.B.C. 1969, c. 44, art. 3(2).

Doctrine et autres documents cités

Berger, Benjamin L. *Law's Religion : Religious Difference and the Claims of Constitutionalism*, Toronto, University of Toronto Press, 2015.

2018 SCC 32 (CanLII)

Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*. London: Oxford University Press, 1969.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*. London: Allen Lane, 2010.

Bredt, Christopher D., and Ewa Krajewska. "*Doré*: All That Glitters Is Not Gold" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339.

Cartier, Geneviève. "Administrative Discretion: Between Exercising Power and Conducting Dialogue", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 381.

Daly, Paul. "Prescribing Greater Protection for Rights: Administrative Law and Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (2014), 65 *S.C.L.R.* (2d) 249.

DeCoste, F. C. *On Coming to Law: An Introduction to Law in Liberal Societies*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2011.

Denning, Alfred Thompson. *The Discipline of Law*. London: Butterworths, 1979.

Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. "The Charter and Administrative Law: Cross-Fertilization or Inconstancy?", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2013, 407.

Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. "The Charter and Administrative Law Part II: Substantive Review", in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed. Toronto: Emond Montgomery, 2018, 507.

Galston, William A. *Liberal Pluralism: The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*. New York: Cambridge University Press, 2002.

Galston, William A. *The Practice of Liberal Pluralism*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Hickman, Tom. "Adjudicating Constitutional Rights in Administrative Law" (2016), 66 *U.T.L.J.* 121.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).

Hogg, Peter W. "Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 817.

Horner, Matthew. "Charter Values: The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.

Karakatsanis, Andromache. Foreword to *Canada at 150: Building a Free and Democratic Society*, ed. by Heather MacIvor and Arthur H. Milnes. Toronto: LexisNexis, 2017.

Berlin, Isaiah. *Four Essays on Liberty*, London, Oxford University Press, 1969.

Bingham, Tom. *The Rule of Law*, London, Allen Lane, 2010.

Bredt, Christopher D., and Ewa Krajewska. « *Doré* : All That Glitters Is Not Gold » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339.

Cartier, Geneviève. « Administrative Discretion : Between Exercising Power and Conducting Dialogue », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2013, 381.

Daly, Paul. « Prescribing Greater Protection for Rights : Administrative Law and Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (2014), 65 *S.C.L.R.* (2d) 249.

DeCoste, F. C. *On Coming to Law : An Introduction to Law in Liberal Societies*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2011.

Denning, Alfred Thompson. *The Discipline of Law*, London, Butterworths, 1979.

Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. « The Charter and Administrative Law : Cross-Fertilization or Inconstancy? », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 2nd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2013, 407.

Fox-Decent, Evan, and Alexander Pless. « The Charter and Administrative Law Part II : Substantive Review », in Colleen M. Flood and Lorne Sossin, eds., *Administrative Law in Context*, 3rd ed., Toronto, Emond Montgomery, 2018, 507.

Galston, William A. *Liberal Pluralism : The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice*, New York, Cambridge University Press, 2002.

Galston, William A. *The Practice of Liberal Pluralism*, New York, Cambridge University Press, 2005.

Hickman, Tom. « Adjudicating Constitutional Rights in Administrative Law » (2016), 66 *U.T.L.J.* 121.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. Supp., Scarborough (Ont.), Thomson/Carswell, 2007 (updated 2017, release 1).

Hogg, Peter W. « Interpreting the Charter of Rights : Generosity and Justification » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 817.

Horner, Matthew. « Charter Values : The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.

Karakatsanis, Andromache. Foreword to *Canada at 150 : Building a Free and Democratic Society*, ed. by Heather MacIvor and Arthur H. Milnes, Toronto, LexisNexis, 2017.

2018 SCC 32 (CanLII)

Kong, Hoi L. "*Doré*, Proportionality and the Virtues of Judicial Craft" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 501.
Liston, Mary. "Administering the *Charter*, Proportioning Justice: Thirty-five Years of Development in a Nutshell" (2017), 30 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 211.
Macklin, Audrey. "Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561.
McLachlin, Beverley. "Judging: the Challenges of Diversity", Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture. Scotland, June 7, 2012 (online: http://www.scotland-judiciary.org.uk/Upload/Documents/JSCInauguralLectureJune2012.pdf; archived version: https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC32_1_eng.pdf).
Muñiz-Fraticelli, Victor M. "The (Im)possibility of Christian Education" (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 209.
Newman, Dwight. "Canadian Proportionality Analysis: 5½ Myths" (2016), 73 *S.C.L.R.* (2d) 93.
Newman, Dwight. "Ties That Bind: Religious Freedom and Communities" (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 3.
Oliphant, Benjamin. "Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (2015), 65:3 *U.T.L.J.* 239.
Pothier, Dianne. "An Argument Against Accreditation of Trinity Western University's Proposed Law School" (2014), 23:1 *Const. Forum Const.* 1.
Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2015.
Sossin, Lorne, and Mark Friedman. "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.
Van Harten, Gus, et al. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 7th ed. Toronto: Emond Montgomery, 2015.
Waldron, Mary Anne, et al. "Developments in law and secularism in Canada", in Angus J. L. Menuge, ed., *Religious Liberty and the Law: Theistic and Non-Theistic Perspectives*. Routledge: New York, 2018, 106.
Yahya, Moin A. "Traditions of Religious Liberty in Early Canadian History", in Dwight Newman, ed., *Religious Freedom and Communities*. Toronto: LexisNexis, 2016, 49.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Bauman C.J. and Newbury, Groberman, Willcock and Fenlon JJ.A.), 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16, 366 C.R.R. (2d) 80, 92 B.C.L.R. (5th) 42, [2017] 3 W.W.R. 432, 12 Admin. L.R. (6th) 236, [2016] B.C.J. No. 2252 (QL), 2016 CarswellBC 3008 (WL Can.), affirming a decision of Hinkson C.J., 2015 BCSC 2326, 392

Kong, Hoi L. « *Doré*, Proportionality and the Virtues of Judicial Craft » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 501.
Liston, Mary. « Administering the *Charter*, Proportioning Justice : Thirty-five Years of Development in a Nutshell » (2017), 30 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 211.
Macklin, Audrey. « Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561.
McLachlin, Beverley. « Judging : the Challenges of Diversity », Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture, Scotland, June 7, 2012 (en ligne : http://www.scotland-judiciary.org.uk/Upload/Documents/JSCInauguralLectureJune2012.pdf; version archivée : https://www.scc-csc.ca/cso-dce/2018SCC-CSC32_1_eng.pdf).
Muñiz-Fraticelli, Victor M. « The (Im)possibility of Christian Education » (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 209.
Newman, Dwight. « Canadian Proportionality Analysis : 5½ Myths » (2016), 73 *S.C.L.R.* (2d) 93.
Newman, Dwight. « Ties That Bind : Religious Freedom and Communities » (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 3.
Oliphant, Benjamin. « Taking Purposes Seriously : The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015), 65:3 *U.T.L.J.* 239.
Pothier, Dianne. « An Argument Against Accreditation of Trinity Western University's Proposed Law School » (2014), 23:1 *Const. Forum Const.* 1.
Régimbald, Guy. *Canadian Administrative Law*, 2nd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2015.
Sossin, Lorne, and Mark Friedman. « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.
Van Harten, Gus, et al. *Administrative Law : Cases, Text, and Materials*, 7th ed., Toronto, Emond Montgomery, 2015.
Waldron, Mary Anne, et al. « Developments in law and secularism in Canada », in Angus J. L. Menuge, ed., *Religious Liberty and the Law : Theistic and Non-Theistic Perspectives*, Routledge, New York, 2018, 106.
Yahya, Moin A. « Traditions of Religious Liberty in Early Canadian History », in Dwight Newman, ed., *Religious Freedom and Communities*, Toronto, LexisNexis, 2016, 49.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Bauman et les juges Newbury, Groberman, Willcock et Fenlon), 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16, 366 C.R.R. (2d) 80, 92 B.C.L.R. (5th) 42, [2017] 3 W.W.R. 432, 12 Admin. L.R. (6th) 236, [2016] B.C.J. No. 2252 (QL), 2016 CarswellBC 3008 (WL Can.), qui a confirmé une décision du juge en chef Hinkson, 2015 BCSC

2018 SCC 32 (CanLII)

D.L.R. (4th) 722, 344 C.R.R. (2d) 267, 85 B.C.L.R. (5th) 174, [2016] 8 W.W.R. 298, 100 Admin. L.R. (5th) 99, [2015] B.C.J. No. 2697 (QL), 2015 CarswellBC 3618 (WL Can.). Appeal allowed, Côté and Brown JJ. dissenting.

Peter A. Gall, *Q.C.*, *Donald R. Munroe*, *Q.C.*, *Benjamin J. Oliphant* and *Deborah Armour*, for the appellant.

Kevin L. Boonstra, *Jonathan B. Maryniuk* and *Kevin G. Sawatsky*, for the respondents.

Julius H. Grey, *Gail Davidson* and *Audrey Boissonneault*, for the intervener Lawyers' Rights Watch Canada.

Eugene Meehan, *Q.C.*, and *Daniel C. Santoro*, for the intervener the National Coalition of Catholic School Trustees' Associations.

Eugene Meehan, *Q.C.*, and *Marie-France Major*, for the intervener the International Coalition of Professors of Law.

Derek Ross and *Deina Warren*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Susan Ursel, *David Grossman* and *Olga Redko*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Chris Paliare, *Joanna Radbord* and *Monique Pongracic-Speier*, for the intervener the Advocates' Society.

André Schutten and *John Sikkema*, for the intervener the Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada.

Barry W. Bussey and *Philip A. S. Milley*, for the intervener the Canadian Council of Christian Charities.

William J. Sammon and *Amanda M. Estabrooks*, for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops.

Peter J. Barnacle and *Immanuel Lanzaderas*, for the intervener the Canadian Association of University Teachers.

2326, 392 D.L.R. (4th) 722, 344 C.R.R. (2d) 267, 85 B.C.L.R. (5th) 174, [2016] 8 W.W.R. 298, 100 Admin. L.R. (5th) 99, [2015] B.C.J. No. 2697 (QL), 2015 CarswellBC 3618 (WL Can.). Pourvoi accueilli, les juges Côté et Brown sont dissidents.

Peter A. Gall, *c.r.*, *Donald R. Munroe*, *c.r.*, *Benjamin J. Oliphant* et *Deborah Armour*, pour l'appelante.

Kevin L. Boonstra, *Jonathan B. Maryniuk* et *Kevin G. Sawatsky*, pour les intimés.

Julius H. Grey, *Gail Davidson* et *Audrey Boissonneault*, pour l'intervenante Lawyers' Rights Watch Canada.

Eugene Meehan, *c.r.*, et *Daniel C. Santoro*, pour l'intervenante National Coalition of Catholic School Trustees' Associations.

Eugene Meehan, *c.r.*, et *Marie-France Major*, pour l'intervenante International Coalition of Professors of Law.

Derek Ross et *Deina Warren*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Susan Ursel, *David Grossman* et *Olga Redko*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Chris Paliare, *Joanna Radbord* et *Monique Pongracic-Speier*, pour l'intervenante la Société des plaideurs.

André Schutten et *John Sikkema*, pour l'intervenante Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada.

Barry W. Bussey et *Philip A. S. Milley*, pour l'intervenant Canadian Council of Christian Charities.

William J. Sammon et *Amanda M. Estabrooks*, pour l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada.

Peter J. Barnacle et *Immanuel Lanzaderas*, pour l'intervenante l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université.

2018 SCC 32 (CanLII)

Kristine Spence, for the intervener the Law Students' Society of Ontario.

Gerald Chipeur, *Q.C.*, *Jonathan Martin* and *Grace Mackintosh*, for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada.

Karey Brooks and *Elin Sigurdson*, for the intervener the BC LGBTQ Coalition.

Albertos Polizogopoulos and *Kristin Debs*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Christian Higher Education Canada.

Wesley J. McMillan and *Kaitlyn Meyer*, for the intervener the British Columbia Humanist Association.

Adriel Weaver, for the intervener Egale Canada Human Rights Trust.

Michael Sobkin and *E. Blake Bromley*, for the intervener the Faith, Fealty & Creed Society.

Gwendoline Allison and *Philip Horgan*, for the interveners the Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, the Catholic Civil Rights League and the Faith and Freedom Alliance.

Tim Dickson and *Catherine George*, for the intervener the Canadian Secular Alliance.

Robyn Trask and *Rajwant Mangat*, for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

Avnish Nanda and *Balpreet Singh Boparai*, for the intervener the World Sikh Organization of Canada.

The following is the judgment delivered by

Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ. —

I. Overview

[1] Trinity Western University (TWU), an evangelical Christian postsecondary institution, seeks to open a law school that requires its students and

Kristine Spence, pour l'intervenante la Société des étudiants et étudiantes en droit de l'Ontario.

Gerald Chipeur, *c.r.*, *Jonathan Martin* et *Grace Mackintosh*, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

Karey Brooks et *Elin Sigurdson*, pour l'intervenante BC LGBTQ Coalition.

Albertos Polizogopoulos et *Kristin Debs*, pour les intervenants l'Alliance évangélique du Canada et Christian Higher Education Canada.

Wesley J. McMillan et *Kaitlyn Meyer*, pour l'intervenante British Columbia Humanist Association.

Adriel Weaver, pour l'intervenante Égale Canada Human Rights Trust.

Michael Sobkin et *E. Blake Bromley*, pour l'intervenante Faith, Fealty & Creed Society.

Gwendoline Allison et *Philip Horgan*, pour les intervenants Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, la Ligue catholique pour les droits de l'homme et Faith and Freedom Alliance.

Tim Dickson et *Catherine George*, pour l'intervenante Canadian Secular Alliance.

Robyn Trask et *Rajwant Mangat*, pour l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund.

Avnish Nanda et *Balpreet Singh Boparai*, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

Version française du jugement rendu par

Les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon —

I. Aperçu

[1] Trinity Western University (TWU), un établissement postsecondaire chrétien évangélique, souhaite ouvrir une faculté de droit exigeant que ses

2018 SCC 32 (CanLII)

faculty to adhere to a religiously based code of conduct prohibiting "sexual intimacy that violates the sacredness of marriage between a man and a woman".

[2] At issue in this appeal is a decision of the Law Society of British Columbia (LSBC) not to recognize TWU's proposed law school. TWU and Brayden Volkenant, a graduate of TWU's undergraduate program who would have chosen to attend TWU's proposed law school, successfully brought judicial review proceedings to the Supreme Court of British Columbia, arguing that the LSBC's decision violated religious rights protected by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court of Appeal for British Columbia found that the LSBC should have approved the law school.

[3] In our respectful view, the LSBC's decision not to recognize TWU's proposed law school represents a proportionate balance between the limitation on the *Charter* right at issue and the statutory objectives governing the LSBC. The LSBC's decision was therefore reasonable.

II. Background

A. *The Parties*

[4] TWU is a privately funded evangelical Christian university located in Langley, British Columbia. It offers around 40 undergraduate majors and 17 graduate programs spanning an array of academic disciplines and subjects, all taught from a Christian perspective. Its object is "to provide for young people of any race, colour, or creed university education in the arts and sciences with an underlying philosophy and viewpoint that is Christian" (*Trinity Western University Act*, S.B.C. 1969, c. 44, s. 3(2)).

étudiants et les membres du corps professoral adhèrent à un code de conduite fondé sur des croyances religieuses interdisant toute [TRADUCTION] « intimité sexuelle qui viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme ».

[2] Ce pourvoi porte sur une décision de la Law Society of British Columbia (LSBC) de ne pas reconnaître la faculté de droit proposée par TWU. TWU et Brayden Volkenant, un diplômé du programme de premier cycle de cette université qui aurait choisi de fréquenter la faculté de droit proposée, ont eu gain de cause dans leur demande de contrôle judiciaire devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, dans laquelle ils faisaient valoir que la décision de la LSBC avait porté atteinte aux droits religieux protégés par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que la LSBC aurait dû agréer la faculté de droit.

[3] Soit dit en tout respect, nous sommes d'avis que la décision de la LSBC de ne pas reconnaître la faculté de droit proposée par TWU représente une mise en balance proportionnée de la restriction imposée au droit en cause garanti par la *Charte* et des objectifs prévus par la loi qui régissent la LSBC. La décision de la LSBC était donc raisonnable.

II. Contexte

A. *Les parties*

[4] TWU est une université chrétienne évangélique financée par des sources privées, située à Langley en Colombie-Britannique. Elle offre environ 40 programmes d'études de premier cycle et 17 programmes d'études supérieures couvrant un éventail de disciplines et de matières, toutes enseignées dans une perspective chrétienne. Elle vise à [TRADUCTION] « offrir aux jeunes de toute race, couleur ou croyance une formation universitaire dans le domaine des arts et des sciences reposant sur une philosophie et une perspective chrétiennes » (*Trinity Western University Act*, S.B.C. 1969, c. 44, par. 3(2)).

2018 SCC 32 (CanLII)

[5] Its approach to Christian education is set out in its mission statement:

> The mission of Trinity Western University, as an arm of the Church, is to develop godly Christian leaders: positive, goal-oriented university graduates with thoroughly Christian minds; growing disciples of Christ who glorify God through fulfilling the Great Commission, serving God and people in the various marketplaces of life.

(A.R., vol. I, at p. 119)

[6] Evangelical Christians believe in the authority of the Bible, the commitment to sharing the Christian message through evangelism, and sexual moral purity which requires sexual abstention outside marriage between a man and a woman. TWU's curriculum is developed and taught in a manner consistent with its religious worldview. The foundational beliefs of evangelical Christianity are also reflected in TWU's Community Covenant Agreement (Covenant). The Covenant requires TWU community members to "voluntarily abstain" from a number of actions, including harassment, lying, cheating, plagiarism, and the use or possession of alcohol on campus. At the heart of this appeal, however, is the Covenant's prohibition on "sexual intimacy that violates the sacredness of marriage between a man and a woman" (A.R., vol. III, at p. 403).

[7] All TWU students and faculty must sign and abide by the Covenant as a condition of attendance or employment. The behavioural expectations set out in the Covenant apply to conduct both on and off campus. A student's failure to comply with the Covenant may result in disciplinary measures including suspension or permanent expulsion. Students are expected to hold each other accountable for complying with the Covenant; disciplinary processes may be initiated as a result of a complaint by a TWU student regarding another student's behaviour.

[5] Son approche de l'éducation chrétienne est exposée dans son énoncé de mission :

> [TRADUCTION] La mission de la Trinity Western University, en tant que ramification de l'Église, est de former des chefs de file chrétiens pieux : des diplômés universitaires qui soient positifs et qui aient des objectifs à atteindre dans un esprit entièrement chrétien; des disciples de plus en plus fervents de Jésus-Christ qui rendent gloire à Dieu en remplissant la grande mission, servir Dieu et leur prochain dans les différents aspects de leur vie.

(d.a., vol. I, p. 119)

[6] Les chrétiens évangéliques croient à l'autorité de la Bible, à l'engagement de faire partager le message chrétien par l'évangélisation et à la pureté morale sexuelle qui exige une abstinence sexuelle en dehors du mariage entre un homme et une femme. Le programme d'études de TWU est conçu et enseigné d'une manière qui respecte sa vision religieuse du monde. Les croyances fondamentales du christianisme évangélique se reflètent également dans un engagement intitulé le *Community Covenant Agreement* (*Covenant*). Le *Covenant* exige que les membres de la communauté de TWU [TRADUCTION] « s'abstiennent volontairement » de certains comportements, dont le harcèlement, le mensonge, la tricherie, le plagiat et la consommation ou la possession d'alcool sur le campus. Toutefois, c'est l'interdiction de toute [TRADUCTION] « intimité sexuelle qui viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme » qui est au cœur de ce pourvoi (d.a., vol. III, p. 403).

[7] Tous les étudiants et les membres du corps professoral de TWU sont obligés, comme condition de fréquentation ou d'emploi, de signer et de respecter le *Covenant*. Les attentes en matière de comportement énoncées dans cet engagement s'appliquent sur le campus et hors campus. Le défaut d'un étudiant de s'y conformer peut entraîner des mesures disciplinaires, dont la suspension ou le renvoi définitif. On s'attend à ce que les étudiants se tiennent mutuellement responsables du respect du *Covenant*; des procédures disciplinaires peuvent être engagées à la suite d'une plainte d'un étudiant de TWU concernant le comportement d'un autre étudiant.

2018 SCC 32 (CanLII)

[8] While a large proportion of the students who enroll at TWU identify as Christian, TWU says that its students may, and in fact do, hold and express diverse opinions on moral, ethical and religious issues and are encouraged to debate different viewpoints inside and outside the classroom.

[9] Brayden Volkenant is a graduate of TWU's undergraduate program, who identifies as an evangelical Christian. He deposed that at the time he was applying to attend law school, TWU's proposed law school would have been his "top choice".

[10] The LSBC is the regulator of the legal profession in British Columbia. The LSBC's structure, object and powers are set out in its governing statute, the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (*LPA*). The LSBC has the statutory authority to determine who may be admitted to the British Columbia bar (see *LPA*, ss. 19 to 21).

B. *TWU's Proposed Law School*

[11] Over two decades ago, TWU decided that it wished to establish a faculty of law and to add a three-year juris doctor (J.D.) common law degree program to its degree offerings. In June 2012, TWU submitted its proposal to British Columbia's Minister of Advanced Education for the approval required to be able to grant law degrees, pursuant to the Minister's authority under the *Degree Authorization Act*, S.B.C. 2002, c. 24, s. 4(1).

[12] TWU also submitted its proposal to the Federation of Law Societies of Canada, which received delegated authority from each of the provincial law societies in 2010 to ensure that new Canadian common law degree programs meet established national requirements. In December 2013, the Federation granted preliminary approval to TWU's proposed law school program. The following day, the Minister granted approval to TWU's proposed

[8] Bien qu'une grande partie des étudiants inscrits à TWU s'identifient comme chrétiens, TWU affirme qu'ils peuvent avoir et exprimer des opinions diverses sur des questions morales, éthiques et religieuses — et que, de fait, ils le font — et qu'ils sont encouragés à débattre de différents points de vue à l'intérieur et à l'extérieur des salles de cours.

[9] Brayden Volkenant est un diplômé du programme de premier cycle de TWU, qui s'identifie comme un chrétien évangélique. Il a affirmé dans son témoignage qu'à l'époque où il a fait ses demandes pour être admis en droit, la faculté de droit proposée par TWU aurait été son [TRADUCTION] « premier choix ».

[10] La LSBC est l'organisme chargé de réglementer la profession juridique en Colombie-Britannique. La structure, l'objet et les pouvoirs de la LSBC sont établis dans sa loi habilitante, la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (*LPA*). Cette loi confère à la LSBC le pouvoir de déterminer qui peut être admis au barreau de la Colombie-Britannique (voir la *LPA*, art. 19 à 21).

B. *La faculté de droit proposée par TWU*

[11] Il y a plus de deux décennies, TWU a décidé d'établir une faculté de droit et d'ajouter un programme de common law juris doctor (J.D.) de trois ans à son offre de diplômes. En juin 2012, elle a présenté sa proposition au ministre de l'Enseignement supérieur de la Colombie-Britannique pour qu'il lui accorde, conformément au pouvoir que lui confère la *Degree Authorization Act*, S.B.C. 2002, c. 24, par. 4(1), l'autorisation requise pour pouvoir décerner des diplômes en droit.

[12] TWU a également présenté sa proposition à la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, à laquelle chacun des barreaux provinciaux a délégué en 2010 le pouvoir de veiller à ce que les nouveaux programmes de grade universitaire en common law canadiens répondent à des exigences nationales reconnues. En décembre 2013, la Fédération a accordé une approbation préliminaire au programme de la faculté de droit proposée par

2018 SCC 32 (CanLII)

law school, authorizing TWU to grant law degrees to its graduates.

C. *The LSBC's Decision Not to Approve TWU's Proposed Law School*

[13] Under the LSBC's Rules, adopted pursuant to the *LPA*, enrollment in the LSBC's bar admission program requires proof of "academic qualification". Under Rule 2-27 (now Rule 2-54 of the *Law Society Rules 2015*), this requirement is met with a bachelor of laws or equivalent degree issued by an "approved" common law faculty of law in a Canadian university.

[14] A common law faculty of law is "approved" for the purposes of Rule 2-27 if it has been approved by the Federation "unless the Benchers adopt a resolution declaring that it is not or has ceased to be an approved faculty of law".

[15] Therefore, when the Federation granted its preliminary approval to TWU's law school on December 16, 2013, the law school became an "approved" faculty of law under the LSBC's Rule 2-27, unless the Benchers declared that it was not.

[16] At their meeting of February 28, 2014, the LSBC Benchers confirmed that they would vote on whether to adopt the following resolution at a meeting scheduled for April 11, 2014:

> Pursuant to Law Society Rule 2-27(4.1), the Benchers declare that, notwithstanding the preliminary approval granted to Trinity Western University on December 16, 2013 by the Federation of Law Societies' Canadian Common Law Program Approval Committee, the proposed School of Law at Trinity Western University is not an approved faculty of law.

(A.R., vol. VII, at p. 1136)

TWU. Le lendemain, le ministre a donné son aval à la faculté de droit proposée par TWU, permettant ainsi à cette université de décerner des diplômes de droit à ses diplômés.

C. *La décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU*

[13] Selon les règles de la LSBC, adoptées en vertu de la *LPA*, l'inscription au programme d'admission au barreau de la LSBC requiert une preuve de [TRADUCTION] « diplôme universitaire ». L'article 2-27 (maintenant l'art. 2-54 des *Law Society Rules 2015*) des règles prévoit qu'un baccalauréat en droit ou un diplôme équivalent délivré par une faculté de common law « agréée » d'une université canadienne remplit cette exigence.

[14] Une faculté de common law est [TRADUCTION] « agréée » pour l'application de l'art. 2-27 si elle a reçu l'approbation de la Fédération « à moins que les conseillers n'adoptent une résolution déclarant qu'elle n'est pas une faculté de droit agréée ou qu'elle a cessé de l'être ».

[15] En conséquence, lorsque la Fédération a accordé son approbation préliminaire à la faculté de droit de TWU le 16 décembre 2013, celle-ci est devenue une faculté de droit « agréée » pour l'application de l'art. 2-27 des règles de la LSBC, à moins que les conseillers ne déclarent qu'elle ne l'était pas.

[16] Lors de leur réunion du 28 février 2014, les conseillers de la LSBC ont confirmé qu'ils voteraient sur l'opportunité d'adopter la résolution suivante au cours de la réunion prévue le 11 avril 2014 :

> [TRADUCTION] En application du par. 2-27(4.1) des règles de la Law Society, les conseillers déclarent que, malgré l'approbation préliminaire accordée à la Trinity Western University le 16 décembre 2013 par le Comité d'agrément des programmes d'études en common law canadiens de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, la faculté de droit que l'on se propose d'ouvrir à la Trinity Western University n'est pas une faculté de droit agréée.

(d.a., vol. VII, p. 1136)

2018 SCC 32 (CanLII)

Ahead of the scheduled vote, the Benchers received written submissions and other information from TWU, submissions from the profession and the public, and various legal opinions. At the April 11, 2014 meeting, the resolution failed, and TWU's proposed law school remained approved under Rule 2-27.

[17] This prompted a considerable response from members of British Columbia's legal profession. LSBC members requisitioned a Special General Meeting pursuant to what was then Rule 1-9(2) (now Rule 1-11(2) of the *Law Society Rules 2015*) to consider and vote on a resolution that would direct the Benchers to declare that TWU's law school not be an approved faculty of law under Rule 2-27. The members were provided with, and encouraged to review, the material that had been provided to the Benchers before their April 11, 2014 meeting, and to review the webcast or transcript of that meeting.

[18] The Special General Meeting was held on June 10, 2014. By a vote of 3210 members for and 968 members against, the members voted to adopt the proposed resolution not approving the law school.

[19] At a meeting held on September 26, 2014, the Benchers considered their response, debating among three alternative means of proceeding. The first was to hold a referendum of members on the question of whether the Benchers should be required to implement the resolution. The second was for the Benchers to immediately implement the resolution by declaring that TWU's proposed law school was not approved. The third was for the Benchers to postpone consideration of the issue until the release of a trial decision in any one of the three parallel litigation proceedings relating to recognition of TWU's law school then taking place in British Columbia, Ontario and Nova Scotia.

Avant la tenue du vote, les conseillers ont reçu des observations écrites et d'autres renseignements de TWU, des observations des membres de la profession et du public ainsi que divers avis juridiques. Lors de la réunion du 11 avril 2014, la résolution n'a pas été adoptée et la faculté de droit proposée par TWU a continué d'être une faculté agréée selon l'art. 2-27 des règles.

[17] Cela a suscité de nombreuses réactions de la part des membres de la profession juridique de la Colombie-Britannique. Les membres de la LSBC ont demandé la tenue d'une assemblée générale extraordinaire conformément à ce qui était alors le par. 1-9(2) (maintenant le par. 1-11(2) des *Law Society Rules 2015*) des règles afin de se pencher et de voter sur une résolution qui intimerait aux conseillers de déclarer que la faculté de droit de TWU n'est pas une faculté de droit agréée pour l'application du par. 2-27 des règles. Les membres ont reçu les documents qui avaient été fournis aux conseillers avant la réunion du 11 avril 2014 et ils ont été encouragés à les examiner ainsi qu'à visionner la webémission de la réunion ou à consulter sa transcription.

[18] L'assemblée générale extraordinaire a eu lieu le 10 juin 2014. Les membres ont voté à 3210 voix contre 968 en faveur de l'adoption de la résolution proposée de refuser d'agréer la faculté de droit.

[19] Lors d'une réunion tenue le 26 septembre 2014, les conseillers ont discuté de leur réponse et considéré trois façons de procéder. Le premier scénario consistait à tenir un référendum auprès des membres sur la question de savoir si les conseillers étaient tenus d'appliquer la résolution. Dans le deuxième scénario, les conseillers appliquaient immédiatement la résolution en déclarant que la faculté de droit proposée par TWU n'était pas une faculté de droit agréée. Dans le troisième scénario, les conseillers reportaient l'examen de la question jusqu'à ce qu'une décision de première instance soit rendue dans l'une ou l'autre des trois procédures parallèles sur la reconnaissance de la faculté de droit de TWU alors pendantes en Colombie-Britannique, en Ontario et en Nouvelle-Écosse.

2018 SCC 32 (CanLII)

[20] The Benchers chose the first option, voting to hold a referendum on the issue of TWU's law school approval. The Benchers agreed to be bound by the results only if one-third of members voted in the referendum and two-thirds of the votes were in favour of implementing the June 10, 2014 resolution.

[21] The referendum of all members was conducted by mail-in ballot in October 2014: 5951 members voted to implement the resolution through a declaration that TWU's proposed law school was not an approved faculty of law, while 2088 members voted against the resolution.

[22] On October 31, 2014, the Benchers passed a resolution declaring that TWU's law school was not an approved faculty of law. The resolution was passed with 25 votes in favour, one against, and four abstentions. On December 11, 2014, the Minister withdrew his approval of TWU's proposed law school under the *Degree Authorization Act*.

III. Prior Decisions

A. *Judicial Review — 2015 BCSC 2326, 392 D.L.R. (4th) 722 (Hinkson C.J.)*

[23] TWU and Mr. Volkenant applied to the Supreme Court of British Columbia for judicial review of the LSBC's decision, arguing that it failed to appropriately take into account their freedom of religion under s. 2(*a*).

[24] The court concluded that while refusing TWU's proposed faculty of law based on its admissions policy was within the LSBC's statutory mandate, by putting the issue to a referendum, the Benchers had improperly fettered their discretion. The court further concluded that the Benchers were obligated to consider and balance TWU's and Mr. Volkenant's s. 2(*a*) *Charter* rights with the equality rights of current and prospective LSBC members, particularly the LGBTQ community. Since the LSBC had proceeded by referendum, this balancing had not taken place. The court quashed the LSBC's decision

[20] Les conseillers ont opté pour le premier scénario : voter pour la tenue d'un référendum sur la question de la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU. Ils ont convenu qu'ils seraient liés par les résultats seulement si un tiers des membres votaient au référendum et que deux tiers des votes étaient favorables à l'application de la résolution du 10 juin 2014.

[21] En octobre 2014, un référendum par scrutin postal a été tenu auprès de tous les membres : ceux-ci ont voté par 5951 voix contre 2088 pour que la résolution soit appliquée au moyen d'une déclaration indiquant que la faculté de droit proposée par TWU n'était pas une faculté de droit agréée.

[22] Le 31 octobre 2014, les conseillers ont adopté une résolution déclarant que la faculté de droit de TWU n'était pas une faculté de droit agréée. La résolution a été adoptée par 25 voix pour, une voix contre et quatre abstentions. Le 11 décembre 2014, le ministre a retiré l'approbation qu'il avait donnée à la faculté de droit proposée par TWU en vertu de la *Degree Authorization Act*.

III. Décisions antérieures

A. *Contrôle judiciaire — 2015 BCSC 2326, 392 D.L.R. (4th) 722 (le juge en chef Hinkson)*

[23] TWU et M. Volkenant ont saisi la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la LSBC au motif que cette dernière n'avait pas adéquatement pris en compte leur liberté de religion protégée par l'al. 2*a*).

[24] La cour a conclu que le refus d'agréer la faculté de droit proposée par TWU en raison de sa politique d'admission relevait du mandat confié par la loi à la LSBC, mais qu'en tenant un référendum sur la question, les conseillers avaient limité indûment leur pouvoir discrétionnaire. Elle a en outre conclu que les conseillers étaient tenus de prendre en considération et de mettre en balance les droits de TWU et de M. Volkenant protégés par l'al. 2*a*) de la *Charte* avec les droits à l'égalité des membres actuels et futurs de la LSBC, et plus particulièrement ceux de la communauté LGBTQ. Étant donné que la

2018 SCC 32 (CanLII)

and restored the results of the April 11, 2014 vote whereby TWU's proposed law school remained "approved" under Rule 2-27.

B. *Court of Appeal — 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16 (Bauman C.J. and Newbury, Groberman, Willcock and Fenlon JJ.A.)*

[25] The Court of Appeal for British Columbia dismissed the appeal. The court was of the view that the Benchers had improperly fettered their discretion by binding themselves to the referendum results. As the Benchers were aware that the *Charter* was implicated by the decision, they were required to balance any potential infringement of *Charter* rights with the relevant statutory objectives.

[26] In any case, the Court of Appeal also concluded that the decision not to approve TWU's law school did not represent a proportionate balance between the LSBC's statutory objectives and the relevant *Charter* protections. Applying *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613, the court found that the impact on TWU's religious freedom was severe, while any practical effect on access to the legal profession for LGBTQ persons was insignificant. The Court of Appeal therefore concluded that the LSBC's decision not to approve TWU's law school was unreasonable.

IV. Analysis

A. *Questions on Appeal*

[27] At the outset, it is important to identify what the LSBC actually decided when denying approval to TWU's proposed law school. The LSBC did not deny graduates from TWU's proposed law school admission to the LSBC; rather, the LSBC denied TWU's proposed law school with a mandatory covenant.

LSBC avait procédé par référendum, cette mise en balance n'avait pas été effectuée. La cour a annulé la décision de la LSBC et rétabli les résultats du vote du 11 avril 2014 suivant lequel la faculté de droit proposée par TWU demeurait « agréée » pour l'application de l'art. 2-27 des règles.

B. *Cour d'appel — 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16 (le juge en chef Bauman et les juges Newbury, Groberman, Willcock et Fenlon)*

[25] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel. Elle s'est dite d'avis que les conseillers avaient limité indûment leur pouvoir discrétionnaire en acceptant d'être liés par les résultats du référendum. Comme les conseillers savaient que la décision mettait en cause la *Charte*, ils étaient tenus de mettre en balance toute atteinte potentielle aux droits protégés par celle-ci avec les objectifs de la loi pertinents.

[26] Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a aussi conclu que la décision de ne pas agréer la faculté de droit de TWU ne représentait pas une mise en balance proportionnée des objectifs confiés par la loi à la LSBC et des protections pertinentes conférées par la *Charte*. Appliquant les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, la cour a jugé que l'incidence sur la liberté de religion de TWU était importante, alors que les effets concrets sur l'accès à la profession juridique pour les personnes LGBTQ étaient négligeables. La Cour d'appel a donc statué que la décision de la LSBC de ne pas reconnaître la faculté de droit de TWU était déraisonnable.

IV. Analyse

A. *Les questions soulevées dans le pourvoi*

[27] D'entrée de jeu, il importe de déterminer ce que la LSBC a véritablement décidé lorsqu'elle a refusé d'agréer la faculté de droit proposée par TWU. La LSBC n'a pas refusé l'admission en son sein à des diplômés de la faculté de droit proposée; elle a plutôt refusé d'agréer la faculté de droit proposée par TWU, dont la fréquentation était assujettie à un covenant obligatoire.

2018 SCC 32 (CanLII)

[28] In reviewing this decision, we must consider the following issues: whether the LSBC was entitled under its enabling statute to consider TWU's admissions policies and to hold a referendum of its members in deciding whether to approve its proposed law school; whether the LSBC's decision limited a *Charter* protection; and if so, whether that decision reflected a proportionate balance of the *Charter* protection and the statutory objectives.

B. *The Scope of the LSBC's Statutory Mandate*

[29] This appeal requires us to address the scope of the LSBC's statutory mandate. At issue in this case is the LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school as a route of entry to the legal profession in British Columbia — a decision that falls within the core of the LSBC's role as the gatekeeper to the profession. A question that arises is whether the LSBC was entitled to consider factors apart from the academic qualifications and competence of individual graduates in making this decision to deny approval to TWU's proposed law school.

[30] TWU argues that the LSBC is only entitled to consider a law school's academic program, rather than its admissions policies, in deciding whether to approve it. It submits that Rule 2-27, the LSBC Rule under which the decision not to approve TWU's law school was made, was passed pursuant to the Benchers' statutory authority to make rules to "establish requirements, including academic requirements, and procedures" for enrolment of articled students and for admission to the bar, set out in ss. 20(1)(a) and 21(1)(b) of the *LPA*. However, ss. 20(1)(a) and 21(1)(b) of the *LPA* both explicitly allow the Benchers to "establish requirements, including academic requirements". TWU's argument also ignores the Benchers' authority, under s. 11(1) of the *LPA*, to "make rules for the governing of the society, lawyers, law firms, articled students and applicants, and for the carrying out of [the *LPA*]". This authority is explicitly "not limited by any specific power or

[28] Dans l'examen de cette décision, nous devons trancher les questions suivantes : En vertu de sa loi habilitante, la LSBC pouvait-elle examiner les politiques d'admission de TWU et tenir un référendum auprès de ses membres pour décider s'il y avait lieu d'agréer la faculté de droit proposée par cette université? La décision de la LSBC avait-elle pour effet de restreindre une protection conférée par la *Charte*? Dans l'affirmative, cette décision était-elle le fruit d'une mise en balance proportionnée de la protection conférée par la *Charte* et des objectifs visés par la loi?

B. *L'étendue du mandat confié par la loi à la LSBC*

[29] En l'espèce, nous sommes appelés à nous pencher sur l'étendue du mandat confié par la loi à la LSBC. Ce pourvoi porte sur la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU comme voie d'entrée dans la profession juridique en Colombie-Britannique — une décision qui est au cœur du rôle qu'exerce la LSBC en tant que gardienne de la profession. Une question qui se pose est celle de savoir si la LSBC était en droit de prendre en considération des facteurs autres que les diplômes universitaires et la compétence de diplômés individuels pour décider de refuser de reconnaître la faculté de droit proposée par TWU.

[30] TWU soutient que la LSBC peut seulement examiner le programme d'études d'une faculté de droit, et non ses politiques d'admission, pour décider s'il convient de l'agréer. Elle fait valoir que l'art. 2-27 des règles de la LSBC, en application duquel la décision de ne pas reconnaître la faculté de droit de TWU a été prise, a été édicté dans l'exercice du pouvoir conféré par la loi aux conseillers d'instaurer des règles pour [TRADUCTION] « établir des exigences, y compris des exigences en matière de diplômes, et des procédures » relatives à l'inscription de stagiaires et à l'admission au barreau, pouvoir prévu aux al. 20(1)(a) et 21(1)(b) de la *LPA*. Toutefois, les al. 20(1)(a) et 21(1)(b) de la *LPA* permettent tous deux explicitement aux conseillers d'« établir des exigences, y compris des exigences en matière de diplômes ». L'argument de TWU ne tient pas compte non plus du pouvoir que le par. 11(1) de la *LPA* confère aux conseillers « d'établir des règles

2018 SCC 32 (CanLII)

requirement to make rules given to the benchers" elsewhere in the *LPA* (see *LPA*, s. 11(2)).

[31] In our view, the *LPA* requires the Benchers to consider the overarching objective of protecting the public interest in determining the requirements for admission to the profession, including whether to approve a particular law school.

[32] The legal profession in British Columbia, as in other Canadian jurisdictions, has been granted the privilege of self-regulation. In exchange, the profession must exercise this privilege in the public interest (*Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 36, quoting D. A. A. Stager and H. W. Arthurs in *Lawyers in Canada* (1990), at p. 31). The statutory object of the LSBC is, broadly, to uphold and protect the public interest in the administration of justice. That object is set out in s. 3 of the *LPA*, which reads as follows:

3 It is the object and duty of the society to uphold and protect the public interest in the administration of justice by

(a) preserving and protecting the rights and freedoms of all persons,

(b) ensuring the independence, integrity, honour and competence of lawyers,

(c) establishing standards and programs for the education, professional responsibility and competence of lawyers and of applicants for call and admission,

(d) regulating the practice of law, and

(e) supporting and assisting lawyers, articled students and lawyers of other jurisdictions who are

concernant la gestion de la société, des avocats, des cabinets d'avocats, des stagiaires et des demandeurs, et l'application de [la *LPA*] ». Il est explicitement prévu que ce pouvoir « n'est pas limité par une obligation ou un pouvoir exprès des conseillers d'établir des règles », prévus ailleurs dans la *LPA* (voir la *LPA*, par. 11(2)).

[31] Selon nous, la *LPA* exige que les conseillers tiennent compte de l'objectif primordial de protéger l'intérêt public lorsqu'ils déterminent les conditions d'admission dans la profession, et notamment lorsqu'ils décident s'il y a lieu d'agréer une faculté de droit en particulier.

[32] La profession juridique en Colombie-Britannique tout comme dans les autres provinces et territoires du Canada s'est vu conférer le privilège de l'autoréglementation. En contrepartie, la profession doit exercer ce privilège dans l'intérêt public (*Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 36, citant D. A. A. Stager et H. W. Arthurs dans *Lawyers in Canada* (1990), p. 31). La LSBC a pour objet, de façon générale, de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice. Cet objet est énoncé à l'art. 3 de la *LPA* :

[TRADUCTION]

3 Le Barreau a pour objet et devoir de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice :

(a) en préservant et en protégeant les droits et libertés de chacun;

(b) en assurant l'indépendance, l'intégrité, l'honneur et la compétence des avocats;

(c) en établissant des normes et des programmes pour la formation, la responsabilité professionnelle et la compétence des avocats et des personnes qui demandent l'admission;

(d) en réglementant la pratique du droit;

(e) en appuyant et en aidant les avocats, les stagiaires et les avocats d'autres ressorts autorisés à

2018 SCC 32 (CanLII)

permitted to practise law in British Columbia in fulfilling their duties in the practice of law.

[33] The LSBC's overarching statutory object in s. 3 of the *LPA* — to uphold and protect the public interest in the administration of justice — is stated in the broadest possible terms. While the provisions of s. 3 set out means by which this overarching objective is to be achieved, those means are framed expansively and include "regulating the practice of law" and "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons". Section 3 of the *LPA*, read as a whole, manifests the legislature's intention to "leave the governance of the legal profession to lawyers" (see *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 888).

[34] As the governing body of a self-regulating profession, the LSBC's determination of the manner in which its broad public interest mandate will best be furthered is entitled to deference. The public interest is a broad concept and what it requires will depend on the particular context.

[35] This Court most recently considered the self-regulation of the legal profession in *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360. There, Wagner J. repeatedly noted the deference owed to law societies' interpretation of "public interest": that they have "broad discretion to regulate the legal profession on the basis of a number of policy considerations related to the public interest" (para. 22); that they must be afforded "considerable latitude in making rules based on [their] interpretation of the 'public interest' in the context of [their] enabling statute" (para. 24); and that they have "particular expertise when it comes to deciding on the policies and procedures that govern the practice of their professions" (para. 25).

[36] *Green* affirmed a long history of deference to law societies when they self-regulate in the public

pratiquer le droit en Colombie-Britannique dans l'accomplissement de leurs obligations dans la pratique du droit.

[33] L'objet primordial de la LSBC énoncé à l'art. 3 de la *LPA* — défendre et protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice — est libellé en des termes on ne peut plus larges. Bien que les dispositions de l'art. 3 prévoient des moyens permettant d'atteindre cet objectif fondamental, ces moyens sont formulés de façon large et comprennent la [TRADUCTION] « réglement[ation de] la pratique du droit » et la « préserva[tion] et [la] prot[ection] [d]es droits et libertés de chacun ». L'article 3 de la *LPA*, lu dans son ensemble, témoigne de la volonté du législateur de « laisser aux avocats l'administration de la profession juridique » (voir *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 888).

[34] Il faut faire preuve de déférence à l'égard de la décision que prend la LSBC, en tant qu'organisme chargé de réglementer une profession autonome, sur la meilleure façon de s'acquitter de son vaste mandat de protection de l'intérêt public. Le concept d'intérêt public est large et ce qu'il requiert dépendra du contexte particulier en cause.

[35] Tout récemment, dans l'arrêt *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, notre Cour a examiné la question de l'autoréglementation de la profession juridique. Dans cet arrêt, le juge Wagner a fait remarquer à maintes reprises que la déférence s'impose à l'égard de l'interprétation que donnent les barreaux au concept d'« intérêt public » : les barreaux ont « un large pouvoir discrétionnaire pour réglementer la profession d'avocat en fonction de plusieurs considérations de principe dans l'intérêt public » (par. 22), ils doivent jouir « d'une vaste latitude pour adopter des règles fondées sur [leur] interprétation de "l'intérêt public" aux termes de [leur] loi habilitante » (par. 24) et ils sont dotés d'une « expertise particulière [. . .] pour prescrire les politiques et procédures qui régissent l'exercice d'une profession en particulier » (par. 25).

[36] L'arrêt *Green* confirme la longue tradition de déférence à l'égard des barreaux en ce qui concerne

2018 SCC 32 (CanLII)

interest. For many years, this Court has recognized that law societies self-regulate in the public interest (*Canada (Attorney General) v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 (*Canada (A.G.)*), at pp. 335-36; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 187-88; *Pearlman*, at p. 887; *Ryan*, at para. 36). As Iacobucci J. explained in *Pearlman*, the regulation of professional practice through a system of licensing is directed toward the protection of vulnerable interests — those of clients and third parties.

[37] To that end, where a legislature has delegated aspects of professional regulation to the professional body itself, that body has primary responsibility for the development of structures, processes, and policies for regulation. This delegation recognizes the body's particular expertise and sensitivity to the conditions of practice. This delegation also maintains the independence of the bar; a hallmark of a free and democratic society (*Canada (A.G.)*, at pp. 335-36). Therefore, where a statute manifests a legislative intent to leave the governance of the legal profession to lawyers, "unless judicial intervention is clearly warranted, this expression of the legislative will ought to be respected" (*Pearlman*, at p. 888). As Iacobucci J. later explained in *Ryan*, we give deference to law society decisions to "giv[e] effect to the legislature's intention to protect the public interest by allowing the legal profession to be self-regulating" (para. 40).

[38] In sum, where legislatures delegate regulation of the legal profession to a law society, the law society's interpretation of the public interest is owed deference. This deference properly reflects legislative intent, acknowledges the law society's institutional expertise, follows from the breadth of the "public interest", and promotes the independence of the bar.

l'autoréglementation dans l'intérêt public. Depuis de nombreuses années, notre Cour reconnaît que les barreaux sont des organismes d'autoréglementation guidés par l'intérêt public (*Canada (Procureur général) c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (*Canada (P.G.)*), p. 335-336; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187-188; *Pearlman*, p. 887; *Ryan*, par. 36). Comme le juge Iacobucci l'a expliqué dans *Pearlman*, la réglementation de l'exercice d'une profession au moyen d'un système de délivrance de permis vise à assurer la protection de droits vulnérables — ceux des clients et des tiers.

[37] À cette fin, lorsque le législateur délègue certains aspects de la réglementation d'une profession à l'organisme professionnel lui-même, l'organisme en question a comme responsabilité primordiale la mise en place des structures, des processus et des politiques en matière de réglementation. Par cette délégation on reconnaît l'expertise particulière de l'organisme ainsi que sa sensibilité à l'égard des conditions d'exercice de la profession. Cette délégation maintient également l'indépendance du barreau concerné, l'une des marques d'une société libre et démocratique (*Canada (P.G.)*, p. 335-336). En conséquence, lorsqu'une loi traduit l'intention du législateur de laisser aux avocats l'administration de la profession juridique, « à moins qu'une intervention des tribunaux ne soit manifestement justifiée, cette expression de la volonté du législateur devrait être respectée » (*Pearlman*, p. 888). Comme le juge Iacobucci l'a plus tard expliqué dans *Ryan*, nous faisons preuve de déférence à l'égard des décisions des barreaux de manière à « donne[r] effet à l'intention du législateur de protéger les intérêts du public en permettant à la profession juridique de s'autoréglementer » (par. 40).

[38] En bref, lorsque les assemblées législatives délèguent la réglementation de la profession juridique à un barreau, son interprétation de l'intérêt public commande la déférence. Cette déférence reflète bien l'intention du législateur, reconnaît l'expertise institutionnelle du barreau, découle de la portée de l'« intérêt public » et favorise l'indépendance du barreau.

2018 SCC 32 (CanLII)

[39] The LSBC in this case interpreted its duty to uphold and protect the public interest in the administration of justice as precluding the approval of TWU's proposed law school because the requirement that students sign the Covenant as a condition of admission effectively imposes inequitable barriers on entry to the school. The LSBC was entitled to be concerned that inequitable barriers on entry to law schools would effectively impose inequitable barriers on entry to the profession and risk decreasing diversity within the bar. Ultimately, the LSBC determined that the approval of TWU's proposed law school with a mandatory covenant would negatively impact equitable access to and diversity within the legal profession and would harm LGBTQ individuals, and would therefore undermine the public interest in the administration of justice.

[40] In our view, it was reasonable for the LSBC to conclude that promoting equality by ensuring equal access to the legal profession, supporting diversity within the bar, and preventing harm to LGBTQ law students were valid means by which the LSBC could pursue its overarching statutory duty: upholding and maintaining the public interest in the administration of justice, which necessarily includes upholding a positive public *perception* of the legal profession. We arrive at this conclusion for the following reasons.

[41] Limiting access to membership in the legal profession on the basis of personal characteristics, unrelated to merit, is inherently inimical to the integrity of the legal profession. This is especially so in light of the societal trust placed in the legal profession and the explicit statutory direction that the LSBC should be concerned with "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons" as a means to upholding the public interest in the administration of justice (*LPA*, s. 3(a)). Indeed, the LSBC, as a public actor, has an overarching interest in protecting the values of equality and human rights in carrying out its functions. As Abella J. wrote in *Loyola*, at para. 47, "shared values — equality, human rights and democracy — are values the state always has a legitimate

[39] En l'espèce, la LSBC a considéré que son obligation de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice l'empêchait d'agréer la faculté de droit proposée par TWU parce qu'obliger les étudiants à signer le *Covenant* comme condition d'admission dresse effectivement des barrières inéquitables à l'entrée à la faculté. La LSBC était en droit de craindre que l'imposition de barrières inéquitables à l'entrée aux facultés de droit impose dans les faits des barrières inéquitables à l'entrée dans la profession et risque ainsi de diminuer la diversité au sein du barreau. En fin de compte, la LSBC a conclu que la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU, dont la fréquentation était assujettie à un covenant obligatoire, aurait un effet défavorable sur l'accès équitable à la profession juridique et sur la diversité au sein de celle-ci, causerait un préjudice aux personnes LGBTQ et compromettrait donc l'intérêt public dans l'administration de la justice.

[40] Selon nous, il était raisonnable que la LSBC conclue que promouvoir l'égalité en assurant un accès égal à la profession juridique, soutenir la diversité au sein du barreau et empêcher qu'un préjudice soit causé aux étudiants en droit LGBTQ étaient des moyens valides de permettre à la LSBC de s'acquitter de son obligation primordiale en vertu de la loi : défendre et protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice, ce qui suppose nécessairement de préserver une *perception* publique positive de la profession juridique. Nous arrivons à cette conclusion pour les motifs exposés ci-après.

[41] Limiter l'accès à la profession juridique sur la base de caractéristiques personnelles n'ayant aucun rapport avec le mérite va en soi à l'encontre de l'intégrité de la profession juridique. Cela est particulièrement vrai en raison de la confiance que place la société dans la profession juridique et du fait que la loi prévoit expressément que la LSBC devrait s'attacher à la [TRADUCTION] « préserva[tion] et [à la] prot[ection] [d]es droits et libertés de chacun » comme moyen de défendre l'intérêt public dans l'administration de la justice (*LPA*, al. 3(a)). En fait, la LSBC, en tant qu'acteur public, a un intérêt primordial à protéger les valeurs d'égalité et des droits de la personne dans l'exercice de ses fonctions. Comme la juge Abella l'a écrit dans l'arrêt *Loyola*, par. 47, les « valeurs

2018 SCC 32 (CanLII)

interest in promoting and protecting". Constitutional and *Charter* values have been recognized as an important tool in judicial decision making since *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103 (p. 136), affirmed in subsequent jurisprudence (see e.g. *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 64-66; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477). Far from controversial, these values are accepted principles of constitutional interpretation. In the administrative context, this Court has recognized that "any exercise of statutory discretion must comply with the *Charter* and its values" (*R. v. Conway*, 2010 SCC 22, [2010] 1 S.C.R. 765, at para. 41. See also G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2nd ed. 2015), at pp. 94-100). There is no reason why *Charter* values should be seen as less significant in the context of administrative decision-making.

communes — l'égalité, les droits de la personne et la démocratie — sont des valeurs que l'État a toujours un intérêt légitime à promouvoir et à protéger ». Depuis l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 (p. 136), confirmé dans la jurisprudence subséquente (voir, p. ex., *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64-66; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477), on reconnaît que les valeurs inscrites dans la Constitution et la *Charte* constituent un outil important dans le processus décisionnel judiciaire. Loin de prêter à controverse, ces valeurs constituent des principes d'interprétation constitutionnelle reconnus. Dans le contexte du droit administratif, la Cour a reconnu que « le pouvoir discrétionnaire conféré par une loi doit être exercé dans le respect de la *Charte* et des valeurs qui la sous-tendent » (*R. c. Conway*, 2010 CSC 22, [2010] 1 R.C.S. 765, par. 41; voir aussi G. Régimbald, *Canadian Administrative Law* (2e éd. 2015), p. 94-100). Il n'y a pas de raison pour laquelle on devrait considérer que les valeurs de la *Charte* ont une importance moindre dans le contexte du processus décisionnel administratif.

[42] Eliminating inequitable barriers to legal education, and thereby, to membership in the legal profession, also promotes the competence of the bar and improves the quality of legal services available to the public. The LSBC is statutorily mandated to ensure the competence of lawyers as a means of upholding and protecting the public interest in the administration of justice (*LPA*, s. 3(b)). The LSBC is not limited to enforcing minimum standards of competence for the individual lawyers it licenses; it is also entitled to consider how to promote the competence of the bar as a whole.

[42] L'élimination des barrières inéquitables à la formation juridique et, par le fait même, à l'accès à la profession juridique, favorise également la compétence du barreau et améliore la qualité des services juridiques offerts au public. La loi a chargé la LSBC d'assurer la compétence des avocats comme moyen de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice (*LPA*, al. 3(b)). La LSBC n'a pas uniquement à faire respecter des normes minimales de compétence à l'égard de chaque avocat à qui elle délivre un permis; elle peut également se pencher sur la manière de favoriser la compétence du barreau dans son ensemble.

[43] As well, the LSBC was entitled to interpret the public interest in the administration of justice as being furthered by promoting diversity in the legal profession — or, more accurately, by avoiding the imposition of additional impediments to diversity in the profession in the form of inequitable barriers to entry. A bar that reflects the diversity of the public it serves undeniably promotes the administration of justice and the public's confidence in the same. A

[43] De même, la LSBC pouvait considérer qu'elle pouvait s'acquitter de son mandat de protection de l'intérêt public dans l'administration de la justice en favorisant la diversité dans la profession juridique — ou, plus précisément, en évitant d'imposer des obstacles additionnels à la diversité au sein de la profession qui revêtent la forme de barrières inéquitables à l'entrée dans la profession. Un barreau qui reflète la diversité du public qu'il sert favorise

2018 SCC 32 (CanLII)

diverse bar is more responsive to the needs of the public it serves. A diverse bar is a more competent bar (see *LPA*, s. 3(b)).

[44] The LSBC's statutory objective of "protect[ing] the public interest in the administration of justice by . . . preserving and protecting the rights and freedoms of all persons" entitles the LSBC to consider harms to some communities in making a decision it is otherwise entitled to make, including a decision whether to approve a new law school for the purposes of lawyer licensing. In the context of its decision whether to approve TWU's proposed law school, the *LPA*'s direction that the LSBC should be concerned with the rights and freedoms of all persons in our view permitted the LSBC to consider potential harm to the LGBTQ community as a factor in its decision making.

[45] That the LSBC considered TWU's admissions policies in deciding whether to approve its proposed law school does not amount to the LSBC regulating law schools or confusing its mandate for that of a human rights tribunal. As explained above, the LSBC considered TWU's admissions policies in the context of its decision whether to approve the proposed law school for the purposes of lawyer licensing in British Columbia, in exercising its authority as the gatekeeper to the legal profession in that province. The LSBC did not purport to make any other decision governing TWU's proposed law school or how it should operate.

[46] Respectfully, we disagree with the suggestion that in making a decision about whether to approve a law school for the purposes of lawyer licensing in British Columbia, the LSBC was purporting to exercise a free-standing power to seek out conduct which it finds objectionable. Nor did the LSBC usurp

indéniablement l'administration de la justice et la confiance du public dans cette administration. Un barreau diversifié est plus sensible aux besoins du public qu'il sert. Un barreau diversifié est un barreau plus compétent (voir la *LPA*, al. 3(b)).

[44] L'objectif que confie la loi à la LSBC qui consiste à [TRADUCTION] « protég[er] l'intérêt public dans l'administration de la justice en [. . .] préservant et en protégeant les droits et libertés de chacun » permet à cet organisme de tenir compte des préjudices causés à certaines communautés lorsqu'il prend une décision qu'il est par ailleurs autorisé à prendre, notamment une décision sur la question de savoir s'il convient d'agréer une nouvelle faculté de droit aux fins de la délivrance de permis d'exercice de la profession d'avocat. Dans le cadre de sa décision sur l'opportunité de reconnaître la faculté de droit proposée par TWU, le fait que la LSBC devait, en vertu de la *LPA*, se préoccuper du respect des droits et libertés de chacun lui permettait, à notre avis, de prendre en considération le facteur du préjudice que risquait de subir la communauté LGBTQ.

[45] Que la LSBC ait tenu compte de la politique d'admission de TWU lorsqu'elle a décidé s'il y avait lieu d'agréer la faculté de droit que cette université proposait n'équivaut pas à réglementer les facultés de droit ou à confondre son mandat avec celui d'un tribunal des droits de la personne. Comme nous l'avons expliqué précédemment, dans l'exercice des pouvoirs qu'elle possède en tant que gardienne de la profession juridique en Colombie-Britannique, la LSBC a plutôt tenu compte de la politique d'admission de TWU dans le cadre de sa décision sur l'opportunité de reconnaître la faculté de droit proposée aux fins de la délivrance de permis d'exercice de la profession d'avocat dans cette province. La LSBC n'entendait prendre aucune autre décision relative à la faculté de droit proposée par TWU ou à la manière dont cette faculté devrait exercer ses activités.

[46] Soit dit en tout respect, nous ne sommes pas d'accord avec la proposition selon laquelle, en se prononçant sur la question de savoir s'il y avait lieu d'agréer une faculté de droit aux fins de la délivrance de permis d'exercice de la profession d'avocat en Colombie-Britannique, la LSBC entendait exercer

2018 SCC 32 (CanLII)

the role of a human rights tribunal in considering the inequitable barriers to entry posed by the Covenant in making its decision: the LSBC did not purport to declare that TWU was in breach of any human rights legislation or issue a remedy for any such breach. Its consideration of equality values is consistent with law societies historically acting "to remove obstacles . . . such as religious affiliation, race and gender, so as to provide previously excluded groups the opportunity to obtain a legal education and thus become members of the legal profession" (*Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1, at para. 96). In any case, it should be beyond dispute that administrative bodies other than human rights tribunals may consider fundamental shared values, such as equality, when making decisions within their sphere of authority — and may look to instruments such as the *Charter* or human rights legislation as sources of these values, even when not directly applying these instruments (see e.g. *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772 (*TWU 2001*), at paras. 12-14 and 26-28). This is what the LSBC, quite properly, did.

[47] Thus, there can be no question that the LSBC was entitled to consider an inequitable admissions policy in determining whether to approve the proposed law school. Its mandate is broad. In promoting the public interest in the administration of justice and, relatedly, public confidence in the legal profession, the LSBC was entitled to consider an admissions policy that imposes inequitable and harmful barriers to entry. Approving or facilitating inequitable barriers to the profession could undermine public confidence in the LSBC's ability to self-regulate in the public interest.

un pouvoir autonome lui permettant de chercher à découvrir des comportements qu'elle juge répréhensibles. Lorsqu'elle a pris sa décision, la LSBC n'a pas non plus usurpé le rôle d'un tribunal des droits de la personne en prenant en considération les barrières inéquitables à l'entrée dans la profession que pose le *Covenant* : la LSBC n'entendait pas déclarer que TWU avait violé une loi sur les droits de la personne ou accorder réparation pour une telle violation. Son analyse des valeurs d'égalité est compatible avec le fait que les barreaux ont depuis toujours pris des mesures visant à [TRADUCTION] « éliminer les obstacles [. . .] comme l'appartenance religieuse, la race et l'identité sexuelle, de manière à donner aux personnes faisant partie des groupes antérieurement exclus la possibilité de faire des études de droit et donc de devenir membres de la profession juridique » (*Trinity Western University c. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1, par. 96). Quoi qu'il en soit, il devrait ne faire aucun doute que les organismes administratifs autres que les tribunaux des droits de la personne peuvent tenir compte de valeurs communes fondamentales, telle l'égalité, lorsqu'ils rendent des décisions dans leur sphère de compétence — et considérer des instruments comme la *Charte* ou les lois sur les droits de la personne comme étant à l'origine de ces valeurs, même lorsqu'ils n'appliquent pas directement ces instruments (voir, p. ex., *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 (*TWU 2001*), par. 12-14 et 26-28). C'est ce qu'a fait, à très juste titre, la LSBC.

[47] Il ne fait donc aucun doute que la LSBC pouvait prendre en considération l'existence d'une politique inéquitable d'admission pour décider s'il y avait lieu d'agréer la faculté de droit proposée. Son mandat est large. Afin de favoriser l'intérêt public dans l'administration de la justice et, corollairement, la confiance du public dans la profession juridique, la LSBC pouvait tenir compte de l'existence d'une politique d'admission qui imposait des barrières inéquitables et préjudiciables à l'entrée dans la profession. Le fait d'approuver ou de faciliter l'imposition de barrières inéquitables à l'entrée dans la profession pouvait compromettre la confiance du public à l'égard de la capacité d'autoréglementation de la LSBC dans l'intérêt public.

2018 SCC 32 (CanLII)

C. *The Referendum Procedure Adopted by the LSBC*

[48] TWU argues that the LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school should be set aside because the LSBC Benchers improperly fettered their discretion by holding a referendum of members on the issue. We reject this argument.

[49] The Benchers concluded that they were authorized under the *LPA* to proceed as they did. Section 13 of the *LPA* provides that the *LSBC members* can elect to bind the Benchers to implement the results of a referendum of members in certain circumstances. This provision indicates the legislature's intent that the LSBC's decisions be guided by the views of its full membership, at least in some circumstances. However, s. 13 does not limit the circumstances in which the *Benchers* can elect to be bound to implement the results of a referendum of members. The Benchers were therefore not precluded from holding a referendum merely because all of the circumstances described in s. 13 were not present.

[50] The Court of Appeal held that the Benchers violated their statutory duties by holding a referendum on the approval of TWU's proposed law school because the issue implicated the *Charter*. That a decision may implicate the *Charter* does not, by itself, render the referendum procedure otherwise available under the *LPA* inappropriate. The legal profession in British Columbia is self-governing; the majority of Benchers are elected by the LSBC membership and make decisions on behalf of the LSBC as a whole. It is consistent with this statutory scheme that the Benchers may decide that certain decisions they take would benefit from the guidance or support of the membership as a whole. This is no less the case where a decision implicates the *Charter* and raises questions as to the best means to pursue the LSBC's statutory objectives. The LSBC Benchers were entitled to proceed as they did in this case.

C. *La procédure de référendum adoptée par la LSBC*

[48] TWU soutient que la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit qu'elle propose devrait être annulée parce que les conseillers de la LSBC ont limité indûment leur pouvoir discrétionnaire en soumettant la question à un référendum auprès des membres. Nous rejetons cet argument.

[49] Les conseillers ont estimé que la *LPA* les autorisait à agir comme ils l'ont fait. L'article 13 de la *LPA* prévoit que les *membres de la LSBC* peuvent décider d'obliger les conseillers à donner effet aux résultats d'un référendum tenu auprès des membres dans certaines circonstances. Cette disposition indique que le législateur entendait faire en sorte que les décisions de la LSBC soient guidées par l'opinion de l'ensemble de ses membres, du moins dans certaines circonstances. Toutefois, l'art. 13 ne limite pas les circonstances dans lesquelles les *conseillers* peuvent décider d'être tenus de donner effet aux résultats d'un référendum tenu auprès des membres. Il n'était donc pas interdit aux conseillers de tenir un référendum simplement parce que toutes les circonstances décrites à l'art. 13 n'étaient pas réunies.

[50] La Cour d'appel a conclu que les conseillers avaient manqué à leurs obligations prévues par la loi en tenant un référendum sur la question de la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU parce que cette question mettait en cause la *Charte*. Le fait qu'une décision puisse mettre en cause la *Charte* ne rend pas à lui seul inappropriée la procédure de référendum par ailleurs offerte en vertu de la *LPA*. En Colombie-Britannique, la profession juridique est une profession autonome; dans la majorité des cas, les conseillers sont élus par les membres de la LSBC et prennent des décisions au nom de la LSBC dans son ensemble. Il est compatible avec ce régime législatif que les conseillers puissent décider que certaines de leurs décisions gagneraient à être guidées ou appuyées par l'ensemble des membres. C'est d'autant plus vrai lorsque la décision met en cause la *Charte* et soulève des questions quant aux meilleurs moyens d'atteindre les objectifs que confie la loi à la LSBC. Les conseillers de la LSBC avaient le droit d'agir comme ils l'ont fait en l'espèce.

2018 SCC 32 (CanLII)

D. *Reasonableness Review in the Absence of Formal Reasons*

[51] As previously noted, the LSBC gave no formal reasons. The British Columbia Court of Appeal held that where *Charter* protections are implicated in an administrative decision, the decision-maker is required to balance the potential *Charter* limitation against the statutory objectives (para. 80). The court found that, in voting to affirm the results of the binding referendum, the Benchers failed to follow the "procedure to be adopted by a tribunal in balancing statutory objectives against *Charter* values", and did not "engage in any exploration of how the *Charter* values at issue in this case could best be protected in view of the objectives of the *Legal Profession Act*" (paras. 84-85).

[52] We disagree. It is true that reasonableness review is concerned *both* with "the reasonableness of the substantive outcome of the decision, and with the process of articulating that outcome" (*Canada (Attorney General) v. Igloo Vikski Inc.*, 2016 SCC 38, [2016] 2 S.C.R. 80, at para. 18). To be reasonable, a decision must "fal[l] within a range of possible, acceptable outcomes" (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47) *and* exhibit "justification, transparency and intelligibility within the decision-making process" (*Dunsmuir*, at para. 47).

[53] However, not all administrative decision making requires the same procedure. Reasonableness "takes its colour from the context" (*Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18) and the requirements of process will "vary with the context and nature of the decision-making process at issue" (*Catalyst*, at para. 29). In *Catalyst*, which involved the review of a by-law passed by a municipality, the Court held that there was no duty to give formal reasons in a context where the decision was made by elected representatives pursuant to a democratic process.

D. *Le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable en l'absence de motifs écrits*

[51] Comme il a déjà été mentionné, la LSBC n'a fourni aucun motif écrit. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que, lorsque les protections conférées par la *Charte* sont mises en cause dans une décision administrative, le décideur doit mettre en balance la restriction potentielle de telles protections et les objectifs visés par la loi (par. 80). La cour a estimé qu'en confirmant par un vote les résultats du référendum ayant force obligatoire, les conseillers n'ont pas suivi la [TRADUCTION] « procédure que doit adopter un tribunal lorsqu'il met en balance les objectifs visés par la loi et les valeurs consacrées par la *Charte* », et n'ont « procédé à aucune analyse sur la meilleure façon de protéger les valeurs consacrées par la *Charte* en cause en l'espèce compte tenu des objectifs de la *Legal Profession Act* » (par. 84-85).

[52] Nous sommes en désaccord. Il est vrai que le contrôle judiciaire selon la norme de la décision raisonnable s'intéresse *à la fois* « au caractère raisonnable du résultat concret de la décision [et] au raisonnement qui l'a produit » (*Canada (Procureur général) c. Igloo Vikski Inc.*, 2016 CSC 38, [2016] 2 R.C.S. 80, par. 18). Pour être raisonnable, la décision doit « apparten[ir] [. . .] aux issues possibles acceptables » (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47) *et* faire ressortir « la justification de la décision, [. . .] la transparence et [. . .] l'intelligibilité du processus décisionnel » (*Dunsmuir*, par. 47).

[53] Toutefois, les décisions administratives ne requièrent pas toutes la même procédure. La norme du caractère raisonnable « s'adapte au contexte » (*Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18) et le processus à suivre « varie selon le contexte et la nature du processus décisionnel en cause » (*Catalyst*, par. 29). Dans l'arrêt *Catalyst*, qui portait sur le contrôle judiciaire d'un règlement pris par une municipalité, la Cour a conclu qu'il n'existait aucune obligation de fournir des motifs écrits dans un contexte où la décision a été prise par des représentants élus conformément à un processus démocratique.

2018 SCC 32 (CanLII)

[54] The decision in this case was made in similar circumstances. The vast majority of LSBC Benchers serve as elected representatives and they reached their decision to refuse to approve TWU's proposed law school by a majority vote. As this Court noted in *Green*, at para. 23:

> . . . many of the benchers of the Law Society are elected by and accountable to members of the legal profession. . . . Thus, McLachlin C.J.'s comments in *Catalyst Paper* in the context of municipal bylaws are apt here as well: ". . . reasonableness means courts must respect the responsibility of elected representatives to serve the people who elected them and to whom they are ultimately accountable" (para. 19).

[55] Given this context, the LSBC was not required to give reasons formally explaining why the decision to refuse to approve TWU's proposed law school amounted to a proportionate balancing of freedom of religion with the statutory objectives of the *LPA*. It is clear from the speeches that the LSBC Benchers made during the April 11, 2014 and September 26, 2014 meetings that they were alive to the question of the balance to be struck between freedom of religion and their statutory duties.

[56] As the Benchers were alive to the issues, we must then assess the reasonableness of their decision. Reasonableness review requires "a respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision" (*Dunsmuir*, at para. 48 (emphasis added); see also *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 11). Reviewing courts "may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome" (*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at para. 52, quoting *Newfoundland Nurses*, at para. 15). As we will explain, the Benchers came to a decision that reflects a proportionate balancing.

[54] La décision en cause en l'espèce a été prise dans des circonstances semblables. Les conseillers de la LSBC, qui agissent en grande majorité à titre de représentants élus, ont pris leur décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU par un vote majoritaire. Comme l'a souligné la Cour dans l'arrêt *Green*, par. 23 :

> . . . les conseillers du Barreau sont nombreux à être élus par les membres de la profession juridique et à devoir leur rendre des comptes. [. . .] En conséquence, les commentaires que la juge en chef McLachlin a formulés dans l'arrêt *Catalyst Paper* sur les règlements municipaux sont également pertinents en l'espèce : « . . . la norme de la décision raisonnable signifie que les tribunaux doivent respecter le devoir qui incombe aux représentants élus de servir leurs concitoyens, qui les ont élus et devant qui ils sont ultimement responsables » : par. 19.

[55] Dans ce contexte, la LSBC n'était pas tenue d'expliquer par écrit les raisons pour lesquelles la décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU constituait une mise en balance proportionnée de la liberté de religion et des objectifs visés par la *LPA*. Il ressort clairement des discours prononcés par les conseillers de la LSBC lors des réunions tenues les 11 avril 2014 et 26 septembre 2014 que ceux-ci étaient conscients de l'équilibre qu'il fallait établir entre la liberté de religion et leurs obligations en vertu de la loi.

[56] Comme les conseillers étaient conscients de ce qui était en jeu, nous devons alors apprécier le caractère raisonnable de leur décision. L'examen du caractère raisonnable nécessite « une attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » (*Dunsmuir*, par. 48 (nous soulignons); voir également *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 11). La cour de révision « peut [. . .], si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat » (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, par. 52, citant l'arrêt *Newfoundland Nurses*, par. 15). Comme nous l'expliquerons plus loin, les conseillers sont arrivés à une décision qui est le fruit d'une mise en balance proportionnée.

2018 SCC 32 (CanLII)

E. *Review of the LSBC's Decision Under the Doré/Loyola Framework*

[57] Having concluded that the LSBC had authority to consider factors outside of the competence of individual law graduates of TWU's proposed law school, the question now becomes whether the LSBC's decision to deny approval to TWU's proposed law school was reasonable. Discretionary administrative decisions that engage the *Charter* are reviewed based on the administrative law framework set out by this Court in *Doré* and *Loyola*. Delegated authority must be exercised "in light of constitutional guarantees and the values they reflect" (*Doré*, at para. 35). In *Loyola*, this Court explained that under the *Doré* framework, *Charter* values are "those values that underpin each right and give it meaning" and which "help determine the extent of any given infringement in the particular administrative context and, correlatively, when limitations on that right are proportionate in light of the applicable statutory objectives" (para. 36, citing *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 88). The *Doré*/*Loyola* framework is concerned with ensuring that *Charter* protections are upheld to the fullest extent possible given the statutory objectives within a particular administrative context. In this way, *Charter* rights are no less robustly protected under an administrative law framework.

[58] Under the precedent established by this Court in *Doré* and *Loyola*, the preliminary question is whether the administrative decision engages the *Charter* by limiting *Charter* protections — both rights and values (*Loyola*, at para. 39). If so, the question becomes "whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play" (*Doré*, at para. 57; *Loyola*, at para. 39). The extent of the impact on the

E. *Le contrôle judiciaire de la décision de la LSBC selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts Doré et Loyola*

[57] Vu la conclusion selon laquelle la LSBC avait le pouvoir de tenir compte de facteurs étrangers à la compétence de chaque diplômé de la faculté de droit proposée par TWU, il s'agit maintenant de savoir si la décision de la LSBC de refuser d'agréer cette faculté de droit était raisonnable. Les décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir la *Charte* sont examinées selon le cadre d'analyse de droit administratif qu'a établi la Cour dans les arrêts *Doré* et *Loyola*. Le pouvoir délégué doit être exercé « à l'aune des garanties constitutionnelles et des valeurs que comportent celles-ci » (*Doré*, par. 35). Dans l'arrêt *Loyola*, la Cour a expliqué que, suivant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Doré*, les valeurs consacrées par la *Charte* sont « les valeurs qui sous-tendent chaque droit et qui leur donnent un sens » et qui « aident à préciser l'ampleur d'une atteinte à un droit donné dans le contexte administratif en cause et, corrélativement, à savoir dans quels cas les restrictions à ce droit sont proportionnées compte tenu des objectifs légaux applicables » (par. 36, citant *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 88). Le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola* vise à faire en sorte que les protections conférées par la *Charte* soient respectées le plus possible compte tenu des objectifs visés par la loi dans un contexte administratif particulier. De cette manière, les droits garantis par la *Charte* ne sont pas moins vigoureusement protégés dans un cadre d'analyse de droit administratif.

[58] Suivant le précédent établi par la Cour dans *Doré* et *Loyola*, la question préliminaire qui se pose est de savoir si la décision administrative fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections que confère cette dernière — qu'il s'agisse de droits ou de valeurs (*Loyola*, par. 39). Dans l'affirmative, il faut se demander « si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la

2018 SCC 32 (CanLII)

Charter protection must be proportionate in light of the statutory objectives.

[59] *Doré* and *Loyola* are binding precedents of this Court. Our reasons explain why and how the *Doré*/*Loyola* framework applies here. Since *Charter* protections are implicated, the reviewing court must be satisfied that the decision reflects a proportionate balance between the *Charter* protections at play and the relevant statutory mandate. This is the analysis we adopt.

(1) Whether Freedom of Religion Is Engaged

[60] In this case, the first issue is whether, in applying its statutory public interest mandate — including the goals of equal access to and diversity within the legal profession — to the approval of TWU's proposed law school, the LSBC engaged the religious freedom of the TWU community.

[61] TWU is a private religious institution created to support the collective religious practices of its members. For the reasons set out below, we find that the religious freedom of members of the TWU community is limited by the LSBC's decision. It is unnecessary to determine whether TWU, as an institution, possesses rights under s. 2(*a*) of the *Charter*.

[62] This Court has adopted a broad and purposive approach to interpreting freedom of religion under the *Charter*. This encompasses "the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336).

Charter » (*Doré*, par. 57; *Loyola*, par. 39). L'incidence sur la protection conférée par la *Charte* doit être proportionnée eu égard aux objectifs visés par la loi.

[59] Les arrêts *Doré* et *Loyola* sont des précédents de la Cour qui nous lient. Dans ces motifs, nous expliquons pourquoi et comment le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola* s'applique en l'espèce. Étant donné que les protections conférées par la *Charte* sont mises en cause, la cour de révision doit être convaincue que la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en cause conférées par la *Charte* et du mandat pertinent prévu par la loi. C'est l'analyse que nous adoptons.

(1) Question de savoir si la liberté de religion est en cause

[60] En l'espèce, il s'agit d'abord de savoir si la LSBC a mis en cause la liberté de religion des membres de la communauté de TWU lorsqu'elle a tenu compte du mandat de protection de l'intérêt public que lui confie la loi — notamment en ce qui a trait aux objectifs visant à assurer un accès égal à la profession juridique et la diversité au sein de celle-ci — dans l'analyse de la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU.

[61] TWU est une institution religieuse privée créée pour appuyer les pratiques religieuses collectives de ses membres. Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que la décision de la LSBC restreint la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. Il n'est pas nécessaire de trancher la question de savoir si cette université, en tant qu'institution, jouit des droits garantis à l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[62] La Cour a adopté une interprétation large et téléologique à l'égard de la liberté de religion garantie par la *Charte*. Cette liberté englobe « le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336).

2018 SCC 32 (CanLII)

[63] Section 2(*a*) of the *Charter* is limited when the claimant demonstrates two things: first, that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion; and second, that the impugned state conduct interferes, in a manner that is more than trivial or insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 65; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 68). If, based on this test, s. 2(*a*) is not engaged, there is nothing to balance.

[64] Although this Court's interpretation of freedom of religion reflects the notion of personal choice and individual autonomy and freedom, religion is about both religious beliefs and religious relationships (*Amselem*, at para. 40; *Loyola*, at para. 59, quoting Justice LeBel in *Hutterian Brethren*, at para. 182). The protection of individual religious rights under s. 2(*a*) must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, as well as the "deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions" (*Loyola*, at para. 60). In other words, religious freedom is individual, but also "profoundly communitarian" (*Hutterian Brethren*, at para. 89). The ability of religious adherents to come together and create cohesive communities of belief and practice is an important aspect of religious freedom under s. 2(*a*).

[65] On the sincerity of the belief, the respondents have articulated the religious interest at stake in various ways. In their factum, they contend that "[t]he sincere beliefs of evangelical Christians include 'the belief in the importance of being in an institution with others who either share that belief or are prepared to honour it in their conduct'" (para. 96, quoting *Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296, at para. 235). Elsewhere they argue that evangelicals believe "they should carry their beliefs into educational communities" and in the value of

[63] L'alinéa 2*a*) de la *Charte* est restreint lorsque le demandeur démontre deux choses : premièrement, qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et, deuxièmement, que la conduite qu'il reproche à l'État limite d'une manière plus que négligeable ou insignifiante sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 65; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 68). Si, selon ce critère, l'al. 2*a*) n'est pas en cause, il n'y a rien à mettre en balance.

[64] Bien que l'interprétation qu'a donnée la Cour à la liberté de religion reflète les notions de choix personnel, d'autonomie et de liberté de l'individu, la religion a trait à la fois aux croyances religieuses et aux rapports religieux (*Amselem*, par. 40; *Loyola*, par. 59, citant le juge LeBel dans *Hutterian Brethren*, par. 182). La protection des droits religieux individuels en vertu de l'al. 2*a*) doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il « existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives » (*Loyola*, par. 60). En d'autres termes, la liberté de religion est de nature individuelle, mais aussi « profondément communautaire » (*Hutterian Brethren*, par. 89). La capacité des fidèles de se rassembler et de créer des communautés de croyance et de pratique qui se caractérisent par leur cohésion est un aspect important de la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*).

[65] En ce qui concerne la sincérité de la croyance, les intimés ont formulé de diverses façons l'intérêt religieux qui est en jeu. Dans leur mémoire, ils soutiennent que [TRADUCTION] « [l]es croyances sincères des chrétiens évangéliques comprennent "la croyance en l'importance du fait de se trouver dans une institution avec d'autres personnes qui partagent cette croyance ou qui sont disposées à se conduire de manière à respecter cette croyance" » (par. 96, citant *Trinity Western University c. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296, par. 235). Ils font également

2018 SCC 32 (CanLII)

educating the whole person with a Christian ethos (para. 113).

[66] The affidavit evidence from TWU students focusses primarily on the spiritual growth that is engendered by studying law in a religious learning environment.

[67] There is no doubt evangelical Christians believe that studying in a religious environment can help them grow spiritually. Evangelical Christians carry their religious beliefs and values beyond their private lives and into their work, education, and politics.

[68] TWU seeks to foster this spiritual growth. It was founded on religious principles and was intended to be a religious community, primarily serving Christians. Indeed, the university teaches from a Christian perspective and aims to develop "godly Christian leaders" (R.R., vol. I, at p. 119). TWU's purpose statement further provides that TWU seeks to promote "total student development through . . . deepened commitment to Jesus Christ and a Christian way of life" (p. 120).

[69] Several alumni of TWU emphasized the spiritual benefits of receiving an education from a Christian perspective in an environment infused with evangelical Christian values. According to Mr. Volkenant, completing his undergraduate studies at TWU gave him "an appreciation for the importance of integrating [his] Christian faith into all areas of [his] life" (R.R., vol. I, at p. 68). For another alumna, Ms. Jody Winter, attending TWU was about more than obtaining a university education; it was a time of spiritual formation.

[70] Because s. 2(*a*) protects beliefs which are sincerely held by the claimant, the court must "ensure that a presently asserted religious belief is in

valoir que les évangéliques croient [TRADUCTION] « qu'ils doivent porter leurs croyances dans les milieux d'enseignement » et en la valeur consistant à éduquer l'ensemble de la personne selon une philosophie chrétienne (par. 113).

[66] La preuve constituée des affidavits souscrits par des étudiants de TWU porte principalement sur la croissance spirituelle qu'engendre l'étude du droit dans un milieu d'apprentissage religieux.

[67] Il ne fait aucun doute que les chrétiens évangéliques croient que le fait d'étudier dans un milieu religieux peut les aider à croître spirituellement. Les chrétiens évangéliques portent leurs croyances et valeurs religieuses au-delà de leur vie privée et jusque dans leur travail, leur éducation et leurs activités politiques.

[68] TWU vise à favoriser cette croissance spirituelle. Elle a été fondée sur des principes religieux et se voulait une communauté religieuse principalement au service des chrétiens. En effet, cette université dispense un enseignement s'inscrivant dans une perspective chrétienne et vise à former des [TRADUCTION] « chefs de file chrétiens pieux » (d.i., vol. I, p. 119). L'énoncé de mission de TWU indique également que TWU vise à promouvoir « le développement complet des étudiants par [. . .] un engagement plus profond envers Jésus-Christ et le mode de vie chrétien » (p. 120).

[69] Plusieurs anciens de TWU ont souligné les bienfaits spirituels du fait de recevoir un enseignement s'inscrivant dans une perspective chrétienne dans un milieu imprégné des valeurs chrétiennes évangéliques. Selon M. Volkenant, terminer ses études de premier cycle à TWU lui a permis de [TRADUCTION] « bien comprendre l'importance de l'intégration de [sa] foi chrétienne dans toutes les sphères de [sa] vie » (d.i., vol. I, p. 68). Pour une autre ancienne, M^me^ Jody Winter, fréquenter TWU ne s'est pas résumé à l'obtention d'une formation universitaire; ce fut une époque de formation spirituelle.

[70] Comme l'al. 2*a*) protège les croyances sincères du demandeur, la cour doit « s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de

2018 SCC 32 (CanLII)

2018 SCC 32 (CanLII)

good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice" (*Amselem*, at para. 52; see also *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at para. 35). It is clear from the record that evangelical members of TWU's community sincerely believe that studying in a community defined by religious beliefs in which members follow particular religious rules of conduct contributes to their spiritual development. In our view, this is the religious belief or practice implicated by the LSBC's decision.

[71] This belief is, in turn, supported through the universal adoption of the Covenant. The Covenant "reflects both historic patterns of evangelical practice and widely accepted contemporary evangelical theological convictions" (R.R., vol. IV, at p. 89). A core value at TWU is "obeying the Authority of Scripture" (R.R., vol. I, at p. 121), and the Covenant promotes this compliance. Specifically, it requires TWU community members to "encourage and support other members of the community in their pursuit of these values and ideals" (A.R., vol. III, at p. 402). Thus, the mandatory Covenant helps create an environment in which TWU students can grow spiritually. According to the Covenant:

> The University is an interrelated academic community rooted in the evangelical Protestant tradition; it is made up of Christian administrators, faculty and staff who, along with students choosing to study at TWU, covenant together to form a community that strives to live according to biblical precepts, believing that this will optimize the University's capacity to fulfil its mission and achieve its aspirations. [Emphasis added.]
>
> (A.R., vol. III, at p. 401)

[72] Members of the TWU community have noted that the mandatory Covenant "makes it easier" for them to adhere to their faith, and it creates an

bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » (*Amselem*, par. 52; voir également *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 35). Il ressort clairement du dossier que les membres évangéliques de la communauté de TWU croient sincèrement que le fait d'étudier au sein d'une communauté définie par des croyances religieuses où les membres suivent certaines règles de conduite à caractère religieux contribue à leur développement spirituel. À notre avis, il s'agit de la croyance ou de la pratique religieuse que met en cause la décision de la LSBC.

[71] Cette croyance est par ailleurs appuyée par l'adoption universelle du *Covenant*. Ce dernier [TRADUCTION] « reflète à la fois les modes traditionnels de pratique évangélique et les convictions théologiques évangéliques contemporaines largement reconnues » (d.i., vol. IV, p. 89). L'une des valeurs fondamentales véhiculées à TWU consiste à [TRADUCTION] « obéir aux commandements des Écritures » (d.i., vol. I, p. 121) et le *Covenant* prône cette obéissance. Plus précisément, il oblige les membres de la communauté de TWU à [TRADUCTION] « encourager et à soutenir les autres membres de la communauté dans la poursuite de ces valeurs et idéaux » (d.a., vol. III, p. 402). Le *Covenant* obligatoire contribue donc à créer un milieu dans lequel les étudiants de TWU peuvent croître spirituellement. Aux termes du *Covenant :*

> [TRADUCTION] TWU est une communauté universitaire formée d'éléments interreliés qui tire son origine de la tradition protestante évangélique; elle se compose d'administrateurs, de professeurs et d'employés chrétiens qui, à l'instar des étudiants qui choisissent d'y étudier, s'engagent ensemble à former une communauté qui s'efforce de vivre selon les préceptes bibliques, croyant que cela permettra d'améliorer au maximum la capacité de l'université de remplir sa mission et de réaliser ses aspirations. [Nous soulignons.]
>
> (d.a., vol. III, p. 401)

[72] Les membres de la communauté de TWU ont souligné que le *Covenant* obligatoire [TRADUCTION] « fait en sorte qu'il est plus facile » pour eux de rester

environment where their moral discipline is not constantly tested. The relationship between the Covenant and the religious environment at TWU is succinctly set out by Ms. Winter:

> I am grateful that students at TWU were asked to refrain from behaviour that was against my religious beliefs. It was easier for me to remain committed to my religious values living in a community like TWU's, where guidelines were put in place in respect to student behaviour.

(R.R., vol. I, at pp. 59-60)

[73] To summarize, it is clear from this evidence that evangelical Christians believe that studying in an environment defined by religious beliefs in which members follow particular religious rules of conduct enhances the spiritual growth of members of that community. And the Covenant supports the practice of studying in an environment infused with evangelical beliefs.

[74] The next question is whether the LSBC's decision not to approve TWU's law school limits the ability of TWU's community members to act in accordance with these beliefs and practices in a manner that is more than trivial or insubstantial (*Amselem*, at para. 74; *Ktunaxa*, at para. 68). Was this decision "capable of interfering with religious belief or practice" (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759; *Hutterian Brethren*, at para. 34)? This is an objective analysis that looks at the impact on the claimants, rather than the impact of the implicated practices or beliefs *on others* (*S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, at paras. 23-24; *Ktunaxa*, at para. 70).

[75] By interpreting the public interest in a way that precludes the approval of TWU's law school governed by the mandatory Covenant, the LSBC has interfered with TWU's ability to maintain an approved law school as a religious community defined by its own religious practices. The effect is a limitation on the right of TWU's community members to

fidèles à leur foi et crée un milieu où leur discipline morale n'est pas constamment mise à l'épreuve. Le rapport entre cet engagement et le milieu religieux à TWU est énoncé succinctement par M^me^ Winter :

> [TRADUCTION] Je suis heureuse qu'on ait demandé aux étudiants de TWU de s'abstenir d'un comportement qui allait à l'encontre de mes croyances religieuses. Ce fut plus facile pour moi de rester fidèle à mes valeurs religieuses en vivant dans une communauté comme celle de TWU, où des directives ont été mises en place pour ce qui est du comportement des étudiants.

(d.i., vol. I, p. 59-60)

[73] En résumé, il ressort clairement de ces éléments de preuve que les chrétiens évangéliques croient que le fait d'étudier dans un milieu défini par des croyances religieuses où les membres suivent certaines règles de conduite à caractère religieux favorise la croissance spirituelle des membres de cette communauté. De plus, le *Covenant* soutient la pratique consistant à étudier dans un milieu imprégné des croyances évangéliques.

[74] Il faut se demander ensuite si la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit de TWU limite d'une façon plus que négligeable ou insignifiante la capacité des membres de la communauté de TWU de se conformer à ces croyances et pratiques (*Amselem*, par. 74; *Ktunaxa*, par. 68). Cette décision était-elle « susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse » (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759; *Hutterian Brethren*, par. 34)? Il s'agit d'une analyse objective qui s'attache à l'incidence sur les demandeurs, plutôt qu'à l'incidence des pratiques ou croyances en jeu *sur autrui* (*S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 23-24; *Ktunaxa*, par. 70).

[75] En interprétant l'intérêt public de manière à empêcher la reconnaissance de la faculté de droit de TWU régie par le *Covenant* obligatoire, la LSBC a limité la capacité de TWU de maintenir une faculté de droit agréée en tant que communauté religieuse définie par ses propres pratiques religieuses, ce qui a eu pour effet de restreindre le droit des membres

2018 SCC 32 (CanLII)

enhance their spiritual development through studying law in an environment defined by their religious beliefs in which members follow certain religious rules of conduct. Accordingly, their religious rights were engaged by the decision.

(2) Overlapping *Charter* Protections

[76] Three other *Charter* protections are potentially implicated in this case, namely free expression (s. 2(*b*)); free association (s. 2(*d*)); and equality (s. 15).

[77] The factual matrix underpinning a *Charter* claim in respect of any of these protections is largely indistinguishable. Further, the parties themselves have almost exclusively framed the dispute as centring on religious freedom. In our view, the religious freedom claim is sufficient to account for the expressive, associational, and equality rights of TWU's community members in the analysis.

[78] Put differently, whether the *Charter* protections of prospective students of TWU's proposed law school are articulated in terms of their freedom to engage in the religious practice of studying law in a learning environment that is infused with the community's religious beliefs, their freedom to express and associate in a community infused with those beliefs, or their protection from discrimination based on the enumerated ground of religion, such limitations were, as we explain next, proportionately balanced against the LSBC's critical public interest mandate.

(3) Proportionate Balancing

[79] In *Doré* and *Loyola*, this Court held that where an administrative decision engages a *Charter* protection, the reviewing court should apply "a *robust* proportionality analysis consistent with administrative law principles" instead of "a literal s. 1 approach"

de la communauté de TWU d'accroître leur développement spirituel en étudiant le droit dans un milieu défini par leurs croyances religieuses où les membres suivent certaines règles de conduite à caractère religieux. La décision mettait donc en cause leurs droits religieux.

(2) Chevauchement de protections conférées par la *Charte*

[76] Trois autres protections conférées par la *Charte* sont susceptibles d'être en cause dans cette affaire, à savoir la liberté d'expression (al. 2*b*)), la liberté d'association (al. 2*d*)) et l'égalité (art. 15).

[77] Les faits qui sous-tendent une demande fondée sur la *Charte* à l'égard de chacune de ces protections sont en grande partie identiques. De plus, les parties ont elles-mêmes presque exclusivement énoncé le différend comme étant axé sur la liberté de religion. À notre avis, la prétention fondée sur le droit à la liberté de religion suffit pour permettre la prise en compte des droits à la liberté d'expression, à la liberté d'association et à l'égalité des membres de la communauté de TWU dans l'analyse.

[78] Autrement dit, que les protections garanties par la *Charte* aux étudiants éventuels de la faculté de droit proposée par TWU soient formulées sous l'angle de leur liberté de se livrer à la pratique religieuse consistant à étudier le droit dans un milieu d'apprentissage imprégné des croyances religieuses de la communauté, sous l'angle de leur liberté de s'exprimer et de s'associer à une communauté imprégnée de ces croyances ou sous l'angle de leur protection contre la discrimination fondée sur le motif énuméré de la religion, les restrictions en cause, comme nous l'expliquerons, ont été mises en balance de manière proportionnée avec le mandat crucial de protection de l'intérêt public conféré à la LSBC.

(3) Mise en balance proportionnée

[79] Dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, la Cour a statué que, lorsqu'une décision administrative fait intervenir une protection conférée par la *Charte*, la cour de révision doit procéder à « une analyse *robuste* de la proportionnalité compatible avec les principes de

2018 SCC 32 (CanLII)

(*Loyola*, at para. 3). Under the *Doré* framework, the administrative decision will be reasonable if it reflects a proportionate balancing of the *Charter* protection with the statutory mandate (see *Doré*, at para. 7; *Loyola*, at para. 32). *Doré*'s approach recognizes that an administrative decision-maker, exercising a discretionary power under his or her home statute, typically brings expertise to the balancing of a *Charter* protection with the statutory objectives at stake (*Loyola*, at para. 42; *Doré*, at para. 54). Consequently, the decision-maker is generally in the best position to weigh the *Charter* protections with his or her statutory mandate in light of the specific facts of the case (*Doré*, at para. 54). It follows that deference is warranted when a reviewing court is determining whether the decision reflects a proportionate balance. *Doré* recognizes that there may be more than one outcome that strikes a proportionate balance between *Charter* protections and statutory objectives (*Loyola*, at para. 41). As long as the decision "falls within a range of possible, acceptable outcomes", it will be reasonable (*Doré*, at para. 56). As this Court noted in *Doré*, "there is . . . conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework, since both contemplate giving a 'margin of appreciation', or deference, to administrative and legislative bodies in balancing *Charter* values against broader objectives" (para. 57).

[80] The framework set out in *Doré* and affirmed in *Loyola* is not a weak or watered-down version of proportionality — rather, it is a robust one. As this Court explained in *Loyola*, at para. 38:

> The *Charter* enumerates a series of guarantees that can only be limited if the government can justify those limitations as proportionate. As a result, in order to ensure that decisions accord with the fundamental values of the

droit administratif » au lieu d'adopter une « approche fondée sur l'art. 1 prise littéralement » (*Loyola*, par. 3). Selon le cadre d'analyse établi dans *Doré*, la décision administrative sera raisonnable si elle est le fruit d'une mise en balance proportionnée de la protection conférée par la *Charte* et du mandat confié par la loi (voir *Doré*, par. 7; *Loyola*, par. 32). La démarche que la Cour a appliquée dans *Doré* reconnaît que le décideur administratif qui exerce un pouvoir discrétionnaire en vertu de sa loi constitutive apporte généralement une expertise au processus de mise en balance de la protection conférée par la *Charte* et des objectifs en cause prévus par la loi (*Loyola*, par. 42; *Doré*, par. 54). En conséquence, le décideur est généralement le mieux placé pour mettre en balance les protections conférées par la *Charte* et le mandat que lui confie la loi au regard des faits précis de l'affaire (*Doré*, par. 54). Il s'ensuit que la déférence est justifiée lorsqu'une cour de révision est appelée à décider si la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée. De plus, l'arrêt *Doré* reconnaît qu'il peut y avoir plus d'une issue qui représente une mise en balance proportionnée des protections conférées par la *Charte* et des objectifs visés par la loi (*Loyola*, par. 41). Tant que la décision « [appartient] aux issues possibles acceptables », elle est raisonnable (*Doré*, par. 56). Comme l'a souligné la Cour dans *Doré*, « il existe [. . .] une harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* puisque les deux démarches supposent de donner une "marge d'appréciation" aux organes administratifs ou législatifs ou de faire preuve de déférence à leur égard lors de la mise en balance des valeurs consacrées par la *Charte*, d'une part, et les objectifs plus larges, d'autre part » (par. 57).

[80] Le cadre d'analyse établi dans *Doré* et confirmé dans *Loyola* ne constitue pas une version atténuée ou édulcorée de l'analyse de la proportionnalité — il s'agit plutôt d'une version robuste de cette analyse. Comme l'a expliqué la Cour dans *Loyola*, par. 38 :

> La *Charte* énumère une série de garanties qui ne peuvent être restreintes que si le gouvernement peut démontrer que ces restrictions sont proportionnées. En conséquence, pour qu'une telle décision soit conforme aux

2018 SCC 32 (CanLII)

Charter in contexts where *Charter* rights are engaged, reasonableness requires proportionality: *Doré*, at para. 57. As Aharon Barak noted, "Reasonableness in [a strong] sense strikes a proper balance among the relevant considerations, and it does not differ substantively from proportionality". [Emphasis added; text in brackets in original.]

valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* lorsque sont en cause des droits que protègent cette dernière, la raisonnabilité commande la proportionnalité : *Doré*, par. 57. Comme l'a souligné Aharon Barak, [TRADUCTION] « [l]a raisonnabilité [au sens fort du terme] établit un juste équilibre entre les considérations pertinentes, et ne diffère pas substantiellement de la proportionnalité ». [Nous soulignons; texte entre crochets dans l'original.]

For a decision to be proportionate, it is not enough for the decision-maker to simply balance the statutory objectives with the *Charter* protection in making its decision. Rather, the reviewing court must be satisfied that the decision *proportionately* balances these factors, that is, that it "gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate" (*Loyola*, at para. 39). Put another way, the *Charter* protection must be "affected as little as reasonably possible" in light of the applicable statutory objectives (*Loyola*, at para. 40). When a decision engages the *Charter*, reasonableness and proportionality become synonymous. Simply put, a decision that has a disproportionate impact on *Charter* rights is not reasonable.

Pour qu'une décision soit proportionnée, il ne suffit pas que le décideur se contente de mettre en balance les objectifs de la loi et la protection conférée par la *Charte* en rendant sa décision. Il faut plutôt que la cour de révision soit convaincue que la décision met en balance *de manière proportionnée* ces facteurs, c'est-à-dire qu'elle « donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (*Loyola*, par. 39). Autrement dit, la protection conférée par la *Charte* doit être restreinte « aussi peu que cela est raisonnablement possible » eu égard aux objectifs de la loi applicables (*Loyola*, par. 40). Lorsqu'une décision fait intervenir la *Charte*, les concepts de raisonnabilité et de proportionnalité deviennent synonymes. En clair, une décision qui a une incidence disproportionnée sur des droits garantis par la *Charte* n'est pas raisonnable.

[81] The reviewing court must consider whether there were other reasonable possibilities that would give effect to *Charter* protections more fully in light of the objectives. This does not mean that the administrative decision-maker must choose the option that limits the *Charter* protection *least*. The question for the reviewing court is always whether the decision falls within a range of reasonable outcomes (*Doré*, at para. 57; *Loyola*, at para. 41, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160). However, if there was an option or avenue *reasonably* open to the decision-maker that would reduce the impact on the protected right while still permitting him or her to sufficiently further the relevant statutory objectives, the decision would not fall within a range of reasonable outcomes. This is a highly contextual inquiry.

[81] La cour de révision doit se demander s'il existait d'autres possibilités raisonnables qui donneraient davantage effet aux protections conférées par la *Charte* eu égard aux objectifs applicables. Cela ne veut pas dire que le décideur administratif doit choisir la possibilité qui restreint *le moins* la protection conférée par la *Charte*. La question que doit se poser la cour de révision est toujours de savoir si la décision se situe à l'intérieur d'une gamme d'issues raisonnables (*Doré*, par. 57; *Loyola*, par. 41, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160). Toutefois, si le décideur disposait *raisonnablement* d'une possibilité ou d'une solution susceptible de réduire l'incidence sur le droit protégé tout en lui permettant de favoriser suffisamment la réalisation des objectifs pertinents en vertu de la loi, la décision ne se situerait pas à l'intérieur d'une gamme d'issues raisonnables. Il s'agit d'une analyse hautement contextuelle.

2018 SCC 32 (CanLII)

[82] The reviewing court must also consider how substantial the limitation on the *Charter* protection was compared to the benefits to the furtherance of the statutory objectives in this context (*Loyola*, at para. 68; *Doré*, at para. 56). The *Doré* framework therefore finds "analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing" (*Loyola*, at para. 40). In working "the same justificatory muscles" as the *Oakes* test (*Doré*, at para. 5), the *Doré* analysis ensures that the pursuit of objectives is proportionate. In the context of a challenge to an administrative decision where the constitutionality of the statutory mandate itself is not at issue, the proper inquiry is whether the decision-maker has furthered his or her statutory mandate in a manner that is proportionate to the resulting limitation on the *Charter* right.

[82] La cour de révision doit aussi se pencher sur l'importance de la restriction de la protection conférée par la *Charte* par rapport aux avantages qu'il y a à favoriser la réalisation des objectifs de la loi dans ce contexte (*Loyola*, par. 68; *Doré*, par. 56). En conséquence, le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Doré* « s'harmonise avec les étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre » (*Loyola*, par. 40). En faisant intervenir « les mêmes réflexes justificateurs » que ceux que fait intervenir le test énoncé dans *Oakes* (*Doré*, par. 5), l'analyse prescrite dans *Doré* fait en sorte que la poursuite des objectifs est proportionnée. Dans le cadre de la contestation d'une décision administrative où la constitutionnalité du mandat même confié par la loi n'est pas en cause, la question qu'il convient de se poser est de savoir si le décideur s'est acquitté de ce mandat d'une manière qui est proportionnée à la restriction au droit garanti par la *Charte* qui s'en est suivie.

[83] We now turn to whether the limitation on the religious freedom of the members of the TWU community is a proportionate one in light of the LSBC's statutory mandate.

[83] Passons maintenant à la question de savoir si la restriction de la liberté de religion des membres de la communauté de TWU est proportionnée eu égard au mandat que la loi confie à la LSBC.

[84] The LSBC was faced with only two options — to approve or reject TWU's proposed law school. Given the LSBC's interpretation of its statutory mandate, approving TWU's proposed law school would not have advanced the relevant statutory objectives, and therefore was not a reasonable possibility that would give effect to *Charter* protections more fully in light of the statutory objectives.

[84] Seules deux possibilités s'offraient à la LSBC — agréer ou ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU. Compte tenu de l'interprétation par la LSBC du mandat que lui confère la loi, reconnaître la faculté de droit proposée par TWU n'aurait pas favorisé la réalisation des objectifs de la loi pertinents et ne constituait donc pas une possibilité raisonnable qui donnerait davantage effet aux protections conférées par la *Charte* eu égard aux objectifs de la loi.

[85] The LSBC's decision also reasonably balanced the severity of the interference with the *Charter* protection against the benefits to its statutory objectives. To begin, the LSBC's decision did not limit religious freedom to a significant extent. The LSBC did not deny approval to TWU's proposed law school in the abstract; rather, it denied a specific proposal that included the mandatory Covenant. Indeed, when the LSBC asked TWU whether it would "consider" amendments to its Covenant, TWU expressed no

[85] La décision de la LSBC a également mis en balance de façon raisonnable la gravité de l'atteinte à la protection conférée par la *Charte* et les avantages qu'il y a à favoriser la réalisation de ses objectifs en vertu de la loi. D'abord, la décision de la LSBC ne restreignait pas de manière importante la liberté de religion. La LSBC n'a pas refusé d'agréer la faculté de droit proposée par TWU dans l'abstrait; elle a plutôt refusé une proposition particulière qui comprenait le *Covenant* obligatoire. En effet, quand la LSBC a

2018 SCC 32 (CanLII)

willingness to compromise on the mandatory nature of the Covenant. The decision therefore only prevents TWU's community members from attending an approved law school at TWU that is governed by a *mandatory* covenant.

[86] The Court of Appeal described the limitation in this case as "severe" because it precludes graduates of TWU's proposed law school from practising law in British Columbia (para. 168). However, the LSBC's decision does not prevent any graduates from being able to practise law in British Columbia. Furthermore, it does not prohibit any evangelical Christians from adhering to the Covenant or associating with those who do. The interference is limited to preventing prospective students from studying law at TWU with a mandatory covenant.

[87] First, the limitation in this case is of minor significance because a mandatory covenant is, on the record before us, not absolutely required for the religious practice at issue: namely, to study law in a Christian learning environment in which people follow certain religious rules of conduct. The decision to refuse to approve TWU's proposed law school with a mandatory covenant only prevents prospective students from studying law in their *optimal* religious learning environment where everyone has to abide by the Covenant.

[88] Second, the interference in this case is limited because the record makes clear that prospective TWU law students view studying law in a learning environment infused with the community's religious beliefs as preferred (rather than necessary) for their spiritual growth. As McLachlin C.J. explained in *Hutterian Brethren*, at para. 89:

> There is no magic barometer to measure the seriousness of a particular limit on a religious practice. Religion is a matter of faith, intermingled with culture. It is individual,

demandé à TWU si elle était disposée à [TRADUCTION] « envisager » d'apporter des modifications à son *Covenant*, TWU n'a montré aucune volonté de faire des compromis sur le caractère obligatoire de celui-ci. La décision empêche donc uniquement les membres de la communauté de TWU de fréquenter une faculté de droit agréée de TWU qui est régie par un covenant *obligatoire*.

[86] La Cour d'appel a qualifié de [TRADUCTION] « grave » la restriction en cause en l'espèce parce que celle-ci empêche les diplômés de la faculté de droit proposée par TWU de pratiquer le droit en Colombie-Britannique (par. 168). Cependant, la décision de la LSBC ne prive aucun diplômé de la possibilité de pratiquer le droit en Colombie-Britannique. De plus, elle n'interdit à aucun chrétien évangélique d'adhérer au *Covenant* ou de s'associer à ceux qui le font. L'atteinte se limite à empêcher les étudiants éventuels d'étudier le droit à TWU dans une faculté assujettie à un covenant obligatoire.

[87] Premièrement, la restriction en l'espèce est d'importance mineure parce que, selon le dossier dont nous disposons, il n'est pas absolument nécessaire d'adhérer à un covenant obligatoire pour se livrer à la pratique religieuse en cause, à savoir étudier le droit dans un milieu d'apprentissage chrétien où les gens suivent certaines règles de conduite à caractère religieux. La décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU régie par un covenant obligatoire ne fait qu'empêcher les étudiants éventuels d'étudier le droit dans leur milieu d'apprentissage religieux *optimal* où tout le monde doit respecter cet engagement.

[88] Deuxièmement, l'atteinte en l'espèce est limitée parce qu'il ressort clairement du dossier que les éventuels étudiants en droit de TWU considèrent qu'il est préférable (plutôt que nécessaire) pour leur croissance spirituelle d'étudier le droit dans un milieu d'apprentissage imprégné des croyances religieuses de la communauté. Comme l'a expliqué la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Hutterian Brethren*, par. 89 :

> Aucune recette magique ne permet de mesurer la gravité d'une restriction particulière à la pratique religieuse. La religion est une question de foi, intimement liée à

2018 SCC 32 (CanLII)

yet profoundly communitarian. Some aspects of a religion, like prayers and the basic sacraments, may be so sacred that any significant limit verges on forced apostasy. Other practices may be optional or a matter of personal choice. Between these two extremes lies a vast array of beliefs and practices, more important to some adherents than to others. [Emphasis added.]

la culture. Elle est de nature individuelle, quoique profondément communautaire. Certains aspects de la religion, comme les prières et les sacrements fondamentaux, peuvent être sacrés au point où leur assujettissement à une limite appréciable, quelle qu'elle soit, équivaudrait presque à l'apostasie forcée. D'autres pratiques peuvent être facultatives ou relever d'un choix personnel. Une multitude de croyances et de pratiques se situent entre ces deux extrêmes, certains fidèles leur accordant plus d'importance que d'autres. [Nous soulignons.]

[89] Attending TWU's proposed law school is said to make it "easier" to practise evangelical beliefs. That attending law at TWU, with a mandatory covenant, is a preference is clear from TWU's own affiants who, like Mr. Volkenant, expressed a desire to attend TWU's proposed law school:

[89] On affirme que fréquenter la faculté de droit proposée par TWU rend [TRADUCTION] « plus facile » la pratique des croyances évangéliques. Il ressort clairement des affidavits souscrits par les propres témoins de TWU — qui, à l'instar de M. Volkenant, ont exprimé un désir de fréquenter la faculté de droit proposée — que le fait d'étudier le droit à TWU, régie par un covenant obligatoire, constitue une préférence :

I do not know if I would have chosen to attend TWU law school, but I certainly would have appreciated the option. [Emphasis added.]

(R.R., vol. II, at p. 154)

[TRADUCTION] Est-ce que j'aurais choisi de fréquenter la faculté de droit de TWU? Je ne sais pas, mais j'aurais certainement apprécié avoir cette possibilité. [Nous soulignons.]

(d.i., vol. II, p. 154)

I am familiar with TWU's proposal for its School of Law. Had this option existed when I was considering law schools, I likely would have applied to it. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at p. 7)

[TRADUCTION] Je connais bien la formule que propose TWU pour sa faculté de droit. Si cette possibilité avait existé lorsque j'examinais les différentes facultés de droit, j'y aurais probablement présenté une demande d'admission. [Nous soulignons.]

(d.i., vol. I, p. 7)

. . . I am familiar with the proposal put forward by TWU in respect to its School of Law and believe I would have considered attending had this option been available to me. [Emphasis added.]

(R.R., vol. I, at p. 143)

[TRADUCTION] . . . Je connais bien la formule que propose TWU en ce qui concerne sa faculté de droit et je crois que j'aurais envisagé de la fréquenter si cette possibilité m'avait été offerte. [Nous soulignons.]

(d.i., vol. I, p. 143)

[90] Our point is that, on the record before us, prospective TWU law students effectively admit that they have much less at stake than claimants in many other cases that have come before this Court (see e.g. *Multani*, at para. 3; *Amselem*, at para. 6; and *Hutterian Brethren*, at para. 7; and *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, at para. 58). Put otherwise, denying someone an option they would merely appreciate certainly

[90] Ce que nous voulons dire, c'est que, selon le dossier dont nous disposons, les éventuels étudiants en droit de TWU reconnaissent effectivement avoir beaucoup moins à perdre que les demandeurs dans nombre d'autres affaires dont la Cour a été saisie (voir, p. ex., *Multani*, par. 3; *Amselem*, par. 6; *Hutterian Brethren*, par. 7; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 58). Autrement dit, le fait de

2018 SCC 32 (CanLII)

falls short of "forced apostasy" (*Hutterian Brethren*, at para. 89).

[91] On the other side of the scale is the extent to which the LSBC's decision furthered its statutory objectives. As the regulator of the legal profession in British Columbia, its decision must represent a reasonable balance between the benefits to its statutory objectives and the severity of the limitation on *Charter* rights at stake.

[92] It is clear that the decision not to approve TWU's proposed law school significantly advanced the LSBC's statutory objectives — to promote and protect the public interest in the administration of justice by preserving and protecting the rights and freedoms of all persons and ensuring the competence of the legal profession (see *LPA*, ss. 3(a) and 3(b)).

[93] First, the decision advances the LSBC's relevant statutory objectives by maintaining equal access to and diversity in the legal profession. While TWU submits that it "is open to all academically qualified people wishing to live and learn in its religious community" (R.F., at para. 10), the reality is that most LGBTQ people will be deterred from applying to its proposed law school because of the Covenant's prohibition on sexual activity outside marriage between a man and a woman. As this Court acknowledged in *TWU 2001*, "[a]lthough the Community Standards are expressed in terms of a code of conduct rather than an article of faith, we conclude that a homosexual student would not be tempted to apply for admission, and could only sign the so-called student contract at a considerable personal cost" (para. 25). It follows that the 60 law school seats created by TWU's proposed law school will be effectively closed to the vast majority of LGBTQ students. This barrier to admission may discourage qualified candidates from gaining entry to the legal profession.

refuser à quelqu'un une possibilité qu'il aurait simplement apprécié avoir n'équivaut pas véritablement à l'« apostasie forcée » (*Hutterian Brethren*, par. 89).

[91] Sur l'autre plateau de la balance, il y a la mesure dans laquelle la décision de la LSBC a favorisé la réalisation des objectifs que lui confie la loi. La décision de la LSBC — en tant qu'organisme chargé de réglementer la profession juridique en Colombie-Britannique — doit représenter une mise en balance raisonnable des avantages qu'il y a à réaliser les objectifs que lui confie la loi et de la gravité de la restriction aux droits garantis par la *Charte* en cause.

[92] Il est clair que la décision de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU a nettement favorisé la réalisation des objectifs que la loi confie à la LSBC — favoriser et protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice en préservant et en protégeant les droits et libertés de chacun et en assurant la compétence des membres de la profession juridique (voir al. 3(a) et 3(b) de la *LPA*).

[93] Premièrement, la décision favorise la réalisation des objectifs pertinents que la loi confie à la LSBC en maintenant un accès égal à la profession juridique et une diversité au sein de celle-ci. Bien que TWU soutienne qu'elle [TRADUCTION] « est ouverte à toutes les personnes ayant les diplômes nécessaires qui souhaitent vivre et apprendre dans sa communauté religieuse » (m.i., par. 10), en réalité, la plupart des personnes LGBTQ seront dissuadées de présenter une demande d'admission à sa faculté de droit proposée en raison de l'interdiction que contient le *Covenant* quant aux activités sexuelles en dehors du mariage entre un homme et une femme. Comme l'a reconnu la Cour dans *TWU 2001*, « [b]ien que les normes communautaires soient énoncées sous la forme d'un code de conduite plutôt que sous celle d'un article de foi, nous concluons qu'un étudiant homosexuel ne serait pas tenté de présenter une demande d'admission et qu'il ne pourrait signer le prétendu contrat d'étudiant qu'à un prix très élevé sur le plan personnel » (par. 25). Il s'ensuit que les 60 places créées par la faculté de droit proposée par TWU seront, dans les faits, fermées à la grande majorité des étudiants LGBTQ. Cette barrière à l'admission peut décourager des candidats qualifiés de faire leur entrée dans la profession juridique.

2018 SCC 32 (CanLII)

[94] TWU submits that even if LGBTQ people are deterred from attending TWU's law school, there are many other options open to LGBTQ people who wish to attend law school (R.F., at para. 175). Even further, TWU asserts that its law school will result in an overall increase in law school seats, which expands choices for all students (para. 138). The British Columbia Court of Appeal accepted this argument, finding that the negative impact on access to law school by LGBTQ students would be "insignificant in real terms" (para. 179).

[95] Such arguments fail to recognize that even if the net result of TWU's proposed law school is that more options and opportunities are available to LGBTQ people applying to law school in Canada — which is certainly not a guarantee — this does not change the fact that an entire law school would be closed off to the vast majority of LGBTQ individuals on the basis of their sexual identity. Those who are able to sign the Covenant will be able to apply to 60 *more* law school seats per year, whereas those 60 seats remain effectively *closed* to most LGBTQ people. In short, LGBTQ individuals would have fewer opportunities relative to others. This undermines true equality of access to legal education, and by extension, the legal profession. Substantive equality demands more than just the availability of options and opportunities — it prevents "the violation of essential human dignity and freedom" and "eliminate[s] any possibility of a person being treated in substance as 'less worthy' than others" (*Quebec (Attorney General) v. A*, 2013 SCC 5, [2013] 1 S.C.R. 61, at para. 138). The public confidence in the administration of justice may be undermined if the LSBC is seen to approve a law school that effectively bars many LGBTQ people from attending.

[96] Second, the decision furthers the statutory objective — protecting the public interest in the

[94] TWU fait valoir que, même si les personnes LGBTQ sont dissuadées de fréquenter la faculté de droit de TWU, bien d'autres possibilités s'offrent aux personnes LGBTQ qui souhaitent étudier le droit (m.i., par. 175). TWU va jusqu'à affirmer que sa faculté de droit entraînera une augmentation globale des places disponibles dans les facultés de droit, ce qui élargit l'éventail des possibilités qui s'offre à tous les étudiants (par. 138). La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a retenu cet argument, concluant que l'incidence défavorable sur l'accès des personnes LGBTQ aux études de droit serait [TRADUCTION] « concrètement négligeable » (par. 179).

[95] Ces arguments ne reconnaissent pas que, même si le résultat net de la faculté de droit proposée par TWU était de faire en sorte que plus de possibilités et d'occasions s'offrent aux personnes LGBTQ qui présentent des demandes d'admission dans les facultés de droit au Canada — résultat qui n'est certes pas garanti —, cela ne change rien au fait qu'une faculté de droit entière serait fermée à la grande majorité des personnes LGBTQ en raison de leur identité sexuelle. Ceux qui sont en mesure de signer le *Covenant* pourraient présenter une demande d'admission dans une faculté de droit offrant 60 places *de plus* par année, tandis que ces 60 places demeureraient dans les faits *fermées* à la plupart des personnes LGBTQ. Bref, les personnes LGBTQ disposeraient de moins d'occasions par rapport aux autres, ce qui met en péril la réalisation d'une véritable égalité d'accès à la formation juridique et, par extension, à la profession juridique. L'égalité réelle exige davantage que la simple existence de possibilités et d'occasions — elle empêche « toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles » et « élimin[e] toute possibilité qu'une personne soit réellement traitée comme "une personne de moindre valeur" » (*Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, par. 138). La confiance du public dans l'administration de la justice peut être compromise si la LSBC donne l'impression d'approuver une faculté de droit qui, dans les faits, empêche de nombreuses personnes LGBTQ de la fréquenter.

[96] Deuxièmement, la décision favorise la réalisation de l'objectif de la loi —protéger l'intérêt public

2018 SCC 32 (CanLII)

2018 SCC 32 (CanLII)

administration of justice by preserving rights and freedoms — by preventing the risk of significant harm to LGBTQ people who attend TWU's proposed law school. The British Columbia Court of Appeal accepted that if LGBTQ students signed the Covenant to gain access to TWU "they would have to either 'live a lie to obtain a degree' and sacrifice important and deeply personal aspects of their lives, or face the prospect of disciplinary action including expulsion" (para. 172). TWU's Covenant prevents students who are not married to members of the opposite sex from engaging in sexual activity in the privacy of their own bedrooms. It requires non-evangelical LGBTQ students, whom TWU welcomes to its school, to comply with conduct requirements even when they are off-campus, in the privacy of their own homes. Attending TWU's law school would mean that LGBTQ students would have to deny a crucial component of their identity in the most private and personal of spaces for three years in order to receive a legal education (I.F., Egale Canada Human Rights Trust (file No. 37318), at para. 14; Start Proud and OUTlaws (file No. 37209), at para. 6).

dans l'administration de la justice en préservant les droits et libertés de chacun — parce qu'elle prévient le risque que soit causé un préjudice important aux personnes LGBTQ qui fréquentent la faculté de droit proposée par TWU. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu que les étudiants LGBTQ ayant signé le *Covenant* afin d'être admis à TWU [TRADUCTION] « seraient obligés soit de "vivre dans le mensonge pour obtenir un diplôme" et de sacrifier des aspects importants et profondément personnels de leur vie, soit de s'exposer à des mesures disciplinaires, dont le renvoi » (par. 172). Le *Covenant* de TWU empêche les étudiants qui ne sont pas mariés à des personnes du sexe opposé de se livrer à une activité sexuelle dans l'intimité de leur chambre à coucher. Il oblige les étudiants LGBTQ non évangéliques, que TWU accueille à sa faculté, à se plier à des exigences de conduite même lorsqu'ils se trouvent à l'extérieur du campus, dans l'intimité de leur foyer. Fréquenter la faculté de droit de TWU signifierait, pour les étudiants LGBTQ, qu'ils devraient pendant trois ans renier un élément essentiel de leur identité dans leur espace le plus intime et le plus personnel afin de pouvoir recevoir une formation juridique (m.i., Égale Canada Human Rights Trust (dossier nº 37318), par. 14; Fier départ et OUTlaws (dossier nº 37209), par. 6).

[97] Despite this, TWU asserts that LGBTQ students will suffer no harm to their dignity or personal identity while enrolled at TWU because the Covenant requires all members of TWU's community to "treat all persons with dignity, respect and equality, regardless of personal differences" (R.F., at para. 92). However, as this Court recognized in *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, it is not possible "to condemn a practice so central to the identity of a protected and vulnerable minority without thereby discriminating against its members and affronting their human dignity and personhood" (para. 123, quoting L'Heureux-Dubé J. in *TWU 2001* in dissent (though not on this point), at para. 69).

[97] Malgré cela, TWU affirme que les étudiants LGBTQ ne subiront aucune atteinte à leur dignité ou à leur identité personnelle pendant qu'ils seront inscrits à TWU parce que le *Covenant* oblige tous les membres de la communauté de TWU à [TRADUCTION] « traiter toutes les personnes avec dignité, avec respect et sur un pied d'égalité, indépendamment des différences personnelles » (m.i., par. 92). Cependant, comme l'a reconnu la Cour dans l'arrêt *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, il n'est pas possible « de condamner une pratique si essentielle à l'identité d'une minorité vulnérable et protégée sans pour autant faire preuve de discrimination à l'égard de ses membres ni porter atteinte à leur dignité humaine et à leur personnalité » (par. 123, citant la juge L'Heureux-Dubé dans *TWU 2001*, dissidente (mais non sur ce point), par. 69).

[98] LGBTQ students enrolled at TWU's law school may suffer harm to their dignity and self-worth, confidence and self-esteem, and may experience stigmatization and isolation (see evidence of Dr. Ellen Faulkner in A.R., vol. V, at pp. 828-29 and 834; Dr. Catherine Taylor in A.R., vol. V, at p. 904; Dr. Mary Bryson in A.R., vol. V, at pp. 967-68). The public confidence in the administration of justice may be undermined by the LSBC's decision to approve a law school that forces some to deny a crucial component of their identity for three years in order to receive a legal education.

[99] The TWU community has the right to determine the rules of conduct which govern its members. Freedom of religion protects the rights of religious adherents to hold and express beliefs through both individual and communal practices. Where a religious practice impacts others, however, this can be taken into account at the balancing stage. The Covenant is a commitment to *enforcing* a religiously based code of conduct, not just in respect of one's own behaviour, but also in respect of other members of the TWU community (D. Pothier, "An Argument Against Accreditation of Trinity Western University's Proposed Law School" (2014), 23:1 *Const. Forum Const.* 1, at p. 2). The effect of the mandatory Covenant is to restrict the conduct of others.

[100] The limitation on religious freedom in this case must be understood in light of the reality that conflict between the pursuit of statutory objectives and individual freedoms may be inevitable. As this Court has held, state interferences with religious freedom "must be considered in the context of a multicultural, multi-religious society where the duty of state authorities to legislate for the general good inevitably produces conflicts with individual beliefs" (*Hutterian Brethren*, at para. 90; see also *Loyola*, at para. 47). Accordingly, minor limits on religious freedom are often an unavoidable reality of a decision-maker's pursuit of its statutory mandate in a multicultural and democratic society.

[98] Les étudiants LGBTQ inscrits à la faculté de droit de TWU peuvent subir une atteinte à leur dignité et à leur valorisation personnelle ainsi qu'à leur confiance en soi et à leur estime d'eux-mêmes, et connaître la stigmatisation et l'isolement (voir le témoignage des D^res^ Ellen Faulkner dans d.a., vol. V, p. 828-829 et 834, Catherine Taylor dans d.a., vol. V, p. 904, et Mary Bryson dans d.a., vol. V, p. 967-968). La confiance du public dans l'administration de la justice peut être compromise par la décision de la LSBC d'agréer une faculté de droit qui force certaines personnes à renier un élément essentiel de leur identité pendant trois ans afin de pouvoir recevoir une formation juridique.

[99] La communauté de TWU a le droit de déterminer les règles de conduite qui régissent ses membres. La liberté de religion protège les droits des fidèles d'avoir des croyances et de les exprimer au moyen de pratiques tant individuelles que collectives. Cependant, lorsqu'une pratique religieuse a une incidence sur autrui, on peut en tenir compte à l'étape de la mise en balance. Le *Covenant* est un engagement à *assurer le respect* d'un code de conduite fondé sur des croyances religieuses, à l'égard non seulement de son propre comportement, mais aussi de celui des autres membres de la communauté de TWU (D. Pothier, « An Argument Against Accreditation of Trinity Western University's Proposed Law School » (2014), 23:1 *Const. Forum Const.* 1, p. 2). Le *Covenant* obligatoire a pour effet de limiter la conduite d'autrui.

[100] La restriction à la liberté de religion dans cette affaire doit être interprétée eu égard à la réalité selon laquelle le conflit entre la poursuite des objectifs visés par la loi et le respect des libertés individuelles soit peut-être inévitable. Comme l'a statué la Cour, les atteintes de l'État à la liberté de religion doivent être examinées « dans le contexte d'une société multiculturelle où se côtoient une multitude de religions et dans laquelle l'accomplissement par l'État de son devoir de légiférer pour le bien commun heurte inévitablement les croyances individuelles » (*Hutterian Brethren*, par. 90; voir également *Loyola*, par. 47). En conséquence, les restrictions d'importance mineure à la liberté de religion constituent souvent une réalité incontournable pour le décideur dans le cadre de l'exercice du mandat que lui confie la loi dans une société multiculturelle et démocratique.

2018 SCC 32 (CanLII)

[101] In saying this, we do not dispute that "[d]isagreement and discomfort with the views of others is unavoidable in a free and democratic society" (C.A. reasons, at para. 188), and that a secular state cannot interfere with religious freedom unless it conflicts with or harms overriding public interests (para. 131, citing *Loyola*, at para. 43). But more is at stake here than simply "disagreement and discomfort" with views that some will find offensive. This Court has held that religious freedom can be limited where an individual's religious beliefs or practices have the effect of "injur[ing] his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own" (*Big M*, at p. 346). Likewise, in *Multani*, the Court held that state interference with religious freedom can be justified "when a person's freedom to act in accordance with his or her beliefs may cause harm to or interfere with the rights of others" (para. 26). Being required by someone else's religious beliefs to behave contrary to one's sexual identity is degrading and disrespectful. Being required to do so offends the public perception that freedom of religion includes freedom from religion.

[101] En disant cela, nous ne contestons pas le fait que [TRADUCTION] « [l]e désaccord et le malaise à l'égard des opinions d'autrui sont inévitables dans une société libre et démocratique » (motifs de la C.A., par. 188), et qu'un État laïque ne peut porter atteinte à la liberté de religion à moins qu'elle ne soit contraire ou ne porte atteinte à des intérêts publics prépondérants (par. 131, citant *Loyola*, par. 43). Mais il ne s'agit pas ici d'un simple « désaccord ou malaise » à l'égard d'opinions que certains jugeront offensantes. La Cour a statué que la liberté de religion peut être restreinte lorsque les croyances ou pratiques religieuses d'une personne ont pour effet de « [léser] [. . .] ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles » (*Big M*, p. 346). De la même façon, dans l'arrêt *Multani*, la Cour a statué que l'atteinte par l'État à la liberté de religion peut être justifiée « lorsque la liberté d'une personne d'agir suivant ses croyances est susceptible de causer préjudice aux droits d'autrui ou d'entraver l'exercice de ces droits » (par. 26). Être tenu par les croyances religieuses de quelqu'un d'autre de se conduire d'une manière qui va à l'encontre de son identité sexuelle est dégradant et irrespectueux. Être tenu de le faire heurte la perception du public selon laquelle la liberté de religion comprend la liberté de ne pas être contraint d'observer une religion.

[102] In the end, it cannot be said that the denial of approval is a serious limitation on the religious rights of members of the TWU community. The LSBC's decision does not suppress TWU's religious difference. Except for the limitation we have identified, no evangelical Christian is denied the right to practise his or her religion as and where they choose.

[102] En fin de compte, on ne peut pas dire que le refus de reconnaître la faculté de droit proposée constitue une restriction sérieuse aux droits religieux des membres de la communauté de TWU. La décision de la LSBC n'a pas pour effet de supprimer la différence religieuse à TWU. Exception faite de la restriction que nous avons dégagée, aucun chrétien évangélique n'est privé de son droit de pratiquer sa religion comme et où il l'entend.

[103] The refusal to approve the proposed law school means that members of the TWU religious community are not free to impose those religious beliefs on fellow law students, since they have an inequitable impact and can cause significant harm. The LSBC chose an interpretation of the public interest in the administration of justice which mandates access to law schools based on merit and diversity, not exclusionary religious practices. The refusal to approve

[103] Le refus d'agréer la faculté de droit proposée signifie que les membres de la communauté religieuse de TWU ne sont pas libres d'imposer leurs croyances religieuses à leurs condisciples étudiant le droit, car elles ont des conséquences inéquitables et peuvent causer un préjudice important. La LSBC a retenu une interprétation de l'intérêt public dans l'administration de la justice qui prescrit un accès aux facultés de droit fondé sur le mérite et la diversité,

2018 SCC 32 (CanLII)

TWU's proposed law school prevents *concrete*, not abstract, harms to LGBTQ people and to the public in general. The LSBC's decision ensures that equal access to the legal profession is not undermined and prevents the risk of significant harm to LGBTQ people who feel they have no choice but to attend TWU's proposed law school. It also maintains public confidence in the legal profession, which could be undermined by the LSBC's decision to approve a law school that forces LGBTQ people to deny who they are for three years to receive a legal education.

et non sur des pratiques religieuses d'exclusion. Le refus de reconnaître la faculté de droit proposée par TWU empêche que des préjudices *concrets*, et non abstraits, soient causés aux personnes LGBTQ et aux membres du public en général. La décision de la LSBC permet, d'une part, de faire en sorte que l'égalité d'accès à la profession juridique ne soit pas compromise et, d'autre part, de prévenir le risque que soit causé un préjudice important aux personnes LGBTQ qui ont l'impression de n'avoir d'autre choix que de fréquenter la faculté de droit proposée par TWU. Elle permet aussi de maintenir la confiance du public dans la profession juridique, laquelle pourrait être compromise par une décision de la LSBC d'agréer une faculté de droit qui force les personnes LGBTQ à renier ce qu'elles sont pendant trois ans afin de pouvoir recevoir une formation juridique.

[104] Given the significant benefits to the relevant statutory objectives and the minor significance of the limitation on the *Charter* rights at issue on the facts of this case, and given the absence of any reasonable alternative that would reduce the impact on *Charter* protections while sufficiently furthering those same objectives, the decision to refuse to approve TWU's proposed law school represents a proportionate balance. In other circumstances, a more serious limitation may be entitled to greater weight in the balance and change the outcome. But that is not this case.

[104] Compte tenu des avantages importants qu'il y a à favoriser la réalisation des objectifs pertinents visés par la loi et de l'importance mineure de la restriction aux droits garantis par la *Charte* en cause eu égard aux faits de l'espèce, et compte tenu de l'absence de solution de rechange raisonnable susceptible de réduire l'incidence sur les protections conférées par la *Charte* tout en favorisant suffisamment la réalisation de ces objectifs, la décision de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU représente une mise en balance proportionnée. Dans d'autres circonstances, une restriction plus sérieuse pourrait peser plus lourd dans la balance et donner lieu à un résultat différent. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce.

[105] In our view, the decision made by the LSBC "gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate" (*Loyola*, at para. 39). Therefore, the decision amounted to a proportionate balancing and was reasonable.

[105] À notre avis, la décision prise par la LSBC « donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » (*Loyola*, par. 39). En conséquence, la décision constituait une mise en balance proportionnée et était raisonnable.

V. Disposition

[106] The resolution of the LSBC to declare that TWU's proposed law school not be approved is restored. As a result, the appeal from the Court of Appeal for British Columbia is allowed, with costs.

V. Dispositif

[106] La résolution par laquelle la LSBC déclare que la faculté de droit proposée par TWU n'est pas une faculté de droit agréée est rétablie. Le pourvoi interjeté à l'encontre de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est donc accueilli, avec dépens.

2018 SCC 32 (CanLII)

The following are the reasons delivered by

[107] The Chief Justice — Can a law society deny students from a religious-based law school the right to practise law, on the basis that the school discriminates against same-sex LGBTQ couples by requiring students to sign the Community Covenant Agreement ("Covenant") prohibiting sexual intimacy except between married heterosexual couples? That is the issue in this appeal.

[108] I agree with the majority, Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., that the decision of the Law Society of British Columbia ("LSBC") to deny accreditation to Trinity Western University's ("TWU") proposed law school represents a proportionate balancing of freedom of religion, on the one hand, and the avoidance of discrimination, on the other. I would therefore allow the appeal. I differ from the majority, however, on certain aspects of the analysis.

1. *Standard of Review*

[109] The LSBC was exercising power delegated by the Province under the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9. As such, it is a state actor, and its decisions, if challenged, are subject to judicial review.

[110] I agree with the majority that the jurisdiction and decision-making process of the LSBC are reviewable on a standard of reasonableness. Where legislatures delegate regulation of the legal profession to a law society, the law society's interpretation of the public interest is owed deference. This reflects the legislature's intent that the LSBC decide, on its behalf, who should be admitted to the practice of law. The LSBC has made graduation from an accredited law school one of the conditions of admission to the

Version française des motifs rendus par

[107] La juge en chef — Un barreau peut-il priver les étudiants d'une faculté de droit confessionnelle du droit de pratiquer le droit au motif que la faculté fait preuve de discrimination envers les couples de même sexe issus de la communauté LGBTQ en obligeant les étudiants à signer un engagement — le *Community Covenant Agreement* (« *Covenant* »), l'accord constatant le *Covenant* communautaire — qui prohibe toute intimité sexuelle à l'extérieur des liens du mariage entre un homme et une femme? Voilà la question que soulève le présent pourvoi.

[108] Je souscris à la conclusion des juges majoritaires, les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon, portant que la décision du barreau de la Colombie-Britannique, la Law Society of British Columbia (« LSBC »), de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par Trinity Western University (« TWU ») représente une mise en balance proportionnée de la liberté de religion, d'une part, et de la volonté d'éviter la discrimination, d'autre part. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. Toutefois, je ne partage pas l'opinion de mes collègues majoritaires quant à certains éléments de l'analyse.

1. *La norme de contrôle*

[109] La LSBC exerçait un pouvoir qui lui a été délégué par la province dans la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9. Pour cette raison, elle est un acteur étatique et ses décisions, en cas de contestation, sont susceptibles de contrôle judiciaire.

[110] À l'instar de mes collègues de la majorité, j'estime que la norme de la décision raisonnable est la norme applicable à l'égard des décisions sur la compétence et le processus décisionnel de la LSBC. Lorsqu'un législateur délègue à un barreau la tâche de réglementer la profession juridique, l'interprétation que donne le barreau de l'intérêt public commande la déférence. Cette situation reflète l'intention du législateur de laisser la LSBC décider, pour lui, qui peut pratiquer le droit dans la province. La LSBC

2018 SCC 32 (CanLII)

practice of law. That choice was within its delegated power.

2. *Judicial Review of Charter-Infringing Administrative Decisions*

[111] I agree with the majority that discretionary administrative decisions that engage the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are reviewed on the framework set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613. However, the framework's contours continue to elicit comment from scholars and judges.[1] In what follows, I suggest how to address some of the gaps and omissions in the framework set out in those decisions.

[112] This framework has two discrete steps, in my view. The reviewing court must: (1) determine if the decision limits a *Charter* right; and (2) determine whether the limitation of the right is proportionate in light of the state's objective, and hence is justified as a reasonable measure in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

[113] Judicial review of the justifiability of a rights-infringing administrative decision will often

[1] *E.T. v. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11, at paras. 108-25; E. Fox-Decent and A. Pless, "The Charter and Administrative Law: Cross-Fertilization or Inconstancy?", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 407; H. L. Kong, "*Doré*, Proportionality and the Virtues of Judicial Craft" (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 501; P. Daly, "Prescribing Greater Protection for Rights: Administrative Law and Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*" (2014), 65 *S.C.L.R.* (2d) 249; C. D. Bredt and E. Krajewska, "*Doré*: All That Glitters Is Not Gold" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339; A. Macklin, "Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561; T. Hickman, "Adjudicating Constitutional Rights in Administrative Law" (2016), 66 *U.T.L.J.* 121; M. Liston, "Administering the *Charter*, Proportioning Justice: Thirty-five Years of Development in a Nutshell" (2017), 30 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 211, at pp. 242-46.

a décidé que l'une des conditions d'admission à la pratique du droit était l'obtention d'un diplôme décerné par une faculté de droit agréée. Une telle décision relevait du pouvoir qui lui a été délégué.

2. *Le contrôle judiciaire de décisions administratives portant atteinte à la Charte*

[111] Tout comme la majorité, je suis d'avis que le contrôle des décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir la *Charte canadienne des droits et libertés* s'effectue selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613. Toutefois, les contours de ce cadre continuent de susciter des commentaires parmi les auteurs et les juges[1]. Dans les paragraphes qui suivent, je suggère des moyens de combler certaines des lacunes et omissions du cadre d'analyse énoncé dans ces arrêts.

[112] À mon avis, ce cadre d'analyse comporte deux étapes distinctes. La cour de révision doit (1) décider si la décision restreint un droit garanti par la *Charte*, et (2) juger si cette restriction est proportionnée eu égard aux objectifs de l'État et si, de ce fait, elle constitue une mesure raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte*.

[113] Le contrôle judiciaire du caractère justifiable d'une décision administrative attentatoire s'attachera

[1] *E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11, par. 108-125; E. Fox-Decent et A. Pless, « The Charter and Administrative Law : Cross-Fertilization or Inconstancy? », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2e éd. 2013), 407; H. L. Kong, « *Doré*, Proportionality and the Virtues of Judicial Craft » (2013), 63 *S.C.L.R.* (2d) 501; P. Daly, « Prescribing Greater Protection for Rights : Administrative Law and Section 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* » (2014), 65 *S.C.L.R.* (2d) 249; C. D. Bredt et E. Krajewska, « *Doré* : All That Glitters Is Not Gold » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339; A. Macklin, « Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561; T. Hickman, « Adjudicating Constitutional Rights in Administrative Law » (2016), 66 *U.T.L.J.* 121; M. Liston, « Administering the *Charter*, Proportioning Justice : Thirty-five Years of Development in a Nutshell » (2017), 30 *Can. J. Admin. L. & Prac.* 211, p. 242-246.

2018 SCC 32 (CanLII)

2018 SCC 32 (CanLII)

put the emphasis on the later stages of the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. In *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, LeBel J. stated that not all its steps must be followed when reviewing an individualized decision. Rather, "[t]he issue becomes one of proportionality or, more specifically, minimal limitation of the guaranteed right, having regard to the context in which the right has been infringed" (para. 155). In the same vein, the majority of this Court wrote in *Loyola*: "A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing" (para. 40). In short, if *Oakes* continues to inspire the framework, *Doré* and *Loyola* tell us that there may be a greater emphasis on later steps of the analysis in the administrative context.

[114] I agree with the majority that on judicial review of a rights-infringing administrative decision, the analysis usually comes down to proportionality, and particularly the final stage of weighing the benefit achieved by the infringing decision against its negative impact on the right (para. 58). Proportionality requires that the state objective capable of overriding a right be rationally connected to the decision; in the administrative context, where the decision falls within the scope of an unchallenged law, usually this is the case. Minimal impairment — whether the administrative decision infringes a *Charter* right more than necessary or is broader than reasonably required — arises, but the question is not whether "the law" catches more conduct than it should, as under *Oakes*, but whether an alternative less-infringing decision was possible. Particularly where the decision is a choice between only two options (for example, to accredit or not), this step will also easily be met. This leaves the final stage of the proportionality inquiry — assessing the actual impact of the decision. It follows that in reviewing administrative decisions, the analysis almost invariably comes down to looking at the effects of the decision and asking whether the

souvent davantage aux dernières étapes de l'analyse énoncée dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, le juge LeBel a déclaré qu'il n'était pas nécessaire de suivre toutes les étapes de l'analyse lors du contrôle d'une décision individualisée. Plutôt, dans un tel cas, « [l]a question se réduit à un problème de proportionnalité ou, plus précisément, de restriction minimale du droit garanti, compte tenu du contexte dans lequel survient l'atteinte à ce droit » (par. 155). Dans le même ordre d'idées, dans *Loyola* les juges majoritaires de notre Cour ont écrit ce qui suit : « L'analyse de la proportionnalité prescrite par l'arrêt *Doré* s'harmonise avec les étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre » (par. 40). Bref, bien que l'arrêt *Oakes* continue d'inspirer le cadre d'analyse, les arrêts *Doré* et *Loyola* nous enseignent qu'il est possible qu'une plus grande importance soit accordée aux dernières étapes de l'analyse en contexte administratif.

[114] Je suis d'accord avec la majorité pour dire que, en cas de contrôle judiciaire d'une décision administrative attentatoire, l'analyse se résume habituellement à la question de la proportionnalité et, plus particulièrement, à la dernière étape de l'analyse, soit la mise en balance des effets bénéfiques de la décision attentatoire et des effets négatifs de celle-ci sur le droit touché (par. 58). Pour qu'il y ait proportionnalité, il faut être en présence d'un objectif étatique susceptible de l'emporter sur un droit présentant un lien rationnel avec la décision contestée; en contexte administratif, c'est généralement le cas si la décision a été prise en vertu d'une loi qui n'est pas contestée. Le critère de l'atteinte minimale — c'est-à-dire la question de savoir si la décision administrative porte atteinte au droit garanti par la *Charte* au-delà de ce qui est nécessaire ou si elle a une portée plus vaste que ce qui est raisonnablement requis — entre en ligne de compte, mais il ne s'agit pas de déterminer si « la loi » vise plus de conduites qu'elle ne devrait le faire, comme le prévoit l'arrêt *Oakes*, mais plutôt de déterminer si une autre décision, moins attentatoire, était possible. Particulièrement dans les cas où la décision se limite

negative impact on the right imposed by the decision is proportionate to its objective.

[115] However, I would add four comments. First, to adequately protect the right, the initial focus must be on whether the claimant's constitutional right has been infringed. *Charter* values may play a role in defining the scope of rights; it is the right itself, however, that receives protection under the *Charter*.

[116] Second, the scope of the guarantee of the *Charter* right must be given a consistent interpretation regardless of the state actor, and it is the task of the courts on judicial review of a decision to ensure this. A decision based on an erroneous interpretation of a *Charter* right will be unreasonable. Canadians should not have to fear that their rights will be given different levels of protection depending on how the state has chosen to delegate and wield its power.

[117] Third, since this is a matter of justification of a rights infringement under s. 1 of the *Charter*, the onus is on the state actor that made the rights-infringing decision (in this case the LSBC) to demonstrate that the limits their decisions impose on the rights of the claimants are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society.

[118] Finally, I would note that relying on the language of "deference" and "reasonableness" in this context may be unhelpful. Quite simply, where an administrative decision-maker renders a decision that has an unjustified and disproportionate impact on a *Charter* right, it will always be unreasonable.

à un choix entre deux possibilités (par exemple, accorder ou non l'agrément), cette étape sera elle aussi facilement franchie. Ce qui conduit à l'ultime étape de l'examen de la proportionnalité — l'appréciation de l'effet concret de la décision. Il s'ensuit que, lors du contrôle d'une décision administrative, l'analyse se résume presque invariablement à l'examen des effets de la décision et à la question de savoir si les effets négatifs de la décision sur le droit touché sont proportionnés aux objectifs de celle-ci.

[115] J'ajouterais toutefois quatre commentaires. Premièrement, pour protéger adéquatement le droit en cause, il faut s'attacher au départ à la question de savoir s'il y a eu atteinte au droit constitutionnel du demandeur. Il est possible que les valeurs consacrées par la *Charte* jouent un rôle dans la définition de la portée des droits en cause garantis par celle-ci; cependant, c'est le droit lui-même qui est protégé par la *Charte*.

[116] Deuxièmement, l'interprétation de la portée du droit garanti par la *Charte* doit être la même, peu importe l'identité de l'acteur étatique concerné, et il incombe aux tribunaux de veiller à ce que ce soit le cas à l'occasion d'un contrôle judiciaire. Une décision fondée sur une interprétation erronée d'un droit garanti par la *Charte* sera déraisonnable. Les Canadiens ne devraient pas craindre de voir les protections dont ils bénéficient varier selon la façon dont l'État a choisi de déléguer son pouvoir et de l'exercer.

[117] Troisièmement, comme il s'agit d'une affaire de justification d'une atteinte au regard de l'article premier de la *Charte*, il incombe à l'acteur étatique qui a pris la décision attentatoire (en l'occurrence la LSBC) de démontrer que les limites que sa décision impose aux droits des demandeurs sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[118] Enfin, je tiens à préciser qu'il pourrait ne pas être utile dans un tel contexte de s'appuyer sur les notions de « déférence » et de « raisonnabilité ». Pour dire les choses simplement, dans les cas où un décideur administratif prend une décision dont les effets sur un droit garanti par la *Charte* sont injustifiés et disproportionnés, une telle décision sera toujours déraisonnable.

2018 SCC 32 (CanLII)

[119] To summarize, in judicial review of administrative decisions for compliance with the *Charter*, the focus is on proportionality. The first question is whether the decision infringes a *Charter* right. If so, the state actor that made the infringing decision bears the onus of showing that the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. In most cases, the ultimate question will be whether the decision under review in the particular case balances the negative effects on the right against the benefits derived from the decision in a proportionate way.

3. *Does the Decision of the LSBC Limit Charter Rights?*

[120] I agree with the majority that the LSBC's decision not to approve TWU's proposed law school limits the freedom of religion of members of the Trinity Western community (paras. 60-75). TWU bore the onus of satisfying the two-part test of a sincere religious belief or practice that has a nexus with religion and that is more than trivially or insubstantially interfered with by the impugned state conduct (*Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 65; *Multani*, at para. 34; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 68). This test is met.

[121] The question at the second stage of the test is whether the LSBC's decision was "capable" of interfering with religious belief or practice (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759). At the stage of defining the right, we are not concerned with cataloguing the severity of the detrimental impact on the religious right of the challenged decisions; that is for the s. 1 analysis. The task at this stage is to determine whether the claims fall within the scope of the right.

[119] En résumé, le contrôle judiciaire de la conformité à la *Charte* des décisions administratives s'attache principalement à la question de la proportionnalité. Il faut d'abord se demander si la décision porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Dans l'affirmative, l'acteur étatique à l'origine de la décision attentatoire doit démontrer que l'atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La plupart du temps, il s'agira en définitive de décider si la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire représente une mise en balance proportionnée des effets négatifs de la décision sur les droits touchés et des avantages qui découlent de celle-ci.

3. *La décision de la LSBC restreint-elle des droits garantis par la Charte?*

[120] Tout comme les juges majoritaires, j'estime que la décision de la LSBC de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU restreint la liberté de religion des membres de la communauté de TWU (par. 60-75). Il incombait à TWU de satisfaire à l'analyse à deux volets consistant à démontrer, d'une part, que ses membres croient sincèrement à une croyance ou pratique ayant un lien avec la religion, et, d'autre part, que la conduite étatique contestée porte atteinte à cette croyance ou pratique d'une manière plus que négligeable ou insignifiante (*Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 65; *Multani*, par. 34; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 68). TWU a satisfait à cette analyse en l'espèce.

[121] Au deuxième volet de l'analyse, il faut se demander si la décision de la LSBC était « susceptible » de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse (*R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759). À l'étape de la définition du droit, il n'est pas question d'examiner la gravité des effets négatifs de la décision contestée sur les droits religieux; cette question sera examinée lors de l'analyse fondée sur l'article premier. À la présente étape, il s'agit de décider si les demandes relèvent du champ d'application du droit en cause.

2018 SCC 32 (CanLII)

[122] I agree with the majority that the LSBC decision limits, or infringes, the s. 2(*a*) *Charter* guarantee of freedom of religion. I would add this, however. The majority finds it unnecessary to consider the guarantees of freedom of expression and freedom of association. While it may not be necessary to conduct a separate analysis of these guarantees, the Court must, in my view, include them in the ambit of the guarantee of freedom of religion. TWU's insistence on its Community Covenant Agreement *expresses* its believers' religious commitment and their desire *to associate* with people who commit to practices that accord with their religious beliefs. In *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772 ("*TWU 2001*"), this Court held that a decision not to approve TWU's teacher training program limited expressive and associational freedoms which may receive separate protection in the *Charter* but are also part of freedom of religion (paras. 34 and 93). The same is true here.

[123] TWU also advances a s. 15(1) *Charter* equality claim. The majority does not decide this question. On the record before us, I would reject this claim. Even if members of the TWU community could show that the LSBC's decision creates a distinction on the enumerated ground of religion, it does not arise from any prejudice or stereotype and effects no discrimination on religious grounds but, rather, ensures equal access to all prospective law students (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 108). Ultimately, the substance of TWU's claim is better dealt with as an infringement of its members' freedom of religion.

[124] At this point, one must define the claim to freedom of religion. TWU says the LSBC's denial of accreditation limits its right to freedom of religion:

[122] Tout comme les juges de la majorité, j'estime que la décision de la LSBC restreint la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* ou y porte atteinte. Cependant, j'ajouterais ce qui suit. Les juges majoritaires estiment qu'il n'est pas nécessaire d'examiner les garanties de liberté d'expression et de liberté d'association. Bien qu'il ne soit peut-être pas nécessaire d'analyser séparément ces garanties, la Cour se doit, à mon avis, d'inclure ces garanties dans le champ d'application de la garantie de liberté de religion. L'insistance manifestée par TWU à l'égard du maintien de l'accord constatant son *Covenant* communautaire *exprime* l'engagement religieux de ses croyants et du désir de ceux-ci de *s'associer* avec des personnes qui s'engagent à adhérer à des pratiques conformes à leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 (« *TWU 2001* »), notre Cour a conclu que le refus d'agréer le programme de formation des enseignants de TWU avait pour effet de restreindre la liberté d'expression et la liberté d'association, libertés qui jouissent de leur propre protection sous le régime de la *Charte*, mais font également partie de la liberté de religion (par. 34 et 93). La même conclusion s'applique en l'espèce.

[123] TWU a également avancé un argument fondé sur le droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*. Les juges de la majorité ne tranchent pas cette question. À la lumière du dossier dont nous disposons, je rejetterais cet argument. Même si les membres de la communauté de TWU étaient en mesure de démontrer que la décision de la LSBC crée une distinction fondée sur le motif énuméré que constitue la religion, cette décision ne découle pas d'un préjugé ou d'un stéréotype et elle n'entraîne aucune discrimination fondée sur la religion; au contraire, elle assure l'égalité d'accès à toutes les personnes qui aspirent à étudier le droit (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 108). En définitive, il est plus approprié d'examiner l'essence de l'argument de TWU en considérant qu'elle reproche une atteinte à la liberté de religion de ses membres.

[124] Il convient, à ce stade-ci, de préciser l'argument fondé sur la liberté de religion. TWU prétend que la décision de la LSBC de refuser sa demande

2018 SCC 32 (CanLII)

(1) by impinging on its beliefs and practices; (2) by limiting its expression of its religious beliefs and practices; and (3) by limiting its right to associate as required by its religious beliefs and practices. I will briefly describe each of these claims.

[125] First, the alleged limit on belief and practice. TWU says that as a community of evangelical Christians, it adheres to "the belief in the importance of being in an institution with others who either share [its beliefs on the wrongness of sex outside heterosexual marriage] or are prepared to honour it in their conduct" (R.F., at para. 96, quoting *Trinity Western University v. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296, at para. 235). TWU concedes that eliminating the mandatory Covenant, which is the basis of the LSBC decision, would not prevent any believing member of the community from adhering to his or her beliefs. But, it alleges that the LSBC's insistence that it withdraw the Covenant is an interference in its members' belief that they must be in an institution with others who share or respect their practices on sexual relations. For TWU, providing education in this environment is a practice required by that belief. It says this is "core to [its] 'religious beliefs and way of life . . . and its community of evangelical Christians'" (R.F., at para. 96, quoting C.A. reasons, 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16, at para. 103). Requiring TWU to withdraw the mandatory Covenant would not prevent the TWU community members from believing in and practising their sexual mores. But it would prevent them from carrying out a practice flowing from that belief about the environment in which TWU would offer a legal education.

[126] The limits on expression of religious beliefs and practices and on associational values flow from

d'agrément restreint son droit à la liberté de religion pour les motifs suivants : (1) elle porte atteinte aux croyances et pratiques de ses membres; (2) elle restreint leur capacité d'exprimer leurs croyances et pratiques religieuses; (3) elle restreint leur droit de s'associer comme l'exigent ces croyances et pratiques. Je vais décrire brièvement chacune de ces prétentions.

[125] Examinons d'abord l'allégation de restriction des croyances et des pratiques. TWU affirme qu'elle forme une communauté de chrétiens évangéliques qui adhèrent à [TRADUCTION] « la croyance en l'importance de fréquenter un établissement avec d'autres personnes qui partagent [leurs convictions quant au caractère condamnable du sexe en dehors des liens du mariage hétérosexuel] ou qui sont disposées à se conduire de manière à respecter cette croyance » (m.i., par. 96, citant *Trinity Western University c. Nova Scotia Barristers' Society*, 2015 NSSC 25, 381 D.L.R. (4th) 296, par. 235). TWU concède que l'élimination du *Covenant* obligatoire, qui est à la base de la décision de la LSBC, n'empêcherait aucun des croyants de sa communauté de se conformer à ses propres croyances. Toutefois, elle prétend que, en insistant pour qu'elle élimine le *Covenant*, la LSBC fait entrave au respect de la croyance de ses membres selon laquelle ils doivent fréquenter un établissement regroupant des personnes qui partagent ou respectent leurs pratiques pour ce qui concerne les relations sexuelles. Pour TWU, offrir son enseignement dans un tel environnement constitue une pratique requise par cette croyance. Elle affirme qu'il s'agit là d'un [TRADUCTION] « élément central de [ses] croyances religieuses et [de son] mode de vie [. . .] et [des croyances religieuses et mode de vie] de sa communauté de chrétiens évangéliques » (m.i., par. 96, citant les motifs de la C.A., 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16, par. 103). Obliger TWU à éliminer le *Covenant* obligatoire n'empêcherait pas les membres de sa communauté de se conformer à leurs croyances et pratiques en matière de mœurs sexuelles. Cependant, cela les empêcherait de mettre en œuvre une pratique découlant de leur croyance concernant l'environnement dans lequel la formation juridique devrait être offerte par TWU.

[126] Cette description des croyances fait ressortir les restrictions imposées à l'expression des

2018 SCC 32 (CanLII)

this description of beliefs. The Covenant expresses to the community and the public TWU's beliefs on sexual practices. And it reflects its religious-based belief that education should be conducted in a community of people, joined together in association, who accept these beliefs and practices or are prepared to respect and conform to them.

croyances et pratiques religieuses et aux valeurs liées à la liberté d'association. Le *Covenant* exprime à la communauté et au public les croyances de TWU en matière de pratiques sexuelles, en plus de refléter la conviction religieuse de celle-ci selon laquelle l'enseignement devrait être offert dans une communauté de personnes, associées ensemble, qui acceptent ces croyances et pratiques ou qui sont disposées à les respecter et à s'y conformer.

4. *The Negative Impact of the Denial of Accreditation on Freedom of Religion*

4. *Les effets négatifs sur la liberté de religion du refus de l'agrément*

[127] Having established that the LSBC decision limits TWU's freedom of religion, we come to the question of whether the LSBC has shown its infringement of that right to be justified under s. 1 of the *Charter*. In this case, no one suggests that there was not an objective capable of overriding the *Charter* right to freedom of religion. Moreover, I agree with the majority that the decision was minimally impairing. The LSBC was faced with the choice of either accrediting the law school or denying that accreditation. The central question, therefore, is whether, at the final stage of the proportionality analysis, the negative impacts on the *Charter* right are proportionate to the positive benefits flowing from the impugned decision.

[127] Après avoir déterminé que la décision de la LSBC restreint la liberté de religion de TWU, je vais maintenant examiner la question de savoir si la LSBC est parvenue à démontrer que l'atteinte portée à ce droit était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, personne ne met en doute l'existence d'un objectif susceptible de l'emporter sur le droit à la liberté de religion protégé par la *Charte*. Qui plus est, tout comme mes collègues majoritaires, je suis d'avis que la décision constituait une atteinte minimale. La LSBC devait choisir entre soit agréer la faculté de droit, soit refuser la demande d'agrément. La question centrale consiste donc à décider si, à l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, les effets négatifs de la décision contestée sur le droit garanti par la *Charte* sont proportionnés aux avantages en découlant.

[128] The majority concludes that the negative impact on the freedom of religion of members of the TWU community is "of minor significance", for two reasons: (1) the Covenant is "not absolutely required for the religious practice at issue" (para. 87); and (2) TWU students view the environment created by the Covenant as "preferred (rather than necessary) for their spiritual growth" (para. 88).

[128] Les juges de la majorité arrivent à la conclusion que l'incidence négative de la décision sur la liberté de religion des membres de la communauté de TWU est « d'importance mineure », et ce, pour deux raisons : (1) le *Covenant* n'est « pas absolument nécessaire [. . .] pour se livrer à la pratique religieuse en cause » (par. 87); et (2) les étudiants de TWU considèrent que l'environnement créé par le *Covenant* est « préférable (plutôt que nécessaire) pour leur croissance spirituelle » (par. 88).

[129] With respect, I cannot agree that the impact of the decision on the freedom of religion of members of the TWU community is "of minor significance". The decision places a burden on the TWU community's freedom of religion: (1) by interfering with a religious practice (a learning environment that

[129] Avec égards, je ne saurais qualifier « d'importance mineure » l'incidence de la décision sur la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. Cette décision porte atteinte à la liberté de religion de cette communauté : (1) en perturbant une pratique religieuse (la mise en place d'un

2018 SCC 32 (CanLII)

conforms to its members' beliefs); (2) by restricting their right to express their beliefs through that practice; and (3) by restricting their ability to associate as required by their beliefs.

[130] These are not minor matters. Canada has a tradition dating back at least four centuries of religious schools which are established to allow people to study at institutions that reflect their faith and their practices. To say, as the majority does at para. 87, that the infringement is of minor significance because it "only prevents prospective students from studying law in their *optimal* religious learning environment" (emphasis in original), is to deny this lengthy and passionately held tradition. The majority seems to characterize the religious practice at issue in this case narrowly as "studying in a religious environment" (para. 67). In my view, the religious right at issue in this case is broader than that. It is not about merely studying in a religious environment — it is about studying in a religious environment where all members of the community have agreed, through the Covenant, to live in a certain way.

[131] The first reason the majority says the impact on the religious right is of minor significance is that the mandatory Covenant is "not absolutely required for the religious practice at issue" (para. 87). The issue here is that the majority fails to acknowledge the significance that all members abiding by the same code of conduct has for a religious community. Moreover, the majority's argument amounts to saying that where, in the view of a reviewing judge, it seems practically possible to give up a religious practice but an adherent refuses to do so, it will only be a minor infringement. We cannot, on the one hand, acknowledge the deep sincerity of the belief in a religious practice and then, on the other, doubt that sincerity by calling the practice relatively insignificant.

milieu d'apprentissage conforme aux croyances des membres de la communauté); (2) en restreignant le droit de ceux-ci d'exprimer leurs croyances par cette pratique; et (3) en restreignant leur capacité de s'associer comme l'exigent leurs croyances.

[130] Il ne s'agit pas d'aspects d'importance mineure. Suivant une tradition qui date d'au moins quatre siècles, il existe au Canada des écoles confessionnelles où les gens sont à même d'étudier dans des établissements qui reflètent leur foi et leurs pratiques. Affirmer, comme le font les juges majoritaires au par. 87, que l'atteinte portée en l'espèce est de peu d'importance, au motif qu'elle « ne fait qu'empêcher les étudiants éventuels d'étudier le droit dans leur milieu d'apprentissage religieux *optimal* » (en italique dans l'original) revient à renier cette tradition de longue date, défendue avec passion. Les juges majoritaires semblent qualifier étroitement la pratique religieuse visée en l'espèce, la décrivant comme étant « le fait d'étudier dans un milieu religieux » (par. 67). Selon moi, le droit religieux en cause dans la présente affaire est plus large que cela. Il ne s'agit pas simplement du fait d'étudier dans un milieu religieux — il s'agit du fait d'étudier dans un milieu religieux où tous les membres de la communauté ont convenu, par l'adhésion au *Covenant*, de vivre d'une certaine façon.

[131] La première raison qu'invoquent les juges majoritaires pour affirmer que l'atteinte portée au droit à la religion est d'importance mineure est que le *Covenant* obligatoire n'est « pas absolument nécessaire [. . .] pour se livrer à la pratique religieuse en cause » (par. 87). La difficulté que soulève cet argument de mes collègues majoritaires est qu'il ne reconnaît pas l'importance que revêt pour une communauté religieuse le fait que tous ses membres adhèrent au même code de conduite. De plus, l'argument de mes collègues revient à dire que dans les cas où, de l'avis du juge de révision, un adepte refuse de renoncer à sa pratique religieuse alors qu'il semble possible en pratique de le faire, il en découlera uniquement une atteinte de peu d'importance. On ne peut, d'une part, admettre la profonde sincérité de la croyance exprimée à l'égard d'une pratique religieuse et, d'autre part, mettre en doute cette sincérité en disant que la pratique en question est relativement insignifiante.

2018 SCC 32 (CanLII)

[132] The second reason the impact on the right is said to be of minor significance is that it is optional (majority's reasons, at para. 88). I accept that optional practices, which allow the individual to *stay true to his or her religious practices* by adopting a different course, may reduce the degree of impairment of the right. This was the case in *Hutterian Brethren.* But the argument put forward by the majority would require members of the TWU community to *give up* the expressive and associational aspects of the religious practice. The fact that some individuals may be prepared to give up the religious practice does not make it a minor infringement.

[133] Finally, I cannot accept that the mandatory Covenant should be devalued because it compels non-believers to follow TWU's practices. There is a deep tradition in religious schools of welcoming non-adherents as students, provided they agree to abide by the norms of the community. This has been the case at least since the Jesuits opened their first institutions more than four centuries ago. Students who do not agree with the religious practices do not need to attend these schools. But if they want to attend, for whatever reason, and agree to the practices required of students, it is difficult to speak of compulsion.

[134] In my view, the limits the LSBC's decision imposes on the freedom of religion of members of the TWU community cannot be characterized as minor. I acknowledge that it does not prevent members from believing in, and themselves following, the Covenant. But, it precludes members of the TWU community from engaging in the practice of providing legal education in an environment that conforms to their religious beliefs, deprives them of the ability to express those beliefs in institutional form, and prevents them from associating in the manner they believe their faith requires.

[132] La deuxième raison pour laquelle l'atteinte portée au droit serait d'importance mineure est le fait que la pratique est facultative (motifs de la majorité, par. 88). Je reconnais que des pratiques facultatives, qui permettent à une personne de *demeurer fidèle à ses pratiques religieuses* en adoptant une façon de faire différente, peuvent réduire l'ampleur de l'atteinte au droit en cause. C'était le cas dans l'affaire *Hutterian Brethren*. Cependant, l'argument des juges majoritaires obligerait les membres de la communauté de TWU à *renoncer* aux aspects expressifs et associatifs de la pratique religieuse. Le fait que certaines personnes puissent être disposées à renoncer à la pratique religieuse ne signifie pas que l'atteinte en cause est d'importance mineure.

[133] Enfin, je ne puis accepter l'idée que le *Covenant* obligatoire devrait se voir reconnaître une valeur moindre du fait qu'il contraint des incroyants à se conformer aux pratiques de TWU. Il existe, au sein des écoles confessionnelles, une tradition profondément ancrée consistant à accueillir des étudiants qui ne sont pas des adeptes de leur religion, à la condition que ceux-ci acceptent d'observer les normes de la communauté. Il en est ainsi au moins depuis que les Jésuites ont ouvert leurs premiers établissements, il y a plus de quatre cents ans de cela. Les étudiants qui sont en désaccord avec les pratiques religieuses d'une école ne sont pas tenus de la fréquenter. Mais si, pour quelque raison que ce soit, ils souhaitent le faire, et ils consentent aux pratiques qui sont exigées des élèves, il est alors difficile de parler de contrainte.

[134] À mon avis, on ne saurait qualifier d'importance mineure les restrictions que la décision de la LSBC impose à la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. Je reconnais que la décision ne les empêche pas d'adhérer eux-mêmes au *Covenant* et de s'y conformer. Par contre, elle les empêche de mettre en œuvre la pratique consistant à enseigner et apprendre le droit dans un environnement conforme à leurs croyances religieuses, en plus de les priver de la possibilité d'exprimer leurs croyances à l'échelle institutionnelle et de s'associer d'une façon qui, selon eux, respecte les exigences de leur foi.

2018 SCC 32 (CanLII)

5. *The Objectives of the LSBC*

[135] The majority states that the decision advances the LSBC's statutory objectives (1) by maintaining equal access and diversity in the legal profession (paras. 93-95) and (2) by preventing significant harm to LGBTQ people who might attend TWU's proposed law school (paras. 96-99).

[136] I agree that the decision of the LSBC may advance these objectives. That said, questions arise as to how much more diversity will be obtained as a result of refusal to accredit a TWU law school (particularly given its comparatively high tuition fees), and how many, if any, LGBTQ students will be forced to go to TWU as a school of last resort.

[137] In my view, the most compelling law society objective is the imperative of refusing to condone discrimination against LGBTQ people, pursuant to the LSBC's statutory obligation to protect the public interest.

[138] Because TWU is a private institution, the *Charter* does not apply and the Covenant does not constitute legally actionable discrimination. However, TWU's insistence on the mandatory Covenant is a discriminatory practice. It imposes burdens on LGBTQ people on the sole basis of their sexual orientation. Married heterosexual law students can have sexual relations, while married LGBTQ students cannot. The Covenant singles out LGBTQ people as less worthy of respect and dignity than heterosexual people, and reinforces negative stereotypes against them. It puts them to a choice — attend TWU or enjoy equal treatment. Those LGBTQ students who insist on equal treatment will have less access to law school and hence the practice of law than heterosexual students — heterosexual students can choose from all law schools without discrimination, while one law school, the TWU law school, would only

5. *Les objectifs de la LSBC*

[135] Les juges majoritaires affirment que la décision en cause favorise la réalisation par la LSBC des objectifs que lui confie la loi (1) en assurant l'égalité d'accès à la profession juridique et la diversité au sein de celle-ci (par. 93-95) et (2) en prévenant l'infliction d'un préjudice grave aux membres de la communauté LGBTQ qui pourraient fréquenter la faculté de droit proposée par TWU (par. 96-99).

[136] Je reconnais que la décision de la LSBC peut contribuer à la réalisation de ces objectifs. Cela dit, il est permis de se demander dans quelle mesure le refus d'agréer la faculté de droit à TWU permettra d'accroître la diversité (compte tenu, particulièrement, des droits de scolarité comparativement élevés de la faculté), et combien d'étudiants issus de la communauté LGBTQ, s'il en est, seront forcés de fréquenter TWU, parce qu'il s'agira de la dernière faculté qui leur sera ouverte.

[137] À mon avis, de tous les objectifs poursuivis par la LSBC, le plus impérieux est son devoir de refuser de cautionner des actes discriminatoires à l'endroit de la communauté LGBTQ, conformément à l'obligation que lui fait la loi de protéger l'intérêt public.

[138] TWU étant une institution privée, la *Charte* n'est pas applicable en l'espèce, et le *Covenant* ne constitue pas une mesure discriminatoire conférant un droit d'action. Toutefois, le fait que TWU insiste pour maintenir son *Covenant* obligatoire représente une pratique discriminatoire; il impose aux membres de la communauté LGBTQ certains fardeaux, et ce, uniquement en raison de leur orientation sexuelle. Des étudiants en droit qui sont mariés et hétérosexuels peuvent avoir des relations sexuelles, alors que des étudiants mariés issus de la communauté LGBTQ ne sont pas autorisés à en avoir. Le *Covenant* traite différemment la communauté LGBTQ, comme si les membres de celle-ci avaient moins droit au respect et à la dignité que les hétérosexuels, et il renforce des stéréotypes négatifs à leur endroit. Le *Covenant* oblige les membres de la communauté LGBTQ à choisir — soit fréquenter TWU, soit jouir

2018 SCC 32 (CanLII)

be available to LGBTQ students willing to endure discrimination.

[139] In determining who should be admitted to the practice of law and thus whether a particular law school should be accredited, the LSBC is required by statute to consider the public interest. Section 3 of British Columbia's *Legal Profession Act* states that "[i]t is the object and duty of the society to uphold and protect the public interest" and subsection (a) states that it must do so by "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons". The LSBC is also bound to consider the *Charter* and provincial human rights laws (*TWU 2001*, at para. 27) and to promote diversity within the legal profession.

[140] The LSBC is under a duty to protect the public interest and preserve and protect the rights and freedoms of everyone, including LGBTQ people. As the collective face of a profession bound to respect the law and the values that underpin it, it is entitled to refuse to condone practices that treat certain groups as less worthy than others.

[141] TWU seeks to counter this valid justification by arguing that it is beyond the statutory mandate of the LSBC to consider the effect the Covenant would have on the LGBTQ community. It argues that the public interest mandate of law societies is limited to ensuring that law students meet standards of learning and competence, and does not extend to the policies of a private institution. This ignores the broad public interest mandate the legislature has conferred on the LSBC, for reasons explored by the majority.

d'un traitement égal. Les étudiants issus de la communauté LGBTQ qui tiennent à un traitement égal auront donc un accès moins grand que les hétérosexuels aux études de droit et, en conséquence, à la pratique de cette discipline — en effet, les étudiants hétérosexuels peuvent choisir parmi toutes les facultés de droit, sans crainte de discrimination, tandis qu'une faculté de droit, celle de TWU, représenterait une possibilité uniquement pour les étudiants issus de la communauté LGBTQ qui seraient prêts à endurer la discrimination.

[139] La loi oblige la LSBC à tenir compte de l'intérêt public lorsqu'elle décide qui peut être admis à la pratique du droit et, par conséquent, s'il y a lieu d'agréer une faculté de droit donnée. L'article 3 de la *Legal Profession Act* de la Colombie-Britannique énonce que [TRADUCTION] « [l]e Barreau a pour objet et devoir de défendre et de protéger l'intérêt public », et l'al. (a) précise qu'il doit le faire « en préservant et en protégeant les droits et les libertés de chacun ». La LSBC est également tenue de prendre en compte la *Charte* et la législation provinciale en matière de droits de la personne (*TWU 2001*, par. 27), et de favoriser la diversité au sein de la profession juridique.

[140] La LSBC a le devoir de protéger l'intérêt public et de préserver et protéger les droits et libertés de tous, y compris les membres de la communauté LGBTQ. En tant que visage collectif d'une profession tenue de respecter le droit et les valeurs qui le sous-tendent, la LSBC a le droit de refuser de cautionner des pratiques qui traitent certains groupes comme ayant moins de valeur que d'autres.

[141] TWU oppose à cette justification par ailleurs valide l'argument selon lequel la prise en compte des effets du *Covenant* sur la communauté LGBTQ déborde le cadre du mandat qui est confié à la LSBC par la loi. Elle fait valoir que le mandat de protection de l'intérêt public dont sont investis les barreaux se limite à veiller à ce que les étudiants en droit respectent certaines normes au titre des connaissances et des compétences, mais ne vise pas les politiques des institutions privées. Un tel argument fait abstraction du vaste mandat de protection de l'intérêt public que le législateur a confié à la LSBC, pour les raisons examinées par les juges majoritaires.

2018 SCC 32 (CanLII)

[142] I add that a broad public interest mandate finds support in this Court's decision in *TWU 2001*. Although the Court found in favour of TWU in that case, it did not hesitate to acknowledge that the British Columbia College of Teachers did not err "in considering equality concerns pursuant to its public interest jurisdiction" (para. 26).

6. *Are the Negative Impacts on the Right Proportionate to the Statutory Objective of the LSBC?*

[143] This brings me to the ultimate question: Was the decision of the LSBC to deny accreditation to the proposed TWU law faculty unreasonable because it fails to reflect a proportionate balancing of the respective interests?

[144] The LSBC bears the onus of showing that the negative impacts on the *Charter* rights of the TWU community are proportionate to the benefits secured by its decision. At the same time, the Court must approach this question with deference to the LSBC's interpretation of its broad duty to protect the public interest and in light of the legislature's choice to confer on it the mandate to decide who should be admitted to the practice of law.

[145] The negative impacts of the LSBC's denial of accreditation on the religious, expressive and associational rights of the TWU community are not of minor significance. If the community wishes to operate a law school, it must relinquish the mandatory Covenant it says is core to its religious beliefs, with the attendant ramifications on religious practices.

[146] On the other hand, there is great force in the LSBC's contention that it cannot condone a practice that discriminates by imposing burdens on LGBTQ people on the basis of sexual orientation, with negative consequences for the LGBTQ community, diversity

[142] Je tiens à ajouter que l'existence d'un vaste mandat de protection de l'intérêt public trouve appui dans l'arrêt de notre Cour *TWU 2001*. Bien que la Cour ait donné raison à TWU dans cette affaire, elle n'a pas hésité à reconnaître que le British Columbia College of Teachers n'avait pas eu tort « de prendre en considération des préoccupations d'égalité conformément à sa compétence en matière d'intérêt public » (par. 26).

6. *Les effets négatifs sur le droit touché sont-ils proportionnés à l'objectif poursuivi par la LSBC en vertu de la loi?*

[143] Je dois maintenant répondre à la question ultime : Est-ce que la décision de la LSBC refusant d'agréer la faculté de droit proposée par TWU est déraisonnable, au motif qu'elle ne constitue pas une mise en balance proportionnée des intérêts respectifs des parties?

[144] Il incombe à la LSBC de prouver que les effets négatifs de sa décision sur les droits garantis par la *Charte* à la communauté de TWU sont proportionnés aux avantages en découlant. Par ailleurs, la Cour doit pour sa part examiner cette question en faisant montre de déférence à l'égard de l'interprétation que fait la LSBC de son vaste devoir de protection de l'intérêt public, et en tenant compte de la décision du législateur de confier à cet organisme le mandat de déterminer qui peut être admis à pratiquer le droit.

[145] Les effets négatifs du refus de la LSBC d'accorder l'agrément sur les droits à la liberté de religion, d'expression et d'association de la communauté de TWU ne peuvent être qualifiés d'importance mineure. Si cette communauté souhaite se doter d'une faculté de droit, elle doit renoncer au *Covenant* obligatoire, qui prétend-elle constitue un élément fondamental de ses croyances religieuses, en plus de devoir composer avec les conséquences qui en résultent au chapitre des pratiques religieuses.

[146] En revanche, la LSBC avance un argument très solide lorsqu'elle affirme qu'elle ne saurait cautionner une pratique qui crée de la discrimination à l'endroit des membres de la communauté LGBTQ en leur imposant certains fardeaux en raison de leur

2018 SCC 32 (CanLII)

and the enhancement of equality in the profession. It was faced with an either-or decision on which compromise was impossible — either allow the mandatory Covenant in TWU's proposal to stand, and thereby condone unequal treatment of LGBTQ people, or deny accreditation and limit TWU's religious practices. In the end, after much struggle, the LSBC concluded that the imperative of refusing to condone discrimination and unequal treatment on the basis of sexual orientation outweighed TWU's claims to freedom of religion.

[147] In a case like *Multani*, the claimant was vindicated because the school board could not show that it would be unable to ensure its mandate of public safety. In *Loyola*, we found that the limitation at issue did nothing to advance the ministerial objectives of instilling understanding and respect for other religions. This case is very different. The LSBC cannot abide by its duty to combat discrimination and accredit TWU at the same time.

[148] The question we must answer is whether the decision of the LSBC was proportionate, and therefore reasonable. Despite the forceful claims made by TWU, I cannot conclude that the decision of the LSBC was unreasonable.

[149] In arriving at this conclusion, I am mindful of the fact that this Court has held that a decision to deny accreditation to TWU's school of education was unreasonable: *TWU 2001*. That case, however, is distinguishable from the one before us. There, the College of Teachers based its claim on the concern that teachers trained at TWU would bring discrimination into the classroom. The LSBC here has not impugned the competence of potential graduates from TWU. Instead, it is concerned with upholding its own mandate by seeking to avoid

orientation sexuelle, avec tout ce que cela implique de répercussions négatives pour cette communauté, ainsi que pour la diversité et pour l'amélioration de l'égalité au sein de la profession. La LSBC n'avait le choix qu'entre deux possibilités, aucun compromis n'était possible — soit elle autorisait le maintien du *Covenant* obligatoire dans la proposition de TWU et cautionnait ainsi le traitement inégal de la communauté LGBTQ, soit elle refusait l'agrément demandé et limitait les pratiques religieuses de TWU. Après moult questionnements, la LSBC a en définitive conclu que la nécessité de refuser de cautionner toute discrimination et inégalité de traitement fondées sur l'orientation sexuelle l'emportait sur les prétentions de TWU fondées sur la liberté de religion.

[147] Dans l'affaire *Multani*, le demandeur a eu gain de cause parce que le conseil scolaire n'a pas été en mesure de prouver qu'il serait incapable de s'acquitter de sa mission en matière de sécurité publique. Dans l'arrêt *Loyola*, la Cour a conclu que la restriction en cause ne favorisait en rien la réalisation des objectifs ministériels consistant à promouvoir la compréhension et le respect d'autres religions. Nous sommes saisis d'une affaire très différente. La LSBC ne peut s'acquitter de son devoir de lutter contre la discrimination tout en accordant l'agrément demandé par TWU.

[148] La question à laquelle il nous faut répondre consiste à déterminer si la décision de la LSBC était proportionnée et, par conséquent, raisonnable. Malgré les solides arguments présentés par TWU, je ne peux conclure que cette décision était déraisonnable.

[149] En arrivant à cette conclusion, je suis consciente que notre Cour a jugé antérieurement que la décision ayant refusé la demande d'agrément du programme de formation des enseignants de TWU était déraisonnable : *TWU 2001*. Toutefois, cette affaire peut être distinguée de la présente espèce. Dans l'arrêt *TWU 2001*, la demande du College of Teachers reposait sur la préoccupation selon laquelle les enseignants formés à TWU feraient preuve de discrimination en salle de classe. Dans la présente affaire, la LSBC ne met pas en doute la compétence des

2018 SCC 32 (CanLII)

condoning or even appearing to condone discrimination.

[150] On judicial review, each decision must be assessed for reasonableness (and where a *Charter* right is at issue — proportionality) on its own merits. This is a different case than *TWU 2001*, involving different state regulators weighing different arguments and considerations. The LSBC operates under a unique statutory mandate — a mandate that imposes a heightened duty to maintain equality and avoid condoning discrimination.

7. *Conclusion*

[151] I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

ROWE J. —

I. Introduction

[152] This appeal concerns the decision of the Law Society of British Columbia ("LSBC") to withdraw its approval of the proposed law program at Trinity Western University ("TWU"). Along with Brayden Volkenant — a prospective student of the proposed law school — TWU sought judicial review of this decision before the British Columbia courts. The applicants argued, *inter alia*, that the decision was based on considerations outside the mandate of the LSBC and that the LSBC had failed to consider a number of relevant rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The British Columbia Supreme Court and the Court of Appeal agreed with TWU and held that the decision of the LSBC was unreasonable.

[153] This appeal is not about whether TWU can establish a law school with a mandatory covenant

éventuels diplômés de TWU. Elle s'attache plutôt à la réalisation de son propre mandat en s'efforçant d'éviter de cautionner — et même de donner l'impression de cautionner — la discrimination.

[150] En cas de contrôle judiciaire, le caractère raisonnable de la décision (et lorsqu'un droit garanti par la *Charte* est en cause — la proportionnalité de ses effets) doivent être examinés au regard des faits particuliers de l'instance. La présente affaire diffère de l'affaire *TWU 2001*, où différents organismes étatiques de réglementation soupesaient des arguments et des facteurs différents. La loi confie à la LSBC un mandat unique — un mandat qui lui impose le lourd devoir de veiller à assurer l'égalité et d'éviter de cautionner la discrimination.

7. *Conclusion*

[151] J'accueillerais le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROWE —

I. Introduction

[152] Le présent pourvoi porte sur la décision de la Law Society of British Columbia (« LSBC ») — le barreau de la Colombie-Britannique — de retirer son agrément à l'égard du programme d'études en droit proposé par Trinity Western University (« TWU »). TWU et Brayden Volkenant, un étudiant qui aurait souhaité s'inscrire à la faculté de droit proposée, ont demandé aux tribunaux de la Colombie-Britannique de procéder au contrôle judiciaire de cette décision. Les demandeurs ont notamment fait valoir que la décision reposait sur des considérations qui ne relevaient pas du mandat de la LSBC, et que certains droits pertinents qui sont garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* n'avaient pas été pris en compte par la LSBC. La Cour suprême de la Colombie-Britannique et la Cour d'appel ont toutes deux donné raison à TWU et conclu que la décision de la LSBC était déraisonnable.

[153] La question que soulève le pourvoi ne consiste pas à décider si TWU peut créer une faculté

2018 SCC 32 (CanLII)

like the Community Covenant Agreement at issue in this case. Rather, the question is whether the LSBC infringed the *Charter* by withdrawing its accreditation of the proposed law school at TWU because of the effect of the Covenant on prospective law students. For the reasons that follow, I conclude that it did not.

[154] First, I adopt the statement of facts set out by my colleagues in the majority, Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ., as well as their account of the decisions below: Majority Reasons ("M.R."), at paras. 4-26.

[155] Second, I agree with the majority and with the Chief Justice that it was within the statutory mandate of the LSBC to consider the effect of the Covenant on prospective law students as part of its accreditation decision. The LSBC has a broad mandate to regulate the legal profession in the public interest: M.R., at para. 31. As this Court has affirmed on numerous occasions, deference is called for when courts review the decisions of law societies as they self-regulate in the public interest: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at pp. 187-88; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 887; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360, at paras. 24-25. The LSBC was justified in considering the impact of the Covenant on prospective applicants to the proposed law school and, more generally, in considering the role of law schools as the first point of entry to the legal profession.

[156] Third, I respectfully differ from the majority in its approach to assessing whether *Charter* rights have been infringed by the decision of the LSBC. In my view, this appeal raises issues that call for clarification of the framework set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613. I agree with the majority that this analysis has two steps, but, like the

de droit dotée d'un engagement obligatoire tel le *Community Covenant Agreement* (« *Covenant* ») en cause dans la présente affaire. Il s'agit plutôt de déterminer si la LSBC a contrevenu à la *Charte* en retirant son agrément à l'égard de la faculté de droit proposée par TWU en raison des effets du *Covenant* sur d'éventuels étudiants en droit. Pour les motifs qui suivent, je conclus que non.

[154] Premièrement, je fais mien l'exposé que font mes collègues majoritaires, les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon, des faits de l'espèce et des décisions des juridictions inférieures : Motifs de la majorité (« M.M. »), par. 4-26.

[155] Deuxièmement, à l'instar des juges majoritaires et de la juge en chef, j'estime que la LSBC a agi dans le cadre du mandat que lui confie la loi lorsqu'elle a pris en considération les effets du *Covenant* sur les étudiants éventuels pour décider si elle devait agréer ou non la faculté de droit. La LSBC est investie d'un large mandat lui confiant la responsabilité de réglementer la profession juridique dans l'intérêt public : M.M., par. 31. Et comme l'a maintes fois réitéré notre Cour, les décisions prises par les barreaux aux fins d'autoréglementation de la profession dans l'intérêt public commandent la déférence en cas de contrôle judiciaire : *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 187-188; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, p. 887; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, par. 24-25. La LSBC était justifiée d'examiner l'incidence du *Covenant* sur les éventuels candidats de la faculté de droit proposée et, de façon plus générale, sur le rôle que jouent les facultés de droit en tant que porte d'entrée initiale dans la profession juridique.

[156] Troisièmement, soit dit en tout respect, je ne peux souscrire à l'approche appliquée par mes collègues de la majorité pour décider si la décision de la LSBC a porté atteinte à des droits garantis par la *Charte*. À mon avis, la présente affaire soulève des questions requérant que soient apportées des précisions au cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c.*

2018 SCC 32 (CanLII)

Chief Justice and Côté and Brown JJ., I would offer precisions to this approach.

[157] Fourth, I disagree with the analysis of my colleagues relative to s. 2(*a*) of the *Charter*. Rather than accepting the infringement as alleged at face value and proceeding to the balancing analysis, a review of the jurisprudence leads me to the conclusion that s. 2(*a*) is not infringed in this case. I also conclude that no other *Charter* infringements have been made out on the record in this appeal.

[158] Finally, given the absence of a *Charter* infringement, the decision of the LSBC must be reviewed under the usual principles of judicial review rather than the framework set out in *Doré* and *Loyola*. In this case, the standard of review is reasonableness, as the decision under review falls within the category of cases where deference is presumptively owed to decision-makers who interpret and apply their home statutes: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, at para. 34; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 46.

[159] The decision of the LSBC will call for deference if it meets the criteria set out in *Dunsmuir*. In my view, the decision of the LSBC was reasonable. Accordingly, I would allow the appeal and affirm the decision of the LSBC.

II. The Jurisdiction of the Law Societies

[160] I agree with the majority and the Chief Justice that the LSBC acted within its jurisdiction when it considered the discriminatory effect of the Covenant on prospective law students at TWU. With the privilege of self-government granted to the LSBC comes a corresponding duty to self-regulate in the

Québec (Procureur général), 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613. Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que l'analyse établie par ces arrêts comporte deux volets, mais, à l'instar de la juge en chef et des juges Côté et Brown, j'y apporterais des précisions.

[157] Quatrièmement, je suis en désaccord avec l'analyse de mes collègues quant à l'al. 2*a*) de la *Charte*. Au lieu d'accepter telles qu'elles sont énoncées les allégations d'atteinte et de procéder à l'analyse relative à la mise en balance, l'examen de la jurisprudence applicable m'amène à conclure qu'il n'y a pas eu violation de l'al. 2*a*) de la *Charte* en l'espèce. Je conclus également que le dossier soumis dans le présent pourvoi n'a pas permis d'établir d'atteinte à d'autres droits garantis par la *Charte*.

[158] Enfin, vu l'absence de violation de la *Charte*, la décision de la LSBC doit être contrôlée selon les règles habituelles du contrôle judiciaire et non selon le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*. La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable, puisque la décision considérée fait partie de celles où il y a présomption de déférence en faveur du décideur qui interprète et applique sa loi habilitante : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 54; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654, par. 34; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 46.

[159] La décision de la LSBC commandera la déférence si elle satisfait aux critères énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*. À mon avis, la décision de la LSBC était raisonnable. En conséquence, j'accueillerais le pourvoi et je confirmerais la décision de la LSBC.

II. La compétence des barreaux

[160] Tout comme mes collègues majoritaires et la juge en chef, je reconnais que la LSBC n'a pas outrepassé sa compétence en considérant les effets discriminatoires du *Covenant* sur d'éventuels étudiants en droit de TWU. Le privilège d'autoréglementation qui est accordé à la LSBC est assorti du devoir pour

2018 SCC 32 (CanLII)

public interest: *Law Society of New Brunswick v. Ryan*, 2003 SCC 20, [2003] 1 S.C.R. 247, at para. 36. In carrying out this duty, the LSBC was entitled to interpret its public interest mandate as including consideration of practices that are discriminatory in nature. For this reason, it was open to the LSBC to take the view that the "public interest in the administration of justice" (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 ("*LPA*"), s. 3) included consideration of the effect of the Covenant on prospective law students at TWU. The fact that the Covenant is a statement of religious rules and principles does not insulate it from such scrutiny.

[161] Given that the LSBC acted within its jurisdiction in considering the effect of the Covenant, the next step is to ascertain whether its decision infringes any of the *Charter* rights raised by the applicants. Before proceeding to the *Charter* analysis, I would note that TWU has raised several concerns relating to the proper approach to adjudicating *Charter* claims in the administrative context. What follows in the next section is my response to these concerns.

III. The Proper Approach to *Charter* Rights

[162] This Court employs a structured analysis for adjudicating *Charter* claims: see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This analysis has two steps. The first is to determine whether the government has infringed any rights guaranteed by the *Charter*. The claimant bears the burden of demonstrating such infringement. Once the court is persuaded that a right has been infringed, the second step is to determine whether the government can justify this infringement under s. 1 of the *Charter*. This requires the government to show that the infringement is a reasonable limit that is both prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society.

[163] This appeal raises issues that call for clarification of the application of this approach to the

cette dernière de l'exercer dans l'intérêt public : *Barreau du Nouveau-Brunswick c. Ryan*, 2003 CSC 20, [2003] 1 R.C.S. 247, par. 36. Dans l'exécution de ce devoir, la LSBC était justifiée de considérer que son mandat de protection de l'intérêt public l'autorisait à prendre en compte l'existence de pratiques de nature discriminatoire. Pour cette raison, il lui était loisible de conclure que la protection de [TRADUCTION] « l'intérêt public dans l'administration de la justice » (*Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (« *LPA* »), art. 3) impliquait l'examen des effets du *Covenant* sur d'éventuels étudiants en droit de TWU. Le fait que le *Covenant* constitue un énoncé de règles et principes de nature religieuse n'a pas pour effet de le soustraire à cet examen.

[161] Comme la LSBC a respecté les limites de sa compétence lorsqu'elle a examiné les effets du *Covenant*, il convient maintenant de se demander si sa décision a porté atteinte à l'un ou l'autre des droits garantis par la *Charte* qui sont invoqués par les demandeurs. Avant d'entreprendre mon analyse fondée sur la *Charte*, je tiens à souligner que TWU a soulevé plusieurs préoccupations au sujet de l'approche à adopter pour statuer sur les demandes fondées sur la *Charte* en contexte administratif. Je réponds à ces préoccupations dans la prochaine section.

III. L'approche appropriée à l'égard des droits garantis par la *Charte*

[162] Pour trancher les demandes fondées sur la *Charte*, la Cour procède à une analyse structurée : voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cette analyse comporte deux étapes. La première consiste à déterminer si l'État a porté atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Il incombe à la personne qui revendique le droit de prouver cette atteinte. Si le tribunal est convaincu qu'il y a eu atteinte à un droit, la seconde étape de l'analyse consiste à décider si l'État peut justifier cette atteinte au regard de l'article premier de la *Charte*. Pour ce faire, l'État doit prouver que l'atteinte constitue une limite raisonnable qui est établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[163] Le présent pourvoi soulève des questions qui requièrent des précisions quant à l'application

2018 SCC 32 (CanLII)

review of administrative decisions. Since *Doré*, this Court has applied the principles of judicial review to determine whether "the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives": *Doré*, at para. 58. When the decision-maker strikes a proportionate balance, the decision under review is deemed reasonable. The implication is that proportionate balancing justifies the *Charter* infringement arising from the impugned administrative decision.

[164] In this appeal and in its appeal from the decision of the Law Society of Upper Canada, *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453, TWU raised concerns about the application of this framework to the review of the law societies' decisions. TWU questioned, *inter alia*, the applicability of reasonableness review to the adjudication of *Charter* claims. This raises concerns about whether *Doré* provides a similarly rigorous protection of *Charter* rights as does *Oakes*: A.F., file No. 37209, at para. 40. TWU argued that there should be a single framework for examining compliance with the *Charter*, regardless of whether the source of the alleged infringement is a statute, regulation, or discretionary decision: R.F., file No. 37318, at para. 51. To this end, it proposed that the *Doré* framework reflect the more structured *Oakes* analysis, which defines with clarity who bears the burden of justification and what that burden entails: A.F., file No. 37209, at paras. 53-55.

[165] I agree with TWU thus far: the *Doré* framework leaves many questions unanswered. As the Chief Justice notes, "the framework's contours continue to elicit comment from scholars and judges": Chief Justice's Reasons ("C.J.R."), at para. 111 (footnote omitted.) In what follows, I propose three clarifications to the framework.

de cette approche en matière de contrôle des décisions administratives. Depuis l'arrêt *Doré*, la Cour applique les principes du contrôle judiciaire afin de juger si un « décideur a mis en balance comme il se doit la valeur pertinente consacrée par la *Charte* et les objectifs visés par la loi » : *Doré*, par. 58. Lorsque le décideur a procédé à une mise en balance proportionnée, la décision visée par le contrôle est considérée comme raisonnable. Il s'ensuit qu'une mise en balance proportionnée permet de justifier une violation de la *Charte* résultant de la décision administrative contestée.

[164] Tant dans le présent pourvoi que dans celui formé contre la décision du Barreau du Haut-Canada, *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453, TWU soulève des préoccupations liées à l'application de ce cadre d'analyse au contrôle des décisions prises par les barreaux. Entre autres, TWU remet en question l'applicabilité de la norme de la décision raisonnable à l'examen des demandes fondées sur la *Charte*. Cet argument reflète des inquiétudes relativement à la question de savoir si l'arrêt *Doré* protège de façon aussi rigoureuse que l'arrêt *Oakes* les droits garantis par la *Charte* : m.a., dossier n^{o} 37209, par. 40. TWU a fait valoir qu'il ne devrait exister qu'un seul cadre d'analyse pour l'examen de la conformité à la *Charte*, indépendamment du fait que la source de l'atteinte reprochée soit une loi, un règlement ou une décision de nature discrétionnaire : m.i., dossier n^{o} 37318, par. 51. À cette fin, il est proposé de rapprocher davantage le cadre d'analyse prescrit par l'arrêt *Doré* de l'analyse plus structurée de l'arrêt *Oakes*, laquelle indique clairement à qui incombe le fardeau de la justification et en quoi consiste ce fardeau : m.a., dossier n^{o} 37209, par. 53-55.

[165] Jusqu'ici, je suis d'accord avec les arguments de TWU : le cadre établi dans l'arrêt *Doré* laisse de nombreuses questions sans réponse. Comme le souligne la juge en chef, « les contours de ce cadre continuent de susciter des commentaires parmi les auteurs et les juges » : motifs de la juge en chef (« M.J.C. »), par. 111 (note en bas de page omise). Dans les paragraphes qui suivent, je suggère d'apporter trois précisions à ce cadre.

2018 SCC 32 (CanLII)

A. *The Problem With Charter Values*

[166] My first concern relates to the use of *Charter* values in the adjudication of *Charter* claims in the administrative context. In this, I share the view of the Chief Justice (C.J.R., at para. 115) and Justices Côté and Brown (Dissenting Reasons, at para. 307). When courts review administrative decisions for compliance with the *Charter*, *Charter* rights must be the focus of the inquiry — not *Charter* values. While *Doré* was intended to clarify the relationship between the *Charter* and administrative action, its reliance on values rather than rights has muddled the adjudication of *Charter* claims in the administrative context.

[167] The concept of *Charter* values first appears in cases where the *Charter* had no direct application. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, this Court held that, by virtue of s. 32 of the *Charter*, the *Charter* did not apply to litigation between private parties. As a limit on "the Parliament and government of Canada" and "the legislature and government of each province", its application was limited to the legislative and executive branches of government, as well as administrative agencies. Nonetheless, the Court held in *Dolphin Delivery* that courts must "apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution" (p. 603). This Court has since had regard to *Charter* values in the development of common law principles in a number of cases: *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *M. (A.) v. Ryan*, [1997] 1 S.C.R. 157; *WIC Radio Ltd. v. Simpson*, 2008 SCC 40, [2008] 2 S.C.R. 420; *Grant v. Torstar Corp.*, 2009 SCC 61, [2009] 3 S.C.R. 640.

A. *Le problème lié aux valeurs consacrées par la Charte*

[166] Ma première préoccupation concerne l'utilisation des valeurs consacrées par la *Charte* pour statuer sur les demandes fondées sur ce texte qui sont présentées dans un contexte administratif. À cet égard, je partage l'avis de la juge en chef (M.J.C., par. 115) et des juges Côté et Brown (Motifs dissidents, par. 307). La cour qui contrôle une décision administrative pour s'assurer de sa conformité avec la *Charte* doit centrer son analyse sur les droits garantis par la *Charte* — non sur les valeurs consacrées par celle-ci. Bien que l'arrêt *Doré* ait visé à clarifier les rapports entre la *Charte* et les actes de l'Administration, le fait qu'il s'appuie sur les valeurs plutôt que sur les droits a eu pour effet de semer la confusion dans l'examen des demandes fondées sur la *Charte* en contexte administratif.

[167] Le concept de valeurs consacrées par la *Charte* a été invoqué pour la première fois dans des instances auxquelles la *Charte* ne s'appliquait pas directement. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, notre Cour a statué que, par l'effet de son art. 32, la *Charte* ne s'applique pas aux litiges entre plaideurs privés. Étant donné que la *Charte* constitue une limite applicable « au Parlement et au gouvernement du Canada », ainsi qu'à « la législature et au gouvernement de chaque province », son application était limitée aux branches législatives et exécutives du gouvernement, ainsi qu'aux organismes administratifs. Néanmoins, dans *Dolphin Delivery*, la Cour a conclu que les tribunaux doivent « expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution » (p. 603). Depuis, dans un certain nombre d'affaires, la Cour a pris en compte les valeurs consacrées par la *Charte* dans l'élaboration des principes de common law : *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *M. (A.) c. Ryan*, [1997] 1 R.C.S. 157; *WIC Radio Ltd. c. Simpson*, 2008 CSC 40, [2008] 2 R.C.S. 420; *Grant c. Torstar Corp.*, 2009 CSC 61, [2009] 3 R.C.S. 640.

2018 SCC 32 (CanLII)

[168] This approach makes good sense in cases where the *Charter* has no direct application. Rather than subject common law rules to a s. 1 analysis, the concept of *Charter* values allows the courts to move the common law toward coherence with the *Charter*: M. Horner, "Charter Values: The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361, at p. 365. Where the *Charter* applies by virtue of s. 32, however, there is no need to have recourse to *Charter* values.

[169] *Charter* values — as opposed to *Charter* rights — have no independent function in the administrative context. As some commentators have noted, "it is not clear how consideration of Charter values fits within the constitutional requirements to respect Charter rights": E. Fox-Decent and A. Pless, "The Charter and Administrative Law Part II: Substantive Review", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (3rd ed. 2018), 507, at p. 515.

[170] That said, *Charter* values have played a supporting role in the adjudication of *Charter* claims. In *Loyola*, for instance, the majority employed *Charter* values as a guide to *Charter* adjudication. As Justice Abella wrote, "*Charter* values — those values that underpin each right and give it meaning — help determine the extent of any given infringement in the particular administrative context and, correlatively, when limitations on that right are proportionate in light of the applicable statutory objectives": para. 36, citing *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 88; L. Sossin and M. Friedman, "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, at pp. 403-4. This passage suggests that *Charter* values can assist in the adjudication of claims that are based on *Charter* rights.

[168] Cette approche est logique dans les cas où la *Charte* n'est pas directement applicable. Au lieu d'assujettir les règles de common law à une analyse fondée sur l'article premier, le concept de valeurs consacrées par la *Charte* permet aux tribunaux de faire évoluer la common law en conformité avec la *Charte* : M. Horner, « Charter Values : The Uncanny Valley of Canadian Constitutionalism » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 361, p. 365. Toutefois, lorsque la *Charte* trouve application par l'effet de l'art. 32, il n'est pas nécessaire d'avoir recours aux valeurs consacrées par celle-ci.

[169] Contrairement aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs consacrées par cette dernière ne remplissent pas de fonction indépendante en contexte administratif. Comme l'ont souligné certains auteurs, [TRADUCTION] « réconcilier la prise en considération des valeurs consacrées par la Charte ne cadre pas de façon évidente avec l'obligation que fait la Constitution de respecter les droits garantis par la Charte » : E. Fox-Decent et A. Pless, « The Charter and Administrative Law Part II : Substantive Review », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (3e éd. 2018), 507, p. 515.

[170] Cela dit, les valeurs consacrées par la *Charte* jouent un rôle d'appoint dans l'examen par les tribunaux des demandes fondées sur ce texte. Par exemple, dans l'arrêt *Loyola*, ces valeurs ont guidé les juges majoritaires dans leur décision à l'égard d'une telle demande. Comme l'a écrit la juge Abella, « les valeurs consacrées par la *Charte* — soit les valeurs qui sous-tendent chaque droit et qui leur donnent un sens — aident à préciser l'ampleur d'une atteinte à un droit donné dans le contexte administratif en cause et, corrélativement, à savoir dans quels cas les restrictions à ce droit sont proportionnées compte tenu des objectifs légaux applicables », par. 36, citant *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 88; L. Sossin et M. Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, p. 403-404. Cet extrait tend à indiquer que les valeurs consacrées par la *Charte* peuvent aider les tribunaux à statuer sur des demandes fondées sur des droits garantis par la *Charte*.

2018 SCC 32 (CanLII)

[171] Confusion arises, however, when *Charter* values are used as a standalone basis for the adjudication of *Charter* claims. This is because the scope of *Charter* values is often undefined in the jurisprudence. In some cases, a *Charter* value aligns with a particular *Charter* right. In other cases, the value does not line up with earlier *Charter* jurisprudence. This lack of clarity heightens the potential for unpredictable reasoning. As Lauwers and Miller JJ.A. recently noted in their concurring reasons in *Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, at para. 79:

> *Charter* values lend themselves to subjective application because there is no doctrinal structure to guide their identification or application. Their use injects a measure of indeterminacy into judicial reasoning because of the irremediably subjective — and value laden — nature of selecting some *Charter* values from among others, and of assigning relative priority among *Charter* values and competing constitutional and common law principles. The problem of subjectivity is particularly acute when *Charter* values are understood as competing with *Charter* rights.

(See also *E.T. v. Hamilton-Wentworth District School Board,* 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11, at paras. 103-4.)

[172] This lack of clarity is an impediment to applying a structured and consistent approach to adjudicating *Charter* claims. At the outset, it is more difficult to ascertain whether a *Charter* value has been infringed: see A. Macklin, "Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561, at p. 571. This difficulty extends throughout the analysis. This is because the existence and severity of the infringement are informed by the scope of the value at issue. Without a proper understanding of the scope, it is "difficult if not impossible to apply" the proportionality analysis required by *Doré* and *Loyola*: C. D. Bredt and

[171] Cependant, la situation devient confuse dans les cas où les demandes fondées sur la *Charte* sont décidées sur la seule base des valeurs consacrées par ce texte. Il en est ainsi parce que, souvent, la portée de ces valeurs n'est pas définie dans la jurisprudence. Dans certains cas, une valeur consacrée par la *Charte* correspond directement à un droit garanti par la *Charte*, tandis que dans d'autres la valeur en question ne cadre pas avec la jurisprudence antérieure relative à la *Charte*. Cette absence de clarté accroît le risque de raisonnements imprévisibles. Comme l'ont récemment souligné les juges Lauwers et Miller dans leurs motifs concordants dans l'arrêt *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, par. 79 :

> [TRADUCTION] Les valeurs consacrées par la *Charte* sont susceptibles d'être appliquées subjectivement, vu l'absence de structure doctrinale guidant leur identification ou application. Avoir recours à ces valeurs introduit une part d'indétermination dans le raisonnement judiciaire, étant donné la nature irrémédiablement subjective — et marquée par les valeurs du décideur — du processus décisionnel consistant à choisir certaines valeurs fondées sur la *Charte* parmi d'autres, et à leur accorder une priorité relative par rapport aux autres valeurs et aux principes de common law et principes constitutionnels opposés. Ce problème de subjectivité est particulièrement aigu dans les cas où des valeurs consacrées par la *Charte* sont considérées en concurrence avec des droits garantis par celle-ci.

(Voir également *E.T. c. Hamilton-Wentworth District School Board*, 2017 ONCA 893, 140 O.R. (3d) 11, par. 103-104.)

[172] Cette absence de clarté nuit à l'application d'une approche structurée et uniforme à l'examen des demandes fondées sur la *Charte*. D'entrée de jeu, il est plus difficile de déterminer s'il y a atteinte à une valeur consacrée par la *Charte* : voir A. Macklin, « Charter Right or Charter-Lite? Administrative Discretion and the Charter » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 561, p. 571. Cette difficulté persiste tout au long de l'analyse, et ce, parce que l'existence et l'ampleur de l'atteinte sont déterminées en fonction de la portée de la valeur touchée. Sans une compréhension adéquate de cette portée, il est [TRADUCTION] « difficile, voire impossible d'appliquer » l'analyse de la

2018 SCC 32 (CanLII)

E. Krajewska, "*Doré*: All That Glitters Is Not Gold" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339, at p. 353.

[173] In this appeal, the majority employs the term *Charter* "protections" — meaning "both rights and values" — to refer to the constitutional guarantees of the *Charter*: M.R., at para. 58, citing *Loyola*, at para. 39. With respect, this language does little to clarify the role of *Charter* values in the adjudication of *Charter* claims. By equating "rights and values" under the umbrella term of "*Charter* protections", the majority undermines the view that rights and values are distinct in scope and function.

[174] Where an infringement of *Charter* rights is alleged, there is no reason to depart from an approach based on those *Charter* rights. A claimant bringing a *Charter* challenge is entitled to a determination of whether his or her *Charter* rights have been infringed. If the claimant succeeds, the government then must have the opportunity to argue that this limit on *Charter* rights is justified under s. 1. This follows from the structure of the *Charter* itself.

[175] The point is this. In cases where *Charter* rights are plainly at stake, courts and other decision-makers have a constitutional obligation to address the rights claims as such and to do so explicitly. An analysis based on *Charter* values should not eclipse or supplant the analysis of whether *Charter* rights have been infringed. Where *Charter* rights have been infringed by administrative actors, reviewing courts must determine whether the state meets the burden of justifying the infringement according to s. 1. This is not a matter of doctrinal preference. It is a constitutional obligation imposed by the *Charter*.

proportionnalité requise par les arrêts *Doré* et *Loyola* : C. D. Bredt et E. Krajewska, « *Doré* : All That Glitters Is Not Gold » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 339, p. 353.

[173] Dans la présente affaire, pour parler des garanties constitutionnelles prévues par la *Charte*, les juges majoritaires utilisent l'expression « protections » conférées par la *Charte* — expression visant « tant les droits que les valeurs protégés par celle-ci » : M.M., par. 58, citant *Loyola*, par. 39. Soit dit en tout respect, une telle formulation ne précise guère le rôle des valeurs consacrées par la *Charte* dans l'examen des demandes fondées sur celle-ci. En assimilant « les droits et les valeurs » sous la rubrique générale « protections conférées par la *Charte* », les juges de la majorité amoindrissent l'opinion selon laquelle les droits ont une portée et une fonction distinctes de celles des valeurs.

[174] En cas d'allégations d'atteinte à des droits garantis par la *Charte*, aucune raison ne justifie de déroger à l'approche basée sur les droits en question. Le demandeur qui présente une contestation fondée sur la *Charte* est en droit de s'attendre à ce que le tribunal décide s'il y a eu ou non atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. S'il parvient à prouver une telle atteinte, l'État doit ensuite se voir offrir la possibilité de démontrer que cette restriction des droits garantis par la *Charte* est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Ceci découle de la structure même de la *Charte*.

[175] Le point essentiel est le suivant. Lorsque des droits garantis par la *Charte* sont clairement en jeu, les tribunaux et autres décideurs ont l'obligation constitutionnelle d'examiner en tant que telles les demandes fondées sur des droits, et de le faire explicitement. Le recours à une analyse basée sur les valeurs consacrées par la *Charte* ne devrait pas avoir pour effet d'éclipser ou de supplanter l'analyse visant à déterminer s'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Dans les cas où un acteur administratif a porté atteinte à un tel droit, la cour chargée de la révision doit décider si l'État est en mesure de s'acquitter du fardeau qui lui incombe de justifier l'atteinte au regard de l'article premier. Cette façon de faire ne relève pas d'une préférence doctrinale, mais découle plutôt d'une obligation constitutionnelle imposée par la *Charte*.

2018 SCC 32 (CanLII)

B. *The Scope of Charter Rights*

[176] My next concern relates to the interpretation of *Charter* rights. As the majority reasons show, the *Doré*/*Loyola* framework follows a two-step analysis for adjudicating *Charter* claims. Under this approach, the initial burden is on the claimant to demonstrate that the impugned decision infringes his or her *Charter* rights. This requires that the reviewing court possess a proper understanding of the scope of the rights at issue in order to determine whether the *Charter* has been infringed. Accordingly, the proper delineation of the scope of *Charter* rights, based on the purposive approach set out in our jurisprudence, remains an essential step in all *Charter* adjudication, including under the *Doré/Loyola* framework.

[177] This delineation precedes any decision as to whether there has been a limitation of the guaranteed right or freedom: e.g. *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 967; *R. v. Singh*, 2007 SCC 48, [2007] 3 S.C.R. 405, at paras. 42-48; *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386, at para. 61. In many cases, this step may be implied or conclusory, especially where the infringement of the right or freedom is evident. In others, an explicit delineation of the right or freedom determines the outcome of the *Charter* claim. In all cases, it remains a logically necessary — if from time to time unspoken — step in the analysis. In plain terms, there is no need for justification if there is no infringement, and there can be no infringement if the claim falls outside the scope of the right at issue.

(1) Purposive Delineation

[178] Like most constitutional documents, the *Charter* is phrased in open-textured terms that allow for adaptation to changing circumstances. Its interpretation calls for a broad and purposive approach: *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R.

B. *La portée des droits garantis par la Charte*

[176] Ma seconde préoccupation concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*. Ainsi que l'indiquent les motifs de la majorité, le cadre établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola* pour l'examen des demandes fondées sur la *Charte* consiste en une analyse à deux volets. Selon cette approche, il incombe initialement au demandeur de prouver que la décision contestée porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Cette façon de faire exige que la cour de révision possède une compréhension adéquate de la portée des droits en jeu pour décider s'il y a eu atteinte aux droits garantis par la *Charte*. En conséquence, la délimitation appropriée de la portée des droits garantis par la *Charte*, fondée sur la méthode d'interprétation téléologique énoncée dans la jurisprudence de notre Cour, demeure une étape fondamentale dans l'examen de toute demande fondée sur la *Charte*, y compris dans l'application du cadre d'analyse établi dans *Doré* et *Loyola*.

[177] Cette délimitation précède toute décision concernant la question de savoir si le droit ou la liberté garanti a été restreint : p. ex. *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 967; *R. c. Singh*, 2007 CSC 48, [2007] 3 R.C.S. 405, par. 42-48; *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386, par. 61. Dans bien des cas, il est possible que cette étape soit implicite ou conclusive, particulièrement lorsque l'atteinte au droit ou à la liberté en cause est évidente. Dans d'autres cas, l'issue de la demande fondée sur la *Charte* repose sur une délimitation explicite du droit ou de la liberté. Dans tous les cas, elle demeure une étape logiquement nécessaire — quoique tacite à l'occasion — de l'analyse. En clair, une justification n'est pas nécessaire en l'absence d'atteinte, et il ne peut y avoir atteinte si la demande échappe à la portée du droit concerné.

(1) Délimitation téléologique

[178] Comme la plupart des documents constitutionnels, la *Charte* est rédigée en termes larges qui peuvent s'adapter aux circonstances. Elle commande une interprétation large et téléologique, c'est-à-dire fondée sur son objet : *Hunter c. Southam Inc.*, [1984]

2018 SCC 32 (CanLII)

145, at p. 156; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 509; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 53; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Figueroa v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 37, [2003] 1 S.C.R. 912, at para. 20.

[179] This approach requires courts to favour generous interpretations of the *Charter* and to avoid narrow or technical ones that could "subvert the goal of ensuring that right holders enjoy the full benefit and protection of the *Charter*": *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 23. It also recognizes that the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* "must . . . be capable of growth and development over time to meet new social, political and historical realities often unimagined by its framers": *Hunter*, at p. 155. As part of this approach, the Court has cautioned against undue attention to the historical meaning of rights and freedoms as understood when the *Charter* was enacted. This allows the *Charter* to keep pace with societal change and ensures that its protections are not "frozen in time": *B.C. Motor Vehicle*, at p. 509; see also *R. v. Tessling*, 2004 SCC 67, [2004] 3 S.C.R. 432, at paras. 61-62; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

[180] The foundational case in defining this approach is *Big M*, in which Justice Dickson (as he then was) held that the language of the *Charter* must be read with a view to its purpose:

> This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc*., [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be

2 R.C.S. 145, p. 156; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 509; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 53; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Figueroa c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 37, [2003] 1 R.C.S. 912, par. 20.

[179] Suivant cette démarche, les tribunaux doivent favoriser les interprétations généreuses de la *Charte* et éviter de lui donner une interprétation étroite ou formaliste « susceptible de contrecarrer l'objectif qui est d'assurer aux titulaires de droits l'entier bénéfice et la pleine protection de la *Charte* » : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23. Cette démarche tient également compte du fait que les droits et libertés garantis par la *Charte* doivent être en mesure « d'évoluer avec le temps de manière à répondre à de nouvelles réalités sociales, politiques et historiques que souvent [l]es auteurs [de la *Charte*] n'ont pas envisagées » : *Hunter*, p. 155. Dans le cadre de cette démarche, la Cour a indiqué qu'il faut se garder d'accorder une importance excessive au sens historique des droits et libertés, c'est-à-dire celui qu'on leur prêtait au moment de l'édiction de la *Charte*. De cette façon, la *Charte* peut évoluer au rythme des changements sociaux, de telle sorte que les protections qu'elle garantit ne soient pas « figé[e]s dans le temps » : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 509; voir aussi *R. c. Tessling,* 2004 CSC 67, [2004] 3 R.C.S. 432, par. 61-62; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

[180] L'arrêt fondamental qui a défini cette démarche est *Big M*, dans lequel le juge Dickson (plus tard juge en chef) a conclu que le libellé de la *Charte* doit être interprété en fonction de son objet :

> Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc*., [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en

2018 SCC 32 (CanLII)

understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added; p. 344.]

[181] Several points can be drawn from this passage. The first is that the purposive approach, like other approaches to constitutional language, creates a framework for elucidating meaning from general wording. Purpose defines the boundaries of this framework and is used to draw the line between valid and invalid interpretation.

[182] The second point is that courts need to be mindful of extending the meaning of constitutional text beyond "the limits of reason" so as not to "overshoot the actual purpose of the right or freedom in question": *Hunter*, at p. 156; *Big M*, at p. 344; *R. v. Suberu*, 2009 SCC 33, [2009] 2 S.C.R. 460, at para. 24; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at paras. 19-20. Such unreasonable extensions are not hard to envisage. Liberty as guaranteed by s. 7 of the *Charter*, for instance, could be read as barring all restrictions on the free choice of individuals. As one author explains, "[s]uch interpretations may be senseless, in that every law would presumptively violate the Charter and require a section 1 justification, but they are not precluded by the words [of the Charter] as such and are more 'broad' and 'generous' than the interpretations given to these

d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la Charte. En même temps, il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de cette Cour *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Je souligne; p. 344.]

[181] Plusieurs éléments ressortent de ce passage. Le premier est que, tout comme d'autres méthodes d'interprétation constitutionnelle, l'approche téléologique crée un cadre d'analyse visant à élucider le sens d'un libellé général. L'objet définit les limites de ce cadre d'analyse et sert à distinguer les interprétations valides des interprétations invalides.

[182] Le deuxième élément est que les tribunaux doivent se garder d'élargir le sens du texte constitutionnel au-delà des « limites raisonnables », et d'« aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question » : *Hunter*, p. 156; *Big M*, p. 344; *R. c. Suberu*, 2009 CSC 33, [2009] 2 R.C.S. 460, par. 24; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 19-20. Il n'est pas difficile d'imaginer des exemples d'élargissements déraisonnables. La liberté garantie à l'art. 7 de la *Charte* pourrait, par exemple, être considérée comme ayant pour effet d'interdire toute restriction de la liberté de choisir des individus. Comme l'explique un auteur, [TRADUCTION] « [d]e telles interprétations sont absurdes, dans la mesure où il serait possible de présumer que pratiquement toute loi viole la Charte et doit être justifiée au regard de l'article premier, mais les mots mêmes [de la

2018 SCC 32 (CanLII)

terms by the courts": B. Oliphant, "Taking Purposes Seriously: The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (2015), 65:3 *U.T.L.J.* 239, at p. 253 (emphasis deleted).

[183] This explains the central role of purpose in our interpretive approach. As this Court noted in *R. v. Grant*, 2009 SCC 32, [2009] 2 S.C.R. 353, at para. 17, "[w]hile the twin principles of purposive and generous interpretation are related and sometimes conflated, they are not the same. The purpose of a right must always be the dominant concern in its interpretation; generosity of interpretation is subordinate to and constrained by that purpose" (citing P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5th ed. Supp.), at pp. 36-30 and 36-31).

[184] The aim of *Charter* interpretation, then, is to define the scope of protected rights and freedoms by reference to their purpose. This requires courts to ascertain the purpose of the *Charter* right or freedom so as to protect activity that comes within that purpose and exclude activity that does not: Hogg, *Constitutional Law of Canada*, at pp. 36-30 and 36-31. As discussed, this does not mean that the historical intention of those who drafted the *Charter* is determinative: *B.C. Motor Vehicle*, at p. 509. Rather, the focus is on the interests the *Charter* is meant to protect: *Big M*, at p. 344. In ascertaining the purpose of a right or freedom, the courts consider a number of indicators, including the text of the *Charter*; the context and overall purpose of the *Charter*; the historical and philosophical roots of the right or freedom, which provide insight into the interests that the *Charter* was intended to protect; the common law and pre-*Charter* jurisprudence dealing with similar rights; and, of course, the *Charter* jurisprudence as it has developed: see e.g. *Hunter*, at pp. 154-60; *Oakes*, at pp. 119-34; *Big M*; *Andrews*; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Irwin Toy*; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141.

Charte] ne s'opposent pas à de telles interprétations, qui sont plus 'larges' et 'généreuses' que celles que leur ont données les tribunaux » : B. Oliphant, « Taking Purposes Seriously : The Purposive Scope and Textual Bounds of Interpretation Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms » (2015), 65:3 *U.T.L.J.* 239, p. 253 (italique omis).

[183] Ce qui précède explique le rôle central de l'objet dans notre méthode d'interprétation. Comme l'a noté la Cour dans *R. c. Grant*, 2009 CSC 32, [2009] 2 R.C.S. 353, par. 17, « [b]ien que les principes d'interprétation téléologique et d'interprétation libérale soient apparentés et même parfois confondus, ils ne sont pas identiques. L'objet du droit doit demeurer la principale préoccupation; la libéralité de l'interprétation est restreinte par cet objet et elle y est subordonnée » (citant P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (5e éd. suppl.), p. 36-30 et 36-31).

[184] L'interprétation de la *Charte* vise donc à définir la portée des droits et libertés protégés en fonction de leur objet, ce qui oblige les tribunaux à déterminer l'objet du droit ou de la liberté qui est garanti par la *Charte*, afin de protéger l'activité visée par cet objet et d'exclure celle qui ne l'est pas : Hogg, *Constitutional Law of Canada*, p. 36-30 et 36-31. Tel qu'il a été discuté, cela ne signifie pas que l'intention originale des rédacteurs de la *Charte* est déterminante : *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, p. 509. Il faut plutôt mettre l'accent sur les intérêts que la *Charte* vise à protéger : *Big M*, p. 344. Pour déterminer l'objet d'un droit ou d'une liberté, les tribunaux considèrent un certain nombre de facteurs, notamment le texte de la *Charte*; le contexte et l'objectif général de celle-ci; les bases historiques et philosophiques du droit ou de la liberté, qui peuvent donner une idée des intérêts que la *Charte* visait à protéger; la common law ainsi que la jurisprudence antérieure à la *Charte* portant sur des droits semblables; et, évidemment, l'évolution de la jurisprudence relative à la *Charte* : voir, p. ex., *Hunter*, p. 154-160; *Oakes*, p. 119-134; *Big M*; *Andrews*; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Irwin Toy*; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141.

2018 SCC 32 (CanLII)

[185] This approach is meant to operate within and give effect to the structure of the *Charter*. Guided by a purposive reading, courts must delineate *Charter* rights based on considerations that are intrinsic to the rights themselves. If a claimant demonstrates an infringement, s. 1 then allows the court to consider extrinsic factors to determine whether the infringement is justified. These extrinsic factors do not affect the scope of the right. These steps — the delineation and infringement analysis, followed by the justification analysis — are conceptually distinct. On occasion, however, this Court has departed from this distinction.

(2) Delineation Through Justification

[186] This Court has from time to time favoured an approach to *Charter* rights that avoids delineation and relies instead on s. 1 to ensure that rights are exercised within proper bounds. The rationale put forward for this approach is that, in contrast to an internal delineation followed by a distinct justification, jumping ahead to an analysis under s. 1 allows the Court to consider the full range of relevant factors, including the context in which the right operates in the circumstances of the case.

[187] A number of cases have followed this approach. One example is the decision of Justice La Forest in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, who noted that "[t]his Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*" (para. 109).

[188] There are implications to adopting such an approach, some of which appear advantageous. The most obvious is that it allows claimants to discharge their burden of proof of infringement with relative ease, moving the analysis readily to s. 1. This shifts

[185] Cette démarche est conçue pour s'appliquer à l'intérieur de la structure de la *Charte*, et pour donner effet à cette structure. Guidés par une interprétation téléologique, les tribunaux doivent délimiter les droits garantis par la *Charte* en fonction des considérations intrinsèques aux droits eux-mêmes. Si le demandeur démontre l'existence d'une atteinte, l'article premier permet alors au tribunal de considérer des facteurs extrinsèques pour déterminer si cette atteinte est justifiée. Ces facteurs extrinsèques n'ont pas d'incidence sur la portée du droit en cause. Ces étapes — soit l'analyse relative à la délimitation et à l'atteinte, suivie de l'analyse relative à la justification — sont conceptuellement distinctes. À l'occasion, toutefois, notre Cour a rompu avec cette distinction.

(2) Délimitation dans le cadre de la justification

[186] Il est arrivé à l'occasion que la Cour privilégie, relativement aux droits garantis par la *Charte*, une démarche qui évite la délimitation et se fonde plutôt sur l'article premier pour s'assurer que les droits sont exercés à l'intérieur de limites acceptables. La raison d'être de cette démarche est que le fait de passer directement à l'analyse fondée sur l'article premier, au lieu de procéder à une délimitation interne suivie d'une étape de justification distincte, permet à la Cour de prendre en considération l'éventail complet des facteurs pertinents, y compris le contexte dans lequel le droit s'applique dans les circonstances de l'espèce.

[187] Cette démarche a été suivie dans un certain nombre d'affaires. Un exemple est la décision du juge La Forest dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, dans laquelle ce dernier a souligné que « [n]otre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte* » (par. 109).

[188] L'adoption de cette démarche a des implications, dont certaines semblent avantageuses. La plus évidente est qu'elle permet aux demandeurs de s'acquitter relativement aisément de leur fardeau de preuve en ce qui concerne l'atteinte, l'analyse

2018 SCC 32 (CanLII)

the burden of justification onto the government, which, intuitively, seems fair given its position of power relative to individual claimants. This approach also resolves ambiguity in favour of a broad scope for rights and freedoms. As Justice La Forest explained in *B. (R.)*, "[n]ot only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights" (para. 110). Subsequent expressions of this approach have relied primarily on the argument that s. 1, in contrast to "internal limits", allows for a more fulsome consideration of competing rights and interests: *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at paras. 24-31.

[189] Whatever the advantages of giving this type of reading to rights and freedoms, an interpretive approach that blurs the distinction between infringement and justification ignores the architecture of the *Charter*. As discussed, the adjudication of *Charter* claims needs to follow a structured two-step process. A preference for reconciling competing rights and interests under s. 1 does not obviate the need for an initial determination of whether a *Charter* right has been infringed in the first place. This step — which requires defining the scope of the particular right — is anterior to and conceptually distinct from the consideration of extrinsic factors that may or may not justify limiting the exercise of that right in the circumstances of the case. These extrinsic factors come into play during the analysis of s. 1. They are, however, not relevant to the delineation of the right itself.

[190] An approach that skims over the proper delineation of rights and freedoms runs the risk of distorting the relationship between s. 1 and the

passant ainsi rapidement à l'étape fondée sur l'article premier. Il s'ensuit que le fardeau de justification incombe alors à l'État, situation qui, intuitivement, semble juste vu la position de pouvoir dans lequel il se trouve par rapport au particulier auteur de la demande. Cette démarche a aussi pour effet de dissiper l'ambiguïté et de reconnaître une large portée aux droits et libertés. Comme l'a expliqué le juge La Forest dans *B. (R.)*, « [n]on seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple [. . .] pour soupeser des droits opposés » (par. 110). Les énoncés subséquents de cette démarche se sont principalement appuyés sur l'argument voulant que l'article premier, par opposition au concept de « limites internes », permette un examen plus complet des droits et intérêts opposés : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 24-31.

[189] Quels que soient les avantages associés à ce type d'interprétation des droits et libertés, une méthode d'interprétation qui estompe la distinction entre atteinte et justification fait abstraction de l'architecture de la *Charte*. Comme je l'ai expliqué précédemment, l'examen des demandes fondées sur la *Charte* doit se faire selon un processus structuré comportant deux étapes. Une préférence pour une démarche de conciliation des droits et intérêts opposés par application de l'article premier n'écarte pas le besoin de déterminer d'abord s'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Cette étape — qui requiert la délimitation de la portée du droit en question — est réalisée préalablement à l'examen des facteurs extrinsèques qui peuvent, ou non, justifier une limitation de l'exercice de ce droit dans les circonstances de l'espèce, et elle en est distincte sur le plan conceptuel. Ces facteurs extrinsèques entrent en jeu au cours de l'analyse fondée sur l'article premier. Ils ne sont toutefois pas pertinents pour les besoins de la délimitation du droit lui-même.

[190] Une démarche qui ne procède que superficiellement à l'étape de la délimitation adéquate des droits et libertés en cause risque de déformer

2018 SCC 32 (CanLII)

protections guaranteed by the *Charter*. As Chief Justice Dickson stated in *Oakes*, at p. 135:

> It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms must be measured. Accordingly, any s. 1 inquiry must be premised on an understanding that the impugned limit violates constitutional rights and freedoms — rights and freedoms which are part of the supreme law of Canada. [Emphasis added.]

[191] The two functions of s. 1 operate in tandem. Because of the seriousness of finding an infringement of a *Charter* right — which, in essence, declares the breach of a constitutional guarantee — the delineation of these rights must be carried out with care corresponding to the gravity of the matter. If infringements are too readily found on the basis of activities that fall outside of the protective scope of the rights, then courts may well too readily find that the government has met the justificatory burden set out in *Oakes*. As Professor Hogg suggests, "[t]here is a close relationship between the standard of justification required under s. 1 and the scope of the guaranteed rights. If the courts give to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court[s] will relax the standard of justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right": *Constitutional Law of Canada*, at p. 38-6 (footnote omitted); see also P. W. Hogg, "Interpreting the Charter of Rights: Generosity and Justification" (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 817.

[192] This can lead to situations whereby certain rights are routinely said to be infringed only for the claimant to be told that the infringement is justified by any number of countervailing considerations. As Professor Newman puts it, "[t]he situation becomes

le rapport entre l'article premier et les protections garanties par la *Charte*. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, p. 135 :

> Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions : premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l'article premier doit partir de l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution — des droits et libertés qui font partie de la loi suprême du Canada. [Je souligne.]

[191] Les deux fonctions de l'article premier opèrent de concert. En raison de la gravité d'une conclusion portant qu'il y a eu atteinte à un droit garanti par la *Charte* — conclusion qui, essentiellement, constate l'existence d'un manquement à une garantie constitutionnelle — la délimitation de tels droits doit être réalisée avec tout le soin que requiert la gravité de la situation. Si les tribunaux concluent trop aisément à l'existence d'atteintes dans le cadre d'activités qui échappent à la portée de la protection qu'accordent ces droits, ils pourraient en conséquence conclure trop aisément que l'État a satisfait au fardeau de justification énoncée dans *Oakes*. Comme l'affirme le professeur Hogg, [TRADUCTION] « [i]l existe un rapport étroit entre la norme de justification requise par l'article premier et le champ d'application des droits garantis. Si les tribunaux donnent à un droit garanti une interprétation large qui va au-delà de leur objet, ils assoupliront inévitablement la norme de justification au regard de l'article premier afin de valider le texte de la loi qui restreint le droit en question » : *Constitutional Law of Canada*, p. 38-6 (note en bas de page omise); voir aussi P. W. Hogg, « Interpreting the Charter of Rights : Generosity and Justification » (1990), 28 *Osgoode Hall L.J.* 817.

[192] Une telle approche peut mener à des situations où les tribunaux concluraient couramment à l'existence d'atteintes à certains droits, mais se contenteraient en définitive de répondre au demandeur concerné que l'atteinte est justifiée par un

2018 SCC 32 (CanLII)

one in which the *prima facie* violation of rights by the state becomes a routine condition precisely because no distinctions are drawn between legitimate and illegitimate claims": D. Newman, "Canadian Proportionality Analysis: 5½ Myths" (2016), 73 *S.C.L.R.* (2d) 93, at p. 99. This has a number of worrisome implications. It erodes the seriousness of finding *Charter* violations. It increases the role of policy considerations in the adjudication of *Charter* claims by shifting the bulk of the analysis to s. 1. And it distorts the proper relationship between the branches of government by unduly expanding the policy-making role of the judiciary.

[193] Taken to its logical end, this approach pushes the entire adjudication of *Charter* claims towards balancing, whereby rights and justifications are considered in a type of blended analysis. The result is an unstructured, somewhat conclusory exercise that ignores the framing of the *Charter* and departs fundamentally from the foundational *Charter* jurisprudence of this Court.

[194] The adjudication of *Charter* claims involves questions of constitutional law. The fact that *Charter* rights are implicated in the work of administrative decision-makers on a day-to-day basis does not change this fact. On judicial review, as in other proceedings, *Charter* claims demand analytical rigour. This starts with the correct delineation of the scope of the rights and freedoms at issue. Such delineation provides to the reviewing court the framework within which the *Charter* claim is to be adjudicated. It determines, *inter alia*, the relevance of evidence adduced by the claimant and the standard against which the government conduct is to be evaluated. The aim is not to produce an unduly restrictive reading of the right or freedom at issue. Rather, it is to ensure that the rest of the analysis does not go off the

certain nombre de considérations qui font contrepoids. Comme l'explique le professeur Newman, [TRADUCTION] « [l]a situation deviendrait telle que les conclusions d'atteinte à première vue à des droits par l'État deviendraient des occurrences courantes, précisément parce qu'aucune distinction n'est faite entre prétentions légitimes et prétentions illégitimes » : D. Newman, « Canadian Proportionality Analysis : 5½ Myths » (2016), 73 *S.C.L.R.* (2d) 93, p. 99. De telles situations ont des répercussions préoccupantes. Elles atténuent la gravité d'une conclusion portant qu'il y a eu atteinte à la *Charte*. Elles accroissent le rôle des considérations de politique générale dans l'examen des demandes fondées sur la *Charte* en déplaçant l'essentiel de l'analyse à l'étape fondée sur l'article premier. Et elles déforment le rapport approprié qui doit exister entre les différentes branches de l'État, en élargissant d'une manière excessive le rôle des tribunaux en matière d'établissement de politiques.

[193] Poussée à sa logique extrême, cette démarche fait converger l'ensemble des éléments du processus d'examen des demandes fondées sur la *Charte* vers une mise en balance dans le cadre de laquelle les droits et les justifications sont considérés dans une sorte d'analyse mixte. Il en résulte une opération non structurée et plutôt conclusive, qui ne tient pas compte de l'organisation de la *Charte* et qui déroge radicalement à la jurisprudence fondamentale de la Cour concernant ce texte.

[194] Trancher des demandes fondées sur la *Charte* implique l'examen de questions de droit constitutionnel. Le fait que des droits garantis par la *Charte* se soulèvent quotidiennement dans les travaux des décideurs administratifs ne change pas ce fait. Lors d'un contrôle judiciaire, comme dans d'autres instances, les demandes fondées sur la *Charte* commandent une analyse rigoureuse. La première étape consiste à délimiter correctement la portée des droits et libertés en jeu. Grâce à une telle délimitation, la cour de révision disposera du cadre à l'intérieur duquel la demande fondée sur la *Charte* doit être tranchée. Elle permet de déterminer, entre autres choses, la pertinence de la preuve présentée par le demandeur et la norme au regard de laquelle la conduite de l'État doit être évaluée. L'objectif n'est pas de produire

2018 SCC 32 (CanLII)

rails because the right has been given an erroneous definition.

C. *The Burden of Proof in Charter Litigation*

[195] My final concern relates to the burden of proof in *Charter* adjudication and what that burden entails. Under the usual rules of judicial review, it falls to the applicant to demonstrate that the impugned decision should be overturned. By contrast, under the approach set out in *Oakes*, it is government that bears the burden of justification once the claimant has demonstrated an infringement of his or her *Charter* rights. The *Doré*/*Loyola* framework lies at the intersection of administrative and constitutional law but it has remained conspicuously silent on where the burden of proof lies.

[196] It is difficult to conclude that *Doré* changed the burden of proof for the adjudication of *Charter* claims in the administrative context in the absence of an explicit discussion to that effect. Thus, once the claimant has demonstrated that an administrative decision infringes his or her *Charter* rights, it remains incumbent on the state actor to demonstrate that the infringement is justified. In other words, if the claimant can demonstrate that an administrative decision infringes his or her *Charter* rights, the decision is presumptively unreasonable and the state must explain why this infringement is a reasonable limit. The reviewing court must ensure that the state actor has discharged this burden before upholding the impugned decision.

[197] The majority states that "*Charter* rights are no less robustly protected under an administrative law framework": M.R., at para. 57. As discussed, however, the usual rules of administrative law require *the applicant* to demonstrate that an impugned decision should be overturned. It is unclear whether this burden persists under an administrative

une interprétation indûment restrictive du droit ou de la liberté en jeu. Il s'agit plutôt de faire en sorte que le reste de l'analyse ne s'écarte pas de la bonne marche à suivre parce que le droit en cause a été défini erronément.

C. *Le fardeau de la preuve dans les litiges relatifs à la Charte*

[195] Ma dernière préoccupation concerne le fardeau de la preuve dans les litiges relatifs à la *Charte* ainsi que la teneur de ce fardeau. Selon les règles habituellement applicables en cas de contrôle judiciaire, il incombe au demandeur de prouver que la décision contestée devrait être annulée. En revanche, suivant la démarche établie dans *Oakes*, c'est l'État qui doit prouver la justification une fois que le demandeur a démontré l'existence d'une atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Le cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Doré* et *Loyola* se situe à l'intersection du droit administratif et du droit constitutionnel, mais il demeure ostensiblement silencieux quant à l'identité de la partie à qui incombe le fardeau de la preuve.

[196] Il est difficile de conclure que l'arrêt *Doré* a modifié le fardeau de la preuve dans l'examen des demandes fondées sur la *Charte* en contexte administratif en l'absence d'un énoncé explicite à cet effet. En conséquence, une fois que le demandeur a démontré qu'une décision administrative porte atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*, il continue d'incomber à l'État de prouver que l'atteinte était justifiée. Autrement dit, si le demandeur peut établir qu'une décision porte atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*, la décision est présumée déraisonnable et l'État doit expliquer pourquoi cette atteinte constitue une limite raisonnable. La cour de révision doit s'assurer que l'État s'est acquitté de son fardeau avant de confirmer la décision contestée.

[197] Les juges majoritaires affirment que « les droits garantis par la *Charte* ne sont pas moins vigoureusement protégés dans un cadre d'analyse de droit administratif » : M.M., par. 57. Cependant, comme je l'ai expliqué, suivant les règles habituelles du droit administratif, *le demandeur* est tenu de démontrer que la décision qu'il conteste doit être infirmée.

2018 SCC 32 (CanLII)

law framework once *Charter* rights are at stake. The majority is silent on this issue. One could infer from this that an impugned decision should be treated as presumptively reasonable *unless* the claimant demonstrates that the decision is not the result of proportionate balancing. This would provide for less robust protection of *Charter* rights. For the administrative law framework to provide for the *same* protection of *Charter* rights as the *Oakes* framework, the justificatory burden must remain on the government once an infringement of rights is demonstrated.

[198] Such an approach follows from first principles. The administrative state is a statutory creation. As legislation must comply with the *Charter*, it follows that decisions taken pursuant to legislation must also comply with the *Charter*: *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge*; *Multani*; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, at para. 117.

[199] The *Constitution Act, 1982* gives normative primacy to the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. By virtue of s. 1, any limit on these guarantees is presumptively unconstitutional. This means that rights infringements can stand *only* if the limit complies with the requirements of s. 1 (or, in some cases, if the government invokes the override provision in s. 33 of the *Charter*). These are the *only* options: the government either justifies the infringement, exempts the infringement from constitutional scrutiny, or the infringement is remedied by the court.

[200] Where the government opts for justification, it faces successive hurdles. Under the *Oakes* framework, to establish that an infringement is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, the state must, first, identify an objective of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. Second,

Est-ce que ce fardeau demeure inchangé dans le cadre d'analyse du droit administratif lorsque des droits garantis par la *Charte* sont en jeu? Ce n'est pas clair. Les juges majoritaires sont silencieux sur ce point. Il est possible d'inférer que la décision contestée doit être présumée raisonnable, *sauf* si le demandeur démontre qu'elle ne résulte pas d'une mise en balance proportionnée. Cette situation se traduirait par une protection moins vigoureuse des droits garantis par la *Charte*. Pour que le cadre d'analyse du droit administratif assure la *même* protection à l'égard des droits garantis par la *Charte* que le cadre d'analyse prévu par l'arrêt *Oakes*, le fardeau de justification doit continuer d'incomber à l'État lorsqu'une atteinte à des droits a été établie.

[198] Une telle démarche découle de principes fondamentaux. La branche administrative de l'État est une création de la loi. Comme les lois doivent être conformes à la *Charte*, il s'ensuit que les décisions prises en vertu de celles-ci doivent elles aussi respecter la *Charte* : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district n^o^ 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge*; *Multani*; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, par. 117.

[199] La *Loi constitutionnelle de 1982* confère aux droits et libertés garantis par la *Charte* la primauté sur le plan normatif. Par l'effet de l'article premier, toute limite à ces garanties est présumée inconstitutionnelle. Cela signifie qu'une atteinte à un droit est valide *uniquement* si la limite respecte les exigences de l'article premier (ou, dans certains cas, si l'État invoque l'art. 33 de la *Charte*, la disposition autorisant les dérogations). Il s'agit là des *seules* possibilités : soit l'État justifie l'atteinte, soit il la soustrait au contrôle de sa constitutionnalité, soit le tribunal remédie à l'atteinte.

[200] Lorsque l'État opte pour la justification, il doit alors surmonter successivement différents obstacles. Suivant le cadre d'analyse établi dans *Oakes*, pour établir qu'une atteinte constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, l'État doit premièrement invoquer un objectif suffisamment

2018 SCC 32 (CanLII)

the state must show that the infringement passes a "proportionality test": *Oakes*, at p. 139. This entails showing that the measure is rationally connected to the identified objective, that the infringement is minimally impairing and that a balance is struck between the infringing effects of the measure and the importance of the objective. The *Oakes* framework expresses constitutional principles of fundamental importance — namely, that the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* establish a minimum degree of protection that state actors must respect, and that any violation of these guarantees will be subject to close and serious scrutiny.

[201] There is no question that these principles continue to guide our assessment of state action in the administrative context. Rather, the debate has centred on how to operationalise these principles. In this appeal, the majority explains that once an infringement has been shown, the question becomes "whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play": M.R., at para. 58, citing *Doré*, at para. 57, and *Loyola*, at para. 39. I do not see this framework as fundamentally deviating from the principles set out in *Oakes*. Indeed, this Court sought in *Doré* to achieve "conceptual harmony between a reasonableness review and the *Oakes* framework" (para. 57). The key to achieving this harmony is not the substitution of the principles of *Charter* review for those of administrative law. Rather, as *Loyola* makes clear, the solution is to infuse judicial review with the considerations that make up the *Oakes* analysis.

[202] All the elements in the *Oakes* test have a role to play in the judicial review of administrative decisions under *Doré*. In *Doré*, this Court said that a decision will be found reasonable if "the decision-maker has properly balanced the relevant *Charter* value with the statutory objectives" that the decision-maker

important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté protégé par la Constitution. Deuxièmement, il doit démontrer que l'atteinte satisfait au « critère de proportionnalité » : *Oakes*, p. 139. Cela implique qu'il doit prouver que la mesure possède un lien rationnel avec l'objectif invoqué, que l'atteinte constitue une atteinte minimale aux droits garantis et qu'il y a équilibre entre les effets attentatoires de la mesure et l'importance de l'objectif. Le cadre d'analyse établi dans *Oakes* énonce des principes constitutionnels d'une importance fondamentale — c'est-à-dire que les droits et libertés garantis par la *Charte* établissent des protections minimales que les acteurs gouvernementaux sont tenus de respecter, et que toute violation de ces protections fera l'objet d'un contrôle attentif et rigoureux.

[201] Il ne fait aucun doute que ces principes continuent de guider notre évaluation de l'action étatique en contexte administratif. Les débats ont plutôt porté sur la façon de mettre en œuvre ces principes. Dans le présent pourvoi, les juges majoritaires expliquent que, lorsqu'une atteinte a été démontrée, il s'agit de se demander « si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : M.M., par. 58, citant *Doré*, par. 57, et *Loyola*, par. 39. Je ne considère pas que ce cadre d'analyse s'écarte fondamentalement des principes énoncés dans *Oakes*. D'ailleurs, dans *Doré*, notre Cour s'est efforcée de réaliser l'« harmonie conceptuelle entre l'examen du caractère raisonnable et le cadre d'analyse préconisé dans *Oakes* » (par. 57). La clé pour réaliser cette harmonie ne consiste pas à substituer les principes de l'examen relatif à la *Charte* à ceux du droit administratif. Comme il ressort clairement de l'arrêt *Loyola*, la solution consiste plutôt à intégrer au contrôle judiciaire les considérations qui composent l'analyse énoncée dans *Oakes*.

[202] Tous les éléments de l'analyse établie dans *Oakes* ont un rôle à jouer lors du contrôle judiciaire des décisions administratives conformément à l'arrêt *Doré*. Dans cet arrêt, la Cour a conclu qu'une décision sera jugée raisonnable si « le décideur a mis en balance comme il se doit la valeur pertinente

2018 SCC 32 (CanLII)

was bound to carry out (para. 58). This requires an identification of the statutory objective at issue, which corresponds to the first step under *Oakes*. Once a claimant has made out that a decision has infringed a *Charter* right on judicial review, the state must identify a "sufficiently important objective" that could make infringing the *Charter* right reasonable: *Oakes*, at p. 141. The proportionality analysis will then be carried out in relation to *that* objective. This objective must be sufficiently pressing and substantial to justify the infringement of *Charter* rights: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 20; *Hutterian Brethren*, at para. 42.

[203] The state must then show that the decision reflects a "proportionate balancing of the *Charter* protections at play": *Doré*, at para. 57. This corresponds to the "proportionality test" under the second step of *Oakes*, which includes the analysis of rational connection, minimal impairment, and the balance between beneficial and deleterious effects.

[204] First, if the state cannot demonstrate that the decision-maker has rendered a decision that is rationally connected to the identified statutory objective, then the decision, of necessity, cannot be reasonable. In other words, if the decision is not *rationally connected* to the statutory objective, then the decision-maker will have acted outside its mandate. Second, as the majority has stated, the decision will be *minimally impairing* if it affects the right "as little as reasonably possible" in furthering the statutory objectives identified by the state: M.R., at para. 80, citing *Loyola*, at para. 40. Finally, the state must show that the decision strikes "a reasonable balance between the benefits to its statutory objectives and the severity of the limitation on *Charter* rights at stake": M.R., at para. 91. If the state can meet this proportionality test, the decision will be reasonable despite having infringed a *Charter* right.

consacrée par la *Charte* et les objectifs visés par la loi » que le décideur était tenu de réaliser (par. 58). À cette fin, il faut cerner l'objectif visé par la loi qui est en jeu, démarche qui correspond à la première étape de l'analyse établie dans *Oakes*. Une fois qu'un demandeur a démontré, dans le cadre d'un contrôle judiciaire, qu'une décision porte atteinte à un droit protégé par la *Charte*, l'État doit invoquer un « objectif suffisamment important » susceptible de conférer un caractère raisonnable à l'atteinte au droit garanti par la *Charte* : *Oakes*, p. 141. L'analyse de la proportionnalité est ensuite réalisée au regard de *cet* objectif, qui doit être suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte aux droits garantis par la *Charte* : *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 20; *Hutterian Brethren*, par. 42.

[203] L'État doit ensuite prouver que la décision « est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Doré*, par. 57. Cette démarche correspond au « critère de proportionnalité » de la deuxième étape de l'analyse établie dans *Oakes*, laquelle inclut l'examen du lien rationnel et de l'atteinte minimale, ainsi que la mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables.

[204] Premièrement, si l'État n'est pas en mesure d'établir de lien rationnel entre la décision prise par le décideur et l'objectif législatif identifié, il s'ensuit, nécessairement, que cette décision ne saurait être raisonnable. En d'autres mots, si la décision n'est pas *liée rationnellement* à l'objectif législatif, le décideur a en conséquence agi en dehors du cadre de son mandat. Deuxièmement, comme l'affirment les juges majoritaires, la décision constituera une *atteinte minimale* si elle porte atteinte « aussi peu que cela est raisonnablement possible » aux droits en cause dans la poursuite des objectifs législatifs invoqués par l'État : M.M., par. 80, citant *Loyola*, par. 40. Enfin, l'État doit démontrer que la décision établit « une mise en balance raisonnable des avantages qu'il y a à réaliser les objectifs que lui confie la loi et de la gravité de la restriction aux droits garantis par la *Charte* en cause » : M.M., par. 91. Si l'État satisfait à ce critère de proportionnalité, la décision sera jugée raisonnable même si elle a porté atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

2018 SCC 32 (CanLII)

[205] I recognize, as does the Chief Justice, that the main hurdle for the state will be the "final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing" (*Loyola*, at para. 40; C.J.R., at para. 113). However, that is not to say that the identification of statutory objectives or the rational connection step cease to be relevant. The fact that most statutes reviewed under the *Oakes* test have failed at the minimal impairment or proportionality stages does not mean that courts have stopped looking to rational connection. Nor does it mean that consideration of the pressing and substantial objective has ceased to be relevant. Similarly, in the administrative context, the fact that most administrative decisions will be rationally connected to an identified statutory objective does not mean that the inquiry need not be carried out. It means only that this component of the analysis will often readily be met.

[206] I add this. While the decision in *Doré* was motivated by a desire to streamline the review of administrative decisions for compliance with the *Charter*, its stated preference for a "robust conception of administrative law" should not have the (unquestionably unintended) effect of diluting the protection afforded to *Charter* rights (para. 34). Nor should it risk shifting the justificatory burden onto claimants once they have demonstrated an infringement of their rights. The justificatory burden must therefore remain where the *Charter* places it; on the government, whenever a claimant demonstrates that his or her *Charter* rights have been infringed. For the administrative state, this is no more than what s. 1 of the *Charter* requires.

[207] As a final point, I do not dispute that *Doré* and *Loyola* are binding precedents: M.R., at para. 59. The suggestion that the *Doré/Loyola* framework requires clarification is in no way inconsistent with

[205] À l'instar de la juge en chef, je reconnais que le principal obstacle pour l'État résidera dans les « étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre » (*Loyola*, par. 40; M.J.C., par. 113). Cependant, cela ne veut pas dire que la détermination des objectifs du texte de loi ou l'existence du lien rationnel ne sont plus des éléments pertinents. Le fait que la plupart des lois qui ont été analysées au regard du cadre énoncé dans *Oakes* n'ont pas satisfait aux étapes relatives à l'atteinte minimale ou à la proportionnalité ne signifie pas que les tribunaux ont cessé de considérer la question du lien rationnel. Cela ne veut pas non plus dire que la prise en compte de l'objectif urgent et réel n'est plus une considération pertinente. De même, en contexte administratif, le fait que la majorité des décisions ont un lien rationnel avec l'objectif législatif invoqué à leur égard ne signifie pas qu'il n'est plus nécessaire d'effectuer cet examen. Cela signifie seulement que, bien souvent, cet aspect de l'analyse sera aisément respecté.

[206] J'ajoute le point suivant. Bien que la décision dans *Doré* ait été motivée par la volonté de simplifier le contrôle de décisions administratives pour s'assurer de leur conformité avec la *Charte*, la préférence exprimée dans cet arrêt pour une « conception plus riche du droit administratif » ne devrait pas avoir l'effet (incontestablement non voulu) d'affaiblir la protection dont jouissent les droits garantis par la *Charte* (par. 34). Elle ne devrait pas non plus entraîner le transfert du fardeau de justification sur les épaules des demandeurs une fois que ceux-ci ont démontré l'existence d'une atteinte à leurs droits. Ce fardeau doit en conséquence continuer d'incomber à la partie à qui la *Charte* l'a imposé, c'est-à-dire l'État, dans tous les cas où le demandeur démontre qu'il y a eu atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Pour les organismes administratifs étatiques, il s'agit de l'obligation imposée par l'article premier de la *Charte*, rien de plus.

[207] Dernière observation, je ne conteste pas le fait que les arrêts *Doré* et *Loyola* sont des précédents d'application obligatoire : M.M., par. 59. La suggestion selon laquelle le cadre d'analyse établi

2018 SCC 32 (CanLII)

this. Whether in response to judicial, academic, or other criticism, this Court has on numerous occasions built on its jurisprudence to provide for greater clarity and consistency in the law: see e.g. *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 29; *Dunsmuir*, at para. 24; *Paul v. British Columbia (Forest Appeals Commission)*, 2003 SCC 55, [2003] 2 S.C.R. 585, at para. 39. Indeed, *Doré* itself was an attempt at clarifying confusion in the jurisprudence (para. 23). These developments reflect how the common law works, through the application and, where warranted, the clarification of jurisprudence. On these matters, I can do no better than to quote Lord Denning from his book *The Discipline of Law* (1979), at p. 314:

Let it not be thought from this discourse that I am against the doctrine of precedent. I am not. It is the foundation of our system of case law. This has evolved by broadening down from precedent to precedent. By standing by previous decisions, we have kept the common law on a good course. All that I am against is its too rigid application — a rigidity which insists that a bad precedent must necessarily be followed. I would treat it as you would a path through the woods. You must follow it certainly so as to reach your end. But you must not let the path become too overgrown. You must cut out the dead wood and trim off the side branches, else you will find yourself lost in thickets and brambles. My plea is simply to keep the path to justice clear of obstructions which would impede it.

[208] Having set out what I view as the proper approach to the adjudication of *Charter* rights in the administrative context, I turn now to the main *Charter* right at issue in this appeal: freedom of religion as guaranteed by s. 2(*a*).

IV. Section 2(*a*) of the *Charter*

[209] The "freedom of conscience and religion" guaranteed by s. 2(*a*) is an essential part of life in Canadian society. From the most faithful believer

par les arrêts *Doré* et *Loyola* requiert des précisions n'a rien d'incompatible avec ce fait. Que ce soit à la suite de critiques émanant de sources judiciaires, universitaires ou autres, notre Cour a, à de nombreuses occasions, développé sa jurisprudence pour accroître la clarté et la cohérence du droit : voir, p. ex., *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 29; *Dunsmuir*, par. 24; *Paul c. Colombie-Britannique (Forest Appeals Commission)*, 2003 CSC 55, [2003] 2 R.C.S. 585, par. 39. De fait, l'arrêt *Doré* constituait lui-même un effort en vue de dissiper la confusion dans la jurisprudence (par. 23). Ces développements reflètent la façon dont fonctionne la common law, à savoir par l'application et, lorsque cela s'impose, la clarification de la jurisprudence. Sur cette question, je ne saurais surpasser les propos suivants de lord Denning dans son ouvrage *The Discipline of Law* (1979), p. 314 :

[TRADUCTION] Je ne voudrais pas qu'on infère de mes propos que je suis opposé à la règle du précédent. Je ne le suis pas. Elle constitue le fondement de notre système de jurisprudence, qui a évolué en s'élargissant au fil des précédents. En suivant les décisions antérieures, nous avons permis à la common law de progresser dans la bonne direction. La seule chose à laquelle je m'oppose, c'est à l'application trop rigide de cette règle — une rigidité qui veut qu'un mauvais précédent doive nécessairement être suivi. Pour moi, cette règle est comme un sentier en forêt. Il faut certes l'emprunter pour se rendre à destination. Mais il faut prendre soin de ne pas laisser la végétation envahir le sentier. Vous devez couper le bois mort ainsi que les branches latérales, sinon vous vous perdrez dans les broussailles et les ronces. Je vous exhorte tout simplement à libérer le chemin qui mène à la justice de tout obstacle susceptible de l'entraver.

[208] Ayant énoncé ce que je considère être la démarche appropriée pour statuer sur les demandes fondées sur la *Charte* en contexte administratif, je vais maintenant examiner le principal droit garanti par la *Charte* qui est en jeu dans le présent pourvoi : la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*).

IV. L'alinéa 2*a*) de la *Charte*

[209] La « liberté de conscience et de religion » garantie par l'al. 2*a*) est une partie essentielle de la vie au sein de la société canadienne. Elle protège le droit

2018 SCC 32 (CanLII)

to the most convinced atheist, it protects our right to believe in whatever we choose and to manifest those beliefs without fear of hindrance or reprisal. This freedom shields our most personal beliefs — among those that speak to the core of who we are and how we choose to live our lives — from interference by the state. Given the diversity of beliefs in our society and the manner in which those beliefs are manifested, the breadth of this freedom has the potential to create friction. Resolving this friction in a manner that reflects the purpose of s. 2(*a*) is, on occasion, a necessary exercise.

[210] The friction in this case arises between the religious freedom claimed by TWU and the mandate of the LSBC to regulate the legal profession in the public interest. This requires an analysis of s. 2(*a*) and its role in our jurisprudence. In what follows, I canvass the jurisprudence relative to s. 2(*a*) and I delineate the scope of its protection based on the purposive approach described above. I then have regard to the infringement alleged by the claimants. My conclusion is that the alleged infringement does not fall within the scope of freedom of religion.

A. *The Scope of Section 2(a) of the Charter*

[211] The scope of freedom of religion was first set out by Justice Dickson in *Big M*:

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.
>
> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as

du plus fidèle des croyants et celui du plus convaincu des athées de croire ce qu'ils veulent et de manifester ces croyances sans crainte d'empêchements ou de représailles. Cette liberté protège nos croyances les plus personnelles — celles qui sont au cœur de notre identité et du mode de vie que nous avons choisi — contre toute ingérence de l'État. Compte tenu de la diversité des croyances au sein de notre société et de la façon dont se manifestent ces croyances, l'étendue de cette liberté est susceptible de causer des frictions. Il s'avère nécessaire, à l'occasion, de résoudre ces frictions d'une façon qui reflète l'objet de l'al. 2*a*).

[210] En l'espèce, il existe de telles frictions entre la liberté de religion revendiquée par TWU et le mandat de la LSBC, qui consiste à réglementer la profession juridique dans l'intérêt public. Une analyse de l'al. 2*a*) et de son rôle dans notre jurisprudence s'imposent. Dans ce qui suit, je vais examiner la jurisprudence relative à l'al. 2*a*) et délimiter l'étendue de sa protection, en fonction de l'interprétation téléologique décrite plus tôt. Je vais ensuite me pencher sur l'atteinte alléguée par les demandeurs. J'arrive à la conclusion que l'atteinte alléguée échappe à la portée de la liberté de religion.

A. *La portée de l'al. 2a) de la Charte*

[211] C'est le juge Dickson, dans l'arrêt *Big M*, qui a énoncé pour la première fois la portée de la liberté de religion :

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.
>
> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La

2018 SCC 32 (CanLII)

direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added; pp. 336-37.]

[212] We can draw two conclusions with respect to the nature of religious freedom under s. 2(*a*) from this foundational jurisprudence. The first is that religious freedom is based on the exercise of free will. This is because religion, at its core, involves a profoundly personal commitment to a set of beliefs and to various practices seen as following from those beliefs: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759; *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 39. The focus of religious freedom, then, is personal choice: *Amselem*, at para. 43. Whether this choice aligns with an official religion is not relevant. For the purposes of s. 2(*a*), what matters is that this choice is made freely.

[213] The second conclusion is a corollary of the first: religious freedom is also defined by the absence of constraint. From this perspective, religious freedom aims to protect individuals from interference with their religious beliefs and practices. Its character is noncoercive; its antithesis is coerced conformity. This understanding of religious freedom is rooted in the philosophical tradition that conceives of freedom in terms of the absence of interference with individual choice: see e.g. I. Berlin, *Four Essays on Liberty* (1969), at pp. 15-22. In the jurisprudence, this freedom applies to believers and nonbelievers alike as the *Charter* provides both freedom of religion and freedom from it: *Big M*, at p. 347; *Saguenay*, at para. 70.

coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [Je souligne; p. 336-337.]

[212] Cet arrêt de principe nous permet de tirer deux conclusions en ce qui a trait à la nature de la liberté de religion que garantit l'al. 2*a*). La première est que la liberté de religion repose sur l'exercice du libre arbitre. C'est le cas parce que, fondamentalement, la religion implique un engagement profondément personnel envers un ensemble de croyances et envers diverses pratiques considérées comme découlant de ces croyances : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759; *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 39. L'élément central de la liberté de religion est donc l'exercice du choix personnel : *Amselem*, par. 43. Que ce choix corresponde ou non à une religion officielle n'est pas pertinent. Ce qui importe pour l'application de l'al. 2*a*) est que le choix soit fait librement.

[213] La deuxième conclusion est le corollaire de la première : la liberté de religion se définit également par l'absence de contrainte. Considérée sous cet angle, la liberté de religion vise à protéger les personnes contre les entraves à l'observance de leurs croyances et pratiques religieuses. Elle présente un caractère non coercitif; son antithèse est la conformité par la contrainte. Cette interprétation de la liberté de religion tire son origine de la tradition philosophique qui conçoit la liberté au regard de l'absence d'entraves à la liberté de choisir de l'individu : voir, p. ex., I. Berlin, *Four Essays on Liberty* (1969), p. 15-22. Dans la jurisprudence, cette liberté s'applique aux croyants comme aux incroyants, puisque la *Charte* protège à la fois la liberté de religion et celle de ne pas être contraint d'observer une religion : *Big M*, p. 347; *Saguenay*, par. 70.

2018 SCC 32 (CanLII)

[214] This emphasis on the free choice of the believer is reflected in the jurisprudence. In *Amselem*, for instance, the issue was whether Orthodox Jews could build succahs on the balconies of their condominium apartments for the duration of the Jewish holiday of Succot. Those who managed the apartment buildings opposed this on the basis that it violated bylaws of the condominium. While this case was decided under the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 — which applies to the conduct of private individuals — the Court was explicit in stating that its decision was equally applicable under the Canadian *Charter* (para. 37). Writing for the majority, Justice Iacobucci explained that, at the first stage of the religious freedom analysis, an individual claimant need only demonstrate a sincere adherence to a belief or practice having a nexus with religion (para. 46). The focus of this approach was on the choice of the believer, regardless of whether the belief or practice was recognized by an official religion. Thus, it did not matter whether Orthodox Judaism objectively required the claimants to build individual succahs on their balconies. All that mattered was the claimants' sincere belief in their religious obligation to do so and their choice to act on that belief.

[214] Cette importance accordée à la liberté de choisir du croyant ressort également de la jurisprudence. Dans *Amselem*, par exemple, la question en litige consistait à décider si des Juifs orthodoxes pouvaient construire des souccahs sur les balcons de leurs condominiums pendant la fête religieuse juive du Souccoth. Les gestionnaires de l'immeuble en question s'opposaient à cette pratique, plaidant qu'elle violait les règlements régissant cet immeuble. Bien que cette affaire ait été tranchée en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., c. C-12 — qui s'applique à la conduite des particuliers — la Cour a explicitement indiqué que sa décision était également applicable aux affaires relevant de la *Charte* canadienne (par. 37). S'exprimant au nom des juges majoritaires, le juge Iacobucci a expliqué que, à la première étape de l'analyse de la liberté de religion, le demandeur est uniquement tenu de démontrer qu'il adhère sincèrement à des pratiques ou croyances ayant un lien avec une religion (par. 46). Cette démarche est axée sur le choix du croyant, peu importe que la croyance ou la pratique soit reconnue par une religion officielle. Par conséquent, il importait peu que le judaïsme orthodoxe exige objectivement des demandeurs qu'ils construisent des souccahs individuelles sur leur balcon. Tout ce qui importait était l'existence d'une croyance sincère de la part des demandeurs à l'égard de leur obligation religieuse de le faire, ainsi que le choix de ces derniers d'agir conformément à cette croyance.

[215] The majority decision in *Multani* provides a further example. In that case, the issue was whether Gurbaj Singh Multani, a 13-year-old Sikh boy, could bring his kirpan to school notwithstanding the refusal of the school board to grant him an exemption from its prohibition against bringing weapons to school. As the school board had effectively forced him to choose between "leaving his kirpan at home and leaving the public school system", Multani was only required to show that his "personal and subjective belief in the religious significance of the kirpan" was sincere in order to demonstrate that the decision infringed his rights under s. 2(*a*) (paras. 37-41). The fact that other Sikhs might have compromised on their beliefs when faced with the prohibition was not relevant (para. 39). The only

[215] L'opinion majoritaire exprimée dans l'arrêt *Multani* constitue un autre exemple. Dans cette affaire, il s'agissait de décider si Gurbaj Singh Multani, un garçon sikh de 13 ans, pouvait porter son kirpan à l'école malgré le refus de la commission scolaire de lui accorder une exemption à l'égard de la règle prohibant le port d'armes à l'école. Comme la commission scolaire le contraignait effectivement à choisir entre « laisser son kirpan à la maison ou [. . .] quitter l'école publique », pour établir que cette décision portait atteinte aux droits qui lui sont garantis par l'al. 2*a*), M. Multani était uniquement tenu de prouver que sa « croyance personnelle et subjective en la signification religieuse du kirpan » était sincère (par. 37-41). Le fait que d'autres Sikhs aient pu accepter de faire un compromis quant à leurs

2018 SCC 32 (CanLII)

relevant factor was the personal choice by Multani to adhere to his beliefs.

[216] As a final example, the decision in *Hutterian Brethren* is illustrative. In that case, the Hutterites of Wilson Colony sought an exemption from an Alberta law that required all drivers' licences to display a photograph of the licensee. The members of the Colony sincerely believed that permitting their photo to be taken violated the Second Commandment. Given this belief, the law forced individual Colony members to choose between their freely held religious beliefs and obtaining drivers' licences. Although a majority of this Court ultimately upheld the provincial law, the entire Bench accepted that it infringed s. 2(*a*).

[217] This focus on the individual choice of believers does not detract from the communal aspect of religion. For many religions, community is critical to manifesting faith. Whether through communal worship, religious education, or good works, the community is often the public face of religion. In other words, it is how the religion engages with the world. To borrow from Justice Sachs then of the South African Constitutional Court:

Certain religious sects do turn their back on the world, but many major religions regard it as part of their spiritual vocation to be active in the broader society. Not only do they proselytise through the media and in the public square, religious bodies play a large part in public life, through schools, hospitals and poverty relief. They command ethical behaviour from their members and bear witness to the exercise of power by State and private agencies; they promote music, art and theatre; they provide halls for community activities, and conduct a great variety of social activities for their members and the general public. They are part of the fabric of public life, and constitute active elements of the diverse and pluralistic nation contemplated by the Constitution. Religion is not just a question of belief

croyances en présence d'une telle interdiction n'était pas pertinent (par. 39). Le seul facteur pertinent était le choix personnel de M. Multani de se conformer à ses croyances.

[216] Comme dernier exemple, l'arrêt *Hutterian Brethren* illustre bien cette question. Dans cette affaire, les huttérites de la colonie Wilson ont demandé à être exemptés de l'application d'une loi albertaine exigeant que tous les permis de conduire comportent la photo de leur titulaire. Les membres de la colonie croyaient sincèrement que la prise de leur photo violait le second commandement. Du fait de cette croyance, la loi contraignait les membres de la colonie, sur une base individuelle, à choisir entre les croyances religieuses auxquelles ils adhéraient librement et l'obtention d'un permis de conduire. Bien que les juges majoritaires de la Cour aient en définitive confirmé la validité de la loi provinciale, tous les membres de la formation s'accordaient pour dire qu'elle portait atteinte à l'al. 2*a*).

[217] Cette importance accordée au libre choix individuel des croyants n'atténue en rien l'aspect collectif de la religion. Dans beaucoup de religions, la communauté est essentielle à la manifestation de la foi. Que ce soit au travers de pratiques de nature collective — culte, éducation religieuse ou bonnes œuvres —, la communauté est souvent le visage public de la religion. Autrement dit, c'est de cette façon que la religion interagit avec le monde. Je me permets de reprendre les propos suivants du juge Sachs, alors membre de la Cour constitutionnelle de l'Afrique du Sud :

[TRADUCTION] Certaines sectes religieuses tournent effectivement le dos au monde, mais bon nombre de grandes religions considèrent que le fait pour leurs membres d'être actifs dans la société en général fait partie intégrante de leur vocation spirituelle. Non seulement des organismes religieux font-ils du prosélytisme dans les médias ou sur les places publiques, mais ils jouent un rôle considérable dans la vie publique, dans les écoles, les hôpitaux et le secteur de la lutte contre la pauvreté. Ils exigent de leurs membres qu'ils aient un comportement éthique et qu'ils respectent l'exercice par les organismes étatiques et privés de leurs pouvoirs; ils font la promotion de la musique, de l'art et du théâtre; ils disposent de salles servant à des activités à caractère social, et organisent un large éventail

2018 SCC 32 (CanLII)

or doctrine. It is part of a way of life, of a people's temper and culture. [Footnotes omitted.]

(*Christian Education South Africa v. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757, at para. 33)

[218] This communal aspect of religion is recognized in our jurisprudence. As Justice LeBel stated in *Hutterian Brethren*, "[r]eligion is about religious beliefs, but also about religious relationships" (para. 182). This dimension of religious freedom was central to the decision of this Court in *Loyola*, where the majority held that "[r]eligious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions" (para. 60). In this respect, I agree with the majority that "[t]he ability of religious adherents to come together and create cohesive communities of belief and practice is an important aspect of religious freedom under s. 2(*a*)": M.R., at para. 64.

[219] While acknowledging this communal aspect, I underscore that religious freedom is premised on the personal volition of individual believers. Although religious communities may adopt their own rules and membership requirements, the foundation of the community remains the voluntary choice of individual believers to join together on the basis of their common faith. Therefore, in the context of this appeal, I would decline to find that TWU, as an institution, possesses rights under s. 2(*a*). I note that, even if TWU did possess such rights, these would not extend beyond those held by the individual members of the faith community. For the remainder of the analysis, I will employ the term "claimants"

d'activités sociales à l'intention de leurs membres et du grand public. Ils font partie du tissu des relations sociales et constituent des éléments actifs de la nation diverse et pluraliste envisagée par la Constitution. La religion n'est pas seulement une question de croyances ou de doctrines. Elle fait partie d'un mode de vie, elle est un aspect du tempérament et de la culture d'un peuple. [Notes en bas de page omises.]

(*Christian Education South Africa c. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757, par. 33)

[218] La jurisprudence de la Cour reconnaît cet aspect collectif de la religion. Comme l'a affirmé le juge LeBel dans *Hutterian Brethren*, « [l]a religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux » (par. 182). Cette dimension de la liberté de religion a constitué un aspect central de la décision de la Cour dans *Loyola*, où les juges majoritaires ont conclu que « [l]a liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives » (par. 60). À cet égard, je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que « [l]a capacité des fidèles de se rassembler et de créer des communautés de croyance et de pratique qui se caractérisent par leur cohésion est un aspect important de la liberté de religion garantie par l'alinéa 2*a*) » : M.M., par. 64.

[219] Quoique je reconnaisse cet aspect collectif, je souligne que la liberté de religion repose sur l'exercice par chaque croyant de sa volonté personnelle. Même si les communautés religieuses peuvent adopter leurs propres règles de fonctionnement et conditions d'adhésion, l'assise de la communauté demeure le choix volontaire que font les croyants, individuellement, de se regrouper sur la base de leur foi commune. Par conséquent, dans le contexte du présent pourvoi, je refuse de conclure que TWU possède, en tant qu'institution, des droits garantis par l'al. 2*a*). Je ferais remarquer que, même si TWU possédait effectivement de tels droits, ceux-ci ne seraient pas plus étendus que ceux que possèdent,

2018 SCC 32 (CanLII)

to refer to the individual claimants in this appeal: Mr. Volkenant and other members of the evangelical Christian community at TWU. This excludes TWU as an institution.

[220] To summarize, our jurisprudence defines the protection of s. 2(*a*) as extending to the freedom of individuals to believe in whatever they choose and to manifest those beliefs. While s. 2(*a*) recognizes the communal aspects of religion, its protection remains predicated on the exercise of free will by individuals — namely, the choice of each believer to adhere to the tenets of his or her faith.

B. *The Alleged Infringement of Section 2(a)*

[221] The claimants in this appeal argue that the decision of the LSBC infringes s. 2(*a*) because it interferes with their ability to attend an accredited law school at TWU with its mandatory Covenant. For the claimants, the Covenant is integral to their religious identity; it provides the basis for living and learning within an academic community based on the tenets of evangelical Christianity. The LSBC, however, found that the Covenant's mandatory proscription of certain forms of sexual intimacy conflicted with its mandate to regulate the legal profession in the public interest. The issue is whether the LSBC infringed s. 2(*a*) by refusing to accredit the proposed law school at TWU on this basis.

[222] To establish an infringement of freedom of religion, the claimants must demonstrate that (1) they sincerely believe in a practice or belief that has a nexus with religion, and that (2) the impugned state conduct interferes, in a manner that is nontrivial or not insubstantial, with their ability to act in accordance with that practice or belief: *Amselem*, at para. 62; *Multani*, at para. 34; *Ktunaxa*, at para. 68.

individuellement, les membres de la communauté religieuse. Pour la suite de l'analyse, je vais employer le mot « demandeurs » pour désigner les différents demandeurs au présent pourvoi, soit M. Volkenant et les autres membres de la communauté chrétienne évangélique à TWU. Ce terme exclut TWU en tant qu'institution.

[220] Pour résumer, selon la jurisprudence de notre Cour, l'al. 2*a*) protège la liberté de chaque personne d'adhérer aux croyances de son choix et de les manifester. Bien que l'al. 2*a*) tienne compte des aspects collectifs de la religion, sa protection demeure axée sur l'exercice par chaque individu de son libre arbitre— c'est-à-dire la décision de chaque croyant d'adhérer aux préceptes de sa foi.

B. *L'atteinte à l'al. 2a) reprochée*

[221] Dans le présent pourvoi, les demandeurs soutiennent que la décision de la LSBC porte atteinte à l'al. 2*a*), du fait qu'elle les empêche de fréquenter, à TWU, une faculté de droit agréée dotée du *Covenant* obligatoire. Pour les demandeurs, le *Covenant* fait partie intégrante de leur identité religieuse; il jette les assises de la vie et de l'apprentissage au sein d'une communauté universitaire adhérant aux préceptes du christianisme évangélique. Cependant, la LSBC a conclu que la proscription impérative par le *Covenant* de certaines formes d'intimité sexuelle allait à l'encontre de son propre mandat, qui consiste à réglementer la profession juridique dans l'intérêt public. Il s'agit de savoir si la LSBC a porté atteinte à l'al. 2*a*) en refusant, pour cette raison, d'agréer la faculté de droit proposée par TWU.

[222] Pour démontrer l'existence d'une atteinte à la liberté de religion, les demandeurs doivent établir (1) qu'ils croient sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'ils reprochent à l'État entrave d'une manière plus que négligeable ou insignifiante leur capacité de se conformer à cette pratique ou croyance : *Amselem*, par. 62; *Multani*, par. 34; *Ktunaxa*, par. 68.

2018 SCC 32 (CanLII)

(1) Sincerity

[223] The first step of the infringement analysis requires the claimant to demonstrate that "he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion": *Multani*, at para. 34; *Amselem*, at para. 56; *Ktunaxa*, at para. 68. As this Court specified in *Multani*, "[t]he fact that different people practise the same religion in different ways does not affect the validity of the case of a person alleging that his or her freedom of religion has been infringed. What an individual must do is show that he or she sincerely believes that a certain belief or practice is required by his or her religion" (para. 35 (emphasis added)). This religious belief or practice must be asserted in good faith and must not be fictitious, capricious, or an artifice: *Amselem*, at para. 52; *Multani*, at para. 35.

[224] The assessment of sincerity requires a precise understanding of the belief or practice at issue. In this appeal, the belief at issue is grounded in TWU's religious roots. Founded in 1962 by the Evangelical Free Church, TWU has always sought to provide its students with an education grounded in the values and philosophy of evangelical Christianity. Since 1969, the *Trinity Western University Act* has authorized TWU "to provide for young people of any race, colour, or creed university education in the arts and sciences with an underlying philosophy and viewpoint that is Christian": *Trinity Western University Act*, S.B.C. 1969, c. 44, s. 3(2).

[225] Part of the religious philosophy espoused by TWU includes a strong opposition to all forms of sexual intimacy outside of heterosexual marriage. This belief is reflected in the Covenant, which embodies the evangelical Christian values to which TWU is committed. Regardless of their personal beliefs, all TWU students must read and abide by the terms of the Covenant in order to attend the university.

[226] At this point, it is useful to set out which beliefs and practices are clearly *not* at issue. The decision of the LSBC does not interfere with the claimants' freedom to believe that sexual intimacy

(1) Sincérité

[223] À la première étape de l'analyse relative à l'atteinte, le demandeur doit démontrer « qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion » : *Multani*, par. 34; *Amselem*, par. 56; *Ktunaxa*, par. 68. Comme l'a précisé notre Cour dans l'arrêt *Multani*, « [l]e fait que plusieurs personnes pratiquent la même religion de façon différente n'invalide pas pour autant la demande de celui qui allègue une violation à sa liberté de religion. Ce qui importe, c'est que cette personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique » (par. 35 (je souligne)). Cette croyance ou pratique doit être avancée de bonne foi, elle ne doit pas être fictive ou arbitraire, et elle ne doit pas constituer un artifice : *Amselem*, par. 52; *Multani*, par. 35.

[224] Pour évaluer la sincérité, il importe de bien comprendre la croyance ou la pratique en cause. La croyance visée en l'espèce découle des origines religieuses de TWU. Fondée en 1962 par l'Église évangélique libre, TWU a toujours cherché à assurer à ses étudiants un enseignement fondé sur les valeurs et la philosophie du christianisme évangélique. Depuis 1969, TWU est légalement autorisée à [TRADUCTION] « offrir aux jeunes de toute race, couleur ou croyance une formation universitaire dans le domaine des arts et des sciences reposant sur une philosophie et une perspective chrétiennes » : *Trinity Western University Act*, S.B.C. 1969, c. 44, par. 3(2).

[225] La philosophie religieuse adoptée par TWU préconise notamment une vive opposition à toute forme d'intimité sexuelle en dehors du mariage hétérosexuel. Cette croyance est exprimée dans le *Covenant*, lequel incarne les valeurs chrétiennes évangéliques qui sont chères à TWU. Quelles que soient leurs croyances personnelles, tous les étudiants doivent lire et observer les conditions du *Covenant* pour être admis à fréquenter cette université.

[226] À ce stade-ci, il est utile de préciser les croyances et pratiques qui *ne* sont manifestement *pas* en jeu. La décision de la LSBC ne fait pas entrave à la liberté des demandeurs de croire que l'intimité

2018 SCC 32 (CanLII)

outside heterosexual marriage "violates the sacredness of marriage between a man and a woman": TWU Covenant, A.R., vol. III, at p. 403. The claimants remain free to hold this belief.

[227] Similarly, the LSBC does not interfere with the claimants' ability to act in accordance with their beliefs about sexual intimacy. Unlike the claimants in *Multani* and *Hutterian Brethren*, for instance, Mr. Volkenant and other members of the evangelical Christian community at TWU remain free to act according to their religious beliefs in that they can personally abide by the Covenant's proscription against sexual intimacy that "violates the sacredness of marriage between a man and a woman".

[228] What, then, is the religious belief or practice at issue? In my view, it relates to the religious proscription of sexual intimacy outside heterosexual marriage and the importance of imposing this proscription on all students attending the proposed law school at TWU. As the majority has stated, by creating an academic environment where their faith is not constantly tested, the mandatory Covenant "makes it easier" for the claimants to act according to their beliefs: M.R., at para. 72. It ensures that all students are obliged to obey "the Authority of Scripture": M.R., at para. 71. This, in turn, "helps create an environment in which TWU students can grow spiritually": M.R., at para. 71.

[229] By virtue of being denied the opportunity of attending an accredited law school with a mandatory covenant, the claimants allege that the LSBC has infringed (1) their belief in the importance of attending an accredited law school with a mandatory covenant and, (2) more importantly, their capacity to act in accordance with that belief by attending the proposed law school at TWU: R.F., at para. 96.

[230] This stage of the analysis therefore turns on the sincerity of the claimants' belief in the importance of attending the proposed law school with its

sexuelle en dehors du mariage hétérosexuel [TRADUCTION] « viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme » : *Covenant* de TWU, d.a., vol. III, p. 403. Les demandeurs demeurent libres de maintenir une telle croyance.

[227] De même, la LSBC ne fait pas entrave à la capacité des demandeurs de se conformer à leurs croyances en matière d'intimité sexuelle. Contrairement aux demandeurs dans les affaires *Multani* et *Hutterian Brethren*, par exemple, M. Volkenant et les autres membres de la communauté chrétienne évangélique de TWU demeurent libres d'agir selon leurs croyances religieuses en ce qu'ils peuvent personnellement se conformer à la proscription établie par le *Covenant* à l'égard de toute intimité sexuelle qui [TRADUCTION] « viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme ».

[228] Quelle est donc alors la croyance ou pratique religieuse en cause? Selon moi, il s'agit de la proscription religieuse de toute intimité sexuelle en dehors du mariage hétérosexuel et de l'importance d'imposer cette proscription à tous les éventuels étudiants de la faculté de droit proposée par TWU. Comme l'ont indiqué les juges majoritaires, en créant un milieu universitaire où la foi des demandeurs n'est pas constamment mise à l'épreuve, le *Covenant* obligatoire « fait en sorte qu'il est plus facile » pour ceux-ci d'agir en conformité avec leurs croyances : M.M., par. 72. Il fait en sorte que tous les étudiants sont tenus d'obéir aux « commandements des Écritures » : M.M., par. 71, situation qui « contribue donc à créer un milieu dans lequel les étudiants de TWU peuvent croître spirituellement » : M.M., par. 71.

[229] Les demandeurs prétendent qu'en leur refusant la possibilité de fréquenter une faculté de droit agréée dotée d'un covenant obligatoire la LSBC a porté atteinte (1) à leur croyance en l'importance de fréquenter une faculté de droit dotée d'un tel covenant et (2), plus important encore, à leur capacité d'agir conformément à cette croyance en fréquentant la faculté de droit proposée par TWU : m.i., par. 96.

[230] Par conséquent, cette étape-ci de l'analyse s'attache à la sincérité de la croyance des demandeurs en l'importance de fréquenter la faculté de droit

2018 SCC 32 (CanLII)

mandatory Covenant. The majority concludes that it "is clear from the record that evangelical members of TWU's community sincerely believe that studying in a community defined by religious beliefs in which members follow particular religious rules of conduct contributes to their spiritual development": M.R., at para. 70.

[231] With respect, I question whether this conclusion misses the mark. Does it suffice for the purposes of s. 2(*a*) that the claimants sincerely believe that studying in a community defined by religious beliefs *contributes* to their spiritual development (M.R., at para. 70)? Or must the claimants rather show that they sincerely believe that doing so is a practice required by their religion (*Multani*, at para. 35)? The claimants have argued the former on the basis that the jurisprudence only requires that they have a belief that "calls for a particular line of conduct", irrespective of whether that practice is "mandatory or perceived-as-mandatory": R.F., at para. 94, quoting *Amselem*, at paras. 47 and 56.

[232] A careful reading of the jurisprudence does not support the claimants' position in this appeal. As this Court set out in *Amselem*, the question of whether a belief or practice is objectively required by official religious dogma is irrelevant (para. 47). It suffices that the claimant demonstrate a sincere belief, "having a nexus with religion, which calls for a particular line of conduct", irrespective of whether that "practice or belief is required by official religious dogma or is in conformity with the position of religious officials": *Amselem*, at para. 56 (emphasis added). All that matters, then, is that the claimant sincerely believes that their religion compels them to act, regardless of whether that line of conduct is "objectively or subjectively obligatory": *Amselem*, at para. 56. This is reflected in *Multani*, which states that all "an individual must do is show that he or she sincerely believes that a certain belief or practice is required by his or her religion" (para. 35 (emphasis added)).

proposée avec un covenant obligatoire. Les juges majoritaires arrivent à la conclusion qu'il « ressort clairement du dossier que les membres évangéliques de la communauté de TWU croient sincèrement que le fait d'étudier au sein d'une communauté définie par des croyances religieuses où les membres suivent certaines règles de conduite à caractère religieux contribue à leur développement spirituel » : M.M., par. 70.

[231] Avec égards, je me demande si cette conclusion ne rate pas la cible. Est-il suffisant, pour l'application de l'al. 2*a*) de la *Charte*, que les demandeurs croient sincèrement que le fait d'étudier au sein d'une communauté définie par des croyances religieuses *contribue* à leur croissance spirituelle (M.M., par. 70)? Ou est-ce que les demandeurs devraient plutôt être tenus de démontrer qu'ils croient sincèrement qu'étudier dans un tel milieu constitue une pratique que leur religion leur impose (*Multani*, par. 35)? Les demandeurs ont plaidé la première thèse, au motif que, suivant la jurisprudence, il suffit qu'ils adhèrent à une croyance qui « requiert une conduite particulière », peu importe que cette pratique soit « obligatoire ou perçue comme telle » : m.i., par. 94, citant *Amselem*, par. 47 et 56.

[232] Il ressort d'un examen attentif de la jurisprudence que celle-ci n'appuie pas la thèse des demandeurs dans le présent pourvoi. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Amselem*, il n'est pas pertinent de savoir si la croyance ou la pratique est objectivement prescrite par un dogme religieux officiel (par. 47). Il suffit que le demandeur prouve qu'il possède une croyance sincère, « qui est liée à la religion et requiert une conduite particulière », et ce, que cette croyance ou pratique « soit ou non requise par un dogme religieux officiel ou conforme à la position de représentants religieux » : *Amselem*, par. 56 (je souligne). À mon avis, la seule chose qui importe est que le demandeur croie sincèrement que sa religion le contraint à agir, indépendamment du fait que cette conduite soit « objectivement ou subjectivement obligatoire » : *Amselem*, par. 56. Cette conclusion est reprise dans l'arrêt *Multani*, où il est écrit que tout « ce qui importe, c'est que [la] personne démontre qu'elle croit sincèrement que sa religion lui impose une certaine croyance ou pratique » (par. 35 (je souligne)).

2018 SCC 32 (CanLII)

[233] If this reading is correct, then much of the affidavit evidence relied on by my colleagues undermines the view that the claimants have advanced a sincere belief or practice that is required by their religion. The majority states that "the limitation in this case is of minor significance because a mandatory covenant is, on the record before us, not absolutely required for the religious practice at issue": M.R., at para. 87. It explains that "the interference in this case is limited because the record makes clear that prospective TWU law students view studying law in a learning environment infused with the community's religious beliefs as preferred (rather than necessary) for their spiritual growth": M.R., at para. 88. This evidence should have been considered as part of the infringement analysis because it runs counter to the claimants showing that they sincerely believe that their religious beliefs require a certain practice, per *Multani*, at para. 35.

[234] With respect, I do not see how the majority can have it both ways. The logic of their position seems to come down to this: the claimants have a preference for a practice that is not required, but is nonetheless protected by s. 2(*a*); however, as the practice is not required, but only preferred, its infringement is of little consequence. In my view, this analysis reflects an overbroad delineation of the right, leading to the infringement being justified too readily.

[235] Despite this concern, I proceed on the assumption that the claimants sincerely believe in the importance of studying in an environment where all students abide by the Covenant. For the purposes of my analysis, I will assume that the first stage of the analysis is satisfied.

[233] Si cette interprétation est juste, les témoignages par voie d'affidavit sur lesquels s'appuient mes collègues jettent pour la plupart de sérieux doutes sur l'opinion selon laquelle les demandeurs ont fait valoir une croyance ou une pratique sincère requise par leur religion. Les juges de la majorité affirment que « la restriction en l'espèce est d'importance mineure parce que, selon le dossier dont nous disposons, il n'est pas absolument nécessaire d'adhérer à un covenant obligatoire pour se livrer à la pratique religieuse en cause » : M.M., par. 87. Ils expliquent que « l'atteinte en l'espèce est limitée parce qu'il ressort clairement du dossier que les éventuels étudiants en droit de TWU considèrent qu'il est préférable (plutôt que nécessaire) pour leur croissance spirituelle d'étudier le droit dans un milieu d'apprentissage imprégné des croyances religieuses de la communauté » : M.M., par. 88. Cette preuve aurait dû être prise en compte dans le cadre de l'analyse relative à l'atteinte, puisqu'elle va à l'encontre de la prétention des demandeurs selon laquelle ils croient sincèrement que leurs croyances religieuses commandent l'observance d'une certaine pratique : *Multani*, par. 35.

[234] Soit dit en tout respect, je ne vois pas comment les juges majoritaires peuvent affirmer une chose et son contraire. La logique derrière leur raisonnement semble être la suivante : les demandeurs manifestent une préférence pour une pratique qui n'est pas requise, mais qui est néanmoins protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*; toutefois, comme cette pratique n'est pas requise, mais constitue plutôt une préférence, l'atteinte qui y est portée a peu d'incidence. J'estime que cette analyse reflète une délimitation trop large du droit en cause, ce qui amène à conclure trop aisément à la justification de l'atteinte.

[235] Malgré cette préoccupation, je vais néanmoins poursuivre en supposant que les demandeurs croient sincèrement qu'il est important d'étudier dans un milieu où tous les étudiants se conforment au *Covenant*. Pour les besoins de mon examen, je vais supposer que la première étape de l'analyse est franchie.

2018 SCC 32 (CanLII)

(2) Interference

[236] The second stage requires an objective analysis of the interference caused by the impugned state action. This interference must be more than trivial or insubstantial: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 314; *Edwards Books*, at p. 759; *Saguenay*, at para. 85; *Ktunaxa*, at para. 70. In this case, the claimants must show that the decision of the LSBC is capable of interfering with their belief in the importance of attending law school with a mandatory covenant or with their capacity to act in accordance with that belief by attending the proposed law school at TWU.

[237] In essence, the claimants have argued that the LSBC has interfered with their ability to study law in an academic environment where all students are required to abide by a set religious code of conduct. For the claimants, the rules set out in the Covenant — and, in particular, the proscription against sexual intimacy outside heterosexual marriage — must be applied to all students who attend law school at TWU. Their argument is that the refusal of the LSBC to accredit the proposed law school on this basis infringes their rights under s. 2(*a*). Thus, the claimants seek the protection of s. 2(*a*) not only for their own beliefs and the right to abide by them. They seek the protection of s. 2(*a*) for their effort to ensure that all students attending TWU abide by these beliefs — regardless of whether they personally share them.

[238] The majority implicitly accepts this when it writes that "[t]he Covenant is a commitment to enforcing a religiously-based code of conduct, not just in respect of one's own behaviour, but also in respect of other members of the TWU community. The effect of the mandatory Covenant is to restrict the conduct of others": M.R., at para. 99 (citation omitted; emphasis deleted).

(2) L'entrave

[236] La seconde étape consiste à procéder à une analyse objective de l'entrave causée par la mesure étatique contestée. Cette entrave doit être plus que négligeable ou insignifiante : *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, p. 314; *Edwards Books*, p. 759; *Saguenay*, par. 85; *Ktunaxa*, par. 70. Dans l'affaire qui nous intéresse, les demandeurs doivent prouver que la décision de la LSBC est susceptible d'entraver le respect de leur croyance en l'importance de fréquenter une faculté de droit dotée d'un covenant obligatoire ou leur capacité de se conformer à cette croyance en fréquentant la faculté de droit proposée par TWU.

[237] Essentiellement, les demandeurs plaident que la LSBC entrave leur capacité d'étudier le droit dans un milieu d'apprentissage où tous les étudiants sont tenus de respecter un code de conduite religieux déterminé. Les demandeurs estiment que les règles prescrites par le *Covenant* — plus particulièrement la proscription de l'intimité sexuelle en dehors du mariage entre un homme et une femme — doivent s'appliquer à tous les étudiants de la faculté de droit de TWU. Leur argument consiste à dire que la décision de la LSBC de refuser, pour ce motif, d'agréer la faculté de droit proposée par TWU porte atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il s'ensuit que les demandeurs n'invoquent pas la protection de l'al. 2*a*) uniquement à l'égard de leurs propres croyances et de leur droit de se conformer à ces croyances. Ils sollicitent également la protection de cet alinéa au soutien de leurs efforts en vue d'assurer l'observance de ces croyances par tous les étudiants fréquentant TWU — que ceux-ci partagent personnellement ou non ces croyances.

[238] Les juges majoritaires reconnaissent implicitement ce qui précède lorsqu'ils écrivent que « [l]e *Covenant* est un engagement à assurer le respect d'un code de conduite fondé sur des croyances religieuses, à l'égard non seulement de son propre comportement, mais aussi de celui des autres membres de la communauté de TWU [. . .] Le *Covenant* obligatoire a pour effet de limiter la conduite d'autrui » : M.M., par. 99 (référence omise; italique omis).

2018 SCC 32 (CanLII)

[239] This is where the proper delineation of the scope of s. 2(*a*) comes into play. As discussed, the freedom of religion protected by s. 2(*a*) is premised on two principles: the exercise of free will and the absence of constraint. Where the protection of s. 2(*a*) is sought for a belief or practice that constrains the conduct of nonbelievers — in other words, those who have freely chosen *not* to believe — the claim falls outside the scope of the freedom. In other words, interference with such a belief or practice is not an infringement of s. 2(*a*) because the coercion of nonbelievers is not protected by the *Charter*.

[239] C'est à ce stade-ci que la délimitation adéquate de la portée de l'al. 2*a*) entre en jeu. Comme il a été expliqué plus tôt, la liberté de religion protégée par cet alinéa repose sur deux principes : l'exercice du libre arbitre et l'absence de contrainte. Lorsque la demande sollicite la protection de l'al. 2*a*) de la *Charte* à l'égard d'une croyance ou pratique qui impose des contraintes à la conduite d'incroyants — c'est-à-dire des personnes qui ont délibérément choisi de *ne pas* croire —, cette demande échappe à la portée de la liberté de religion. En d'autres termes, une entrave à l'observance d'une telle croyance ou pratique ne constitue pas une atteinte à l'al. 2*a*), étant donné que le fait d'exercer de la coercition à l'endroit d'incroyants n'est pas protégé par la *Charte*.

[240] On the record before us, the student body at TWU is not coextensive with the religious community of evangelical Christians who attend TWU. Although TWU teaches from a Christian perspective, its statutory mandate requires that its admissions policy not be restricted to Christian students. To the contrary, TWU admits students from all faiths and permits them to hold diverse opinions on moral, ethical, and religious issues. TWU itself states that it is open to "all students who qualify for admission, recognizing that not all affirm the theological views that are vital to the University's Christian identity": TWU Covenant, A.R., vol. III, at p. 405.

[240] Au vu du dossier dont nous disposons, le corps étudiant de TWU n'est pas composé uniquement de chrétiens évangéliques. Bien que TWU offre son enseignement dans une perspective chrétienne, la mission que lui confie la loi lui interdit de limiter l'admission à ses programmes aux seuls étudiants chrétiens. Au contraire, TWU accueille des étudiants de toutes les confessions et leur permet d'avoir des opinions diverses à l'égard de questions morales, éthiques et religieuses. TWU déclare elle-même être ouverte à [TRADUCTION] « tous les étudiants admissibles, tout en reconnaissant que les étudiants ne souscrivent pas tous aux opinions théologiques qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité chrétienne de l'université » : *Covenant* de TWU, d.a., vol. III, p. 405.

[241] This speaks to the argument that TWU is not for everyone. To the contrary, TWU, by virtue of its enabling statute, *literally* is for everyone. Its aim is to "provide for young people of any race, colour, or creed university education in the arts and sciences with an underlying philosophy and viewpoint that is Christian": *Trinity Western University Act*, s. 3(2). Accordingly, TWU must open the doors of its proposed law school to members of other religions as well as to nonbelievers.

[241] Voilà qui répond à l'argument selon lequel TWU n'est pas une institution pour tous. Au contraire, de par sa loi constitutive, TWU est *littéralement* ouverte à tous. Elle vise à [TRADUCTION] « offrir aux jeunes de toute race, couleur ou croyance une formation universitaire dans le domaine des arts et des sciences reposant sur une philosophie et une perspective chrétiennes » : *Trinity Western University Act*, par. 3(2). Par conséquent, TWU doit ouvrir les portes de la faculté de droit qu'elle se propose de créer aux adeptes d'autres religions ainsi qu'aux incroyants.

[242] The claimants seek to square this circle by requiring adherence to the Covenant by all who attend the proposed law school. Their attempt to do so is not protected by the *Charter*. This is because — by

[242] Les demandeurs tentent de remédier à ce paradoxe en obligeant tous les éventuels étudiants de la faculté de droit proposée à se conformer au *Covenant*. Ce qu'ils tentent de faire n'est pas protégé

2018 SCC 32 (CanLII)

means of the mandatory Covenant — the claimants seek to require others outside their religious community to conform to their religious practices. I can find no decision by this Court to the effect that s. 2(*a*) protects such a right to impose adherence to religious practices on those who do not voluntarily adhere thereto.

[243] Almost every decision of this Court finding an infringement of s. 2(*a*) involves some interference with the *personal* capacity of rights claimants to adhere to their beliefs or practices. In these cases, claimants were either personally compelled to comply with a rule or decision that conflicted with their beliefs, or they were forced to compromise in their personal capacity to act upon them: *Big M*; *Edwards Books*; *Ross*; *Amselem*; *Multani*; *Hutterian Brethren*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Saguenay*.

[244] There are three possible exceptions to this, none of which undermine the principles set out above. The first is *B. (R.)*. In that case, a majority found that the decision of parents to prohibit doctors from giving their infant daughter a blood transfusion was protected by s. 2(*a*) because the decision was motivated by their religious beliefs as Jehovah's Witnesses. Writing for the majority, Justice La Forest held that the right of parents to choose the medical treatment of their children in accordance with their religion was a "fundamental aspect of freedom of religion" (para. 105). He consequently found that the statutory procedure that had allowed the doctors to override the parents' wishes infringed s. 2(*a*), only to find that this limit could be justified under s. 1. Writing for themselves and two others, Justices Iacobucci and Major found that the statute did not infringe s. 2(*a*) on the basis that "a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child" (para. 225).

par la *Charte*, car ils cherchent — au moyen du *Covenant* obligatoire — à contraindre des personnes n'appartenant pas à leur communauté religieuse à se conformer à leurs pratiques religieuses. Je ne trouve aucune décision de la Cour portant que l'al. 2*a*) protège le droit d'imposer l'observance de pratiques religieuses à des personnes qui n'adhèrent pas volontairement aux pratiques en question.

[243] Dans presque tous les arrêts où la Cour a conclu à l'existence d'une atteinte à un droit garanti par l'al. 2*a*), il y avait une forme d'entrave à la capacité *personnelle* des requérants d'observer leurs croyances ou pratiques. Dans ces affaires, ou bien les requérants étaient contraints personnellement de respecter une règle ou une décision contraire à leurs croyances, ou bien ils étaient forcés à faire des compromis relativement à leur capacité personnelle d'agir selon ces croyances : *Big M*; *Edwards Books*; *Ross*; *Amselem*; *Multani*; *Hutterian Brethren*; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Saguenay*.

[244] Il existe trois possibles exceptions, mais aucune n'ébranle les principes énoncés précédemment. Dans la première, *B. (R.)*, les juges majoritaires ont conclu que la décision prise par des parents d'interdire aux médecins de procéder à une transfusion sanguine sur leur fille en bas âge était protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* parce que leur décision était motivée par leurs croyances en tant que Témoins de Jéhovah. S'exprimant au nom de la majorité, le juge La Forest a conclu que le droit des parents de choisir les traitements médicaux de leurs enfants conformément à leur religion était un « aspect [. . .] fondamental de la liberté de religion » (par. 105). Il a par conséquent jugé que la procédure prévue par la loi qui avait autorisé les médecins à passer outre à la volonté des parents portait atteinte à l'al. 2*a*) de la *Charte*, concluant toutefois que la limite ainsi imposée à leur droit était justifiée au regard de l'article premier. S'exprimant en leur nom et au nom de deux autres juges, les juges Iacobucci et Major ont pour leur part conclu que la mesure législative en cause ne portait pas atteinte à l'al. 2*a*), puisque « la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie » (par. 225).

2018 SCC 32 (CanLII)

[245] The majority in *B. (R.)* relies on both parental rights and freedom of religion to find an infringement of s. 2(*a*). Unlike the claimants in this appeal, the claimants in *B. (R.)* had an independent legal basis on which they could seek to impose their beliefs on their child — namely, their rights as parents. It goes without saying that the claimants in this appeal have no such rights over those upon whom they seek to impose their beliefs.

[246] The second possible exception is *Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772 ("*TWU 2001*"). In that case, the British Columbia College of Teachers ("BCCT") refused to allow TWU to take full responsibility for its teacher education program, which had, until then, been run jointly with Simon Fraser University. In withholding its approval, the BCCT was concerned with the downstream impact of the TWU Community Standards — that is, with the possibility that teachers trained at TWU would perpetuate discriminatory beliefs in the classroom.

[247] For the majority, Justices Iacobucci and Bastarache found that the issue at the heart of the appeal was "how to reconcile the religious freedoms of individuals wishing to attend TWU with the equality concerns of students in B.C.'s public school system": *TWU 2001*, at para. 28. Although they found that "[t]here is no denying that the decision of the BCCT places a burden on members of a particular religious group" (para. 32), they did not expressly find an infringement of ss. 2(*a*) or 15(1) nor did they conduct an analysis under s. 1. Rather, they found that "any potential conflict should be resolved through the proper delineation of the rights and values involved" given that "[n]either freedom of religion nor the guarantee against discrimination based on sexual orientation is absolute" (para. 29). In resolving this conflict, the majority focused on the concern of the BCCT that the beliefs stated in the Community Standards pertaining to homosexuality would be transmitted to the public school system. Absent specific evidence of discrimination by TWU

[245] Dans cet arrêt, les juges majoritaires s'appuient à la fois sur les droits parentaux et sur la liberté de religion pour conclure à l'existence d'une atteinte à l'al. 2*a*). Contrairement aux demandeurs dans le présent pourvoi, les demandeurs dans l'affaire *B. (R.)* disposaient d'un fondement juridique autonome pour tenter d'imposer leurs croyances à leur enfant — à savoir leurs droits en tant que parents. Il va sans dire qu'en l'espèce les demandeurs ne disposent d'aucun droit de la sorte à l'égard des personnes à qui ils tentent d'imposer leurs croyances.

[246] La deuxième exception possible est l'arrêt *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 (« *TWU 2001* »), où le British Columbia College of Teachers (« BCCT ») refusait à TWU l'autorisation d'assumer l'entière responsabilité du programme de formation des enseignants qu'elle gérait jusque-là conjointement avec l'université Simon Fraser. Le BCCT a refusé l'autorisation, car il craignait les répercussions en aval des *Community Standards* (« Normes communautaires ») de TWU — c'est-à-dire le risque que les enseignants formés dans cette université perpétuent des croyances discriminatoires en salle de classe.

[247] S'exprimant pour la majorité, les juges Iacobucci et Bastarache sont arrivés à la conclusion que la question litigieuse au cœur du pourvoi consistait à décider « comment concilier les libertés religieuses d'individus qui souhaitent fréquenter [TWU] avec les préoccupations d'égalité des élèves du système scolaire public de la Colombie-Britannique » : *TWU 2001*, par. 28. Bien que les juges aient statué qu'il « est indéniable que la décision du BCCT impose un fardeau aux membres d'un groupe religieux particulier » (par. 32), ils n'ont pas expressément conclu à l'existence d'une atteinte à l'al. 2*a*) ou au par. 15(1) de la *Charte*, et ils n'ont pas procédé à une analyse au regard de l'article premier. Ils ont plutôt jugé qu'il y avait « lieu de régler tout conflit éventuel en délimitant correctement les droits et valeurs en cause », étant donné que « [n]i la liberté de religion ni la protection contre la discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne sont absolues » (par. 29). Pour résoudre le conflit, les juges majoritaires se sont attachés à la préoccupation du BCCT selon laquelle

2018 SCC 32 (CanLII)

graduates, however, this concern was deemed insufficient to justify the decision of the BCCT (para. 38).

[248] The alleged interference with religious freedom in *TWU 2001* did not relate to the capacity of rights claimants to adhere to their beliefs. Rather, it concerned the capacity of TWU to transmit its religious values by requiring its education students to adhere to the Community Standards. The Court, however, made no finding as to whether the BCCT had infringed s. 2(*a*) by considering the mandatory nature of the Community Standards; rather, the appeal was resolved based on an absence of evidence regarding possible downstream effects. Thus, I do not share the view that *TWU 2001* stands for the proposition that any adverse consideration of the Community Standards (or the Covenant) by a public decision-maker amounts to an infringement of s. 2(*a*).

[249] The third possible exception is *Loyola*. In that case, Loyola High School applied to the Quebec Minister of Education for an exemption from teaching a compulsory "Ethics and Religious Culture" course on the basis that its own curriculum offered an equivalent course — albeit one taught from a Catholic perspective. The Minister denied the exemption on the basis that the equivalent course could only be taught from a neutral perspective. This Court found that the Minister's insistence that Loyola teach Catholicism and Catholic ethics from a neutral perspective amounted to a serious infringement of s. 2(*a*).

[250] In *Loyola*, the infringement of s. 2(*a*) did not relate to personal capacity of rights claimants — the parents of students attending Loyola High School — to adhere to their own beliefs. It rather concerned their right to transmit these beliefs to their children

les croyances énoncées dans les Normes communautaires au sujet de l'homosexualité seraient transmises dans le système d'écoles publiques. Cependant, vu l'absence de preuve précise de comportement discriminatoire par des diplômés de TWU, cette préoccupation a été jugée insuffisante pour justifier la décision du BCCT (par. 38).

[248] L'entrave à la liberté de religion qui était alléguée dans l'affaire *TWU 2001* ne se rapportait pas à la capacité des personnes revendiquant le droit de vivre selon leurs croyances. Elle concernait plutôt la capacité de TWU de transmettre ses valeurs religieuses en obligeant les étudiants en enseignement à se conformer aux Normes communautaires. Toutefois, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si le BCCT avait porté atteinte à l'al. 2*a*) lorsqu'elle a examiné le caractère obligatoire des Normes communautaires; le pourvoi fut plutôt tranché en fonction de l'absence de preuve concernant les possibles effets en aval de ces normes. En conséquence, je ne partage pas l'opinion voulant que l'arrêt *TWU 2001* appuie la thèse selon laquelle tout examen défavorable des Normes communautaires (ou du *Covenant*) par un décideur public constitue une atteinte à l'al. 2*a*).

[249] La troisième exception possible est l'arrêt *Loyola*. Dans cette affaire, l'école secondaire Loyola avait demandé à la ministre de l'Éducation du Québec de l'exempter de l'obligation d'enseigner le cours obligatoire « Éthique et culture religieuse », parce que son programme comportait un cours équivalent — quoiqu'enseigné selon une perspective catholique. La ministre avait refusé la demande d'exemption, au motif que le cours équivalent pourrait être enseigné mais uniquement s'il l'était de façon neutre. Notre Cour a jugé que l'insistance de la ministre sur la nécessité pour l'école secondaire Loyola d'enseigner le catholicisme et les croyances éthiques catholiques de façon neutre représentait une atteinte grave à l'al. 2*a*).

[250] Dans *Loyola*, l'atteinte à l'al. 2*a*) ne concernait pas la capacité personnelle des personnes revendiquant les droits en cause — les parents des étudiants qui fréquentaient l'école secondaire Loyola — de vivre selon leurs croyances. Elle concernait

2018 SCC 32 (CanLII)

through religious education. By contrast, the claimants in this appeal do not seek the accreditation of the LSBC to transmit their beliefs through religious education. Rather, they seek accreditation to provide a legal education while compelling the private conduct of adult law students, regardless of their personal beliefs. The religious education of children involves the transmission of religious beliefs; the legal education of adults does not.

[251] In the end, I agree that "a right designed to shield individuals from religious coercion cannot be used as a sword to coerce [conformity to] religious practice": Canadian Secular Alliance, I.F., at para. 11. This follows if we accept that the freedom of religion guaranteed by the *Charter* is "a function of personal autonomy and choice": *Amselem*, at para. 42. It is based on the idea "that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs": *Loyola*, at para. 59. For this reason, it protects against interference with profoundly personal beliefs and with the voluntary choice to abide by the practices those beliefs require. It does not protect measures by which an individual or a faith community seeks to impose adherence to their religious beliefs or practices on others who do not share their underlying faith. I therefore conclude that what the claimants seek in this appeal falls outside the scope of freedom of religion as guaranteed by the *Charter*.

V. Other *Charter* Claims

[252] In addition to their 2(*a*) claim, the claimants have alleged infringements to their expressive and associate freedom rights under ss. 2(*b*) and 2(*d*) and their equality rights under s. 15 of the *Charter*. They have not discharged their burden with respect to these claims. In this case, the claimants have provided little to go on regarding these subsidiary arguments, nor were these claims argued extensively before

plutôt le droit de ces personnes de transmettre ces croyances à leurs enfants par un enseignement religieux. En l'espèce, par contre, les demandeurs ne sollicitent pas l'agrément de la LSBC dans le but de transmettre leurs croyances dans le cadre d'un enseignement religieux. Ils souhaitent plutôt obtenir l'agrément demandé pour pouvoir offrir une formation juridique tout en dictant la conduite privée de tous les étudiants en droit adultes, indépendamment des croyances personnelles de ces derniers. L'enseignement religieux dispensé à des enfants implique la transmission de croyances religieuses; la formation juridique offerte à des adultes n'en comporte pas.

[251] En définitive, je reconnais qu'[TRADUCTION] « un droit conçu pour servir de bouclier contre la coercition religieuse ne saurait être utilisé comme une épée pour contraindre l'observance d'une pratique religieuse » : mémoire de l'intervenante Canadian Secular Alliance, par. 11. Il en est ainsi si nous acceptons que la liberté de religion garantie par la *Charte* est « fonction des notions de choix personnel et d'autonomie » : *Amselem*, par. 42. Cette liberté repose sur l'idée « que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses » : *Loyola*, par. 59. Voilà pourquoi la liberté de religion protège les gens contre les entraves à l'observance de leurs croyances intimes profondes et à leur capacité de décider librement de se livrer aux pratiques que commandent ces croyances. Elle ne protège pas les mesures par lesquelles une personne ou une communauté religieuse cherche à imposer le respect de ses croyances ou pratiques religieuses à des personnes qui ne partagent pas sa foi. En conséquence, je conclus que ce que les demandeurs sollicitent en l'espèce échappe à la portée de la liberté de religion garantie par la *Charte*.

V. Autres prétentions fondées sur la *Charte*

[252] En plus de leur prétention fondée sur l'al. 2*a*) de la *Charte*, les demandeurs ont allégué des atteintes aux droits à la liberté d'expression et à la liberté d'association qui leur sont garantis par les al. 2*b*) et *d*) de la *Charte*, ainsi qu'à leur droit à l'égalité protégé par l'art. 15. Ils ne se sont pas acquittés du fardeau qui leur incombait à l'égard de ces prétentions. Dans l'affaire qui nous occupe, les demandeurs

2018 SCC 32 (CanLII)

the courts below or before this Court. Accordingly, I would say only that their appeal based on these claims cannot succeed on the record before us.

VI. Application

[253] Given the absence of any *Charter* infringement, the decision of the LSBC must be reviewed under the usual principles of judicial review. In this case, the standard of review is reasonableness, as the decision under review falls within the category of cases where deference is presumptively owed to decision-makers who interpret and apply their home statutes: *Dunsmuir*, at para. 54; *Alberta Teachers*, at para. 34; *Saguenay*, at para. 46.

[254] Reviewed under the standard of reasonableness, the decision of the LSBC will command deference if it meets the criteria set out in *Dunsmuir* — namely, if the process by which it was reached provides for "justification, transparency and intelligibility" and if the outcome it provides falls "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law": *Dunsmuir*, at para. 47.

[255] As indicated by the majority (at para. 34), the LSBC is "the governing body of a self-regulating profession". This means that, with respect to questions of procedure, the LSBC had discretion in determining how to carry out its duty to regulate the legal profession in the public interest. Along with the majority, I agree that the *LPA* does not preclude the Benchers from holding a referendum or choosing to be bound by the results of such a referendum. Rather, it only specifies the circumstances in which the members of the LSBC can bind the Benchers. In this case, the Benchers themselves agreed to be bound by the results of the referendum. Consequently, given the deference owed the LSBC in the interpretation of its home statute, I find that the procedure employed

ont présenté très peu d'éléments à l'appui de ces prétentions subsidiaires, qui n'ont pas fait l'objet de longs débats devant les juridictions inférieures ou devant notre Cour. Par conséquent, je me contenterai de dire que, à la lumière du dossier dont nous disposons, leur pourvoi ne saurait être accueilli sur la base de ces prétentions.

VI. Application

[253] Vu l'absence de toute atteinte à un droit garanti par la *Charte*, la décision de la LSBC doit être examinée selon les principes habituels du contrôle judiciaire. La norme de contrôle applicable en l'espèce est celle de la décision raisonnable, car la décision examinée fait partie de celles où il y a présomption de déférence en faveur du décideur qui interprète et applique sa loi habilitante : *Dunsmuir*, par. 54; *Alberta Teachers*, par. 34; *Saguenay*, par. 46.

[254] Considérée selon la norme de contrôle de la décision raisonnable, la décision de la LSBC commandera la déférence si elle satisfait aux critères énoncés dans *Dunsmuir* — c'est-à-dire les critères indiquant que le caractère raisonnable de la décision tient « à la justification de [celle-ci], à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel », ainsi qu'à l'appartenance de cette décision « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : *Dunsmuir*, par. 47.

[255] Comme l'indiquent les juges majoritaires (au par. 34), la LSBC est l'« organisme chargé de réglementer une profession autonome ». Cela signifie que, relativement aux questions de procédure, la LSBC disposait du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour décider comment s'acquitter de son devoir de réglementer la profession juridique dans l'intérêt public. À l'instar de mes collègues de la majorité, je reconnais que rien dans la *LPA* n'empêche les conseillers de la LSBC de tenir un référendum ou de décider d'être liés par les résultats d'un tel référendum. La *LPA* précise simplement les circonstances dans lesquelles les membres de la LSBC peuvent lier les conseillers. En l'espèce, les conseillers avaient eux-mêmes accepté d'être liés par les résultats du référendum.

2018 SCC 32 (CanLII)

by the Benchers is not fatal to the reasonableness of their decision.

[256] I note in passing, however, that had I found a *Charter* infringement, I do not see how it would be possible for the LSBC to proceed by way of a majority vote while upholding its responsibilities under the *Charter*. Is not one of the purposes of the *Charter* to protect against the tyranny of the majority? I fail to see how the LSBC could achieve a "proportionate balancing of the *Charter* protections at play" (M.R., at para. 58) simply by saying that a majority of its members were in favour of denying accreditation.

[257] Turning next to the substance of the decision, the issue becomes whether the decision falls "within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law". As explained by the majority (at para. 53), reasonableness does not always require the decision-maker to give formal reasons. The deference owed in applying the standard of reasonableness rather requires "respectful attention to the reasons offered or which could be offered in support of a decision": *Dunsmuir*, at para. 48, citing D. Dyzenhaus, "The Politics of Deference: Judicial Review and Democracy", in M. Taggart, ed., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, at p. 286. Particularly in cases where no reasons are given, a reviewing court may thus look to the record to assess the reasonableness of the decision under review.

[258] In this appeal, the range of possible outcomes was informed by the mandate of the LSBC to regulate the legal profession in the public interest and by the binary choice available to the Benchers. They could either adopt the resolution denying accreditation or not. Given the deference owed to the LSBC, it was open to the LSBC to conclude that it should

Par conséquent, compte tenu de la déférence qui doit être accordée à la LSBC dans l'interprétation de sa loi habilitante, j'arrive à la conclusion que la procédure utilisée par les conseillers n'est pas fatale au caractère raisonnable de leur décision.

[256] Toutefois, je note au passage que si j'avais conclu à l'existence d'une atteinte à un droit garanti par la *Charte*, je ne vois pas comment il aurait été possible à la LSBC de procéder par voie de scrutin majoritaire et, en même temps, de s'acquitter des responsabilités qui lui incombent en vertu de la *Charte*. En effet, un des objectifs de la *Charte* n'est-il pas justement de protéger les gens contre la tyrannie de la majorité? Je ne vois pas comment la LSBC peut réaliser une « mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » (M.M., par. 58) simplement en affirmant que la majorité de ses membres étaient en faveur du refus de la demande d'agrément.

[257] Ensuite, pour ce qui est du fond de la décision, la question consiste à se demander si la décision fait partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ». Comme l'expliquent les juges majoritaires (au par. 53), le décideur n'est pas toujours tenu de motiver formellement sa décision pour que celle-ci soit raisonnable. La déférence requise dans l'application de la norme de la décision raisonnable commande plutôt une « attention respectueuse aux motifs donnés ou qui pourraient être donnés à l'appui d'une décision » : *Dunsmuir*, par. 48, citant D. Dyzenhaus, « The Politics of Deference : Judicial Review and Democracy », dans M. Taggart, dir., *The Province of Administrative Law* (1997), 279, p. 286. En conséquence, particulièrement dans les cas où la décision n'est pas accompagnée de motifs, la cour de révision peut consulter le dossier de l'instance pour apprécier le caractère raisonnable de cette décision.

[258] Dans le présent pourvoi, l'éventail des issues possibles découlait du mandat de la LSBC qui consiste à réglementer la profession juridique dans l'intérêt public, ainsi que du choix binaire devant lequel se trouvaient les conseillers de la LSBC. Ces derniers pouvaient soit adopter la résolution refusant l'agrément, soit la rejeter. Compte tenu de la

2018 SCC 32 (CanLII)

not accredit the proposed law school at TWU given the Covenant's imposition of discriminatory barriers to admission. It was also reasonable for the LSBC to conclude that its mandate included promoting equal access to the legal profession, supporting diversity within the bar, and preventing harm to LGBTQ law students (M.R., at para. 40). It was in this context that the LSBC declined to accredit the proposed law school. For these reasons, I conclude that the decision of the LSBC was reasonable.

VII. Conclusion

[259] I agree with the majority in the result, in that I would allow the appeal and restore the decision of the LSBC denying its accreditation of the proposed law school at TWU.

The following are the reasons delivered by

Côté and Brown JJ. (dissenting) —

I. Introduction

[260] One way of understanding this appeal and the appeal in *Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2018 SCC 33, [2018] 2 S.C.R. 453 — and reliance was frequently placed upon this metaphor during submissions from both sides at the hearing — is that they call upon this Court to decide who controls the door to "the public square". In other words, accepting that the liberal state must foster pluralism by striving to accommodate difference in the public life of civil society, where does that state obligation — that is, where does that public life — begin? With a private denominational university? Or with a judicially reviewable statutory delegate charged by the provincial legislature to regulate the profession and entry thereto in the public interest?

déférence qui doit être accordée à la LSBC, il était donc loisible à cette dernière de conclure qu'elle ne devait pas agréer la faculté de droit proposée par TWU en raison des obstacles à l'admission de nature discriminatoire qu'imposait le *Covenant*. Il était également raisonnable pour la LSBC de conclure que son mandat consistait également à promouvoir l'égalité d'accès à la profession juridique, à appuyer la diversité au sein du barreau et à prévenir l'infliction de préjudices aux étudiants en droit issus de la communauté LGBTQ (M.M., par. 40). C'est dans ce contexte que la LSBC a refusé d'agréer la faculté de droit proposée. Pour les motifs qui précèdent, j'arrive à la conclusion que la décision de la LSBC était raisonnable.

VII. Conclusion

[259] Je souscris au résultat auquel arrive la majorité, en ce que je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de confirmer la décision de la LSBC refusant l'agrément demandé relativement à la faculté de droit proposée par TWU.

Version française des motifs rendus par

Les juges Côté et Brown (dissidents) —

I. Introduction

[260] Une façon de comprendre le présent pourvoi ainsi que celui dans *Trinity Western University c. Barreau du Haut-Canada*, 2018 CSC 33, [2018] 2 R.C.S. 453 — cette image a d'ailleurs été fréquemment évoquée par les deux parties au cours de leurs plaidoiries à l'audience — est que ces pourvois invitent la Cour à décider qui contrôle la porte de « la place publique ». En d'autres termes, si l'on admet que l'État libéral doit favoriser le pluralisme en s'efforçant de respecter les différences dans la vie publique de la société civile, où cette obligation de l'État — c'est-à-dire cette vie publique — commence-t-elle? Avec une université privée confessionnelle? Ou encore avec un titulaire de pouvoirs délégués statutaires dont les décisions sont susceptibles de contrôle judiciaire et qui a été chargé par l'assemblée législative provinciale de réglementer la profession et l'accès à celle-ci dans l'intérêt public?

2018 SCC 32 (CanLII)

2018 SCC 32 (CanLII)

[261] In our view, fundamental constitutional principles and the statutory jurisdiction of the Law Society of British Columbia ("LSBC"), properly interpreted, lead unavoidably to the legal conclusion that the public regulator controls the door to the public square and owes that obligation. The private denominational university, which is not subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is exempt from provincial human rights legislation, does not. And, in conditioning access to the public square as it has, the regulator has — on this Court's own jurisprudence — profoundly interfered with the constitutionally guaranteed freedom of a community of co-religionists to insist upon certain moral commitments from those who wish to join the private space within which it pursues its religiously based practices. While, therefore, the LSBC has purported to act in the cause of ensuring equal access to the profession, it has effectively denied that access to a segment of Canadian society, solely on religious grounds. In our respectful view, this unfortunate state of affairs merits judicial intervention, not affirmation.

[261] À notre avis, les principes constitutionnels fondamentaux et la compétence conférée par la loi à la Law Society of British Columbia (« LSBC ») — le Barreau de la Colombie-Britannique —, dûment interprétés, conduisent inévitablement à la conclusion juridique selon laquelle l'organisme de réglementation public contrôle la porte donnant accès à la place publique et est tenu à cette obligation. Ce n'est pas le cas de l'université confessionnelle privée, qui n'est pas assujettie à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui est exemptée de la législation provinciale relative aux droits de la personne. Et, en conditionnant l'accès à la place publique comme il l'a fait, l'organisme de réglementation — suivant la jurisprudence de la Cour — a porté profondément atteinte à la liberté d'une communauté de coreligionnaires, garantie par la Constitution, de pouvoir exiger certains engagements moraux de la part de ceux qui souhaitent se joindre à l'espace privé dans lequel elle se livre à ses pratiques religieuses. Par conséquent, même si la LSBC entendait agir dans le but d'assurer l'égalité d'accès à la profession, elle a, dans les faits, refusé cet accès à une partie de la société canadienne pour des motifs purement religieux. À notre humble avis, cette situation déplorable commande une intervention judiciaire, et non une confirmation.

[262] We recognize, as has this Court, that "[Trinity Western University] is not for everybody; it is designed to address the needs of people who share a number of religious convictions" (*Trinity Western University v. British Columbia College of Teachers*, 2001 SCC 31, [2001] 1 S.C.R. 772 ("*TWU 2001*"), at para. 25). Prospective LGBTQ students could only sign the Covenant "at a considerable personal cost" (*TWU 2001*, at para. 25). Further, as the Ontario Divisional Court noted at para. 104, the restrictions contained in the Covenant are such that "those persons . . . who might prefer, for their own purposes, to live in a common law relationship rather than engage in the institution of marriage . . . and . . . those persons who have other religious beliefs" would also not be tempted to apply for admission (*Trinity Western University v. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1).

[262] Nous reconnaissons, comme l'a fait la Cour, que « [Trinity Western University] ne s'adresse pas à tout le monde; elle est destinée à combler les besoins des gens qui ont en commun un certain nombre de convictions religieuses » : *Université Trinity Western c. British Columbia College of Teachers*, 2001 CSC 31, [2001] 1 R.C.S. 772 (« *TWU 2001* »), par. 25. D'éventuels étudiants LGBTQ ne pourraient signer l'engagement moral visé en l'espèce, le « *Covenant* », « qu'à un prix très élevé sur le plan personnel » : *TWU 2001*, par. 25. De plus, comme l'a souligné la Cour divisionnaire de l'Ontario, au par. 104, les restrictions contenues dans le *Covenant* sont telles que [TRADUCTION] « les personnes [. . .] qui, pour répondre à leurs propres besoins, pourraient préférer vivre en union de fait plutôt que de s'engager dans l'institution du mariage [. . .] et [. . .] les personnes qui ont d'autres croyances religieuses » ne seraient pas non plus tentées de présenter une demande d'admission : *Trinity Western University c. Law Society of Upper Canada*, 2015 ONSC 4250, 126 O.R. (3d) 1.

[263] At the same time, qualities that go to a person's self-identity are also at stake for the members of the Trinity Western University ("TWU") community (*R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 759; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 341 and 346; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 32). Religious freedom cases concern much more than mere belief, as Sachs J. recognized in *Christian Education South Africa v. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757, at para. 33: "Religion is not just a question of belief or doctrine. It is part of a way of life, of a people's temper and culture." In particular, religion is also about religious relationships (*Hutterian Brethren*, at para. 182, per LeBel J., dissenting in the result but agreeing with the majority on this point).

[263] En même temps, des qualités qui touchent le sentiment d'identité d'un individu sont également en jeu pour les membres de la communauté de Trinity Western University (« TWU ») : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 759; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 341 et 346; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 32. Les affaires portant sur la liberté de religion concernent bien davantage que la simple croyance, comme l'a reconnu le juge Sachs dans la décision *Christian Education South Africa c. Minister of Education*, [2000] ZACC 11, 2000 (4) S.A. 757, par. 33 : [TRADUCTION] « La religion n'est pas seulement une question de croyances ou de doctrines. Elle fait partie d'un mode de vie, elle est un aspect du tempérament et de la culture d'un peuple. » Plus particulièrement, la religion concerne aussi les rapports religieux : *Hutterian Brethren*, par. 182, le juge LeBel, dissident quant au résultat, mais d'accord avec les juges majoritaires sur ce point.

[264] These are challenging claims of right for courts to adjudicate, because the stakes for parties are sometimes not fully appreciable by those who do not share their experiences. But this does not mean that we should not try. Indeed, all who occupy judicial office and who assume its responsibilities, as well as lawyers who are called upon to represent members of a diverse public in a pluralistic society, must strive to see claims from the perspectives of all sides, and to "seek to understand groups with which they are unfamiliar" (D. Newman, "Ties That Bind: Religious Freedom and Communities" (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 3, at p. 16). In a similar vein, McLachlin C.J., speaking extra-judicially, has described the "conscious objectivity" which judges must practise in fulfilling their duty of impartiality, by "recogniz[ing] the legitimacy of diverse experiences and viewpoints", and "systematically attempt[ing] to imagine how each of the contenders sees the situation" ("Judging: the Challenges of Diversity", Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture (2012) (online), at pp. 10 and 12). For his part, Professor Benjamin L. Berger doubts the possibility of adopting a truly empathetic posture to the unfamiliar, but nonetheless finds "adjudicative virtue" in "stay[ing] the culturally forceful hand of the law" and "expand[ing] the

[264] Il s'agit de revendications de droit difficiles à trancher pour les tribunaux, car les enjeux pour les parties ne peuvent pas toujours être appréciés pleinement par ceux qui ne partagent pas leurs expériences. Mais cela ne veut pas dire que nous ne devons pas essayer. En effet, tous ceux qui occupent une fonction judiciaire et qui en assument les responsabilités, ainsi que les avocats qui sont appelés à représenter les membres d'un public diversifié dans une société pluraliste, sont tenus de s'efforcer de considérer les revendications à la lumière des points de vue de toutes les parties, et de [TRADUCTION] « tenter de comprendre les groupes qu'ils ne connaissent pas bien » : D. Newman, « Ties That Bind : Religious Freedom and Communities » (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 3, p. 16. Dans la même veine, la juge en chef McLachlin, exprimant une opinion extrajudiciaire, a décrit cette [TRADUCTION] « objectivité consciente » dont doivent faire preuve les juges dans l'exécution de leur devoir d'impartialité, en « reconna[issant] la légitimité des expériences et façons de voir différentes », et en devant « systématiquement tenter d'imaginer comment chacun des adversaires voit la situation » : « Judging : the Challenges of Diversity », Judicial Studies Committee Inaugural Annual Lecture (2012) (en ligne), p. 10 et

2018 SCC 32 (CanLII)

margins of legal tolerance" by "furrow[ing one's] brow in non-comprehension of the religious culture [while turning] an unconcerned shoulder, satisfied that the practice or commitment at stake simply does not offend the culture of Canadian constitutionalism" (*Law's Religion: Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (2015), at p. 181).

12. Pour sa part, le professeur Benjamin L. Berger doute qu'il soit possible d'adopter une attitude véritablement empathique à l'égard de ce que l'on ne connaît pas, mais voit néanmoins un [TRADUCTION] « avantage décisionnel » à « cont[enir] la puissance culturelle du droit » et à « éten[dre] les limites de la tolérance juridique » en « pli[ssant] le front d'incompréhension à l'égard de la culture religieuse [tout en haussant] des épaules insouciantes, convaincu que la pratique ou l'engagement en cause ne heurte tout simplement pas la culture du constitutionnalisme canadien » : *Law's Religion : Religious Difference and the Claims of Constitutionalism* (2015), p. 181.

[265] At the end of the day, however, a court of law, particularly when dealing with claims of constitutionally guaranteed rights including freedom of religion, must have regard to the legal principles that guide the relationship between citizen and state, between private and public. And those principles exist to *protect* rights-holders from values which a state actor deems to be "shared", not to give licence to courts to defer to or impose those values. For the same reason, a court of law ought not in our respectful view to be concerned, as the majority (Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.) is explicitly concerned, with the "public perception" of what freedom of religion entails (Majority Reasons, at para. 101). The role of courts in these cases is "not to produce social consensus, but to protect the democratic commitment to live together in peace" (M. A. Waldron et al., "Developments in law and secularism in Canada", in A. J. L. Menuge, ed., *Religious Liberty and the Law: Theistic and Non-Theistic Perspectives* (2018), 106, at p. 111).

[265] Ultimement, cependant, une cour de justice, surtout lorsqu'elle se penche sur des revendications fondées sur des droits garantis par la Constitution, comme la liberté de religion, doit tenir compte des principes juridiques régissant les rapports entre le citoyen et l'État, entre le privé et le public. Et ces principes visent à *protéger* les titulaires de droits contre les valeurs que l'acteur étatique estime « communes », et non à laisser le champ libre aux tribunaux pour qu'ils s'en remettent à ces valeurs ou les imposent. Pour le même motif, une cour de justice ne doit pas, à notre humble avis, se soucier, comme le font explicitement les juges majoritaires (les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon), de la « perception du public » quant à ce que comporte la liberté de religion : motifs des juges majoritaires, par. 101. Dans ces cas, le rôle des cours de justice n'est pas de [TRADUCTION] « dégager un consensus social, mais de protéger l'engagement démocratique à coexister pacifiquement » : M. A. Waldron et autres, « Developments in law and secularism in Canada », dans A. J. L. Menuge, dir., *Religious Liberty and the Law : Theistic and Non-Theistic Perspectives* (2018), 106, p. 111.

[266] We note the invitation of several intervenors to reconsider the framework of analysis set out in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and *Loyola High School v. Quebec (Attorney General)*, 2015 SCC 12, [2015] 1 S.C.R. 613. In the absence of full submissions on the point, we agree with the majority that this is not an appropriate case in which to reconsider these decisions. That said, we state below certain fundamental concerns

[266] Nous prenons acte de l'invitation de plusieurs intervenants à réexaminer le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613. En l'absence d'observations complètes sur ce point, nous convenons avec les juges majoritaires que la présente affaire ne se prête pas au réexamen de ces arrêts. Cela dit,

2018 SCC 32 (CanLII)

we have about the *Doré/Loyola* framework which, in our view, betrays the promise of our Constitution that rights limitations must be demonstrably justified.

[267] Irrespective, however, of which analytical framework is applied — the *Doré/Loyola* framework, or the more rigorous analytical framework described in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, that we suggest the Constitution may actually require — we would dismiss the appeal from the decision of the British Columbia Court of Appeal (2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16). Under the LSBC's governing statute, the only proper purpose of a law faculty approval decision is to ensure that individual graduates are fit to become members of the legal profession because they meet minimum standards of competence and ethical conduct. As the LSBC conceded that there are no concerns relating to the fitness of prospective TWU law graduates, the only defensible exercise of the LSBC's statutory discretion would have been to approve TWU's proposed law school.

[268] Even if the LSBC's statutory "public interest" mandate were to be interpreted such that it had the authority to take considerations other than fitness into account, the decision not to approve TWU's proposed law faculty unjustifiably limited the TWU community's freedom of religion. The decision not to approve TWU's proposed law faculty because of the restrictions contained in the Covenant — a code of conduct protected by provincial human rights legislation — is a profound interference with religious freedom, and is contrary to the state's duty of religious neutrality.

[269] Further, even were the "public interest" to be understood broadly, as the LSBC contends, accreditation of TWU's proposed law school would

nous formulerons plus loin certaines de nos préoccupations fondamentales au sujet du cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, qui, à notre avis, ne respecte pas la promesse découlant de notre Constitution selon laquelle la justification des restrictions apportées aux droits doit pouvoir se démontrer.

[267] Toutefois, indépendamment du cadre d'analyse applicable — que ce soit le cadre d'analyse énoncé dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, ou le cadre d'analyse plus rigoureux qui est décrit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et que la Constitution pourrait, à notre avis, exiger en réalité — nous rejetterions le pourvoi formé à l'encontre de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique : 2016 BCCA 423, 405 D.L.R. (4th) 16. Selon la loi habilitante de la LSBC, la décision relative à la reconnaissance d'une faculté de droit a pour seule fin légitime de veiller à ce que les diplômés soient individuellement aptes à devenir membres de la profession juridique parce qu'ils respectent des normes minimales en matière de compétence et de déontologie. Comme la LSBC a concédé que l'aptitude des éventuels diplômés en droit de TWU ne soulève aucune préoccupation, le seul exercice justifiable du pouvoir discrétionnaire statutaire de la LSBC aurait été pour elle d'agréer la faculté de droit proposée par TWU.

[268] Même si le mandat de protection de l'« intérêt public » que la loi confère à la LSBC devait être interprété de façon à ce que la LSBC soit habilitée à tenir compte de considérations autres que l'aptitude, la décision de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU restreignait de manière injustifiée la liberté de religion des membres de la communauté de TWU. La décision de ne pas agréer cette faculté de droit en raison des restrictions prévues dans le *Covenant* — un code de conduite protégé par la législation provinciale relative aux droits de la personne — constitue une atteinte profonde à la liberté de religion et est contraire au devoir de neutralité religieuse de l'État.

[269] De plus, même si l'« intérêt public » devait être interprété largement, comme le prétend la LSBC, la reconnaissance de la faculté de droit

2018 SCC 32 (CanLII)

not be inconsistent with the public interest, so understood. Tolerance and accommodation of difference serve the public interest and foster pluralism. Acceptance by the LSBC of the unequal access effected by the Covenant would signify the accommodation of difference and of the TWU community's right to religious freedom, and not condonation of discrimination against LGBTQ persons. Approval of the proposed law school is, therefore, not inconsistent with "public interest" objectives of maintaining equal access and diversity in the legal profession, and indeed, it promotes those objectives. It follows that, in our view, approving TWU's proposed law school was the only decision reflecting a proportionate balancing between *Charter* rights and the LSBC's statutory objectives.

II. Analysis

A. *The LSBC Exercised Its Discretion for an Improper Purpose and Relied on Irrelevant Considerations*

[270] At the outset, we emphasize that neither our interpretation of the LSBC's governing statute nor the majority's suggests that the LSBC's mandate is ambiguous, such that resort to "*Charter* values" is necessary to determine the limits of the LSBC's mandate (*Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at para. 59). We do not dispute that foundational principles underlying the Constitution may aid in *its* interpretation (*Oakes*, at p. 136; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at paras. 64-66; *Reference re Senate Reform*, 2014 SCC 32, [2014] 1 S.C.R. 704, at para. 25; *R. v. Comeau*, 2018 SCC 15, [2018] 1 S.C.R. 342, at para. 52). But with respect, we fail to see what relevance "accepted principles of constitutional interpretation" (Majority Reasons, at para. 41) have to the interpretation of *the LSBC's statutory mandate*. Even accepting, for the sake of argument, that it is "beyond dispute that administrative bodies other than human rights tribunals may consider fundamental shared values, such as equality, when making decisions within their sphere of authority" (Majority Reasons, at para. 46), it is the LSBC's

proposée par TWU ne serait pas incompatible avec l'intérêt public ainsi interprété. La tolérance et le respect de la différence servent l'intérêt public et favorisent le pluralisme. L'acceptation par la LSBC de l'inégalité d'accès engendrée par le *Covenant* dénoterait un respect de la différence et du droit à la liberté de religion des membres de la communauté de TWU et non l'approbation d'actes discriminatoires envers les personnes LGBTQ. Le fait d'agréer la faculté de droit proposée par TWU n'est donc pas incompatible avec les objectifs d'« intérêt public » visant à maintenir l'égalité d'accès à la profession juridique et la diversité au sein de celle-ci, et il favorise même la réalisation de ces objectifs. Il s'ensuit qu'à notre avis la reconnaissance de cette faculté de droit constituait la seule décision représentant une mise en balance proportionnée des droits garantis par la *Charte* et des objectifs statutaires de la LSBC.

II. Analyse

A. *La LSBC a exercé son pouvoir discrétionnaire à une fin illégitime et s'est fondée sur des considérations non pertinentes*

[270] D'entrée de jeu, nous tenons à signaler que ni notre interprétation de la loi habilitante de la LSBC ni celle des juges majoritaires ne suggèrent que le mandat de cet organisme est ambigu de sorte qu'il est nécessaire de faire appel aux « valeurs de la *Charte* » pour circonscrire le mandat de la LSBC : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, par. 59. Nous ne contestons pas que les principes fondamentaux qui sous-tendent la Constitution peuvent servir à *son* interprétation : *Oakes*, p. 136; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64-66; *Renvoi relatif à la réforme du Sénat*, 2014 CSC 32, [2014] 1 R.C.S. 704, par. 25; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342, par. 52. Avec respect, nous ne voyons toutefois pas quelle est la pertinence des « principes d'interprétation constitutionnelle reconnus » (motifs des juges majoritaires, par. 41) pour interpréter *le mandat statutaire de la LSBC*. Même si l'on accepte, pour les fins de la discussion, qu'il ne fait « aucun doute que les organismes administratifs autres que les tribunaux des droits de la personne peuvent tenir compte de valeurs communes

2018 SCC 32 (CanLII)

enabling statute, and not "shared values", which delimits the LSBC's sphere of authority.

[271] And, as to that sphere of authority, the majority concludes that the LSBC acted pursuant to the broad statutory object of upholding and protecting the public interest in the administration of justice (para. 32). This object is said to grant the LSBC latitude to uphold a positive public perception of the legal profession (para. 40), to eliminate inequitable barriers to legal education (para. 42), and to consider harms to some communities (para. 44). The majority does not, however, properly account for the statutory limits to the LSBC's public interest mandate.

[272] The importance of recognizing and respecting these limits cannot be overemphasized. This Court has warned against overstating the objective of any measure infringing the *Charter* (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 144). This is especially so when the statutory objective relied upon to justify a *Charter* infringement is a broad mandate to protect the "public interest", a notion that is inherently vague and difficult to characterize (see e.g. *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, at pp. 731-32; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at p. 762).

[273] In our view, the majority's broad interpretation of the LSBC's public interest mandate eschews this prudent, rights-conscious methodology. It is completely untethered from the express limits to the LSBC's statutory authority found in the *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 ("*LPA*"). The LSBC's mandate is limited to the governance of "the society, lawyers, law firms, articled students and applicants" (s. 11). It does not extend to the governance of law schools, which lie outside its statutory authority. It may only act with a view to upholding and protecting the "public interest" within the bounds of this mandate. These express limits to the LSBC's mandate cannot be disregarded in

fondamentales, telle l'égalité, lorsqu'ils rendent des décisions dans leur sphère de compétence » (motifs des juges majoritaires, par. 46), c'est la loi habilitante de la LSBC, et non des « valeurs communes », qui délimite la sphère de compétence de cette dernière.

[271] Qui plus est, concernant cette sphère de compétence, les juges majoritaires arrivent à la conclusion que la LSBC a agi conformément au vaste objet statutaire consistant à défendre et à protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice : par. 32. Cet objet donnerait à la LSBC la latitude nécessaire pour préserver une perception publique positive de la profession juridique (par. 40), pour éliminer les barrières inéquitables à la formation juridique (par. 42) et pour tenir compte des préjudices causés à certaines communautés (par. 44). Toutefois, les juges majoritaires ne tiennent pas suffisamment compte des limites que la loi impose au mandat de protection de l'intérêt public de la LSBC.

[272] On ne saurait trop insister sur l'importance de la reconnaissance et du respect de ces limites. La Cour a mis en garde contre le fait de surestimer l'objectif de toute mesure constituant une violation de la *Charte* : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 144. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'objectif statutaire invoqué pour justifier une violation de la *Charte* est un vaste mandat de protection de l'« intérêt public », une notion imprécise en soi et difficile à qualifier : voir, p. ex., *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, p. 731-732; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, p. 762.

[273] À notre avis, l'interprétation large que donnent les juges majoritaires au mandat de protection de l'intérêt public qui incombe à la LSBC évite cette méthode prudente et respectueuse des droits. Cette interprétation n'a aucun rapport avec les limites expresses du pouvoir statutaire de la LSBC prévues à la *Legal Profession Act*, S.B.C. 1998, c. 9 (« *LPA* »). Le mandat de la LSBC se limite à la régie [TRADUCTION] « de la [LSBC], des avocats, des cabinets d'avocats, des stagiaires et des demandeurs » : art. 11. Il ne s'étend pas à la régie des facultés de droit, qui échappent au pouvoir statutaire de la LSBC. Elle peut agir en vue de défendre et de protéger l'« intérêt public » uniquement dans les

2018 SCC 32 (CanLII)

order to justify the infringement of *Charter* rights. A careful reading of the *LPA* leads us to conclude that the only proper purpose of an approval decision by the LSBC is to ensure that individual licensing applicants are fit for licensing. Given the absence of any concerns relating to the fitness of prospective TWU graduates, the only defensible exercise of the LSBC's statutory discretion for a proper purpose in this case would have been for it to approve TWU's proposed law school.

(1) Limits to the Exercise of Discretion

[274] It is a fundamental principle of administrative law that the exercise of discretion by statutory delegates must conform to the purposes authorized by their enabling statute (G. Cartier, "Administrative Discretion: Between Exercising Power and Conducting Dialogue", in C. M. Flood and L. Sossin, eds., *Administrative Law in Context* (2nd ed. 2013), 381, at p. 391; G. Van Harten et al., *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (7th ed. 2015), at p. 894). "[A] power granted by legislation for one purpose cannot be used by a delegate for another purpose" (D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (6th ed. 2014), at p. 190). Nor may a statutory delegate exercise discretion on the basis of considerations that are, in light of the statute's purpose, improper or irrelevant (Van Harten et al., at p. 895; Cartier, at p. 391; Jones and de Villars, at p. 190).

[275] This same principle lies at the heart of this Court's decision in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, where, despite the Quebec Liquor Commission's broad statutory discretion to cancel permits for the sale of alcoholic liquors, the Commission's decision to revoke Mr. Roncarelli's permit was "beyond the scope of [its] discretion" because the reasons therefor (Mr. Roncarelli's actions in support of Jehovah's Witnesses) were "totally irrelevant to the

limites de son mandat. On ne saurait faire abstraction de ces limites expresses imposées au mandat de la LSBC pour justifier l'atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Une lecture attentive de la *LPA* nous amène à conclure que la décision de la LSBC relative à la reconnaissance d'une faculté de droit a pour seule fin légitime de veiller à ce que les demandeurs de permis soient individuellement aptes à accéder à la profession. Vu l'absence de préoccupations à l'égard de l'aptitude des éventuels diplômés de TWU, le seul exercice justifiable du pouvoir discrétionnaire statutaire de la LSBC à une fin légitime en l'espèce aurait été pour elle d'agréer la faculté de droit proposée par TWU.

(1) Limites à l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[274] Il est un principe fondamental de droit administratif que l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par les titulaires de pouvoirs délégués par la loi doit être conforme aux fins autorisées par leur loi habilitante : G. Cartier, « Administrative Discretion : Between Exercising Power and Conducting Dialogue », dans C. M. Flood et L. Sossin, dir., *Administrative Law in Context* (2e éd. 2013), 381, p. 391; G. Van Harten et autres, *Administrative Law : Cases, Text, and Materials* (7e éd. 2015), p. 894. [TRADUCTION] « [Un] pouvoir conféré par la loi à une fin ne peut être exercé par un délégataire à une autre fin » : D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (6e éd. 2014), p. 190. Le titulaire d'un pouvoir délégué par la loi ne peut non plus exercer son pouvoir discrétionnaire en se fondant sur des considérations qui sont, à la lumière de l'objet de la loi, illégitimes ou non pertinentes : Van Harten et autres, p. 895; Cartier, p. 391; Jones et de Villars, p. 190.

[275] Ce même principe est au cœur de l'arrêt de la Cour dans l'affaire *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, où, malgré le vaste pouvoir discrétionnaire que la loi conférait à la Commission des liqueurs du Québec d'annuler les permis de vente de liqueurs alcooliques, la décision de la Commission de révoquer le permis de M. Roncarelli [TRADUCTION] « excédait [sa] discrétion » parce que les motifs invoqués à l'appui de cette décision (à savoir les

2018 SCC 32 (CanLII)

sale of liquor" (p. 141). The Court elaborated by way of a statement which continues to guide administrative decision making to this day:

> In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. . . . "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. [Emphasis added; p. 140.]

[276] Traditionally, the exercise of discretion taken for an improper purpose or on the basis of irrelevant considerations formed specific grounds for judicial review as an "abuse of discretion" (Cartier, at p. 388). Notably, these grounds were applied by this Court in *Smith & Rhuland Ltd. v. The Queen*, [1953] 2 S.C.R. 95, and *Shell Canada Products Ltd. v. Vancouver (City)*, [1994] 1 S.C.R. 231. And, they persist under the modern "pragmatic and functional" approach to judicial review. Indeed, this Court, in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 53, reaffirmed that discretionary decisions must "be made within the bounds of the jurisdiction conferred by the statute", and

> in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law (*Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121), in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

actions de M. Roncarelli en faveur des Témoins de Jéhovah) n'avaient « absolument rien à voir avec la vente de liqueurs alcooliques » : p. 141. La Cour y a tenu des propos qui guident encore aujourd'hui le processus décisionnel administratif :

> [TRADUCTION] Dans une réglementation publique de cette nature, il n'y a rien de tel qu'une « discrétion » absolue et sans entraves, c'est-à-dire celle où l'administrateur pourrait agir pour n'importe quel motif ou pour toute raison qui se présenterait à son esprit; une loi ne peut, si elle ne l'exprime expressément, s'interpréter comme ayant voulu conférer un pouvoir arbitraire illimité pouvant être exercé dans n'importe quel but, si fantaisiste et hors de propos soit-il, sans avoir égard à la nature ou au but de cette loi. [. . .] La « discrétion » implique nécessairement la bonne foi dans l'exercice d'un devoir public. Une loi doit toujours s'entendre comme s'appliquant dans une certaine optique, et tout écart manifeste de sa ligne ou de son objet est tout aussi répréhensible que la fraude ou la corruption. [Nous soulignons; p. 140.]

[276] L'exercice du pouvoir discrétionnaire visant une fin illégitime ou celui fondé sur des considérations non pertinentes ont toujours constitué des motifs précis de contrôle judiciaire à titre d'[TRADUCTION] « abus de pouvoir discrétionnaire » : Cartier, p. 388. Ces motifs ont notamment été appliqués par la Cour dans les arrêts *Smith & Rhuland Ltd. c. The Queen*, [1953] 2 R.C.S. 95, et *Produits Shell Canada Ltée c. Vancouver (Ville)*, [1994] 1 R.C.S. 231. Et ils continuent d'exister dans le cadre de la démarche moderne « pragmatique et fonctionnelle » en matière de contrôle judiciaire. En effet, dans l'arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 53, la Cour a réaffirmé qu'une décision discrétionnaire doit « respecter les limites de la compétence conférée par la loi » et :

> . . . rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manœuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit (*Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121), suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

2018 SCC 32 (CanLII)

To be clear, these "general principles of administrative law governing the exercise of discretion" include the doctrines of improper purpose and irrelevant consideration, which continue to ensure that the bounds of a decision-maker's statutory powers are respected.

[277] Cartier accurately summarizes the courts' task in assessing whether the exercise of discretion was taken for an improper purpose or on the basis of irrelevant considerations, respectively:

In the first case, courts must identify the object authorized by the statute and then determine whether that object or purpose has been followed or not. Similarly, in the second case, the question whether a consideration is relevant or not is usually answered with reference to the object of the statute. [p. 391]

(2) The Purpose of the LSBC's Approval Decision Is to Ensure That Individual Applicants Are Fit for Licensing

[278] In deciding not to approve TWU, the LSBC purported to act under Rule 2-27(4.1) of the *Law Society Rules* (now Rule 2-54(3) of the *Law Society Rules 2015*) ("Rule"), which provides that, to satisfy the academic requirements for licensing, applicants must have a degree from an approved law faculty, a status which the LSBC may, in exercising its discretion, deny.

[279] The Rule sets out no particular criteria for this discretionary decision. Its purpose, and the relevant considerations that may be taken into account in reaching such a decision, must therefore be found in the relevant objectives, duties and powers of the LSBC, as set out by the *LPA* (*Shell Canada*, at pp. 275-79). Further, they must be consistent with a contextual and purposive reading of the Rule (see *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21).

Il importe de préciser que ces « principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire » comprennent la doctrine de la fin illégitime et celle des considérations non pertinentes, qui continuent de faire en sorte que les limites des pouvoirs que la loi confère à un décideur soient respectées.

[277] Cartier résume bien la tâche des tribunaux lorsqu'il s'agit de juger si l'exercice du pouvoir discrétionnaire visait une fin illégitime ou était fondé sur des considérations non pertinentes, respectivement :

[TRADUCTION] Dans le premier cas, la cour doit déterminer l'objet autorisé par la loi pour ensuite décider si cet objet (ou cette fin) a été ou non suivi. De la même façon, dans le second cas, la réponse à la question de savoir si une considération est ou non pertinente dépend généralement de l'objet de la loi. [p. 391]

(2) La fin visée par la décision de la LSBC relative à la reconnaissance d'une faculté de droit est de veiller à ce que les demandeurs soient individuellement aptes à accéder à la profession

[278] En décidant de ne pas agréer TWU, la LSBC prétendait agir en vertu du par. 2-27(4.1) des *Law Society Rules* (maintenant le par. 2-54(3) des *Law Society Rules 2015*) (« Règle »), qui prévoit que, pour satisfaire aux exigences académiques relatives à la délivrance de permis, les demandeurs doivent détenir un diplôme délivré par une faculté de droit agréée, statut que la LSBC peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, refuser.

[279] La Règle n'énonce aucun critère particulier pour cette décision discrétionnaire. La fin visée par cette décision, ainsi que les considérations pertinentes dont il peut être tenu compte en la prenant, doivent donc se trouver dans les objectifs, devoirs et pouvoirs pertinents de la LSBC, tels qu'ils ont été établis par la *LPA* : *Shell Canada*, p. 275-279. Elles doivent en outre être compatibles avec une interprétation contextuelle et téléologique de la Règle : voir *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

2018 SCC 32 (CanLII)

[280] A plain reading of the Rule, in its entirety, leads to the obvious conclusion that its purpose is to ensure that individual applicants are fit for licensing. The Rule, which falls under the heading "Enrolment in the admission program", sets out the requirements for an applicant to become licensed, as follows:

2-27

. . .

(3) An applicant may make an application under subrule (1) by delivering to the Executive Director the following:

(a) a completed application for enrolment in a form approved by the Credentials Committee, including a written consent for the release of relevant information to the Society;

(b) proof of academic qualification under subrule (4);

(c) an articling agreement stating a proposed enrolment start date not less than 30 days from the date that the application is received by the Executive Director;

(d) other documents or information that the Credentials Committee may reasonably require;

(e) the application fee specified in Schedule 1.

(4) Each of the following constitutes academic qualification under this Rule:

(a) successful completion of the requirements for a bachelor of laws or the equivalent degree from an approved

[280] La simple lecture de la Règle, dans son entièreté, mène à la conclusion évidente qu'elle vise à faire en sorte que les demandeurs soient individuellement aptes à accéder à la profession. La Règle, qui figure sous la rubrique [TRADUCTION] « Inscription au programme d'admission », énonce ainsi les exigences auxquelles doit satisfaire un demandeur pour se voir délivrer un permis :

[TRADUCTION]

2-27

. . .

(3) Un demandeur peut présenter une demande en vertu du paragraphe (1) en remettant au Directeur exécutif les documents suivants :

(a) une demande d'inscription dûment remplie selon la formule approuvée par le comité d'examen des titres, accompagnée d'un consentement écrit à la communication des renseignements pertinents à la société;

(b) une preuve de qualification académique au sens du paragraphe (4);

(c) une convention de stage indiquant une date de début d'inscription proposée postérieure d'au moins 30 jours à la date à laquelle la demande est reçue par le Directeur exécutif;

(d) les autres documents ou renseignements que le comité d'examen des titres peut raisonnablement exiger;

(e) les frais de demande précisés à l'annexe 1.

(4) Chacun des éléments suivants constitue une qualification académique au sens de la présente règle :

(a) la réussite des exigences nécessaires à l'obtention d'un baccalauréat en droit ou d'un diplôme équivalent délivré par

2018 SCC 32 (CanLII)

common law faculty of law in a Canadian university;

(b) a Certificate of Qualification issued under the authority of the Federation of Law Societies of Canada;

(c) approval by the Credentials Committee of the qualifications of a full-time lecturer at the faculty of law of a university in British Columbia.

(4.1) For the purposes of this Rule, a common law faculty of law is approved if it has been approved by the Federation of Law Societies of Canada unless the Benchers adopt a resolution declaring that it is not or has ceased to be an approved faculty of law.

. . .

une faculté de droit de common law agréée d'une université canadienne;

(b) un certificat de qualification délivré sous l'autorité de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada;

(c) la reconnaissance par le comité d'examen des titres des qualifications d'un chargé de cours à temps plein à la faculté de droit d'une université de la Colombie-Britannique.

(4.1) Pour l'application de la présente Règle, une faculté de droit de common law est agréée si elle l'a été par la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, à moins que les conseillers n'adoptent une résolution déclarant qu'elle n'est pas une faculté de droit agréée ou qu'elle a cessé de l'être.

. . .

It is readily apparent that the approval of law faculties is tied to the purpose of assessing the fitness of an individual applicant for licensing. And the LSBC had received a legal opinion to this effect. It concludes that "[t]he object of [setting out academic or other qualifications] is that the Benchers are satisfied that candidates are 'of good character and repute and . . . fit to become a barrister and a solicitor of the Supreme Court' (s. 19(1))" (Legal Opinion re Academic Qualifications, May 8, 2013 reproduced in R.R., vol. III, pp. 87-116, at p. 90). Read in its entire context, the LSBC's authority to approve law schools acts only as a proxy for determining whether a law school's graduates, as individual applicants to the LSBC, meet the standards of competence and conduct required to become licensed.

Il est évident que la reconnaissance des facultés de droit est liée à l'objet consistant à apprécier l'aptitude individuelle des demandeurs à accéder à la profession. La LSBC a d'ailleurs reçu un avis juridique en ce sens. On y conclut que [TRADUCTION] « [l']objet visant [l'énonciation de qualifications académiques ou autres] consiste à faire en sorte que les conseillers soient convaincus que les candidats jouissent "d'une bonne moralité et d'une bonne réputation et [. . .] sont aptes à devenir des avocats à la Cour suprême" (par. 19(1)) » : Avis juridique, sous la rubrique [TRADUCTION] « Qualifications académiques », en date du 8 mai 2013, reproduit au d.i., vol. III., p. 87-116, p. 90. Lu dans son contexte global, le pouvoir de la LSBC d'agréer les facultés de droit sert uniquement d'indicateur pour déterminer si les diplômés d'une faculté de droit, en tant que personnes présentant une demande individuelle à la LSBC, respectent les normes de compétence et de conduite requises pour accéder à la profession.

[281] This interpretation respects the express limits to the LSBC's rule-making powers. Section 11 of the *LPA* grants the LSBC rule-making powers "for the governing of the society, lawyers, law firms,

[281] Cette interprétation respecte les limites expresses du pouvoir de la LSBC d'établir des règles. L'article 11 de la *LPA* confère à la LSBC le pouvoir d'établir des règles [TRADUCTION] « concernant la

2018 SCC 32 (CanLII)

articled students and applicants, and for the carrying out of [the *LPA*]". The powers are thus limited to the regulation of the legal profession and its constituent parts, extending no further than the licensing process — the doorway to the profession. Any exercise of the LSBC's discretion for a purpose extending beyond the express limits set out by s. 11 would be *ultra vires*.

[282] More particularly, the Rule does not grant the LSBC authority to regulate law schools. Applying the maxim of statutory interpretation *expressio unius est exclusio alterius* ("to express one thing is to exclude another"), we can presume that the legislator did not intend to include the governing of law schools among the LSBC's rule-making powers at s. 11. The scope of its mandate is limited to governance of "the society, lawyers, law firms, articled students and applicants". Had the legislator intended to grant the LSBC supervisory powers over law schools, it would have explicitly provided for such a significant grant of authority.

[283] This leads us to conclude that, in enacting the Rule under its power to make rules for the governing of applicants, the LSBC sought to regulate entrance into the legal profession by ensuring that individual applicants are fit for licensing.

[284] This interpretation is consistent with the purpose of the *LPA* as a whole. A careful reading of the *LPA* reveals that the scope of the LSBC's mandate is limited to the governance of the practice of law. The *LPA*'s provisions only relate to matters relevant to the governance of the legal profession and its constituent parts (the LSBC, lawyers, law firms, articled students and applicants). Even its farthest-reaching provisions confirm its limited mandate. For example, Part 3 of the *LPA* (ss. 26 to 35), concerned with the protection of the public, is limited to allegations regarding the conduct or competence of a law firm, lawyer, former lawyer or articled student (s. 26). Similarly, s. 28, which, under the heading of "Education", empowers Benchers to establish and maintain or otherwise

régie de la [LSBC], des avocats, des cabinets d'avocats, des stagiaires et des demandeurs, et l'application de [la *LPA*] ». Ce pouvoir se limite donc à la réglementation de la profession juridique et de ses éléments constitutifs, et il s'arrête au processus de délivrance de permis — la porte d'entrée de la profession. Tout exercice du pouvoir discrétionnaire de la LSBC à une fin allant au-delà des limites expresses établies par l'art. 11 serait *ultra vires*.

[282] Plus particulièrement, la Règle ne confère pas à la LSBC le pouvoir de réglementer les facultés de droit. Appliquant la maxime d'interprétation des lois *expressio unius est exclusio alterius* (« la mention de l'un implique l'exclusion de l'autre »), nous pouvons présumer que le législateur n'a pas voulu inclure la régie des facultés de droit dans le pouvoir d'établir des règles conféré à la LSBC par l'art. 11. La portée de son mandat se limite à la régie [TRADUCTION] « de la [LSBC], des avocats, des cabinets d'avocats, des stagiaires et des demandeurs ». Si le législateur avait eu l'intention d'investir la LSBC d'un pouvoir de surveillance à l'égard des facultés de droit, il aurait expressément prévu un pouvoir d'une telle importance.

[283] Cela nous amène à conclure que, en adoptant la Règle en vertu de son pouvoir d'établir des règles concernant la régie des demandeurs, la LSBC a voulu réglementer l'entrée dans la profession juridique en veillant à ce que les demandeurs soient individuellement aptes à y accéder.

[284] Cette interprétation est compatible avec l'objet de la *LPA* dans son ensemble. Une lecture attentive de la *LPA* révèle que la portée du mandat de la LSBC se limite à la régie de la pratique du droit. Les dispositions de la *LPA* ne se rapportent qu'à des questions relatives à la régie de la profession juridique et de ses éléments constitutifs (la LSBC, les avocats, les cabinets d'avocats, les stagiaires et les demandeurs). Même ses dispositions dont la portée est la plus grande confirment le mandat limité de la LSBC. Par exemple, la partie 3 de la *LPA* (art. 26 à 35), qui porte sur la protection du public, ne vise que les allégations concernant la conduite ou la compétence d'un cabinet d'avocats, d'un avocat, d'un ancien avocat ou d'un stagiaire

2018 SCC 32 (CanLII)

support a system of legal education, grant scholarships, bursaries and loans, establish or maintain law libraries, and to provide for publication of court and other legal decisions, expressly confines these actions to those taken "to promote and improve the standard of practice by lawyers". The LSBC's object, duties and powers are, in short, limited to regulating the legal profession, starting at (but not before) the licensing process — that is, starting at the doorway to the profession.

[285] Section 3 of the *LPA* states the LSBC's overarching object and duty, which includes upholding and protecting the public interest in the administration of justice by "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons". It is on this basis that the majority concludes that the LSBC's decision to refuse to approve TWU's proposed law school because of its admissions policy was a valid exercise of its statutory authority. In doing so, it is our respectful view that it misconstrues the purpose underlying the LSBC's discretionary power to approve a law school under the Rule and extends the Rule's scope beyond the limits of the LSBC's mandate.

[286] Section 3 of the *LPA* cannot be understood in isolation. It must be examined "in [its] entire context and . . . harmoniously with the [*LPA*'s] scheme [and] object" (*Rizzo & Rizzo Shoes*, at para. 21, quoting E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87). Section 3 does not grant the LSBC the authority to exercise its statutory powers for a purpose lying outside the scope of its mandate under the guise of "preserving and protecting the rights and freedoms of all persons". For example, the LSBC could not take measures to promote rights and freedoms by engaging in the regulation of the courts or bar associations, even though such measures might well impact "the public interest in the administration of justice". These matters fall outside

(art. 26). De la même façon, l'art. 28, qui, sous la rubrique [TRADUCTION] « Éducation », habilite les conseillers à établir et maintenir, ou autrement appuyer, un système d'éducation juridique, à accorder des bourses et des prêts, à établir ou maintenir des bibliothèques de droit et à assurer la publication des décisions judiciaires ou autres décisions juridiques, limite expressément ces mesures à celles prises [TRADUCTION] « pour promouvoir et améliorer la norme de pratique des avocats ». Bref, l'objet, les devoirs et les pouvoirs de la LSBC se limitent à la réglementation de la profession juridique, à partir du processus de délivrance de permis (mais non avant) — c'est-à-dire à partir de la porte d'entrée de la profession.

[285] L'article 3 de la *LPA* énonce l'objet et le devoir primordiaux de la LSBC, qui comprennent le fait de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice en [TRADUCTION] « préservant et en protégeant les droits et libertés de chacun ». C'est en se fondant sur cette disposition que les juges majoritaires arrivent à la conclusion que la décision de la LSBC de refuser d'agréer la faculté de droit proposée par TWU en raison de sa politique d'admission constituait un exercice valide du pouvoir que lui confère la loi. Nous estimons en toute déférence qu'en agissant ainsi, ils interprètent mal l'objet qui sous-tend le pouvoir discrétionnaire de la LSBC d'agréer une faculté de droit en vertu de la Règle et étendent la portée de cette dernière au-delà des limites du mandat de la LSBC.

[286] L'article 3 de la *LPA* ne peut être interprété isolément. Il doit être examiné « dans [son] contexte global [d'une manière] qui s'harmonise avec l'esprit [et] l'objet de la [*LPA*] » : *Rizzo & Rizzo Shoes*, par. 21, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), p. 87. Cet article 3 ne permet pas à la LSBC d'exercer son pouvoir statutaire à une fin qui outrepasse son mandat sous le couvert de la mission consistant à [TRADUCTION] « préserv[er] et [à] protég[er] les droits et libertés de chacun ». La LSBC ne pourrait pas, par exemple, prendre des mesures visant à favoriser le respect des droits et libertés en se livrant à la réglementation des tribunaux ou des associations juridiques, même si de telles mesures pourraient bien avoir une incidence

2018 SCC 32 (CanLII)

of the scope of its statutory mandate, as does the governance of law schools.

[287] It is the scope of the LSBC's statutory authority that defines how it may carry out its public interest mandate, not the other way around. Had the legislator intended otherwise, the rule-making powers at s. 11 would have presumably provided the LSBC with broad discretionary power to make rules "to uphold and protect the public interest in the administration of justice".

[288] This is not to say that public interest considerations are irrelevant to the exercise of the LSBC's discretionary power. The LSBC's duty is to uphold and protect the public interest; however, this duty may only be exercised within the scope of its statutory mandate. The *LPA* does not empower the LSBC to police human rights standards in law schools. Provincial legislatures, including British Columbia's, have conferred that mandate upon provincial human rights tribunals. The LSBC does not enjoy a free-standing power under its "public interest" mandate to seek out conduct which it finds objectionable, howsoever much the "public interest" might thereby be served. Under the Rule, the LSBC can act in the public interest only for the purpose of ascertaining whether individual applicants are fit for licensing.

[289] While ensuring the competence of licensing applicants clearly falls within the LSBC's mandate, this purpose does not rationally extend to guaranteeing equal access to law schools. The fact that the Rule sets out minimum requirements for licensing confirms that the LSBC is properly concerned with competence, not with merit. Setting admissions criteria to select the "best of the best" is up to law schools. To be clear, the selection of law students does not in any way fall within the LSBC's mandate, which is confined to the narrow task of ensuring

sur [TRADUCTION] « l'intérêt public dans l'administration de la justice ». Ces questions ne relèvent pas de son mandat statutaire, pas plus que la régie des facultés de droit.

[287] C'est la portée du pouvoir statutaire de la LSBC qui détermine la façon dont cette dernière peut s'acquitter de son mandat visant la protection de l'intérêt public, et non l'inverse. Si le législateur avait eu l'intention contraire, on peut présumer que le pouvoir d'établir des règles prévu à l'art. 11 aurait conféré à la LSBC un vaste pouvoir discrétionnaire d'établir des règles en vue « de défendre et de protéger l'intérêt public dans l'administration de la justice ».

[288] Cela ne veut pas dire que les considérations d'intérêt public ne sont pas pertinentes pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la LSBC. Le devoir qui incombe à la LSBC consiste à défendre et à protéger l'intérêt public; toutefois, la LSBC ne peut s'acquitter de ce devoir que dans les limites de son mandat statutaire. La *LPA* n'habilite pas la LSBC à veiller au respect des normes relatives aux droits de la personne dans les facultés de droit. Les assemblées législatives provinciales, y compris celle de la Colombie-Britannique, ont confié ce mandat aux tribunaux provinciaux des droits de la personne. La LSBC ne jouit pas, dans le cadre de son mandat de protection de l'« intérêt public », d'un pouvoir autonome lui permettant de chercher à identifier les conduites qu'elle juge répréhensibles, peu importe la mesure dans laquelle un tel pouvoir servirait l'« intérêt public ». Suivant la Règle, la LSBC ne peut agir dans l'intérêt public que pour déterminer si les demandeurs sont individuellement aptes à accéder à la profession.

[289] Si assurer la compétence des personnes qui demandent un permis relève manifestement du mandat de la LSBC, cet objet ne s'étend pas logiquement au fait de garantir l'égalité d'accès aux facultés de droit. Le fait que la Règle énonce des exigences minimales en matière de délivrance de permis confirme que la LSBC s'intéresse à bon droit à la compétence des candidats et non à leur mérite. C'est aux facultés de droit qu'il revient d'établir des critères permettant de sélectionner « la crème de la crème ». Autrement dit, la sélection des étudiants en droit ne relève pas

2018 SCC 32 (CanLII)

2018 SCC 32 (CanLII)

that those who have graduated from law school and who apply for licensing meet minimum standards of competence and ethical conduct. Whether or not law schools have themselves selected the "best of the best" has no bearing on the LSBC's task of determining who is fit to practise law in British Columbia. Contrary to what the majority concludes at paras. 42 and 43 of their reasons, equal access to the legal profession and diversity in the legal profession are distinct from the duty to ensure competent practice. Indeed, the facts of this appeal are an example. Despite the unequal access effected by the requirement that applicants to TWU commit to a community covenant, the LSBC concedes its lack of concern regarding the competence or ethical conduct of TWU graduates. Relatedly, and while the majority notes (at para. 45) that "[t]he LSBC did not purport to make any other decision governing TWU's proposed law school or how it should operate", the majority's statement (at para. 39) that "[t]he LSBC was entitled to be concerned that inequitable barriers on entry to law schools would effectively impose inequitable barriers on entry to the profession and risk decreasing diversity within the bar" would logically apply to other aspects of law school admissions which might be said to create inequitable barriers to legal education, such as tuition fees. By the majority's logic, then, the LSBC would be entitled (or indeed, required) to consider such barriers in accrediting law schools in order to promote the competence of the bar as a whole.

[290] At their core, the majority's reasons err by assimilating legal education to the LSBC's mandate. They extend the reach — without any justification grounded in the terms of the *LPA* — of the LSBC's "authority as the gatekeeper to the legal profession" (para. 45 (emphasis added)) all the way back to the

du tout du mandat de la LSBC, qui se limite à la simple tâche de veiller à ce que les diplômés d'une faculté de droit qui demandent un permis de pratique respectent les normes minimales en matière de compétence et de déontologie. La question de savoir si les facultés de droit ont elles-mêmes sélectionné ou non « la crème de la crème » n'a aucune incidence sur la tâche de la LSBC consistant à déterminer qui est apte à pratiquer le droit en Colombie-Britannique. Contrairement à ce que concluent les juges majoritaires aux par. 42 et 43 de leurs motifs, l'égalité d'accès à la profession juridique et la diversité au sein de celle-ci n'ont rien à voir avec le devoir d'assurer la compétence dans la pratique. Les faits du présent pourvoi en sont d'ailleurs un exemple. Malgré l'inégalité d'accès engendrée par l'exigence voulant que les personnes qui présentent une demande d'admission à TWU signent un covenant communautaire, la LSBC concède n'avoir aucune préoccupation à l'égard de la compétence ou de la conduite déontologique des diplômés de TWU. Dans le même ordre d'idées, et même si les juges majoritaires soulignent (au par. 45) que « [l]a LSBC n'entendait prendre aucune autre décision relative à la faculté de droit proposée par TWU ou à la manière dont cette faculté devrait exercer ses activités », leur affirmation (au par. 39) selon laquelle « [l]a LSBC était en droit de craindre que l'imposition de barrières inéquitables à l'entrée aux facultés de droit impose dans les faits des barrières inéquitables à l'entrée dans la profession et risque ainsi de diminuer la diversité au sein du barreau » s'appliquerait logiquement à d'autres aspects des politiques d'admission des facultés de droit dont on pourrait dire qu'ils créent des barrières inéquitables à l'éducation juridique, comme les frais de scolarité. Suivant la logique des juges majoritaires, la LSBC aurait donc le pouvoir, voire l'obligation, de tenir compte de ces barrières lorsqu'elle décide d'agréer ou non une faculté de droit afin de favoriser la compétence au sein du barreau dans son ensemble.

[290] Essentiellement, l'opinion des juges majoritaires est erronée du fait qu'elle assimile la formation juridique au mandat de la LSBC. Sans que cela soit aucunement fondé sur le libellé de la *LPA*, ils étendent la portée « des pouvoirs [que] possède [la LSBC] en tant que gardienne de la profession

law school's threshold. The LSBC must, however, take licensing applicants as they come; its statutory mandate empowers it to control the doorway to the profession, not to decide who knocks on the door. No reference to the LSBC's history — again, unsupported by the actual terms of the *LPA* — can justify the majority's endorsement of such a distension of its mandate (see Majority Reasons, at para. 46). Any measures undertaken by the LSBC to promote diversity in the legal profession must fall within the bounds of its statutory mandate *as expressed at the time those actions are undertaken*. Though the majority denies it, by allowing the LSBC to refuse to accredit a law school solely on the basis of its admissions policies — and in the absence of any concerns relating to the fitness of that school's graduates — it allows the LSBC to do that which it is not statutorily empowered to do — govern law schools by regulating their admissions policies. It does, in effect, tell law schools "how [they] should operate" (Majority Reasons, at para. 45). But so long as a law school's admissions policies do not raise concerns over its graduates' fitness to practise law, the LSBC is simply not statutorily empowered to scrutinize them.

[291] The majority's overextension of the LSBC's mandate is equally apparent in discussing the LSBC's duty to "preven[t] harm to LGBTQ law students" (para. 40). The majority correctly notes that any risk of harm falls on "LGBTQ people who attend TWU's proposed law school" (para. 96 (emphasis added); see also paras. 98 and 103); in other words, the harm occurs in the context of legal education rather than the legal profession. Again, it is conceded by the LSBC that it has no basis for doubting that the graduates of TWU's proposed law school will be competent lawyers that will practise in accordance with human rights codes prohibiting discrimination against LGBTQ persons. There is, therefore, no basis upon which to find that such harms will manifest in the legal profession. Any harms to marginalized

juridique » (par. 45 (nous soulignons)) aussi loin qu'au seuil de la faculté de droit. Or, la LSBC doit recevoir ceux qui sollicitent la délivrance d'un permis comme ils arrivent; son mandat statutaire lui donne le contrôle de l'accession à la profession, non pas celui de décider qui peut frapper à sa porte. Aucune référence à l'histoire de la LSBC — encore une fois, non fondée sur le texte précis de la *LPA* — ne peut justifier l'approbation par les juges majoritaires d'une telle distorsion de son mandat : voir les motifs des juges majoritaires, par. 46. Toutes les mesures mises en place par la LSBC pour promouvoir la diversité dans la profession juridique doivent s'inscrire dans les limites de son mandat statutaire *tel qu'il s'articule au moment où ces mesures sont prises*. Bien que les juges majoritaires le nient, en autorisant la LSBC à refuser d'agréer une faculté de droit uniquement en fonction de ses politiques d'admission — et en l'absence de toute préoccupation quant à l'aptitude des diplômés de cette faculté —, ils lui permettent de faire ce que la loi ne lui donne pas le pouvoir de faire, soit régir les facultés de droit en réglementant leurs politiques d'admission. De fait, l'ordre professionnel signale aux facultés comment elles « devrai[en]t exercer [leurs] activités » : motifs des juges majoritaires, par. 45. Toutefois, dans la mesure où les politiques d'admission d'une faculté de droit ne soulèvent pas de préoccupation quant à l'aptitude des diplômés de celle-ci à pratiquer le droit, la loi ne confère tout simplement pas le pouvoir à la LSBC de les scruter.

[291] L'élargissement injustifié du mandat de la LSBC par les juges majoritaires ressort tout autant lorsqu'il est question de son devoir d'« empêcher qu'un préjudice soit causé aux étudiants en droit LGBTQ » : par. 40. Nos collègues majoritaires soulignent avec raison que ce sont « [les] personnes LGBTQ qui fréquentent à la faculté de droit proposée par TWU » qui risquent de subir un préjudice (par. 96 (nous soulignons); voir également les par. 98 et 103); autrement dit, le préjudice survient dans le contexte de la formation juridique plutôt que dans celui de la profession juridique. Il importe de rappeler que la LSBC concède que rien ne lui permet de douter du fait que les diplômés de la faculté de droit proposée par TWU seront des avocats compétents qui exerceront leur profession conformément aux

2018 SCC 32 (CanLII)

communities in the context of legal education must be considered by provincial human rights tribunals, by legislatures, and by members of the executive, which grant such institutions the power to confer degrees. The LSBC is not a roving, free-floating agent of the state. It cannot take it upon itself to police such matters when they lie beyond its mandate.

[292] Finally, as discussed in more detail below, the "imperative of refusing to condone discrimination against LGBTQ people" (McLachlin C.J.'s Reasons, at para. 137; see also Majority Reasons, at paras. 40 and 105), is not a valid basis for the LSBC's decision. This Court has already held that denying accreditation should be based on specific evidence rather than "general perceptions" (*TWU 2001*, at para. 38). As we explain below, the recognition of a private actor by the state cannot be construed as amounting to an endorsement of that actor's religious beliefs or practices.

[293] The only proper purpose for the LSBC's approval decision is to ensure that individual applicants are fit for licensing. Given that the LSBC concedes that there are no concerns relating to the fitness of prospective TWU graduates, the only defensible exercise of the LSBC's statutory discretion for a proper purpose would have been to approve TWU.

B. *The LSBC Benchers Fettered Their Discretion in a Manner Inconsistent With Their Statutory Duty*

[294] We disagree with the majority that the Benchers' decision to bind themselves to the results of a referendum on the approval of TWU's

codes des droits de la personne interdisant les actes discriminatoires à l'égard des personnes LGBTQ. Par conséquent, rien ne permet de conclure que de tels préjudices se manifesteront dans la profession juridique. Tout préjudice causé aux communautés marginalisées dans le contexte de la formation juridique doit être examiné par les tribunaux provinciaux des droits de la personne, par les assemblées législatives et par les membres de l'exécutif, qui confèrent à ces institutions le pouvoir de délivrer des diplômes. La LSBC, en tant que représentante de l'État, n'est pas un électron libre qui peut tout se permettre. Elle ne peut pas décider de veiller au respect de telles questions de son propre chef alors qu'elles outrepassent son mandat.

[292] Enfin, comme nous le verrons plus en détail plus loin, le « devoir de refuser de cautionner des actes discriminatoires à l'endroit de la communauté LGBTQ » (motifs de la juge en chef McLachlin, par. 137; voir également les motifs des juges majoritaires, par. 40 et 105) ne constitue pas un fondement valable pour la décision rendue par la LSBC. La Cour a déjà statué que le rejet d'une demande de reconnaissance devrait reposer sur une preuve particulière, et non sur des « perceptions générales » : *TWU 2001*, par. 38. Comme nous l'expliquerons plus loin, la reconnaissance par l'État d'un acteur privé ne saurait être interprétée comme équivalant à l'approbation des croyances ou pratiques religieuses de cet acteur.

[293] La décision de la LSBC relative à la reconnaissance d'une faculté de droit a pour seule fin légitime de veiller à ce que les demandeurs soient individuellement aptes à accéder à la profession. Étant donné que la LSBC concède qu'il n'existe aucune préoccupation à l'égard de l'aptitude des éventuels diplômés de TWU, le seul exercice justifiable du pouvoir discrétionnaire statutaire de la LSBC à une fin légitime aurait été pour elle d'agréer TWU.

B. *Les conseillers de la LSBC ont entravé leur pouvoir discrétionnaire d'une manière qui contrevient à leur devoir statutaire*

[294] Nous ne partageons pas l'avis des juges majoritaires selon lequel la décision des conseillers de s'en remettre aux résultats d'un référendum sur la

2018 SCC 32 (CanLII)

proposed law school did not violate their statutory duties (Majority Reasons, at para. 48). While the Benchers may not have had a duty to provide formal reasons (Majority Reasons, at para. 55), the rationale for deference under *Doré* — expertise in applying the *Charter* to a specific set of facts (paras. 47-48) — requires more engagement and consideration from an administrative decision-maker than simply being "alive to the issues", whatever that may mean (Majority Reasons, at para. 56). Irrespective of whether the Benchers had the authority to be bound by a referendum outside of the circumstances set out in s. 13 of the *LPA*, we agree with the Court of Appeal that, in this case, the Benchers abdicated their duty as administrative decision-makers to properly balance the objectives of the *LPA* with the *Charter* rights implicated by their approval decision.

[295] As the majority recognizes at para. 52 of its reasons, judicial review has always been concerned with both the outcome *and the process* of administrative decision making. We stress that the issue identified by the Court of Appeal was with the lack of reasoning in the process adopted and not the sufficiency of reasons — whether formal or informal — themselves. The majority's reliance on *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5, and *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360, elides this issue. Indeed, in *Catalyst Paper*, the Court explicitly relied on the municipal council's rich deliberative process in finding that there was no duty to provide formal reasons when passing a by-law (para. 29). Further, neither *Catalyst Paper* nor *Green* involved the adoption of a by-law that risked infringing the *Charter*. The importance of the reasoning process that must underlie administrative decision making where a *Charter* right is at issue was explicitly stated in *Doré* (at paras. 55-56). Yet, its absence in this case is given no significance whatsoever by the majority.

reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU ne violait pas les devoirs statutaires qui leur incombaient : motifs des juges majoritaires, par. 48. Bien que les conseillers n'aient peut-être pas été tenus de fournir des motifs écrits (motifs des juges majoritaires, par. 55), la raison d'être de la déférence dans le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Doré* — l'expertise en matière d'application de la *Charte* à un ensemble précis de faits (par. 47-48) — nécessite une participation et un examen plus actifs de la part du décideur administratif, qui ne saurait simplement être « conscien[t] de ce qui [est] en jeu », quoi que cela puisse signifier (motifs des juges majoritaires, par. 56). Peu importe que les conseillers aient le pouvoir de s'en remettre à un référendum à l'extérieur des circonstances visées par l'art. 13 de la *LPA*, nous convenons avec la Cour d'appel que, en l'espèce, les conseillers ont fait abstraction du devoir qui leur incombait, en tant que décideurs administratifs, de réaliser un juste équilibre entre les objectifs de la *LPA* et les droits garantis par la *Charte* visés par leur décision relative à la reconnaissance de la faculté de droit.

[295] Comme les juges majoritaires le reconnaissent au par. 52 de leurs motifs, le contrôle judiciaire a toujours porté à la fois sur les résultats *et sur le processus* décisionnel administratif. Nous tenons à souligner que, selon la Cour d'appel, le problème résidait dans l'absence de raisonnement plutôt que dans l'insuffisance des motifs — écrits ou non — en tant que tels. En s'appuyant sur les arrêts *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5, et *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360, les juges majoritaires évitent cette question. En effet, dans l'arrêt *Catalyst Paper*, la Cour s'est expressément appuyée sur le riche processus de délibération du conseil municipal pour conclure que celui-ci n'avait pas le devoir de fournir des motifs écrits lors de l'adoption d'un règlement : par. 29. De plus, ni *Catalyst Paper* ni *Green* ne concernaient l'adoption d'un règlement susceptible de porter atteinte à la *Charte*. L'importance du raisonnement qui doit sous-tendre le processus décisionnel administratif lorsqu'un droit garanti par la *Charte* est en cause a été expressément soulignée dans *Doré* : par. 55-56. Or, les juges majoritaires n'accordent aucune importance à l'absence de raisonnement en l'espèce.

2018 SCC 32 (CanLII)

[296] The LSBC violated its statutory duty by adopting the results of a referendum affecting *Charter* rights without engaging in the process of balancing *Charter* rights and statutory objectives required by *Doré*. It is plain from an examination of the LSBC's decision-making "process" that any balancing exercise engaged in by the Benchers was disconnected from the outcome the LSBC now seeks to justify, which was merely a rubber stamping of the outcome of a referendum of LSBC members.

[297] As noted by the majority, the Benchers engaged in debate and deliberation on the *Charter* issues during their April 11, 2014 and September 26, 2014 meetings. They decided *against* adopting a resolution declaring TWU's proposed law school to *not* be an approved faculty of law at the conclusion of each of those meetings. But that particular deliberation did not lead to the outcome the LSBC now seeks to justify. Instead, despite having (arguably) twice balanced the *Charter* rights implicated with the LSBC's statutory objectives in fulfilment of their statutory duty, the Benchers — at the conclusion of the September 26, 2014 meeting — opted for a binding referendum on the issue of TWU's approval, with the results of that referendum being adopted with *no further discussion* and therefore no substantive debate on October 31, 2014.

[298] In light of this background, it is, with respect, pure historical revisionism to suggest that the Benchers believed their decision "would benefit from the guidance or support of the membership as a whole" (Majority Reasons, at para. 50). Indeed, at the time of their *actual* deliberations on September 26, 2014, the Benchers *already had* the Resolution of the Special General Meeting of LSBC members adopted on June 10, 2014, and they took this expression of the membership's will into account during that meeting. By then opting for a binding referendum, the Benchers abdicated their duty as administrative decision-makers by deferring to a popular vote. It might, of course, be argued that the

[296] La LSBC a manqué à son devoir statutaire en s'en remettant aux résultats d'un référendum ayant une incidence sur des droits garantis par la *Charte* sans réaliser, comme le requiert l'arrêt *Doré*, un juste équilibre entre ces droits et les objectifs législatifs en cause. Il ressort d'un examen du « processus » décisionnel de la LSBC que tout exercice de mise en balance auquel se sont livrés les conseillers n'avait aucun lien avec le résultat que la LSBC cherche maintenant à justifier, lequel repose uniquement sur l'entérinement d'office du résultat d'un référendum des membres de la LSBC.

[297] Comme le soulignent les juges majoritaires, les conseillers ont entrepris des discussions et ont délibéré sur les questions relatives à la *Charte* lors des réunions du 11 avril et du 26 septembre 2014. À la fin de chacune de ces réunions, ils ont décidé de *ne pas* adopter une résolution déclarant que la faculté de droit proposée par TWU *n*'était *pas* une faculté de droit agréée. Toutefois, ces délibérations n'ont pas donné lieu au résultat que la LSBC cherche maintenant à justifier. Au contraire, même s'ils se sont livrés (pourrait-on prétendre) à deux reprises à la mise en balance des droits en jeu protégés par la *Charte* en jeu et des objectifs statutaires de la LSBC, dans l'accomplissement du devoir que la loi leur confie, les conseillers — à l'issue de leur réunion du 26 septembre 2014 — ont choisi de tenir un référendum exécutoire sur la question de la reconnaissance de TWU, les résultats de ce référendum ayant été entérinés *sans autre discussion*, et sans la tenue d'un débat de fond, le 31 octobre 2014.

[298] Compte tenu de ce contexte, et avec respect, dire que les conseillers croyaient que leur décision « gagnerai[t] à être guidé[e] ou appuyé[e] par l'ensemble des membres » (motifs des juges majoritaires, par. 50) revient selon nous à réécrire l'histoire. En effet, au moment de leurs *véritables* délibérations, le 26 septembre 2014, les conseillers *disposaient déjà* de la résolution adoptée le 10 juin 2014 par les membres de la LSBC lors de leur assemblée générale extraordinaire et, pendant leur réunion, ils ont tenu compte de l'avis ainsi exprimé par les membres. En choisissant par la suite de tenir un référendum exécutoire, les conseillers ont fait abstraction de leur devoir en tant que décideurs administratifs en s'en

2018 SCC 32 (CanLII)

Benchers preferred any outcome dictated by popular vote to the outcome flowing from their own reasoning. The flaw, however, of such an approach is that the LSBC membership could never, through means of a referendum, engage in the balancing *process* required by *Doré*.

[299] Such a serious error would normally require that the LSBC's decision be quashed and returned for a proper determination. As counsel for the LSBC conceded before us (Transcript, at p. 341), however, "because of the failure of the [LSBC] to . . . determine the proportionate balancing in this situation" it now falls to this Court to determine the "single answer", which we understand to refer to the proportionate balance between the severity of the limitation on the *Charter* right at issue and the statutory objectives governing the LSBC. The difficulty here is that (as we have already pointed out) the LSBC's decision is completely devoid of any reasoning.

[300] And yet, the majority justifies deferring to that void by reminding us that reviewing courts "may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome" (para. 56). But, for two reasons, this statement is untenable. First, it does not conform to this Court's recent direction, in *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at para. 27, that "reviewing courts must look at both the reasons *and* the outcome" (emphasis in original). In other words, it is never sufficient to consider the outcome alone. Indeed, the Court in *Delta Air Lines* went on (at para. 27) to caution that "[i]f we allow reviewing courts to replace the reasons of administrative bodies with their own, the outcome of administrative decisions becomes the sole consideration." In our respectful view, the majority does both these things: it replaces the (non-)reasons of the LSBC with its own, and makes the outcome the sole consideration.

remettant au vote populaire. Bien sûr, on pourrait prétendre que les conseillers privilégiaient le résultat, quel qu'il soit, dicté par le vote populaire au résultat découlant de leur propre raisonnement. Toutefois, la lacune d'une telle approche est qu'il était impossible pour les membres de la LSBC, en tenant un référendum, de se livrer au *processus* de mise en balance exigé par l'arrêt *Doré*.

[299] Une erreur aussi grave commanderait normalement que la décision de la LSBC soit annulée et que le dossier lui soit renvoyé pour qu'elle tranche la question adéquatement. Toutefois, comme l'avocat de la LSBC l'a admis devant nous (transcription, p. 341), [TRADUCTION] « en raison du défaut de la [LSBC] de [. . .] déterminer ce qui constituait une mise en balance proportionnée dans cette situation », il revient maintenant à la Cour de déterminer l'« unique réponse » applicable en l'espèce, laquelle, selon nous, concerne la mise en balance proportionnée de la gravité de la restriction imposée au droit en cause garanti par la *Charte* d'une part, et des objectifs statutaires régissant la LSBC d'autre part. La difficulté (comme nous l'avons déjà souligné) est que la décision de la LSBC ne repose sur aucun raisonnement.

[300] Et pourtant, les juges majoritaires justifient leur attitude de réserve à l'égard de cette lacune en nous rappelant que la cour de révision « peut [. . .], si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat » : par. 56. Mais cet énoncé est insoutenable pour deux raisons. Premièrement, il ne se conforme pas à la directive récente donnée par la Cour dans l'arrêt *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, par. 27, selon laquelle « les cours de révision doivent examiner à la fois les motifs *et* le résultat » (en italique dans l'original). En d'autres mots, il ne suffit jamais d'examiner uniquement le résultat. D'ailleurs, dans *Delta Air Lines*, la Cour a ensuite signalé (par. 27) que « [s]i nous permettions aux cours de révision de remplacer les motifs d'organismes administratifs par les leurs, le résultat des décisions administratives deviendrait la seule considération ». Nous estimons respectueusement que les juges majoritaires font ces deux choses en l'espèce : ils remplacent les motifs (inexistants) de la LSBC par les leurs, et ils font du résultat leur seule considération.

2018 SCC 32 (CanLII)

[301] The second objection to the majority's statement that courts "may, if they find it necessary, look to the record for the purpose of assessing the reasonableness of the outcome" is that, of course, there is no record in this case of post-referendum deliberation allowing anyone to "ass[ess] the reasonableness of the outcome". Still, the majority, even without the benefit of reasons or a relevant record, assures us that "the Benchers came to a decision that reflects a proportionate balancing" (para. 56). But, and with respect, the majority simply cannot point to *any* basis whatsoever for suggesting that the Benchers conducted any balancing at all, let alone proportionate balancing.

C. *The Doré/Loyola Framework*

[302] Our reasons apply the *Doré/Loyola* framework as we are able to understand it from the jurisprudence, but we note our concerns in relation to this framework for judicial review of *Charter*-infringing administrative decisions. The comments and scholars cited by the Chief Justice (para. 111, fn. 1) are overwhelmingly critical and make clear that the framework's contours are poorly defined. While we welcome the clarification of the framework articulated in the Chief Justice's reasons, we find the lack of rationale for insisting on a distinct framework for administrative decisions troubling, particularly in light of the fact that the application of the stages of the *Oakes* test in our jurisprudence is already context-specific (*Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RJR-MacDonald*, at para. 132).

[303] In our view, the suggestion in *Doré* (at para. 4) that "an adjudicated administrative decision is not like a law which can, theoretically, be objectively justified by the state, making the traditional s. 1 analysis an awkward fit" does not account for this Court's statement that, where a *Charter* infringement can be attributed to individualized decisions of state decision-makers, the proportionality test must

[301] La seconde objection à l'énoncé des juges majoritaires selon lequel une cour « peut [. . .], si elle le juge nécessaire, examiner le dossier pour apprécier le caractère raisonnable du résultat » tient au fait qu'évidemment il n'y a pas de dossier en l'espèce portant sur des délibérations postérieures au référendum permettant à quiconque d'« apprécier le caractère raisonnable du résultat ». Néanmoins, les juges majoritaires, même sans bénéficier de motifs ou d'un dossier pertinent, affirment que « les conseillers sont arrivés à une décision qui est le fruit d'une mise en balance proportionnée ». Avec égards, cependant, les juges majoritaires ne disposent tout simplement d'*aucun* fondement pour affirmer que les conseillers ont procédé à une quelconque mise en balance, et encore moins à une mise en balance proportionnée.

C. *Le cadre d'analyse des arrêts Doré et Loyola*

[302] Nos motifs reposent sur l'application du cadre d'analyse prescrit dans les arrêts *Doré* et *Loyola* selon notre compréhension de la jurisprudence, mais nous tenons à souligner certaines préoccupations que nous avons quant à l'application de ce cadre d'analyse au contrôle judiciaire d'une décision administrative attentatoire. Les commentateurs et les universitaires cités par la juge en chef (par. 111, n. 1) sont extrêmement critiques et expliquent clairement que les contours de ce cadre d'analyse sont mal définis. Bien que nous jugions utiles les précisions que la juge en chef apporte au sujet de ce cadre d'analyse dans ses motifs, nous sommes d'avis que le manque de logique quant au fait d'insister pour qu'un cadre d'analyse distinct soit appliqué aux décisions administratives est troublant, d'autant plus que l'application des étapes de l'analyse de l'arrêt *Oakes* dans la jurisprudence de la Cour est déjà contextuelle : *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *RJR-MacDonald*, par. 132.

[303] Selon nous, l'énoncé dans l'arrêt *Doré* (par. 4) selon lequel « une décision administrative en matière contentieuse n'est pas assimilable à une loi qui peut, en théorie, être objectivement justifiée par l'État [de sorte] que, dans ce contexte, l'analyse traditionnelle fondée sur l'article premier est boiteuse » ne tient pas compte du fait que la Cour a précisé que, lorsqu'une violation de la *Charte* est

2018 SCC 32 (CanLII)

apply (*Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, at paras. 16 and 21, per Charron J.). Further, it is belied by the application of the *Oakes* test by this Court to administrative decisions in many cases prior to *Doré* (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Dagenais*; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295). That suggestion is also doubtful in light of the ambivalent application of *Doré* in *Loyola*, and by its non-application in *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3. Similarly, this Court avoided applying the deferential *Doré* framework when defining the scope of the *Charter* right in *Association of Justice Counsel v. Canada (Attorney General)*, 2017 SCC 55, [2017] 2 S.C.R. 456, and *Ktunaxa Nation v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 SCC 54, [2017] 2 S.C.R. 386.

[304] We acknowledge the majority's insistence (at para. 80) that "[t]he framework set out in *Doré* and affirmed in *Loyola* is not a weak or watered-down version of proportionality". Rather, it maintains, it is "robust". But saying so does not make it so. Indeed, the Chief Justice's attempt to clarify that framework, combined with the majority's continued defence of the "robustness" of proportionality as set out in the *Doré/Loyola* framework, simply reinforce our view that the orthodox test — the *Oakes* test — must apply to justify state infringements of *Charter* rights, regardless of the context in which

attribuable à une décision individualisée d'un décideur qui s'est vu conférer compétence par l'État, il doit être satisfait au critère de la proportionnalité : *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, par. 16 et 21, la juge Charron. De plus, le fait que la Cour ait appliqué l'analyse de l'arrêt *Oakes* à des décisions administratives dans plusieurs arrêts antérieurs à l'arrêt *Doré* contredit cet énoncé : *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Dagenais*; *Ross c. Conseil scolaire du district n^o^ 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295. Il est également permis de douter de la validité de l'énoncé susmentionné en raison de l'application ambivalente de l'arrêt *Doré* par la Cour dans l'affaire *Loyola*, et du fait que cet arrêt n'a pas été appliqué dans l'affaire *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3. De même, la Cour a évité d'appliquer le cadre d'analyse déférent de l'arrêt *Doré* lorsqu'elle a défini la portée du droit garanti par la *Charte* dans les arrêts *Association des juristes de justice c. Canada (Procureur général)*, 2017 CSC 55, [2017] 2 R.C.S. 456, et *Ktunaxa Nation c. Colombie-Britannique (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2017 CSC 54, [2017] 2 R.C.S. 386.

[304] Nous constatons que les juges majoritaires soulignent (par. 80) que « [l]e cadre d'analyse établi dans *Doré* et confirmé dans *Loyola* ne constitue pas une version atténuée ou édulcorée de l'analyse de la proportionnalité ». De fait, ils affirment plutôt qu'il s'agit d'une analyse « robuste ». Mais il ne suffit pas de le dire pour qu'il en soit ainsi. La tentative de la juge en chef de clarifier ce cadre d'analyse, conjuguée au plaidoyer soutenu des juges majoritaires en faveur de la reconnaissance de la « robustesse » de l'analyse de la proportionnalité exposée dans les arrêts *Doré* et *Loyola*, ne fait que confirmer notre opinion selon

2018 SCC 32 (CanLII)

they occur. Holding otherwise subverts the promise of our Constitution that the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* will be subject only to "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified" (s. 1).

[305] This is evident in the majority's own reasons. The state, it says, need only show that its decision "gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate" (para. 80, quoting *Loyola*, at para. 39 (emphasis added)). Or, "[p]ut another way, the *Charter* protection must be 'affected as little as reasonably possible' in light of the applicable statutory objectives" (para. 80, quoting *Loyola*, at para. 40 (emphasis added)). In other words, under *Doré*, *Charter* rights are guaranteed *only so far as they are consistent with the objectives of the enabling statute*. When push comes to shove, statutory objectives — including, presumably, unconstitutional statutory objectives — trump the right. But s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, which provides for the primacy of the Constitution, suggests to us that it should be the other way around — that *rights* trump statutory objectives and decisions taken thereunder. Further, s. 1 of the *Charter* does not guarantee certain rights and freedoms subject only "to the limits imposed by statutory objectives", but to limits that are "demonstrably justified in a free and democratic society". As, therefore, the Court of Appeal for Ontario recently stated, "[a] party bringing a *Charter* challenge is entitled to a judicial determination of whether the *Charter* right has been limited, and the government must have the opportunity to argue that such a limit is justified under s. 1 of the *Charter*: *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, [1993] S.C.J. No. 131, at para. 105 (per Iacobucci J.)" (*Gehl v. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, at para. 78).

laquelle l'analyse traditionnelle — celle de l'arrêt *Oakes* — doit s'appliquer aux atteintes par l'État aux droits garantis par la *Charte*, peu importe le contexte dans lequel elles se produisent. Conclure différemment viole la promesse découlant de notre Constitution que les droits et libertés garantis par la *Charte* ne seront assujettis qu'à « des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer » : art. 1.

[305] Cela ressort clairement des motifs des juges majoritaires. Il suffit, affirment ces derniers, que l'État démontre que sa décision « donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause » : par. 80, citant *Loyola*, par. 39 (nous soulignons). Ou, « [a]utrement dit, la protection conférée par la *Charte* doit être restreinte "aussi peu que cela est raisonnablement possible" eu égard aux objectifs légaux applicables » : par. 80, citant *Loyola*, par. 40 (nous soulignons). Bref, selon l'arrêt *Doré*, les droits garantis par la *Charte* ne sont protégés *que dans la mesure où ils sont compatibles avec les objectifs de la loi habilitante*. Ainsi, dans la pratique, les objectifs statutaires — y compris, vraisemblablement, des objectifs statutaires inconstitutionnels — ont préséance sur le droit. Cependant, l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qui consacre la primauté de la Constitution, indique que ce devrait être le contraire, et donc que les *droits* ont préséance sur les objectifs statutaires et les décisions axées sur ceux-ci. De plus, l'article premier de la *Charte* protège certains droits et libertés non seulement sous réserve [TRADUCTION] « des limites qu'imposent les objectifs visés par la loi », mais sous réserve des limites « dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Ainsi, comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a récemment dit, [TRADUCTION] « [u]ne partie qui intente une contestation fondée sur la *Charte* est en droit de s'attendre à ce que le tribunal juge si un droit protégé par la *Charte* a été restreint et le gouvernement doit se voir accorder la possibilité de faire valoir que cette limite est justifiée au regard de l'article premier : *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695, [1993] S.C.J. No. 131, par. 105 (le juge Iacobucci) » : *Gehl c. Canada (Attorney General)*, 2017 ONCA 319, 138 O.R. (3d) 52, par. 78.

2018 SCC 32 (CanLII)

[306] The majority's continued reliance on "values" protected by the *Charter* as equivalent to "rights" (Majority Reasons, at para. 58), is similarly troubling. These "values" loom large in the majority's reasons, given its description (at para. 41) of the LSBC's interest in protecting "the values of equality and human rights". On this point, the majority also cites to Abella J.'s reference in *Loyola* (at para. 47) to "shared values — equality, human rights and democracy" as "values the state always has a legitimate interest in promoting and protecting".

[307] We are in agreement with the Chief Justice and our colleague Rowe J. that *Charter* values do not receive independent protection under the *Charter*. In our view, and for several reasons, resorting to *Charter* values as a counterweight to constitutionalized and judicially defined *Charter* rights is a highly questionable practice.

[308] First, *Charter* "values" — unlike *Charter* rights, which are the product of constitutional settlement — are unsourced. They are, therefore, entirely the product of the idiosyncrasies of the judicial mind that pronounces them to be so. And, perhaps one judge's understanding of "equality" might indeed represent a "shared value" with all Canadians, but perhaps another judge's might not. This in and of itself should call into question the legitimacy of judges or other state actors pronouncing certain "values" to be "shared". Canadians are permitted to hold different sets of values. One person's values may be another person's anathema. We see nothing troubling in this, so long as each person agrees to the other's right to hold and act upon those values in a manner consistent with the limits of core minimal civil commitments which are necessary to secure civic order — none of which are implicated here. What *is* troubling, however, is the imposition of judicially preferred "values" to limit constitutionally protected rights, including the right to hold other values. As W. A. Galston observes in *Liberal Pluralism: The*

[306] Le fait que les juges majoritaires utilisent de façon soutenue les « valeurs » consacrées par la *Charte* comme notion équivalant aux « droits » (motifs des juges majoritaires, par. 58) est tout aussi préoccupant. Ces « valeurs » ont un poids important dans les motifs des juges majoritaires étant donné que ces derniers disent de la LSBC (au par. 41) qu'elle a un intérêt dans la protection des « valeurs d'égalité et des droits de la personne ». De plus, sur ce point, les juges majoritaires citent la juge Abella qui mentionnait dans l'arrêt *Loyola* (par. 47) que les « valeurs communes — l'égalité, les droits de la personne et la démocratie — sont des valeurs que l'État a toujours un intérêt légitime à promouvoir et à protéger ».

[307] Nous partageons l'opinion de la juge en chef et de notre collègue le juge Rowe voulant que les valeurs consacrées par la *Charte* ne jouissent pas d'une garantie indépendante sous le régime de la *Charte*. Selon nous, invoquer les valeurs consacrées par la *Charte* pour faire contrepoids aux droits garantis par celle-ci, constitutionnalisés et définis par les tribunaux, est une pratique fort discutable, et ce, pour plusieurs raisons.

[308] Premièrement, les « valeurs » consacrées par la *Charte* — contrairement aux droits garantis par cette dernière, qui sont le fruit d'un accord constitutionnel — ne découlent pas d'une source particulière. Elles sont donc entièrement le produit des idiosyncrasies de l'esprit judiciaire qui les déclare comme telles. Et s'il est possible que, suivant la compréhension qu'en a un juge, l'« égalité » puisse effectivement représenter à ses yeux une « valeur commune » aux Canadiens, il est aussi possible qu'il en soit autrement pour un autre juge. Cela devrait être en soi suffisant pour remettre en question la légitimité de la déclaration par un juge ou par un autre acteur étatique que certaines « valeurs » sont « communes ». Les Canadiens ne sont pas tenus d'adhérer au même ensemble de valeurs. Les valeurs d'une personne peuvent pour une autre être frappées d'anathème. Cela ne pose pas problème dans la mesure où chacun accepte le droit de l'autre de souscrire à ses valeurs et de les afficher d'une manière qui soit compatible avec les limites de l'engagement citoyen minimal qui est essentiel pour

2018 SCC 32 (CanLII)

Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice (2002), at p. 131, this risks illiberal outcomes:

> When we are trying to decide what to do, we are typically confronted with a multiplicity of worthy principles and genuine goods that are not neatly ordered and that cannot be translated into a common measure of value. This is not ignorance but, rather, the fact of the matter. That is why practical life is so hard. If we could reduce it to some form of quantitative calculation or resolve its quandaries by bowing to clearly dominant values, it would not be so hard. But we cannot, at least not without oversimplifying moral experience and running grave risks. In practice, in both our personal and our public lives, the pursuit of a single dominant value, whatever the cost, typically produces side consequences . . . that we ought not ignore and that few would willingly accept. . . .
>
> . . . Life would be simpler if there were clear rules to resolve the clashes between politics and its competitors. But there are not. When a parent, or artist, or faith community, or philosopher challenges the political system's right to constrain thought and action, those involved must seek ways of adjudicating the conflict that does not begin by begging the question and does not end in oppression. [Emphasis added.]

[309] Secondly, and relatedly, *Charter* "values", as stated by the majority, are amorphous and, just as importantly, undefined. Lacking the doctrinal structure which courts have carefully crafted over the past 35 years to give substantive meaning to *Charter* rights (including the right to equality) and to guide their application, *Charter* values like "equality", "justice", and "dignity" become mere rhetorical devices by which courts can give priority to particular moral judgments, under the guise of undefined

assurer l'ordre civique — ce qui n'est aucunement en cause en l'espèce. Toutefois, ce qui *est* préoccupant, c'est d'imposer des « valeurs » préférées par les tribunaux pour limiter d'autres droits garantis par la Constitution, dont le droit de souscrire à d'autres valeurs. Comme W. A. Galston le fait remarquer dans *Liberal Pluralism : The Implications of Value Pluralism for Political Theory and Practice* (2002), p. 131, cela risque d'entraîner des résultats qui vont à l'encontre d'une approche libérale :

> [TRADUCTION] Lorsque nous nous demandons ce qu'il convient de faire, nous nous heurtons généralement à une multiplicité de principes valables et de biens véritables ne pouvant être organisés dans un ordre cohérent et se traduire par un jugement de valeur commun. Ce n'est pas de l'ignorance, mais, plutôt, la réalité. C'est pourquoi la vie quotidienne est si difficile. Elle ne le serait pas autant si on la ramenait à une certaine forme de calcul quantitatif ou si les dilemmes qui la jalonnent étaient résolus en obéissant à des valeurs nettement dominantes. Mais cela n'est pas possible, du moins sans simplifier à outrance l'expérience morale et courir de graves risques. En pratique, dans notre vie personnelle et publique, la poursuite d'une valeur dominante unique, quel qu'en soit le coût, produit généralement des conséquences secondaires [. . .] sur lesquelles nous ne devrions pas fermer les yeux et que peu de gens accepteraient de plein gré. . .
>
> . . . La vie serait plus simple s'il y avait des règles claires pour résoudre les conflits entre la politique et ses concurrents. Mais il n'y en a pas. Lorsqu'un parent, un artiste, un groupe confessionnel ou un philosophe conteste le droit du système politique de contraindre la pensée et l'action, les personnes concernées doivent chercher des moyens de régler le conflit sans, dans un premier temps, éluder la question et, en bout de ligne, recourir à l'oppression. [Nous soulignons.]

[309] Deuxièmement, et dans la même veine, les « valeurs » de la *Charte*, comme il ressort des motifs des juges majoritaires, sont floues et, qui plus est, non définies. Ne bénéficiant pas des théories élaborées avec soin par les tribunaux au cours des 35 dernières années pour donner un sens substantiel aux droits garantis par la *Charte* (y compris le droit à l'égalité) et pour guider leur application, les valeurs consacrées par la *Charte*, comme l'« égalité », la « justice » et la « dignité » deviennent de simples

2018 SCC 32 (CanLII)

"values", over other values and over *Charter* rights themselves.

[310] Take, for example, the majority's preferred value of "equality". In our view, without further definition this is too vague a notion on which to ground a claim to equal treatment in any and all concrete situations, such as admission to a law school. Of course, as a legal claim, equality relates to differential application of *a specific rule* to a certain group of people in a certain legal context. But the majority does not (and cannot) point to a specific legal rule or right to ground the application of a value of equality here. Rather, it advances "equality" in a purely abstract sense, such that it could mean almost anything. For example, an acceptable legal incarnation of the abstract notion, "equality" is a principle of the rule of law that all are equal before and under the law, such that all have a claim to equal protection and to equal application of the law (T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), at pp. 55-59; F. C. DeCoste, *On Coming to Law: An Introduction to Law in Liberal Societies* (3rd ed. 2011), at p. 178). But equality in an absolute sense is also perfectly compatible with a totalitarian state, being easier to impose where freedom is limited. "Equality" as an abstraction could also mean tolerance of difference, as Justice Sachs said in *National Coalition for Gay and Lesbian Equality v. Minister of Justice*, [1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6, at para. 132:

> . . . equality should not be confused with uniformity; in fact, uniformity can be the enemy of equality. Equality means equal concern and respect across difference. It does not presuppose the elimination or suppression of difference. Respect for human rights requires the affirmation of self, not the denial of self. Equality therefore does not imply a levelling or homogenisation of behaviour but an

procédés rhétoriques permettant aux tribunaux de donner priorité à certains jugements moraux, sous le couvert de « valeurs » non définies l'emportant sur d'autres valeurs, et sur les droits garantis par la *Charte* eux-mêmes.

[310] Prenons, par exemple, la valeur de l'« égalité » privilégiée par les juges majoritaires. Selon nous, sans autre définition, cette notion est trop vague pour servir de fondement à une demande portant sur le droit à un traitement égal dans une situation concrète, comme l'admission à une faculté de droit. Évidemment, dans le contexte d'un recours, l'égalité s'intéresse à l'application différente d'*une règle donnée* à un certain groupe de personnes dans un contexte juridique particulier. Mais les juges majoritaires ne relèvent — et ne peuvent relever — ni droit particulier, ni règle juridique précise pour justifier l'application d'une valeur d'égalité en l'espèce. Ils invoquent plutôt l'« égalité » dans un sens purement abstrait de telle sorte que la notion pourrait vouloir dire à peu près n'importe quoi. À titre d'exemple, en tant qu'expression juridique acceptable de la notion au sens abstrait, l'« égalité » est un principe découlant de la primauté du droit selon lequel la loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi : T. Bingham, *The Rule of Law* (2010), p. 55-59; F. C. DeCoste, *On Coming to Law : An Introduction to Law in Liberal Societies* (3e éd. 2011), p. 178. Mais la notion d'égalité dans un sens absolu trouve tout autant sa place dans le contexte d'un État totalitaire étant donné qu'il est plus facile d'imposer une norme d'égalité lorsque la liberté est limitée. L'« égalité », en tant que concept abstrait, peut aussi vouloir dire tolérer la différence, comme le juge Sachs l'a dit dans *National Coalition for Gay and Lesbian Equality c. Minister of Justice*, [1998] ZACC 15, 1999 (1) S.A. 6, par. 132 :

> [TRADUCTION] . . . [l']égalité n'est pas synonyme d'uniformité; en fait, l'uniformité peut être l'ennemi de l'égalité. L'égalité suppose que chacun fasse l'objet du même respect et de la même considération malgré la différence. Elle n'implique pas l'élimination ou la suppression de la différence. Le respect des droits de la personne exige l'affirmation et non le déni de soi. L'égalité ne présuppose

2018 SCC 32 (CanLII)

acknowledgment and acceptance of difference. [Emphasis added.]

[311] None of these (or innumerable other) meanings of "equality" as an abstraction are relied on by the majority or are evident in its reasons. Rather, by relying on a sweeping abstraction, the majority avoids actually making explicit its moral judgment, its premises and the legal authority on which it rests. A "value" of "equality" is, therefore, a questionable notion against which to balance the exercise by the TWU community of its *Charter*-protected rights.

[312] Finally, we echo McLachlin C.J.'s comment that "the onus is on the state actor that made the rights-infringing decision (in this case the LSBC) to demonstrate that the limits their decisions impose on the rights of the claimants are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society" (para. 117). This Court has, however, been silent on who bears this onus in the administrative context, leaving a conspicuous and serious lacuna in the *Doré/Loyola* framework. Inexplicably, and despite the challenge *on this very question* posed by the reasons of the Chief Justice and of Rowe J., the majority maintains this silence, thereby failing to clarify the matter. With respect, this hardly bolsters the credibility of the *Doré/Loyola* framework.

[313] It follows that we reject the majority's claim that its reasons "explain why and how the *Doré/Loyola* framework applies here" (Majority Reasons, at para. 59 (emphasis added)). On the basic question of who bears the onus, the majority explains nothing about *how* that framework applies — whether here, or anywhere else. In particular, the majority's resort to the passive tense ("the reviewing court *must be satisfied* that the decision reflects a proportionate balance") fails to provide the necessary guidance, since it leaves reviewing courts guessing about precisely who must do the "*satisfying*" — the rights-holder,

donc pas un nivellement ou une homogénéisation des comportements, mais plutôt la reconnaissance et l'acceptation de la différence. [Nous soulignons.]

[311] Aucune de ces significations de la notion d'« égalité » (ou de ses innombrables autres significations) dans son acception abstraite n'est invoquée par les juges majoritaires ni ne peut se dégager de leurs motifs. En s'appuyant sur une abstraction d'une large portée, les juges majoritaires évitent plutôt de rendre explicites leur jugement moral, ses fondements et le pouvoir légal sur lesquels il repose. Il est donc discutable de mettre en balance une « valeur » d'« égalité » pour apprécier l'exercice par la communauté de TWU des droits que lui garantit la *Charte*.

[312] Enfin, nous souscrivons au commentaire de la juge en chef McLachlin selon lequel « il incombe à l'acteur étatique qui a pris la décision attentatoire (en l'occurrence la LSBC) de démontrer que les limites que sa décision impose aux droits des demandeurs sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » : par. 117. La Cour est toutefois restée muette quant à l'identité de la personne à qui incombe ce fardeau dans le contexte administratif, laissant ainsi une lacune, évidente et grave, dans le cadre d'analyse des arrêts *Doré* et *Loyola*. Malgré les préoccupations que soulèvent les motifs de la juge en chef et ceux du juge Rowe *au sujet de cette question*, les juges majoritaires demeurent inexplicablement silencieux, n'apportant donc aucune précision à cet égard. Avec respect, un tel silence peut difficilement renforcer la crédibilité du cadre d'analyse des arrêts *Doré* et *Loyola*.

[313] Nous rejetons donc l'affirmation des juges majoritaires selon laquelle leurs motifs expliquent « pourquoi et comment le cadre d'analyse établi dans les arrêts *Doré* et *Loyola* s'applique en l'espèce » : motifs des juges majoritaires, par. 59 (nous soulignons). Concernant la question fondamentale de savoir sur qui repose le fardeau, les juges majoritaires n'expliquent aucunement *comment* ce cadre d'analyse s'applique, que ce soit à la présente affaire ou à tout autre contexte. En particulier, l'utilisation de la voix passive par les juges majoritaires (« la cour de révision *doit être convaincue* que la décision

2018 SCC 32 (CanLII)

or the state actor. Further, and again with respect, the majority's invocation of *stare decisis* ("*Doré* and *Loyola* are binding precedents") is no answer to good faith attempts in concurring and dissenting judgments to clarify precedent. A precedent of this Court should be strong enough to withstand clarification of who carries the burden of proof.

[314] As to how *we* would resolve the question of onus under *Doré/Loyola*, it is this simple: either the majority's statements about the *Doré/Loyola* framework's equivalency to *Oakes* and about the "same justificatory muscles" being flexed (Majority Reasons, at para. 82) are empty and meaningless words, or they are statements to be taken seriously. And if they are statements to be taken seriously, they must in our view mean that the burden to justify a rights limitation rests with the state actor under *Doré/Loyola*, just as it does when *Oakes* flexes its "justificatory muscles".

D. *The LSBC Benchers' Decision Is an Infringement of TWU's Section 2(a) Charter Rights*

[315] We agree with the majority that the LSBC decision not to approve TWU's proposed law school infringes the religious freedom of members of the TWU community (Majority Reasons, at paras. 60-75). The LSBC was bound to make its accreditation decision regarding TWU's proposed law school in a way that conforms to the *Charter*-protected religious freedom of members of the TWU community who seek to offer and wish to receive a Christian education (*Loyola*, at para. 34). As the majority acknowledges, religious freedom is not just about private and individual beliefs and practices; it has a relational or communal character (*Hutterian Brethren*,

est le fruit d'une mise en balance proportionnée ») n'apporte pas les précisions nécessaires puisqu'elle laisse à ces juridictions le soin de deviner qui doit les « *convaincre* » : le titulaire de droits ou l'acteur étatique. De plus, et toujours avec égards, l'invocation par les juges majoritaires du *stare decisis* (« Les arrêts *Doré* et *Loyola* sont des précédents de la Cour qui nous lient ») ne répond en rien aux motifs concordants ou dissidents qui tentent, de bonne foi, de préciser ces précédents. Un précédent établi par la Cour devrait être assez solide pour résister à une précision comme celle de savoir à qui incombe le fardeau de la preuve.

[314] En ce qui concerne la façon dont *nous* réglerions la question du fardeau pour l'application des arrêts *Doré* et *Loyola*, c'est très simple : ou bien les affirmations des juges majoritaires quant à l'équivalence entre le cadre d'analyse prescrit par les arrêts *Doré* et *Loyola* et celui préconisé dans *Oakes* et quant au fait que « les mêmes réflexes justificateurs » sont appelés à intervenir (motifs des juges majoritaires, par. 82) sont vides et sans signification, ou bien elles sont à prendre au sérieux. Et s'il s'agit d'affirmations à prendre au sérieux, elles ne peuvent que signifier, à notre avis, que le fardeau de justifier une restriction des droits, pour l'application des arrêts *Doré* et *Loyola*, incombe à l'acteur étatique, tout comme c'est le cas lorsque l'arrêt *Oakes* fait intervenir ses « réflexes justificateurs ».

D. *La décision des conseillers de la LSBC porte atteinte aux droits garantis à TWU par l'al. 2a) de la Charte*

[315] À l'instar des juges majoritaires, nous reconnaissons que la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU porte atteinte à la liberté de religion des membres de la communauté de TWU : motifs des juges majoritaires, par. 60-75. La LSBC était tenue de prendre sa décision quant à la reconnaissance de cette faculté de droit dans le respect de la liberté de religion conférée par la *Charte* aux membres de la communauté de TWU qui veulent offrir ou qui souhaitent recevoir une éducation chrétienne : *Loyola*, par. 34. Comme le reconnaissent les juges majoritaires, la liberté de religion ne se limite pas aux croyances et aux pratiques

2018 SCC 32 (CanLII)

at para. 182; *Loyola*, at paras. 59-60, 91 and 96). While it may not be necessary to determine whether TWU, *qua* institution, enjoys a right to religious freedom in its own right for the purposes of this appeal (Majority Reasons, at para. 61), in our view, ensuring full protection for the "constitutionally protected communal aspects of . . . religious beliefs and practice" requires more than simply aggregating individual rights claims under the amorphous umbrella of an institution's "community" (*Loyola*, at paras. 33 and 130). That being said, for the purposes of this appeal we adopt the majority's description of the rights-holder as the "TWU community".

[316] We emphasize, like our colleague McLachlin C.J. (paras. 122 and 124), that freedom of religion under the *Charter*, interpreted broadly and purposively, also captures the freedom of members of the TWU community *to express* their religious beliefs through the Covenant and *to associate* with one another in order to study law in an educational community which reflects their religious beliefs. Religious freedom is "not just about individuals praying alone but about communities of faith living out their traditions and religious lives" (Newman, at p. 9). Freedom of religion is among the "original freedoms which are at once the necessary attributes and modes of self-expression of human beings and the primary conditions of their community life within a legal order" (*Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 329, per Rand J.).

[317] It follows, therefore, that we reject our colleague Rowe J.'s proposed narrowing of the scope of activity protected by the right to freedom of religion (paras. 231-34). In our view, looking only to circumstances in which "the claimant sincerely believes that their religion compels them to act" does not begin to account for the scope of activities identified by this

personnelles et individuelles; elle a un aspect relationnel ou communautaire : *Hutterian Brethren*, par. 182; *Loyola*, par. 59-60, 91 et 96. Même si, pour les besoins du présent pourvoi, il n'est peut-être pas nécessaire de décider si TWU, en tant qu'établissement, jouit de son propre droit à la liberté de religion (motifs des juges majoritaires, par. 61), nous sommes d'avis que, pour assurer la pleine sauvegarde des « aspects collectifs, protégés par la Constitution, de [. . .] croyances et pratiques religieuses », il ne convient pas de simplement regrouper toutes les revendications fondées sur des droits individuels sous l'égide de la « communauté » d'un établissement, un concept vague : *Loyola*, par. 33 et 130. Cela dit, pour l'application du présent appel, nous faisons nôtre la description par les juges majoritaires du titulaire de droits en l'espèce comme étant la « communauté de TWU ».

[316] Nous soulignons, comme notre collègue la juge en chef McLachlin (par. 122 et 124), que la liberté de religion garantie par la *Charte*, lorsqu'elle reçoit une interprétation large et téléologique, s'étend également à la liberté des membres de la communauté de TWU *d'exprimer* leurs croyances religieuses au moyen du *Covenant* et de *s'associer* les uns aux autres afin d'étudier le droit dans un milieu d'enseignement qui témoigne de leurs croyances religieuses. La liberté de religion ne vise [TRADUCTION] « pas seulement les personnes qui s'adonnent à la prière individuellement, elle concerne également les communautés religieuses qui perpétuent leurs traditions et qui vivent leur vie religieuse » : Newman, p. 9. La liberté de religion figure parmi les [TRADUCTION] « libertés primordiales qui constituent les attributs essentiels de l'être humain, son mode nécessaire d'expression et la condition fondamentale de son existence au sein d'une collectivité régie par un système juridique » : *Saumur c. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, p. 329, le juge Rand.

[317] Il s'ensuit donc que nous rejetons l'approche de notre collègue le juge Rowe consistant à limiter les activités protégées par le droit à la liberté de religion : par. 231-234. À notre avis, scruter uniquement les circonstances dans lesquelles « le demandeur croi[t] sincèrement que sa religion le contraint à agir » est loin de suffire pour couvrir le champ

2018 SCC 32 (CanLII)

Court in *Big M Drug Mart*, at p. 336. As this Court recognized in *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, at para. 47, "[i]t is the religious or spiritual essence of an action, not any mandatory or perceived-as-mandatory nature of its observance, that attracts protection." Not every adherent will "declare religious beliefs openly" because they feel compelled to do so. Nor will every adherent "teach" or "disseminate" religious belief out of compulsion. Rather, they may freely choose to do so.

[318] We agree with the analytical approach set out in the reasons of the majority (at paras. 62-63) and McLachlin C.J. (at para. 120): a s. 2(*a*) *Charter* infringement is made out where a claimant establishes that impugned state conduct interferes, in a manner that is more than trivial or insubstantial, with their ability to act in accordance with a sincere practice or belief that has a nexus with religion (*Amselem*, at paras. 56 and 65; *Multani*, at para. 34; *Loyola*, at para. 134; *Ktunaxa*, at para. 68).

[319] In this case, it is the TWU community's expression of religious belief through the practice of creating and adhering to a biblically grounded Covenant that is at issue. The Covenant describes TWU as "a community that strives to live according to biblical precepts, believing that this will optimize the University's capacity to fulfill its mission" (TWU Community Covenant Agreement, reproduced in A.R., vol. III, pp. 401-5, at p. 401). For members of the TWU community, religious belief and education are inextricably linked (TWU Mission Statement; TWU Purpose Statement; TWU Core Values, reproduced in R.R., vol. I, at pp. 119-21). As described in the affidavit evidence of TWU students, the Covenant is a key mechanism for facilitating students' spiritual development and growth in the Christian faith so as to engender a personal connection with the divine (Affidavit #1 of Brayden Volkenant, July 30, 2014, reproduced in R.R., vol. V, pp. 42-46, at p. 44). Covenanting assists in the creation and strengthening of a religious community which includes all those

d'activités identifiées par la Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, p. 336. Comme la Cour l'a reconnu dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, par. 47, « [c]'est le caractère religieux ou spirituel d'un acte qui entraîne la protection, non le fait que son observance soit obligatoire ou perçue comme telle ». Ce ne sont pas tous les adeptes qui choisiront de « professer ouvertement des croyances religieuses » parce qu'ils se sentent contraints de le faire. Et ce ne sont pas tous les adeptes qui décideront de faire l'« enseignement » ou la « propagation » d'une croyance religieuse par compulsion. Il se peut bien qu'ils se sentent libres de le faire.

[318] Nous partageons l'approche analytique exposée dans les motifs des juges majoritaires (aux par. 62-63) et dans ceux de la juge en chef McLachlin (par. 120) : il y a atteinte à l'al. 2*a*) de la *Charte* si le demandeur établit que la conduite qu'il reproche à l'État nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à une pratique ou une croyance ayant un lien avec la religion et en laquelle il croit sincèrement : *Amselem*, par. 56 et 65; *Multani*, par. 34; *Loyola*, par. 134; *Ktunaxa*, par. 68.

[319] L'enjeu au cœur de la présente affaire est le fait pour la communauté de TWU de manifester sa croyance religieuse au moyen d'une pratique consistant à créer et à respecter un *Covenant* d'inspiration biblique. Le *Covenant* décrit TWU comme [TRADUCTION] « une communauté qui s'efforce de vivre selon les préceptes bibliques, croyant que cela permettra d'améliorer au maximum la capacité de l'université à remplir sa mission » : *Covenant*, reproduit au d.a., vol. III, p. 401-405, p. 401. Pour les membres de la communauté de TWU, croyance religieuse et éducation sont intrinsèquement liées : TWU Mission Statement (énoncé de mission de TWU); TWU Purpose Statement (énoncé de vocation de TWU); TWU Core Values (valeurs fondamentales de TWU), reproduits au d.i., vol. I, p. 119-121. Comme le décrivent les témoignages par affidavit des étudiants de TWU, le *Covenant* représente un mécanisme essentiel permettant de favoriser l'épanouissement et la croissance spirituels des étudiants dans la foi chrétienne, de manière à créer un lien personnel avec

2018 SCC 32 (CanLII)

who study and work at TWU. It fosters their moral and spiritual growth in an academic setting. Members of the TWU community sincerely believe that, as a manifestation of their creed, studying, teaching and working in a post-secondary educational environment where all participants covenant with those around them — regardless of their personal beliefs — subjectively engenders their personal connection with the divine.

[320] The LSBC decision was "capable of interfering with religious belief or practice" in a manner that was not trivial or insubstantial (*Edwards Books*, at p. 759; *Amselem*, at para. 60). This assessment is an "objective" one (*Hutterian Brethren*, at para. 89), and the distinction between obligatory and non-obligatory practices is irrelevant to determining whether an interference is more than trivial or insubstantial (*Amselem*, at para. 75). The denial of the benefit of LSBC approval in this case negatively impacts the TWU community's ability to practise its beliefs through the Covenant at an approved law school. As we explain below, not only was this interference not trivial or insubstantial, it violated the state's duty of neutrality and profoundly interfered with the religious freedom of the TWU community.

E. *Proportionality: The Infringement Was Not Proportionate*

(1) The LSBC Approval Decision Does Not Balance the TWU Community's Section 2(*a*) Rights With a Relevant Statutory Objective

[321] In *TWU 2001*, at para. 35, this Court emphasized that a "restriction on freedom of religion must be justified by evidence that the exercise of this freedom . . . will, in the circumstances of [a]

l'être divin : Affidavit nº 1 de Brayden Volkenant, 30 juillet 2014, reproduit au d.i., vol. V, p. 42-46, p. 44. Le *Covenant* aide à créer et à souder les liens dans une communauté religieuse notamment formée de tous ceux qui étudient ou travaillent à TWU, en plus de favoriser leur croissance morale et spirituelle dans un contexte universitaire. Les membres de la communauté de TWU croient sincèrement que, comme manifestation de leur croyance, le fait d'étudier, d'enseigner ou de travailler dans un milieu d'apprentissage postsecondaire où tous les participants adhèrent au même *Covenant* que les personnes qui les entourent — indépendamment de leurs croyances personnelles — crée subjectivement une connexion personnelle entre eux et l'être divin.

[320] La décision de la LSBC était « susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse » d'une manière plus que négligeable ou insignifiante : *Edwards Books*, p. 759; *Amselem*, par. 60. Cette évaluation est « objective » (*Hutterian Brethren*, par. 89), et il n'est pas pertinent de distinguer les pratiques obligatoires des pratiques non obligatoires pour décider si l'atteinte en question est plus que négligeable ou insignifiante (*Amselem*, par. 75). En l'espèce, le fait pour la LSBC d'avoir privé TWU de sa reconnaissance a une incidence négative sur la capacité de la communauté de TWU de mettre ses croyances en pratique en instaurant le *Covenant* au sein d'une faculté de droit agréée. Comme nous l'expliquons dans les paragraphes qui suivent, non seulement l'atteinte n'était-elle ni négligeable ni insignifiante, elle représentait une violation du devoir de neutralité de l'État et portait profondément atteinte à la liberté de religion de la communauté de TWU.

E. *Proportionnalité : l'atteinte n'était pas proportionnée*

(1) La décision de la LSBC de ne pas reconnaître la faculté de droit ne met pas en balance les droits garantis à la communauté de TWU par l'al. 2*a*) et les objectifs statutaires en cause

[321] Dans l'arrêt *TWU 2001*, par. 35, la Cour a insisté sur le fait que la « restriction de la liberté de religion doit être justifiée par la preuve que l'exercice de cette liberté aura, dans les circonstances de

2018 SCC 32 (CanLII)

case, have a detrimental impact" on the statutory decision-maker's ability to fulfill its statutory mandate. Just as justifying the infringement in *TWU 2001* required a detrimental impact on the school system to be demonstrated, justification in this case requires evidence of a detrimental impact in the form of the unfitness of future graduates of TWU's proposed law school's to practise law.

[322] At the justification stage, care must be taken not to overstate the objective of any measure infringing the *Charter*: "The objective relevant to the s. 1 analysis is the objective of the infringing measure, since it is the infringing measure and nothing else which is sought to be justified. If the objective is stated too broadly, its importance may be exaggerated and the analysis compromised" (*RJR-MacDonald*, at para. 144 (emphasis deleted)). We accept that in the administrative law context, judicial review of individualized decisions made pursuant to statutory authority which is not itself challenged may not require the objectives of the legislation to be reviewed at the justification stage (*Multani*, at para. 155, per LeBel J.). Even, however, where a decision-maker's authority is not challenged (and particularly where a decision-maker does not provide any formal reasons whatsoever), we think it is worth emphasizing the importance of a reviewing court carefully ensuring that the objectives put forward by the state actor find their source in the actual grant of authority. Doing so avoids the danger that objectives said to advance a statutory mandate might be invented holus-bolus after an infringement is claimed. This is precisely the risk that materialized here: while the majority refers to the LSBC's "interpretation of its statutory mandate", the decision-making process adopted by the LSBC did not, at the time of the decision, involve *any* delineation or articulation of any particular statutory objectives.

[323] As we have already recounted, the LSBC's statutory objective in rendering an approval decision is to ensure that individual applicants are fit for licensing. And, as the fitness of future graduates

[l']affaire, une incidence préjudiciable » sur la capacité du décideur établi par la loi de s'acquitter de son mandat statutaire. Tout comme dans l'arrêt *TWU 2001*, où il était nécessaire, pour justifier l'atteinte, de prouver une incidence préjudiciable sur le système scolaire, la justification de l'atteinte en l'espèce exige que soit démontrée une incidence préjudiciable prenant la forme de l'inaptitude à pratiquer le droit des éventuels diplômés de la faculté de droit proposée par TWU.

[322] À l'étape de la justification, il faut se garder de surestimer l'objectif d'une mesure attentatoire : « Aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier, l'objectif pertinent est l'objectif de la mesure attentatoire puisque c'est cette dernière et rien d'autre que l'on cherche à justifier. Si l'on formule l'objectif d'une façon trop large, on risque d'en exagérer l'importance et d'en compromettre l'analyse » : *RJR-MacDonald*, par. 144 (soulignement omis). Nous convenons que, dans le contexte du droit administratif, le contrôle judiciaire de décisions individualisées prises en vertu d'un pouvoir d'origine statutaire — qui, lui, n'est pas contesté — pourrait ne pas exiger l'examen des objectifs de la mesure législative à l'étape de la justification : *Multani*, par. 155, le juge LeBel. Toutefois, même lorsque le pouvoir du décideur n'est pas contesté (et surtout lorsque ce dernier ne motive pas sa décision par écrit), nous croyons utile de souligner l'importance pour une cour de révision de veiller soigneusement à ce que les objectifs invoqués par l'acteur étatique émanent véritablement du pouvoir conféré. Cela permet d'écarter le risque que les objectifs qui favorisent prétendument la réalisation du mandat statutaire ne soient inventés tout bonnement une fois l'atteinte alléguée. C'est exactement ce risque qui s'est concrétisé en l'espèce : bien que les juges majoritaires renvoient à « l'interprétation par la LSBC du mandat que lui confère la loi », le processus décisionnel de la LSBC, au moment où la décision a été prise, ne faisait état d'*aucune* définition ou formulation d'un quelconque objectif statutaire.

[323] Comme nous l'avons signalé précédemment, l'objectif statutaire vers lequel la LSBC doit tendre lorsqu'elle décide de l'opportunité d'agréer une faculté de droit est celui de veiller à ce que les

2018 SCC 32 (CanLII)

of TWU's proposed law school was not in dispute, this statutory objective cannot justify any limitations on the TWU community's s. 2(*a*) rights. But as we will explain (under heading (3) "Approving TWU's Proposed Law School Is Not Against the LSBC's Public Interest Mandate"), *even if* the LSBC's statutory mandate had permitted the consideration of broader "public interest" concerns invoked by the LSBC and the majority, the LSBC's decision would not be justified, since withholding approval substantially interferes with the TWU community's freedom of religion and approving TWU's proposed law school was not against the public interest, so understood.

(2) The LSBC Approval Decision Substantially Interferes With Freedom of Religion

[324] In our view, the LSBC approval decision represents a profound interference with religious freedom: it is a measure that undermines the core character of a lawful religious institution and disrupts the vitality of the TWU community (*Loyola*, at para. 67). While the approval decision under review may appear to be facially neutral (as it denies a benefit and does not purport to directly compel or prohibit a religious practice), it is substantively coercive in nature. As the majority recognizes, at para. 99 of its reasons, "[t]he TWU community has the right to determine the rules of conduct which govern its members" through its Covenant. Indeed, the TWU Covenant is protected by British Columbia's *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, s. 41(1). Yet, notwithstanding that right and that statutory protection, the LSBC approval decision makes state acceptance contingent upon the TWU community manifesting its beliefs *in a particular way*. That this is so is, on this record, beyond dispute. As noted by the British Columbia Court of Appeal, "[t]he Law Society was prepared to approve the law school if TWU agreed to remove the offending portions of the

candidats soient individuellement aptes à accéder à la profession. Et étant donné que l'aptitude des éventuels diplômés de la faculté de droit proposée par TWU n'a pas été remise en question, cet objectif statutaire ne saurait justifier une restriction apportée aux droits de la communauté de TWU garantis par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Toutefois, comme nous l'expliquons plus loin (sous l'intertitre (3), « Le fait de reconnaître la faculté de droit proposée par TWU ne va pas à l'encontre du mandat de protection de l'intérêt public de la LSBC »), *même si* le mandat que lui confère la loi avait autorisé la LSBC à prendre en considération les questions plus vastes d'« intérêt public » invoquées par elle et par les juges majoritaires, sa décision ne serait pas justifiée parce que le refus d'agréer la faculté de droit constitue une entrave substantielle à la liberté de religion de la communauté de TWU, et que le fait d'agréer la faculté de droit proposée par l'université n'était pas contraire à l'intérêt public, comme il faut l'entendre.

(2) La décision de la LSBC de ne pas reconnaître la faculté de droit constitue une entrave substantielle à la liberté de religion

[324] À notre avis, la décision de la LSBC de ne pas agréer la faculté de droit représente une entrave fondamentale à la liberté de religion : elle porte atteinte à l'essence même d'un établissement confessionnel légitime et compromet la vitalité de la communauté de TWU : *Loyola*, par. 67. Bien que la décision faisant l'objet du contrôle en l'espèce puisse paraître neutre à première vue (puisqu'elle prive la communauté d'un avantage et qu'elle n'entendait pas imposer ou interdire une pratique religieuse), elle est de nature hautement coercitive. Comme les juges majoritaires le reconnaissent au par. 99 de leurs motifs, « [l]a communauté de TWU a le droit de déterminer les règles de conduite qui régissent ses membres » au moyen de son *Covenant*. Ce dernier est effectivement protégé par le *Human Rights Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1996, c. 210, par. 41(1). Et, malgré ce droit et cette protection législative, la décision de la LSBC quant à la reconnaissance de la faculté de droit fait en sorte que la communauté de TWU, pour obtenir la reconnaissance de l'État, doit manifester ses croyances *d'une certaine façon*. Cela est incontestable au vu du dossier dont nous

2018 SCC 32 (CanLII)

Covenant requiring students to abstain from 'sexual intimacy that violates the sacredness of marriage between a man and a woman" (para. 176; see also the respondents' Judicial Review Petition, reproduced in A.R., vol. I, pp. 125-55, at p. 136, at para. 45). This is highly intrusive conduct by a state actor into the religious practices of the TWU community. That conduct, like the ensuing LSBC decision to deny accreditation, contravened the state's duty of religious neutrality: each represented an expression by the state of religious preference which promotes the participation of non-believers, or believers of a certain kind, to the exclusion of the community of believers found at TWU (*Mouvement laïque*, at paras. 74-78).

[325] The majority concludes that the infringement in this case was "limited" and "of minor significance" (paras. 86-90). We agree with the Chief Justice (at paras. 128-32) that the fact the Covenant is not "absolutely required" and "preferred (rather than necessary)" does not diminish the severity of the infringement in this case.

(3) Approving TWU's Proposed Law School Is Not Against the LSBC's Public Interest Mandate

[326] In our view, even were the majority's overbroad interpretation of the LSBC's statutory mandate to apply, approving TWU's proposed law school would not undermine the statutory objectives which the majority identifies as relevant to deciding whether or not to approve TWU's proposed law school. Accommodating religious diversity *is* in "the public interest", broadly understood, and approving the proposed law school does not condone discrimination against LGBTQ persons.

disposons. Comme l'a souligné la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [TRADUCTION] « [l]a LSBC était disposée à agréer la faculté de droit si TWU acceptait de retirer les passages reprochés qui exigeaient des étudiants qu'ils s'abstiennent de toute "intimité sexuelle qui viole le caractère sacré du mariage entre un homme et une femme" » : par. 176; voir également la requête en contrôle judiciaire des intimés, reproduite au d.i., vol. I, p. 125-155, p. 136, par. 45. Une telle conduite par un acteur étatique empiète grandement sur les pratiques religieuses de la communauté de TWU. Cette conduite, tout comme le refus d'agréer par la LSBC qui en a découlé, constituait un manquement au devoir de neutralité religieuse de l'État : la conduite et le refus en cause représentaient tous deux l'expression par l'État d'une préférence religieuse, à savoir favoriser la participation des non-croyants, ou d'un certain type de croyants, à l'exclusion de la communauté de croyants qui forment TWU : *Mouvement laïque*, par. 74-78.

[325] Les juges majoritaires arrivent à la conclusion que l'atteinte en l'espèce était « limitée » ou « d'importance mineure » : par. 86-90. À l'instar de la juge en chef (aux par. 128-132), nous convenons que le fait pour le *Covenant* de ne pas être « absolument nécessaire » et d'être « préférable (plutôt que nécessaire) » ne diminue pas la gravité de l'atteinte en l'espèce.

(3) Le fait de reconnaître la faculté de droit proposée par TWU ne va pas à l'encontre du mandat de protection de l'intérêt public de la LSBC

[326] Même si l'interprétation trop généreuse que donnent les juges majoritaires au mandat que la loi confère à la LSBC s'appliquait, nous estimons que la reconnaissance de la faculté de droit proposée par TWU ne compromettrait pas la réalisation des objectifs statutaires qui, de l'avis des juges majoritaires, sont pertinents lorsqu'il s'agit de décider de l'opportunité d'agréer la faculté. Respecter la diversité religieuse *est* dans « l'intérêt public » au sens large, et le fait d'agréer la faculté de droit proposée ne revient pas à approuver des actes discriminatoires à l'égard des personnes LGBTQ.

2018 SCC 32 (CanLII)

[327] The majority states that the decision not to approve TWU's proposed law school furthers its public interest objective by "maintaining equal access to and diversity in the legal profession" (Majority Reasons, at paras. 93-95). We recognize, as this Court has previously recognized, that while there is evidence before us that some LGBTQ persons do attend TWU, the vast majority of LGBTQ students "would not be tempted to apply for admission, and could only sign the so-called student contract at a considerable personal cost. TWU is not for everybody; it is designed to address the needs of people who share a number of religious convictions" (*TWU 2001*, at para. 25). In our view, however, the majority fails to appreciate that the unequal access resulting from the Covenant is a function of accommodating religious freedom, which itself advances the public interest by promoting diversity in a liberal, pluralist society.

[328] The rights recognized in the *Charter* and the enshrinement of multiculturalism therein reflect the premise of our constitutional law and history that pluralism is intrinsically valuable. Our colleague McLachlin C.J. notes Canada's long history of religious schools (para. 130). Similarly, and writing extra-judicially, our colleague Karakatsanis J. has observed that, "[i]n a global environment where religious accommodation is sometimes seen as a detriment, Canada has found a way to welcome difference" (quoted in H. MacIvor and A. H. Milnes, eds., *Canada at 150: Building a Free and Democratic Society* (2017), at p. 9; see also M. A. Yahya, "Traditions of Religious Liberty in Early Canadian History", in D. Newman, ed., *Religious Freedom and Communities* (2016), 49, at p. 49).

[329] But this generous and historically Canadian posture towards religious accommodation stands in stark contrast to the majority's view of the pursuit of statutory objectives as "unavoidabl[y]" limiting

[327] Les juges majoritaires affirment que la décision de ne pas agréer la faculté de droit proposée par TWU permet à la LSBC de réaliser son objectif visant la protection de l'intérêt public en « maintenant un accès égal à la profession juridique et une diversité au sein de celle-ci » : motifs des juges majoritaires, par. 93-95. Nous reconnaissons, comme la Cour l'a déjà fait, que même si la preuve qui nous a été présentée laisse entendre qu'un certain nombre de personnes LGBTQ fréquentent bel et bien TWU, la vaste majorité des étudiants LGBTQ « ne serait pas tenté[e] de présenter une demande d'admission et [elle] ne pourrait signer le prétendu contrat d'étudiant qu'à un prix très élevé sur le plan personnel. [TWU] ne s'adresse pas à tout le monde; elle est destinée à combler les besoins des gens qui ont en commun un certain nombre de convictions religieuses » : *TWU 2001*, par. 25. Toutefois, nous croyons que les juges majoritaires ne tiennent pas compte du fait que l'inégalité d'accès que cause le *Covenant* découle directement du respect de la liberté de religion, qui en soi permet de promouvoir l'intérêt public en favorisant la diversité au sein d'une société libérale et pluraliste.

[328] Les droits reconnus par la *Charte* et l'enchâssement du multiculturalisme dans celle-ci témoignent de l'origine de notre droit constitutionnel et de notre passé, qui accorde une valeur intrinsèque au pluralisme. Notre collègue la juge en chef McLachlin rappelle d'ailleurs la longue tradition du Canada en matière d'écoles religieuses : par. 130. De la même façon, notre collègue la juge Karakatsanis, exprimant une opinion extrajudiciaire, a fait remarquer que [TRADUCTION] « [d]ans un environnement mondialisé où les accommodements religieux sont parfois perçus comme un désavantage, le Canada a trouvé une façon d'accueillir la différence » : citée dans H. MacIvor et A. H. Milnes, dir., *Canada at 150 : Building a Free and Democratic Society* (2017), p. 9; voir également M. A. Yahya, « Traditions of Religious Liberty in Early Canadian History », dans D. Newman, dir., *Religious Freedom and Communities* (2016), 49, p. 49.

[329] Mais cette approche généreuse et historiquement canadienne aux accommodements religieux contraste nettement avec l'opinion des juges majoritaires, qui prétendent que les atteintes aux droits

2018 SCC 32 (CanLII)

the individual freedoms protected by the *Charter* (Majority Reasons, at para. 100). This view fundamentally misconceives the role of the state in a multicultural and democratic society. As described by W. A. Galston, "[i]n a liberal pluralist regime, a key end is the creation of social space within which individuals and groups can freely pursue their distinctive visions of what gives meaning and worth to human existence" (*The Practice of Liberal Pluralism* (2005), at p. 3). Or as Sachs J. said in *Christian Education South Africa* (at paras. 23-24), "if society is to be open and democratic in the fullest sense it needs to be tolerant and accepting of cultural pluralism" and allow "individuals and communities . . . to enjoy what has been called the 'right to be different'".

individuels garantis par la *Charte* sont une « réalité incontournable » de la réalisation des objectifs conférés par la loi : motifs des juges majoritaires, par. 100. Un tel point de vue conçoit de façon erronée le rôle que joue l'État dans une société multiculturelle et démocratique. Comme le décrit W. A. Galston, [TRADUCTION] « [d]ans un régime libéral pluraliste, l'un des principaux objectifs est la création d'un espace social où les personnes et les groupes peuvent librement tenter de concrétiser leurs visions respectives de ce qui donne un sens et une valeur à l'existence humaine » : *The Practice of Liberal Pluralism* (2005), p. 3. Ou, comme l'a indiqué le juge Sachs dans l'arrêt *Christian Education South Africa* (aux par. 23-24), [TRADUCTION] « pour que la société soit la plus ouverte et démocratique possible, elle se doit d'être tolérante et d'accepter le pluralisme culturel » en plus de permettre que « les personnes et les communautés [jouissent] de ce qu'on a appelé le "droit à la différence" ».

[330] We emphasize that it is the state and state actors — not private institutions like TWU — which are constitutionally bound to accommodate difference in order to foster pluralism in public life.

[330] Il nous faut souligner que seuls l'État et les acteurs étatiques — et non les établissements privés comme TWU — sont constitutionnellement tenus de respecter la différence de sorte à promouvoir le pluralisme dans la sphère publique.

[331] This is entirely consistent with this Court's jurisprudence. In *Big M Drug Mart*, this Court recognized (at p. 336) that "[a] truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct." It is therefore not open to the state to impose values that it deems to be "shared" upon those who, for religious reasons, take a contrary view. The *Charter* protects the rights of religious adherents, among others, to participate in Canadian public life in a way that is consistent with *their own* values. By accommodating diverse beliefs and values, the state protects and promotes the *Charter* rights of all Canadians. As the five-member panel of the British Columbia Court of Appeal noted, where it attempts to do more, it risks "impos[ing] its views on the minority in a manner that is in itself intolerant and illiberal" (C.A. Reasons, at para. 193).

[331] Une telle approche est tout à fait conforme avec la jurisprudence de la Cour. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la Cour a reconnu (p. 336) qu'une « société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite ». L'État ne peut donc pas imposer des valeurs qu'il estime « communes » à ceux qui, pour des motifs religieux, ont une autre vision des choses. La *Charte* protège le droit des croyants, entre autres, de participer à la vie publique canadienne d'une manière qui est compatible avec *leurs propres* valeurs. En respectant les diverses croyances et valeurs, l'État protège et favorise les droits garantis par la *Charte* de tous les Canadiens. Comme l'a souligné la formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, lorsqu'il cherche à faire davantage, l'État risque [TRADUCTION] « d'imposer ses opinions à la minorité d'une manière qui est, en soi, tout sauf tolérante et libérale » : motifs de la Cour d'appel, par. 193.

2018 SCC 32 (CanLII)

[332] In *TWU 2001*, this Court held (at para. 35) that "freedom of religion is not accommodated if the consequence of its exercise is the denial of the right of full participation in society". This is, of course, consistent with the majority's acknowledgment (at para. 101) that "a secular state cannot interfere with religious freedom unless it conflicts with or harms overriding public interests". The majority then goes on to observe, correctly, that this Court in *Big M Drug Mart* (at p. 346) noted that a secular state can act to limit religious freedom "where an individual's religious beliefs or practices have the effect of 'injur[ing] his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own"' (para. 101). But, and with respect, the majority points to no legally cognizable injury here. Rather, it affirms the LSBC decision which undermines secularism itself. Properly understood, secularism connotes pluralism and respect for diversity, not the suppression of full participation in society by imposing a forced choice between conformity with a single majoritarian norm and withdrawal from the public square. Secularism does not exclude religious beliefs, even discriminatory religious beliefs, from the public square. Rather, it guarantees an inclusive public square by neither privileging nor silencing any single view.

[333] Simply put, the secular state is a neutral state, which refrains from espousing "values" that undermine or go beyond what is necessary for the civic participation of all. As Iacobucci J. recognized in *Amselem*, at para. 50, "the State is in no position to be, nor should it become, the arbiter of religious dogma". We agree, and would add that the state is equally unfit to be the arbiter of *ir*religious dogma (see *Mouvement laïque*, at para. 70). As this Court said in *Mouvement laïque*, "[state] neutrality requires that the state neither favour nor hinder any particular belief, and the same holds true for non-belief" (para. 72 (emphasis added)). Either way, state neutrality must prevail.

[332] Dans l'arrêt *TWU 2001*, la Cour a statué (au par. 35) que la « liberté de religion n'est pas respectée si son exercice entraîne le déni du droit à une participation pleine et entière dans la société ». Cette conclusion va dans le même sens que les propos des juges majoritaires (au par. 101) lorsqu'ils affirment qu'un « État laïque ne peut porter atteinte à la liberté de religion à moins qu'elle ne soit contraire ou ne porte atteinte à des intérêts publics prépondérants ». Les juges majoritaires poursuivent en faisant remarquer, à juste titre, que dans l'arrêt *Big M Drug Mart* (p. 346) la Cour a souligné qu'un État laïque peut agir de manière à restreindre la liberté de religion « lorsque les croyances ou pratiques religieuses d'une personne ont pour effet de "[léser] [. . .] ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles" » (par. 101). Avec égards, toutefois, les juges majoritaires ne mentionnent en l'espèce aucun préjudice reconnu en droit. Ils confirment plutôt la décision de la LSBC, qui elle-même mine la notion de laïcité. Bien interprétée, cette notion suppose le pluralisme et le respect de la diversité et non l'élimination de la possibilité d'une participation pleine et entière dans la société pour certaines personnes à qui l'on impose de choisir entre se conformer à la norme de la majorité ou se retirer de la place publique. La laïcité ne bannit pas de l'espace public les croyances religieuses, même les croyances religieuses discriminatoires. Elle assure plutôt le caractère inclusif de cette place publique puisqu'elle ne favorise ni défavorise aucune opinion.

[333] En clair, l'État laïque est un État neutre, qui se garde d'adopter des « valeurs » qui nuisent à la participation citoyenne de tous ou qui vont au-delà de ce qui est nécessaire à une telle participation. Comme le juge Iacobucci l'a reconnu dans l'arrêt *Amselem*, au par. 50, « l'État n'est pas en mesure d'agir comme arbitre des dogmes religieux, et il ne devrait pas le devenir ». Nous sommes d'accord et nous ajouterions que l'État n'est pas plus en mesure d'être l'arbitre des dogmes *non* religieux : voir *Mouvement laïque*, par. 70. Comme la Cour l'a affirmé dans l'arrêt *Mouvement laïque*, la « neutralité [de l'État] exige qu'il ne favorise ni ne défavorise aucune croyance, pas plus du reste que l'incroyance » (par. 72 (nous soulignons)). Dans tous les cas, la neutralité de l'État doit primer.

2018 SCC 32 (CanLII)

[334] It follows from the foregoing that accommodating diverse beliefs and values is a precondition to secularism and pluralism. Further, it is necessary to ensure that the dignity of all members of society is protected. "Tolerance", then, means forbearing, and allowing for difference. "[I]t is a feeble notion of pluralism that transforms 'tolerance' into 'mandated approval or acceptance'" (*Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 132, per Gonthier J., dissenting in the result but agreeing with the majority on this point).

[335] The "public interest", broadly understood, is therefore served by accommodating TWU's religious practices, including the Covenant. That this is so is confirmed by provincial and federal legislation. Contrary to the LSBC decision under review, the Legislative Assembly of British Columbia has already determined that the public interest is served by accommodating religious communities by providing that they do not contravene provincial human rights law when they grant a preference to members of their own group (*Human Rights Code*, s. 41). This provision was described by this Court in *TWU 2001*, at para. 28, as "accommodat[ing] religious freedoms by allowing religious institutions to discriminate in their admissions policies on the basis of religion". The practical exclusion of LGBTQ individuals from attending TWU's proposed law school is therefore a direct result of *the Legislature's accommodation of the TWU community*. Further, that exclusion — which expresses a community code of conduct in conformity with orthodox evangelical beliefs — is not directed to LGBTQ persons; no one group is singled out, and many others (notably unmarried heterosexual persons) would be bound by it. The purpose of TWU's admissions policy is not to exclude LGBTQ persons, or anybody else, but to establish a code of conduct which ensures the vitality of its religious community.

[336] In addition, the holding and expression of the moral views of marriage which underpin the portions

[334] Il s'ensuit donc que le respect de la diversité de croyances et de valeurs est une condition préalable à la laïcité et au pluralisme. En outre, il est essentiel de veiller à la protection de la dignité de tous les membres de la société. Ainsi, « tolérance » signifie faire preuve de patience et accueillir la différence. « [C]'est une piètre conception du pluralisme que de voir dans la "tolérance" une "approbation ou acceptation obligatoire" » : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 132, le juge Gonthier, dissident quant au résultat, mais d'accord avec les juges majoritaires sur ce point.

[335] Par conséquent, respecter les pratiques religieuses de TWU, dont le *Covenant*, sert l'« intérêt public » au sens large. Les législations provinciale et fédérale le confirment. Contrairement à la décision de la LSBC examinée dans le cadre du présent pourvoi, l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique a déjà établi qu'il est dans l'intérêt public d'accommoder les communautés religieuses, en prévoyant que ces dernières ne contreviennent pas à la législation provinciale en matière de droits de la personne lorsqu'elles accordent un traitement préférentiel à leurs membres : *Human Rights Code*, art. 41. La Cour a décrit la disposition en question au par. 28 de l'arrêt *TWU 2001*, statuant qu'elle « respecte les libertés religieuses en permettant aux établissements confessionnels de faire preuve de discrimination fondée sur la religion dans leur politique d'admission ». Le fait pour les personnes LGBTQ d'être pratiquement exclues de la faculté de droit proposée par TWU est donc le résultat direct du *respect dont fait preuve l'Assemblée législative envers la communauté de TWU*. De plus, cette exclusion, qui prend la forme d'un code de conduite communautaire conforme aux croyances évangéliques orthodoxes, ne vise pas directement les personnes LGBTQ; elle ne concerne pas un seul groupe de personnes, et bien d'autres groupes (notamment les personnes hétérosexuelles non mariées) y seraient assujettis. La politique d'admission de TWU n'a pas pour objet d'exclure les personnes LGBTQ — ni personne d'autre, d'ailleurs —, mais bien d'établir un code de conduite qui assure la vitalité de la communauté religieuse de l'université.

[336] Qui plus est, le fait d'avoir et d'exprimer à l'égard du mariage les opinions morales sur lesquelles

2018 SCC 32 (CanLII)

of TWU's Covenant that are at issue here have been expressly recognized by Parliament as being not inconsistent with the public interest and worthy of accommodation (*Civil Marriage Act*, S.C. 2005, c. 33, preamble and s. 3.1):

. . .

WHEREAS it is not against the public interest to hold and publicly express diverse views on marriage;

. . .

3.1 For greater certainty, no person or organization shall be deprived of any benefit, or be subject to any obligation or sanction, under any law of the Parliament of Canada solely by reason of their exercise, in respect of marriage between persons of the same sex, of the freedom of conscience and religion guaranteed under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the expression of their beliefs in respect of marriage as the union of a man and woman to the exclusion of all others based on that guaranteed freedom.

[337] That federal and provincial legislators alike have taken this view should not surprise. Pluralism, and the religious accommodation necessary to secure it, is inherently valuable. In a country whose people sometimes harbour conflicting moral values that cannot be reconciled to a single conception of how one should live life, there is wisdom in the idea that the public sphere is for all to share, even where beliefs differ. Hence this Court's statement in *TWU 2001*, at para. 33, that "[t]he diversity of Canadian society is partly reflected in the multiple religious organizations that mark the societal landscape and this diversity of views should be respected." It follows that, while the public interest is served by the state's enforcement of minimal, core civil commitments which are necessary to secure civic order, legislators have also recognized that the public interest is also served by promoting the accommodation of difference. The LSBC's decision repudiates this wisdom and is unworthy of this Court's affirmation.

reposent les portions du *Covenant* de TWU qui sont en cause en l'espèce a été expressément reconnu par le Parlement comme n'étant pas incompatible avec l'intérêt public et comme étant digne de respect (*Loi sur le mariage civil*, L.C. 2005, c. 33, préambule et art. 3.1) :

Attendu

. . .

qu'il n'est pas contraire à l'intérêt public d'avoir des opinions variées sur le mariage et de les exprimer publiquement;

. . .

3.1 Il est entendu que nul ne peut être privé des avantages qu'offrent les lois fédérales ni se voir imposer des obligations ou des sanctions au titre de ces lois pour la seule raison qu'il exerce, à l'égard du mariage entre personnes de même sexe, la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou qu'il exprime, sur la base de cette liberté, ses convictions à l'égard du mariage comme étant l'union entre un homme et une femme à l'exclusion de toute autre personne.

[337] Que le législateur fédéral et le législateur provincial aient tous deux adopté ce point de vue n'a rien de surprenant. Le pluralisme, tout comme le respect de la religion qui s'impose pour l'atteindre, est intrinsèquement valable. Dans un pays formé de gens qui prônent parfois des valeurs morales contradictoires qui ne peuvent être conciliées dans une seule et même façon de vivre la vie, il y a une certaine sagesse dans l'idée que tous doivent se partager la sphère publique, même en cas de divergences de croyances. Partant, la Cour a conclu dans l'arrêt *TWU 2001*, par. 33, que « [l]a diversité de la société canadienne se reflète en partie dans les multiples organisations religieuses qui caractérisent le paysage social et il y a lieu de respecter cette diversité d'opinions ». Par conséquent, même s'il est dans l'intérêt public pour l'État d'assurer le respect d'un certain nombre d'engagements, essentiels et minimaux, qui sont nécessaires à l'ordre civique, les législateurs ont reconnu que cet intérêt public peut également être servi par le respect de la différence. La décision de la LSBC répudie telle sagesse et ne mérite pas d'être confirmée par la Cour.

2018 SCC 32 (CanLII)

[338] Finally, and contrary to our colleague McLachlin C.J.'s view (at paras. 137, 145-46 and 149-50), we see no basis for concern that approval by the LSBC would amount to "condoning" the content of the Covenant or discrimination against LGBTQ persons. As previously explained, the LSBC does not govern law schools. There is no basis upon which to conclude that law schools exercise a public function on behalf of the LSBC. It therefore cannot be said that the LSBC would, by accrediting TWU, condone discrimination indirectly. Nor, for that matter, can it be said that other provincial law societies (which decided to accredit TWU's law school on the recommendation of the Federation of Law Societies of Canada), or the Federation itself, condoned discrimination indirectly. State recognition of the rights of a private actor does not amount to an endorsement of that actor's beliefs, whether that recognition takes the form of an approval decision of the LSBC, or the Legislature's enactment of s. 41 of the *Human Rights Code*, or Parliament's inclusion of the preamble and s. 3.1 of the *Civil Marriage Act*. Equating approval to condonation turns the protective shield of the *Charter* into a sword by effectively imposing *Charter* obligations on private actors. And, it operates to exclude religious institutions, and therefore, religious communities, from the public sphere solely because they choose to exercise their *Charter*-protected religious beliefs. As noted by V. M. Muñiz-Fraticelli, "if every accrediting decision implies complicity with the values of the program that is licensed, then there is no possibility for diversity of values in any field that requires state approval. Religious education, for instance, would be permitted only when religious doctrine is perfectly congruent with the ethos of the state" ("The (Im)possibility of Christian Education" (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 209, at p. 220).

[338] Enfin, et contrairement à ce qu'avance notre collègue la juge en chef McLachlin (aux par. 137, 145-146 et 149-150), nous ne voyons aucune raison de croire que la reconnaissance de la faculté de droit par la LSBC reviendrait à « cautionner » le contenu du *Covenant* ou des actes discriminatoires envers les personnes LGBTQ. Comme nous l'avons expliqué précédemment, la LSBC ne régit pas les facultés de droit. Il n'y a aucune raison de conclure que les facultés de droit exercent une fonction publique pour le compte de la LSBC. Il n'y a donc pas lieu d'affirmer que la LSBC, en acceptant d'agréer TWU, approuverait indirectement des actes discriminatoires. Il n'y a pas lieu d'affirmer non plus que les barreaux d'autres provinces (qui ont fait le choix d'agréer la faculté de droit de TWU suivant la recommandation de la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada) ou la Fédération elle-même ont approuvé indirectement des actes discriminatoires. La reconnaissance par l'État des droits d'un acteur privé n'équivaut pas à l'entérinement des croyances de cet acteur, que cette reconnaissance prenne la forme d'une décision de la LSBC sur l'opportunité d'agréer une faculté de droit, de l'adoption par l'Assemblée législative de l'art. 41 du *Human Rights Code*, ou de l'inclusion par le Parlement du préambule et de l'art. 3.1 de la *Loi sur le mariage civil*. Assimiler ainsi reconnaissance et approbation fait du rempart qu'est la *Charte* une arme qui impose à des acteurs privés des obligations découlant de la *Charte*. Cela a également pour effet d'exclure de la sphère publique les institutions religieuses, et par conséquent les communautés religieuses, pour la seule et unique raison qu'elles choisissent de manifester leurs croyances religieuses protégées par la *Charte*. Comme le souligne V. M. Muñiz-Fraticelli, [TRADUCTION] « si toutes les décisions en matière de reconnaissance sous-entendent qu'il y a complicité à l'égard des valeurs du programme ainsi reconnu, il serait impossible pour la diversité de valeurs de régner dans les domaines assujettis à l'approbation de l'État. L'enseignement religieux, par exemple, ne serait permis que dans les cas d'harmonie totale entre la doctrine religieuse et la philosophie de l'État » : « The (Im)possibility of Christian Education » (2016), 75 *S.C.L.R.* (2d) 209, p. 220.

2018 SCC 32 (CanLII)

[339] The implications of this logic are pernicious and potentially far-reaching. Even if, for example, the portion of the Covenant which pertains to sexual relations outside of traditional marriage were removed, on the Chief Justice's reasoning the LSBC *could not* approve the proposed law school, since the admissions policy would still exclude persons who could not agree to live by the tenets of the evangelical Christian faith as expressed by the Covenant. This, even though the LSBC's overtures to TWU (see para. 324, above) suggest that it found that particular part of the Covenant to be unobjectionable. This logic also runs counter to this Court's decision in the *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698, which found that the state could not compel religious officials or houses of worship to perform civil or religious same-sex marriages contrary to their religious beliefs, even though the marriages performed by these officials are ultimately recognized by the state (paras. 59-60). The Court, in that instance, properly distinguished between endorsement by the state, and *Charter*-compliant accommodation of s. 2(*a*) rights by the neutral, secular state.

[339] Une telle logique a des conséquences pernicieuses et potentiellement de trop grande portée. Par exemple, même si la partie du *Covenant* qui porte sur les relations sexuelles en dehors du mariage traditionnel était retirée, la LSBC ne *pourrait pas*, suivant le raisonnement de la juge en chef, agréer la faculté de droit proposée étant donné que la politique d'admission de celle-ci aurait quand même pour effet d'exclure des personnes qui ne pourraient accepter de vivre selon les principes de la foi chrétienne évangélique énoncés dans le *Covenant*. Il en serait ainsi même si l'ouverture dont fait preuve la LSBC envers TWU (voir le par. 324 de nos motifs) donne à penser qu'elle trouvait cette partie du *Covenant* acceptable. Cette logique va également à l'encontre de la décision de la Cour dans le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698, dans laquelle il est établi que l'État ne peut contraindre les autorités religieuses ou les lieux de culte à procéder à des mariages civils ou religieux entre personnes du même sexe contrairement à leurs croyances religieuses, même si les mariages célébrés par ces autorités sont ultimement reconnus par l'État (par. 59-60). Dans cette affaire, la Cour a très justement établi la distinction entre, d'une part, l'approbation de l'État et, d'autre part, le respect — conformément à la *Charte* — des droits garantis par l'al. 2*a*) par un État neutre et laïque.

[340] In short, both Parliament and British Columbia's Legislature have recognized the so-called "discriminatory" (McLachlin C.J.'s Reasons, at para. 138), "degrading and disrespectful" (Majority Reasons, at para. 101) practices represented by the TWU Covenant as consistent with the public interest, legal and worthy of accommodation. Such legislatively accommodated and *Charter*-protected religious practices, once exercised, cannot be cited by a state-actor as a reason justifying the exclusion of a religious community from public recognition. Approval of TWU's proposed law school would not represent a state preference for evangelical Christianity, but rather a recognition of the state's duty — which the LSBC failed to observe — to accommodate diverse religious beliefs without scrutinizing their content.

[340] Bref, tant le Parlement que l'Assemblée législative de la Colombie-Britannique ont reconnu que les pratiques soi-disant « discriminatoire[s] » (motifs de la juge en chef McLachlin, par. 138), « dégradant[es] et irrespectueu[ses] » (motifs des juges majoritaires, par. 101) qu'incarne le *Covenant* de TWU sont conformes à l'intérêt public en plus d'être légales et dignes de respect. Une fois exercées, de telles pratiques religieuses, trouvant appui dans la législation et protégées par la *Charte*, ne peuvent servir à un acteur étatique pour justifier de ne pas accorder à une communauté religieuse la reconnaissance de l'État. Le fait d'agréer la faculté de droit proposée par TWU ne témoignerait pas d'une préférence de l'État pour le christianisme évangélique, mais bien de la reconnaissance du devoir incombant à l'État — devoir auquel la LSBC a manqué — de respecter les diverses croyances religieuses sans scruter leur contenu.

2018 SCC 32 (CanLII)

III. Conclusion

[341] Under the LSBC's governing statute, the only proper purpose of a law faculty approval decision is to ensure the fitness of individual graduates to become members of the legal profession. The LSBC's decision denying approval to TWU's proposed law school has a profound impact on the s. 2(*a*) rights of the TWU community. Even if the LSBC's statutory "public interest" mandate were to be interpreted such that it had the authority to take considerations other than fitness into account, approving the proposed law school is not contrary to the public interest objectives of maintaining equal access and diversity in the legal profession. Nor does it condone discrimination against LGBTQ persons. In our view, then, the only decision reflecting a proportionate balancing between *Charter* rights and the LSBC's statutory objectives would be to approve TWU's proposed law school.

[342] The appeal should be dismissed. We therefore dissent.

Appeal allowed with costs, Côté *and* Brown JJ. *dissenting.*

Solicitors for the appellant: Gall Legge Grant & Munroe, Vancouver; Law Society of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Kuhn, Abbotsford, British Columbia.

Solicitors for the intervener Lawyers' Rights Watch Canada: Grey, Casgrain, Montréal; Lawyers' Rights Watch Canada, Vancouver.

Solicitors for the intervener the National Coalition of Catholic School Trustees' Associations: Supreme Advocacy, Ottawa; Doucette Santoro Furgiuele, Toronto.

III. Conclusion

[341] Suivant la loi habilitante de la LSBC, la décision relative à la reconnaissance d'une faculté de droit a pour seule fin légitime de s'assurer de l'aptitude individuelle des diplômés à devenir membres de la profession juridique. Le refus par la LSBC d'agréer la faculté de droit proposée par TWU a une incidence considérable sur les droits garantis à la communauté de TWU par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Même si le mandat légal de la LSBC de protéger [TRADUCTION] « l'intérêt public » était interprété de façon à ce qu'elle soit habilitée à tenir compte de considérations n'ayant rien à voir avec l'aptitude, le fait d'agréer la faculté de droit proposée n'est pas contraire aux objectifs d'intérêt public visant le maintien de l'égalité d'accès dans la profession juridique et de la diversité au sein de celle-ci. Cela ne revient pas non plus à approuver des actes discriminatoires envers les personnes LGBTQ. Nous sommes donc d'avis que la seule décision qui représenterait une mise en balance proportionnée des droits garantis par la *Charte* et des objectifs statutaires de la LSBC serait pour cette dernière d'agréer la faculté de droit proposée par TWU.

[342] Le pourvoi devrait être rejeté. Par conséquent, nous devons exprimer notre dissidence.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges Côté *et* Brown *sont dissidents.*

Procureurs de l'appelante : Gall Legge Grant & Munroe, Vancouver; Law Society of British Columbia, Vancouver.

Procureurs des intimés : Kuhn, Abbotsford, Colombie-Britannique.

Procureurs de l'intervenante Lawyers' Rights Watch Canada : Grey, Casgrain, Montréal; Lawyers' Rights Watch Canada, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante National Coalition of Catholic School Trustees' Associations : Supreme Advocacy, Ottawa; Doucette Santoro Furgiuele, Toronto.

2018 SCC 32 (CanLII)

Solicitors for the intervener the International Coalition of Professors of Law: Supreme Advocacy, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante International Coalition of Professors of Law : Supreme Advocacy, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Christian Legal Fellowship: Christian Legal Fellowship, London.

Procureur de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Alliance des chrétiens en droit, London.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; IMK, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Ursel Phillips Fellows Hopkinson, Toronto; IMK, Montréal.

Solicitors for the intervener the Advocates' Society: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Martha McCarthy & Company, Toronto; Ethos Law Group, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Société des plaideurs : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Martha McCarthy & Company, Toronto; Ethos Law Group, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada: Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada : Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Canadian Council of Christian Charities: Canadian Council of Christian Charities, Elmira, Ontario.

Procureur de l'intervenant Canadian Council of Christian Charities : Canadian Council of Christian Charities, Elmira, Ontario.

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of Catholic Bishops: Barnes, Sammon, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante la Conférence des évêques catholiques du Canada : Barnes, Sammon, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Canadian Association of University Teachers: Canadian Association of University Teachers, Ottawa.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne des professeures et professeurs d'université : Association canadienne des professeures et professeurs d'université, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Law Students' Society of Ontario: Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société des étudiants et étudiantes en droit de l'Ontario : Davies Ward Phillips & Vineberg, Toronto.

Solicitors for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada: Miller Thomson, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada : Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the intervener the BC LGBTQ Coalition: JFK Law Corporation, Vancouver; Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante BC LGBTQ Coalition : JFK Law Corporation, Vancouver; Mandell Pinder, Vancouver.

2018 SCC 32 (CanLII)

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and Christian Higher Education Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Humanist Association: Hakemi & Ridgedale, Vancouver.

Solicitors for the intervener Egale Canada Human Rights Trust: Goldblatt Partners, Toronto.

Solicitors for the intervener the Faith, Fealty & Creed Society: Michael Sobkin, Ottawa; Benefic Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, the Catholic Civil Rights League and the Faith and Freedom Alliance: Foy Allison Law, West Vancouver; Philip H. Horgan Law Office, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Secular Alliance: JFK Law Corporation, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the intervener the West Coast Women's Legal Education and Action Fund: British Columbia Teachers' Federation, Vancouver; West Coast Women's Legal Education and Action Fund, Vancouver.

Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Nanda & Company, Edmonton; World Sikh Organization of Canada, Newmarket, Ontario.

Procureurs des intervenants l'Alliance évangélique du Canada et Christian Higher Education Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Humanist Association : Hakemi & Ridgedale, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Égale Canada Human Rights Trust : Goldblatt Partners, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Faith, Fealty & Creed Society : Michael Sobkin, Ottawa; Benefic Law Corporation, Vancouver.

Procureurs des intervenants Roman Catholic Archdiocese of Vancouver, la Ligue catholique pour les droits de l'homme et Faith and Freedom Alliance : Foy Allison Law, West Vancouver; Philip H. Horgan Law Office, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Canadian Secular Alliance : JFK Law Corporation, Vancouver; Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant West Coast Women's Legal Education and Action Fund : British Columbia Teachers' Federation, Vancouver; West Coast Women's Legal Education and Action Fund, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Nanda & Company, Edmonton; World Sikh Organization of Canada, Newmarket, Ontario.

2018 SCC 32 (CanLII)

TAB 3

Loyola High School and John Zucchi *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec *Respondent*

and

Canadian Council of Christian Charities, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Legal Fellowship, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Canadian Civil Liberties Association, Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Seventh-day Adventist Church in Canada, Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal *Interveners*

École secondaire Loyola et John Zucchi *Appelants*

c.

Procureur général du Québec *Intimé*

et

Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Alliance évangélique du Canada, Alliance des chrétiens en droit, World Sikh Organization of Canada, Association of Christian Educators and Schools Canada, Association canadienne des libertés civiles, Ligue catholique des droits de l'homme, Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance, Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal, Faith, Fealty and Creed Society, Home School Legal Defence Association of Canada, Église adventiste du septième jour au Canada, Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec, Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et Archevêque catholique romain de Montréal *Intervenants*

INDEXED AS: LOYOLA HIGH SCHOOL *v.* QUEBEC (ATTORNEY GENERAL)

2015 SCC 12

File No.: 35201.

2014: March 24; 2015: March 19.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ.

RÉPERTORIÉ : ÉCOLE SECONDAIRE LOYOLA *c.* QUÉBEC (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2015 CSC 12

N° du greffe : 35201.

2014 : 24 mars; 2015 : 19 mars.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Administrative law — Judicial review — Standard of Review — Ministerial discretion — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle — Pouvoir discrétionnaire du ministre — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse —

school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Proper approach to judicial review of discretionary administrative decisions engaging Charter protections — Whether Minister's decision proportionately balanced religious freedom with statutory objectives of mandatory program — Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program and s. 2(a) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Human rights — Freedom of religion — Schools — Mandatory ethics and religious culture program — Private denominational school proposing alternative program — Request for exemption denied by Minister — Whether Minister's insistence that proposed alternative program be entirely secular in its approach is reasonable given the statutory objectives of mandatory program — Whether Minister's decision limits freedom of religion under s. 3 of the Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12.

Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It has been administered by the Jesuit Order since the school's founding in the 1840s. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective.

The stated objectives of the ERC Program are the "recognition of others" and the "pursuit of the common good". They seek to inculcate in students openness to human rights, diversity and respect for others. To fulfil these objectives, the ERC Program has three components: world religions and religious culture, ethics, and

Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — Approche correcte du contrôle judiciaire des décisions administratives de nature discrétionnaire mettant en cause les protections conférées par la Charte — La décision de la ministre a-t-elle mis en balance de manière proportionnée la liberté de religion et les objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi et de l'art. 2a) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droits de la personne — Liberté de religion — Écoles — Programme obligatoire d'éthique et de culture religieuse — Programme de remplacement proposé par une école privée confessionnelle — Demande d'exemption refusée par la ministre — L'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme de remplacement proposé ait une approche purement laïque est-elle raisonnable compte tenu des objectifs du programme obligatoire visés par la loi? — La décision de la ministre restreint-elle la liberté de religion garantie par l'art. 3 de la Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12?

L'école secondaire Loyola est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. Elle est administrée par l'ordre des Jésuites depuis sa fondation dans les années 1840. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

Depuis septembre 2008, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l'ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d'un point de vue neutre et objectif, les croyances et l'éthique de diverses religions du monde.

Le programme ÉCR a pour objectifs explicites la « reconnaissance de l'autre » et la « poursuite du bien commun ». Ces objectifs visent à inculquer aux élèves un esprit d'ouverture aux droits de la personne et à la diversité ainsi que le respect de l'autre. Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets : les

dialogue. The three components are intended to support and reinforce one another. The orientation of the Program is strictly secular and cultural and requires teachers to be objective and impartial. They are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs, but to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. The Program provides a framework that teachers are required to use to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons.

The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The purpose of the ethics component is to encourage students to think critically about their own ethical conduct and that of others, as well as about the values and norms that different religious groups adopt to guide their behaviour. The purpose of the dialogue component is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs.

Pursuant to s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister can grant an exemption from the ERC Program if the proposed alternative program is deemed to be "equivalent". Loyola wrote to the Minister to request an exemption from the Program, proposing an alternative course to be taught from the perspective of Catholic beliefs and ethics. The Minister denied the request based on the fact that Loyola's whole proposed alternative program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, deemed to be "equivalent" to the ERC Program.

Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. The Superior Court found that the Minister's refusal of an exemption infringed Loyola's right to religious freedom and accordingly granted the application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption. On appeal, the Quebec Court of Appeal concluded that the Minister's decision was reasonable and did not result in any breach of religious freedom. Before this Court, Loyola modified its request to teach the whole program from a Catholic perspective, and was now prepared to teach about the doctrines and practices of other world religions neutrally. But, significantly, it still

religions du monde et le phénomène religieux, l'éthique et le dialogue. Ces trois volets sont censés se compléter et se renforcer l'un l'autre. Le programme a une optique strictement laïque et culturelle et il exige des enseignants qu'ils fassent preuve d'objectivité et d'impartialité. Ils doivent non pas affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou tenter d'influencer les convictions de leurs élèves, mais favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. Bien que le programme constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons.

Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels les diverses religions se sont enracinées et se développent. Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux pour guider leur conduite. Le volet relatif au dialogue vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes.

Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre peut exempter une école du programme ÉCR si le programme de remplacement proposé est jugé « équivalent ». Loyola a écrit à la ministre pour demander à être exemptée du programme et proposer d'enseigner un autre cours du point de vue des convictions et de l'éthique de la religion catholique. La ministre a refusé la demande en raison du fait que l'ensemble du programme de remplacement proposé par Loyola allait être enseigné selon une perspective catholique. Le programme n'a donc pas été jugé « équivalent » au programme ÉCR.

Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre. La Cour supérieure a conclu que le refus par la ministre d'accorder une exemption portait atteinte au droit à la liberté de religion de cette institution et elle a donc accueilli la demande, annulé la décision de la ministre et ordonné qu'une exemption soit accordée. En appel, la Cour d'appel du Québec a conclu que la décision de la ministre était raisonnable et n'avait pas entraîné d'atteinte à la liberté de religion. Devant la Cour, Loyola a modifié sa demande visant à enseigner l'ensemble du programme selon une perspective catholique. Elle était maintenant disposée à enseigner de façon neutre la doctrine et les rites

wanted to teach about the *ethics* of other religions from a Catholic perspective. The Minister's position remained the same — no part of the program could be taught from a Catholic perspective, including Catholic doctrine and ethics.

Held: The Minister's decision requiring that *all* aspects of Loyola's proposed program be taught from a neutral perspective, including the teaching of Catholicism, limited freedom of religion more than was necessary given the statutory objectives. As a result, it did not reflect a proportionate balancing and should be set aside. The appeal is allowed and the matter remitted to the Minister for reconsideration.

Per LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ.: This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for reviewing discretionary administrative decisions that engage the protections of the *Charter* — both its guarantees and the foundational values they reflect. The discretionary decision-maker is required to proportionately balance the relevant *Charter* protections to ensure that they are limited no more than necessary given the applicable statutory objectives. The reasonableness of the Minister's decision in this case therefore depends on whether it reflected a proportionate balance between the objectives of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community.

Freedom of religion means that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief. Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions.

The context in this case is state regulation of religious schools. This raises the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. The state has a legitimate interest in ensuring that students in all schools are

d'autres religions du monde. Il importe de le souligner, Loyola souhaitait néanmoins toujours enseigner l'*éthique* d'autres religions selon une perspective catholique. La position de la ministre est demeurée la même — soit qu'aucun aspect du programme ne peut être enseigné suivant une perspective catholique, notamment la doctrine et l'éthique de cette religion.

Arrêt : La décision de la ministre selon laquelle *tous* les aspects du programme proposé par Loyola doivent être enseignés d'un point de vue neutre, y compris l'enseignement du catholicisme, a restreint la liberté de religion plus qu'il n'était nécessaire compte tenu des objectifs visés par la loi. Par conséquent, cette décision n'était pas le fruit d'une mise en balance proportionnée et doit être annulée. Le pourvoi est accueilli et l'affaire est renvoyée au ministre pour réexamen.

Les juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis : Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour contrôler les décisions administratives de nature discrétionnaire qui font intervenir les protections conférées par la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet. Le décideur qui exerce son pouvoir discrétionnaire est tenu de mettre en balance de façon proportionnée les protections pertinentes garanties par la *Charte* pour veiller à ce qu'elles ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre en l'espèce, il faut donc déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola, d'autre part.

La liberté de religion signifie que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses. La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives.

La réglementation par l'État des écoles confessionnelles constitue le contexte de la présente affaire. Cela soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. L'État

capable, as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A vibrant, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation. But a secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over another. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

Loyola is a private Catholic institution. The collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs — are a crucial part of its claim. The Minister's decision requires Loyola to teach Catholicism, the very faith that animates its character, from a neutral perspective. Although the state's purpose is secular, this amounts to requiring a Catholic institution to speak about its own religion in terms defined by the state rather than by its own understanding. This demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the purpose of transmitting Catholicism can teach and learn about the Catholic faith. It also undermines the liberty of the members of the community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

In the Quebec context, where private denominational schools are legal, preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism from its own perspective does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with religious freedom. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can be presumed to impair respect for others. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case.

That said, the Minister is not required to permit Loyola to teach about the ethics of other religions from a

a un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de toutes les écoles seront en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle dynamique doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens de discuter de manière réfléchie et ouverte. Un État laïque ne s'immisce cependant pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

Loyola est une institution catholique privée. Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. La décision de la ministre oblige cette dernière à enseigner le catholicisme, la religion qui constitue son essence même, d'un point de vue neutre. Bien que l'objectif de l'État soit laïque, cette obligation revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite de sa propre religion selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception. Cela empiète manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela porte également atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles confessionnelles privées est légale, empêcher une école comme Loyola d'enseigner le catholicisme et d'en parler selon sa propre perspective contribue peu à la réalisation des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte à la liberté de religion. La décision de la ministre laisse entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce.

Cela dit, la ministre n'est pas tenue de permettre à Loyola d'enseigner l'éthique d'autres religions selon

Catholic perspective. The risk of such an approach would be that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goals of ensuring respect for different religious beliefs. In a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. In a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

Teaching the ethical frameworks of other religions in a neutral way may be a delicate exercise, but the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be asked to throw up its hands and abandon its objectives by accepting a program that frames the discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's own religion.

It is the Minister's decision *as a whole* that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. Preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism, the core of its identity, in any part of the program from its own perspective, does little to further the ERC Program's objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom. The Minister's decision is, as a result, unreasonable.

Per McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ.: Loyola, as a religious organization, is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola.

The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a

une perspective catholique. Cette façon de faire poserait le risque que l'on considère les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de croyances religieuses différentes. Dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

Le fait d'enseigner des systèmes éthiques d'autres religions de façon neutre peut constituer un exercice délicat, mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs en acceptant un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

C'est la décision de la ministre *dans son ensemble* qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. Le fait d'empêcher une école comme Loyola d'enseigner et d'étudier le catholicisme, le cœur de son identité, selon sa propre perspective dans le cadre de l'ensemble du programme contribue peu à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. La décision de la ministre est donc déraisonnable.

La juge en chef McLachlin et les juges Rothstein et Moldaver : Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola.

Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à cette liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision —

purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question raised by this appeal is whether the Minister's decision limited Loyola's right to religious freedom proportionately — that is, no more than was reasonably necessary.

Loyola proposed an alternative to the ERC Program that takes the following form: (1) Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively and respectfully; (2) Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue; and (3) Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program. Loyola's proposal departs from the generic ERC Program in two key respects. When teaching both Catholicism and ethics, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality that the ERC Program requires.

The freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. Where the claimant is an organization rather than an individual, it must show that the claimed belief or practice is consistent with both its purpose and operation. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will aid in evaluating this consistency. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be less fluid than those of an individual, therefore inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior

selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à cette liberté plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la décision de la ministre a restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire.

Le programme de remplacement proposé par Loyola se présente sous la forme suivante : (1) Loyola enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective et avec respect; (2) Loyola insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais veillerait à ce que tous les points de vue éthiques soient présentés sur un sujet donné; et (3) Loyola encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme. La proposition de Loyola s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. Les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR dans l'enseignement tant du catholicisme que de l'éthique.

La liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, il doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'il revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom aidera à apprécier la conformité de cette croyance ou pratique avec sa mission et ses activités. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la

purpose. Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

The government bears the burden of showing that the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. There is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires a cultural and non-denominational approach. As the legislative and regulatory scheme demonstrates, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected, could serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the exemption provision at issue was rendered illusory.

croyance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner l'ensemble de son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

C'est au gouvernement de faire la preuve que l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. Il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme le démontre le régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux écoles confessionnelles d'enseigner le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves le bien-fondé de certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue pourrait constituer un cours équivalent au programme ÉCR. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption en cause.

The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on Loyola's religious freedom. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(*a*) right to religious freedom.

Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise. In the context of the present case, Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective. Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way. Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate, but where the context of the classroom discussion requires it, they may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which other ethical or doctrinal propositions do not accord with those beliefs.

This Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances. It is neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it.

Cases Cited

By Abella J.

Applied: *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; **considered:** *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235; **referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Multani v. Commission scolaire*

Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2*a*).

Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Dans le contexte de la présente affaire, les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique. Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse. Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, mais, lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, ils pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales sont incompatibles avec ces convictions.

Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances. Il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Eu égard aux conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et compte tenu du dossier et des observations des parties, la seule réponse à la demande d'exemption de Loyola qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable.

Jurisprudence

Citée par la juge Abella

Arrêt appliqué : *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; **arrêt examiné :** *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235; **arrêts mentionnés :** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Multani c.*

Marguerite-Bourgeoys, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, 2008 SCC 23, [2008] 1 S.C.R. 761; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48, [2004] 2 S.C.R. 650; *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, 2002 SCC 86, [2002] 4 S.C.R. 710; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; Eur. Court H. R., *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Bruker v. Marcovitz*, 2007 SCC 54, [2007] 3 S.C.R. 607; *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Reference re Same-Sex Marriage*, 2004 SCC 79, [2004] 3 S.C.R. 698.

By McLachlin C.J. and Moldaver J.

Applied: *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551; *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; **referred to:** *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235.

Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2008 CSC 23, [2008] 1 R.C.S. 761; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, 2004 CSC 48, [2004] 2 R.C.S. 650; *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, 2002 CSC 86, [2002] 4 R.C.S. 710; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; Cour eur. D. H., arrêt *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A nº 260-A; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII; *Bruker c. Marcovitz*, 2007 CSC 54, [2007] 3 R.C.S. 607; *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, 2004 CSC 79, [2004] 3 R.C.S. 698.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Moldaver

Arrêts appliqués : *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551; *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; **arrêts mentionnés :** *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, nº 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC); *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, ss. 10, 25, 32, 111.
Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, CQLR, c. M-15, preamble, s. 2.
Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23, 23.1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 24(1).
Charter of human rights and freedoms, CQLR, c. C-12, ss. 3, 41.
Companies Act, CQLR, c. C-38, Part III.
Education Act, CQLR, c. I-13.3, ss. 447, 459, 461.
Interpretation Act, CQLR, c. I-16, s. 61(16).
Regulation respecting the application of the Act respecting private education, CQLR, c. E-9.1, r. 1, s. 22.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221 [the *European Convention on Human Rights*], art. 9.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 18(1), (4).
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 18.

Authors Cited

Barak, Aharon. *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.
Barak, Aharon. "Proportionality (2)", in Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*. Oxford: Oxford University Press, 2012, 738.
Berger, Benjamin L. "Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality" (2014), 29 *C.J.L.S.* 103.
Bernatchez, Stéphane. "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641.
Boudreau, Spencer. "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 *Religion & Education* 212.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*. Toronto: Butterworths, 1974.
Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.
Grimm, Dieter. "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 24(1).
Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12, art. 3, 41.
Loi d'interprétation, RLRQ, c. I-16, art. 61(16).
Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, art. 10, 25, 32, 111.
Loi sur l'instruction publique, RLRQ, c. I-13.3, art. 447, 459, 461.
Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport, RLRQ, c. M-15, préambule, art. 2.
Loi sur les compagnies, RLRQ, c. C-38, partie III.
Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23, 23.1.
Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, art. 22.

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221 [la *Convention européenne des droits de l'homme*], art. 9.
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 18.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 18(1), (4).

Doctrine et autres documents cités

Barak, Aharon. *Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right*, trans. by Daniel Kayros, Cambridge, Cambridge University Press, 2015.
Barak, Aharon. « Proportionality (2) », in Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, 738.
Berger, Benjamin L. « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103.
Bernatchez, Stéphane. « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641.
Boudreau, Spencer. « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212.
Driedger, Elmer A. *The Construction of Statutes*, Toronto, Butterworths, 1974.
Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*, Toronto, Carswell, 1990.

Habermas, Jürgen. "Religion in the Public Sphere" (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1995.

Macklem, Timothy. "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1.

Moon, Richard. "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.

Mullan, David. "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127.

Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. "Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context", forthcoming.

Newman, Dwight. *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*. Oxford: Hart, 2011.

Quebec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Building the Future: A Time for Reconciliation*. Québec: The Commission, 2008 (Co-chairs: Gérard Bouchard and Charles Taylor).

Quebec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth*. Québec: The Ministère, 2005.

Sossin, Lorne, and Mark Friedman. "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Hilton, Wagner and Fournier JJ.A.), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] Q.J. No. 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), setting aside a decision of Dugré J., 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] Q.J. No. 5789 (QL), 2010 CarswellQue 15823 (WL Can.). Appeal allowed.

Mark Phillips and *Jacques S. Darche*, for the appellants.

Benoit Boucher, *Dominique Legault*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* and *Caroline Renaud*, for the respondent.

Grimm, Dieter. « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369.

Habermas, Jürgen. « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1.

Kymlicka, Will. *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1995.

Macklem, Timothy. « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1.

Moon, Richard. « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497.

Mullan, David. « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127.

Muñiz-Fraticelli, Victor, and Lawrence David. « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », forthcoming.

Newman, Dwight. *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups*, Oxford, Hart, 2011.

Québec. Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles. *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation*, Québec, La Commission, 2008 (Coprésidents : Gérard Bouchard et Charles Taylor).

Québec. Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport. *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec*, Québec, Le Ministère, 2005.

Sossin, Lorne, and Mark Friedman. « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (les juges Hilton, Wagner et Fournier), 2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, 46 Admin. L.R. (5th) 79, [2012] AZ-50918665, [2012] J.Q. nº 15094 (QL), 2012 CarswellQue 12912 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge Dugré, 2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417, [2010] AZ-50647607, [2010] J.Q. nº 5789 (QL), 2010 CarswellQue 6161 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Mark Phillips et *Jacques S. Darche*, pour les appelants.

Benoit Boucher, *Dominique Legault*, *Amélie Pelletier-Desrosiers* et *Caroline Renaud*, pour l'intimé.

Barry W. Bussey and *Derek Ross*, for the intervener the Canadian Council of Christian Charities.

Albertos Polizogopoulos and *Don Hutchinson*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Robert E. Reynolds and *Ruth Ross*, for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Palbinder K. Shergill, *Q.C.*, and *Balpreet Singh Boparai*, for the intervener the World Sikh Organization of Canada.

Ian C. Moes and *André Schutten*, for the intervener the Association of Christian Educators and Schools Canada.

Jean-Philippe Groleau, *Guy Du Pont* and *Léon H. Moubayed*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ranjan K. Agarwal and *Jack R. Maslen*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

Blake Bromley, for the intervener the Faith, Fealty and Creed Society.

Jean-Yves Côté and *Paul D. Faris*, for the intervener the Home School Legal Defence Association of Canada.

Gerald D. Chipeur, *Q.C.*, and *Grace Mackintosh*, for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference.

Milton James Fernandes and *Sergio G. Famularo*, for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal.

Barry W. Bussey et *Derek Ross*, pour l'intervenant le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes.

Albertos Polizogopoulos et *Don Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Robert E. Reynolds et *Ruth Ross*, pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Palbinder K. Shergill, *c.r.*, et *Balpreet Singh Boparai*, pour l'intervenante World Sikh Organization of Canada.

Ian C. Moes et *André Schutten*, pour l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada.

Jean-Philippe Groleau, *Guy Du Pont* et *Léon H. Moubayed*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Ranjan K. Agarwal et *Jack R. Maslen*, pour les intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal.

Blake Bromley, pour l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society.

Jean-Yves Côté et *Paul D. Faris*, pour l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada.

Gerald D. Chipeur, *c.r.*, et *Grace Mackintosh*, pour les intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec.

Milton James Fernandes et *Sergio G. Famularo*, pour les intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal.

The judgment of LeBel, Abella, Cromwell and Karakatsanis JJ. was delivered by

[1] ABELLA J. — Since September 2008, as part of the mandatory core curriculum in schools across Quebec, the Minister of Education, Recreation and Sports has required a Program on Ethics and Religious Culture (ERC), which teaches about the beliefs and ethics of different world religions from a neutral and objective perspective. Like all courses in the mandatory curriculum, the Minister may grant private schools an exemption from the ERC Program if they offer an alternative program that the Minister deems to be equivalent.

[2] This appeal results from a judicial review of the Minister's decision to deny an exemption sought by a private, Catholic school. The Minister based her decision on the fact that the school's whole proposed program was to be taught from a Catholic perspective. It was not, as a result, "equivalent" to the ERC Program. The school submits that this is an interference with its religious freedom. The Minister submits that it is a necessary strategy to ensure that students are knowledgeable about and respectful of the differences of others. In a sense, they are both right . . .

[3] This Court's decision in *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, sets out the applicable framework for assessing whether the Minister has exercised her statutory discretion in accordance with the relevant *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protections. *Doré* succeeded a line of conflicting jurisprudence which veered between cases like *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 S.C.R. 256, that applied s. 1 (and a traditional *Oakes* analysis) to discretionary administrative decisions, and those, like *Lake v. Canada (Minister of Justice)*, [2008] 1 S.C.R. 761, which applied an administrative law approach. The result in *Doré* was to eschew a literal s. 1 approach in favour of a *robust* proportionality

Version française du jugement des juges LeBel, Abella, Cromwell et Karakatsanis rendu par

[1] LA JUGE ABELLA — Depuis septembre 2008, le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport exige que le programme Éthique et culture religieuse (ÉCR) soit intégré aux matières obligatoires pour l'ensemble des écoles du Québec. Dans le cadre de ce programme, on présente, d'un point de vue neutre et objectif, les croyances et l'éthique de différentes religions du monde. Comme pour tous les cours du programme obligatoire, le ministre peut exempter certaines écoles privées du programme ÉCR si elles offrent un programme de remplacement qu'il juge équivalent.

[2] Le présent pourvoi résulte du contrôle judiciaire d'une décision de la ministre refusant une telle exemption à une école privée catholique. La ministre a fondé sa décision sur le fait que l'ensemble du programme proposé par l'école allait être enseigné selon une perspective catholique. Par conséquent, le programme n'était pas « équivalent » au programme ÉCR. L'école soutient que cette intervention de la ministre porte atteinte à sa liberté de religion. La ministre plaide que la neutralité de l'enseignement constitue une stratégie nécessaire pour s'assurer que les élèves connaissent et respectent les différences. En un sens, la ministre et l'école ont toutes deux raison . . .

[3] Dans *Doré c. Barreau du Québec*, [2012] 1 R.C.S. 395, la Cour a établi le cadre d'analyse applicable pour décider si un ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Cet arrêt a succédé à une série de décisions contradictoires qui ont oscillé entre des arrêts tels *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, [2006] 1 R.C.S. 256, qui ont appliqué l'art. 1 (et l'analyse traditionnelle énoncée dans *Oakes*) à des décisions administratives qui découlaient de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, et d'autres arrêts tels *Lake c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2008] 1 R.C.S. 761, qui ont appliqué une approche de droit administratif. Ainsi,

analysis consistent with administrative law principles.

[4] Under *Doré*, where a discretionary administrative decision engages the protections enumerated in the *Charter* — both the *Charter*'s guarantees and the foundational values they reflect — the discretionary decision-maker is required to proportionately balance the *Charter* protections to ensure that they are limited no more than is necessary given the applicable statutory objectives that she or he is obliged to pursue.

[5] In this case, the Minister's decision reflected the fundamental assumption that any program taught from a religious perspective could not be an alternative to the ERC Program and that the religious school could not teach even its own religion from its own perspective.

[6] For the reasons that follow, in my view prescribing to Loyola how it is to explain Catholicism to its students seriously interferes with freedom of religion, while representing no significant benefit to the ERC Program's objectives. In a context like Quebec's, where private denominational schools are legal, this represents a disproportionate, and therefore unreasonable interference with the values underlying freedom of religion of those individuals who seek to offer and who wish to receive a Catholic education at Loyola. On the other hand, I see no significant impairment of freedom of religion in requiring Loyola to offer a course that explains the beliefs, ethics and practices of other religions in as objective and neutral a way as possible, rather than from the Catholic perspective.

Background

[7] Loyola High School is a private, English-speaking Catholic high school for boys. It is highly respected, and has been administered by the Jesuit Order since the school's founding in the 1840s. Its

dans *Doré*, l'approche fondée sur l'art. 1 prise littéralement a été écartée au profit d'une analyse *robuste* de la proportionnalité compatible avec les principes de droit administratif.

[4] Suivant *Doré*, lorsqu'une décision fait intervenir les protections énumérées dans la *Charte* — soit tant les droits qui y sont énoncés que les valeurs dont ils sont le reflet —, le ou la ministre doit veiller à ce que ces protections ne soient pas restreintes plus qu'il n'est nécessaire compte tenu des objectifs applicables visés par la loi qu'il ou elle a l'obligation de chercher à atteindre.

[5] En l'espèce, la décision de la ministre a reposé sur le postulat fondamental voulant que tout programme enseigné suivant une perspective religieuse ne puisse remplacer le programme ÉCR et qu'une école confessionnelle ne puisse pas enseigner, même sa propre religion, selon son propre point de vue.

[6] Pour les motifs qui suivent, j'estime que le fait de prescrire à Loyola comment elle doit expliquer le catholicisme à ses élèves porte gravement atteinte à la liberté de religion et ne contribue pas d'une manière appréciable à la réalisation des objectifs du programme ÉCR. Dans un contexte comme celui du Québec, où l'existence des écoles privées confessionnelles est légalement reconnue, il s'agit d'une atteinte disproportionnée, et par conséquent déraisonnable, aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion des personnes qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique à Loyola. En revanche, je ne vois aucune atteinte appréciable à la liberté de religion dans le fait d'obliger Loyola à offrir un cours où l'on explique les convictions, l'éthique et les pratiques d'autres religions de façon aussi neutre et objective que possible plutôt que suivant la perspective catholique.

Contexte

[7] L'école secondaire Loyola (« Loyola ») est une école secondaire catholique privée de langue anglaise pour garçons. C'est un établissement très respecté qui est administré par l'ordre des Jésuites depuis sa

mission, teaching, and characteristics are Jesuit. Most of the students at Loyola come from Catholic families.

[8] Until relatively recently, public education in Quebec was entirely confessional in nature and public schools were organized along denominational lines, under the complete control of the Catholic and Protestant Committees of the Council of Public Instruction, who "ran their respective schools with little or no government interference": Spencer Boudreau, "From Confessional to Cultural: Religious Education in the Schools of Québec" (2011), 38 *Religion & Education* 212, at p. 213.

[9] With the Quiet Revolution in the 1960s, the state took charge of educational institutions formerly controlled by religious communities. By 2000, public schools were fully secularized and denominational schools no longer had official status in the public system. They were, however, permitted to operate as private schools: see *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 S.C.R. 235, at para. 12.

[10] The Ethics and Religious Culture (ERC) Program, which is the most recent step in the process of secularization of the school system, replaced all the remaining Catholic and Protestant religious programs with a secularized study of religion and ethics. It became mandatory for all schools, public and private, at the start of the 2008-2009 school year. At the secondary level, the program is required to be taught in four of the five years of school: *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, CQLR, c. I-13.3, r. 8, ss. 23 and 23.1.

[11] The ERC Program has two key stated objectives: the "recognition of others" and the "pursuit of the common good". The first objective is based on

fondation dans les années 1840. Sa mission, son enseignement et ses autres caractéristiques sont typiques des institutions jésuites. La plupart des élèves qui fréquentent cette école sont issus de familles catholiques.

[8] Jusqu'à une période relativement récente, l'instruction publique au Québec avait un caractère entièrement confessionnel, et les écoles publiques — qui étaient organisées suivant des divisions religieuses — relevaient exclusivement de comités d'instruction publique catholiques et protestants qui [TRADUCTION] « dirigeaient leurs écoles respectives avec peu ou pas d'ingérence de l'État » : Spencer Boudreau, « From Confessional to Cultural : Religious Education in the Schools of Québec » (2011), 38 *Religion & Education* 212, p. 213.

[9] Dans la foulée de la Révolution tranquille, soit durant les années 60, l'État a pris en charge les établissements d'enseignement qui relevaient jusque-là des communautés religieuses. En 2000, le processus de déconfessionnalisation du système d'éducation public était achevé et les écoles confessionnelles ne possédaient plus de statut officiel au sein du système public. Elles pouvaient toutefois exercer leurs activités en tant qu'écoles privées : voir l'arrêt *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, [2012] 1 R.C.S. 235, par. 12.

[10] Le programme ÉCR, qui marque l'étape la plus récente dans le processus de déconfessionnalisation du système d'éducation, a remplacé tous les programmes religieux catholiques et protestants qui existaient encore par un enseignement non confessionnel de la religion et de l'éthique. Au début de l'année scolaire 2008-2009, ce programme est devenu obligatoire pour tous les établissements d'enseignement, qu'ils soient publics ou privés. Le cours d'ÉCR est, depuis, une matière obligatoire pendant quatre des cinq années du cours secondaire : *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, RLRQ, c. I-13.3, r. 8, art. 23 et 23.1.

[11] Le programme ÉCR comporte deux objectifs explicites : « la reconnaissance de l'autre » et « la poursuite du bien commun ». Le premier de ces

the principle that all people possess equal value and dignity. The second seeks to foster shared values of human rights and democracy. By imposing this program in its schools, Quebec seeks to inculcate in all students openness to diversity and respect for others.

[12] In order to fulfil these objectives, the ERC Program has three components which seek to develop three competencies among students: the ability to understand "religious culture", which includes the study of world religions; the ability to reflect on ethical questions; and the ability to engage in dialogue. The three competencies are intended to support and reinforce one another.

[13] The purpose of the religious culture component is to help students understand the main elements of religion by exploring the socio-cultural contexts in which different religions take root and develop. The program takes a cultural and phenomenological rather than a doctrinal approach to the study of religions. Because of their role in Quebec's history, it accords a prominent role to Catholicism and Protestantism, but teachers are also required to discuss Judaism, Islam, Hinduism, Buddhism, and Aboriginal belief systems.

[14] The purpose of the ethics component is to encourage students to critically reflect on their own ethical conduct and that of others, as well as on the values and norms that different religious and social groups adopt to guide their behaviour.

[15] The purpose of the dialogue component, which is integrated with the ethics and religious culture components, is to help students develop the skills to interact respectfully with people of different beliefs in a diverse society, and to understand the impact of their behaviour on the broader community.

objectifs repose sur le principe suivant lequel toutes les personnes sont égales en valeur et en dignité. Le second vise l'épanouissement des valeurs communes que sont les droits de la personne et la démocratie. En imposant ce programme dans ses écoles, le Québec cherche à inculquer à tous les élèves un esprit d'ouverture à la diversité ainsi que le respect de l'autre.

[12] Pour réaliser ces objectifs, le programme ÉCR comprend trois volets qui tendent à l'apprentissage par l'élève de trois compétences : comprendre le « phénomène religieux » — ce qui inclut l'étude de religions du monde —, réfléchir sur des questions éthiques et pratiquer le dialogue. Ces trois compétences sont censées se compléter et se renforcer l'une l'autre.

[13] Le volet du programme relatif au phénomène religieux a pour objet d'aider les élèves à comprendre les principaux éléments de la religion par l'exploration des contextes socioculturels dans lesquels diverses religions se sont enracinées et se développent. Le programme aborde l'étude des religions sous un angle culturel et phénoménologique plutôt que doctrinal. En raison du rôle qu'ils ont joué dans l'histoire du Québec, le programme accorde une place prépondérante au catholicisme et au protestantisme, mais les enseignants sont également tenus de discuter du judaïsme, de l'islam, de l'hindouisme, du bouddhisme et des systèmes de croyances autochtones.

[14] Le volet éthique du programme vise à encourager les élèves à porter un regard critique sur leur propre conduite éthique et sur celle d'autrui, ainsi que sur les valeurs et les normes adoptées par différents groupes religieux et sociaux pour guider leur conduite.

[15] Le volet relatif au dialogue — qui fait également partie intégrante des deux autres volets du programme — vise à aider les élèves à acquérir des habiletés leur permettant d'interagir de façon respectueuse avec des gens qui ont des convictions différentes au sein d'une société diversifiée et de comprendre les répercussions de leur propre comportement sur la collectivité en général.

[16] The ERC Program provides a framework that teachers must utilize to help students develop these competencies, but leaves teachers with considerable flexibility in developing their own lessons and structuring their course to convey this content.

[16] Bien que le programme ÉCR constitue un cadre pédagogique que sont tenus de suivre les enseignants pour aider les élèves à acquérir ces trois compétences, il leur laisse tout de même une latitude considérable pour l'élaboration de leurs leçons et pour l'organisation de leurs cours en vue de transmettre cette matière.

[17] The major world religions are taught through themes. Students explore the elements of religious traditions, including different representations of divinity, creation stories, and religious rites, rules and duties. They also discuss Quebec's religious heritage. They then learn about the founding and development of different world religions, and examine the ways that different traditions and philosophical texts have approached questions about divinity, the meaning of life and death, and the human condition generally. And they draw on literature to explore different kinds of religious experiences, methodologies for transmitting religion, and ways religious experiences shape people and communities.

[17] Les principales religions du monde sont enseignées par thèmes. Les élèves explorent certains éléments des traditions religieuses, notamment une variété de représentations de la divinité, de récits de la création ainsi que de rites, préceptes et devoirs religieux. Ils discutent également du patrimoine religieux québécois. Ils étudient ensuite l'établissement et l'évolution de diverses religions du monde, et examinent la façon dont certaines traditions et certains textes philosophiques traitent de questions telles que le divin, le sens de la vie et de la mort et la condition humaine en général. Ils puisent ensuite dans la littérature pour examiner divers types d'expériences religieuses et modes de transmission de la religion, ainsi que différentes façons dont l'expérience religieuse façonne les gens et les collectivités.

[18] Students develop competency in ethics by exploring themes such as freedom, autonomy, and tolerance, among others. They develop competency in dialogue by learning about different forms of dialogue; strategies for developing, explaining or challenging a point of view; and processes and patterns of thought that can undermine dialogue, such as stereotyping and prejudice.

[18] Les élèves développent leur compétence en éthique en explorant des thèmes comme la liberté, l'autonomie et la tolérance. Ils développent leur compétence en dialogue en étudiant diverses formes de dialogue, des stratégies leur permettant de former, d'expliquer ou de remettre en question un point de vue, et des modes de pensée ou façons de voir les choses qui peuvent nuire au dialogue, par exemple les stéréotypes et les préjugés.

[19] The orientation of the ERC Program is strictly secular and cultural; it requires teachers to take a "professional stance" of objectivity and impartiality. That means that they are not to advance the truth of a particular belief system or attempt to influence their students' beliefs. Instead, their role is to foster awareness of diverse values, beliefs and cultures. Teachers in the program are therefore expected to act as mediators to help their students develop the critical capacity to understand, articulate and question different points of view.

[19] Le programme ÉCR a une optique strictement laïque et culturelle : il exige des enseignants qu'ils adoptent une « attitude professionnelle » objective et impartiale. Ceux-ci doivent donc s'abstenir d'affirmer la vérité d'un système particulier de croyances ou de tenter d'influencer les convictions de leurs élèves. Leur rôle consiste plutôt à favoriser la connaissance d'une variété de valeurs, de convictions et de cultures. On attend donc des enseignants, dans le cadre de ce programme, qu'ils agissent comme intermédiaires et aident les élèves à développer leur sens critique afin qu'ils soient en mesure de comprendre, de formuler et de remettre en question divers points de vue.

[20] The ERC program has already been scrutinized — and found to be constitutional — by this Court in the context of the public school system. In *S.L.*, a group of parents claimed that the program would confuse their children and interfere with their religious training because it exposed them to information about various world religions from a secular perspective. They argued that this amounted to a violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

[21] The Court rejected their claim and affirmed the constitutionality of the ERC Program as a mandatory component of the curriculum in public schools. In her reasons, Justice Deschamps observed that

> [p]arents are free to pass their personal beliefs on to their children if they so wish. However, the early exposure of children to realities that differ from those in their immediate family environment is a fact of life in society. The suggestion that exposing children to a variety of religious facts in itself infringes their religious freedom or that of their parents amounts to a rejection of the multicultural reality of Canadian society and ignores the Quebec government's obligations with regard to public education. Although such exposure can be a source of friction, it does not in itself constitute an infringement of s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* and of s. 3 of the *Quebec Charter*. [*S.L.*, at para. 40]

[22] The same Ethics and Religious Culture Program is now before us in the context of a private denominational school. Like their counterparts in the public school system, the core curriculum of private denominational schools is regulated by the province and is compulsory: *Education Act*, CQLR, c. I-13.3, ss. 447 and 459; *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, ss. 23 and 23.1; *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, ss. 25 and 32.

[23] A private school is entitled to provide an alternative but "equivalent" program if the Minister approves its content. Section 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, sets out the Minister's authority to grant an exemption where

[20] Le programme ÉCR a déjà été analysé — et jugé constitutionnel par la Cour — dans le contexte du système scolaire public. Dans l'affaire *S.L.*, un groupe de parents affirmait que ce programme créerait de la confusion chez leurs enfants et nuirait à leur formation religieuse, parce qu'il les exposerait à de l'information sur diverses religions du monde d'un point de vue laïque. Ils soutenaient qu'il s'agissait d'une violation de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[21] La Cour a rejeté leur prétention et confirmé la constitutionnalité du programme ÉCR en tant qu'élément obligatoire du programme d'études des écoles publiques. Dans ses motifs, la juge Deschamps a fait remarquer que

> [l]es parents qui le désirent sont libres de transmettre à leurs enfants leurs croyances personnelles. Cependant, l'exposition précoce des enfants à des réalités autres que celles qu'ils vivent dans leur environnement familial immédiat constitue un fait de la vie en société. Suggérer que le fait même d'exposer des enfants à différents faits religieux porte atteinte à la liberté de religion de ceux-ci ou de leurs parents revient à rejeter la réalité multiculturelle de la société canadienne et méconnaître les obligations de l'État québécois en matière d'éducation publique. Bien qu'une telle exposition puisse être source de frictions, elle ne constitue pas en soi une atteinte à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* et à l'art. 3 de la *Charte québécoise*. [*S.L.*, par. 40]

[22] En l'espèce, nous sommes appelés à examiner la validité du même programme ÉCR dans le contexte d'une école privée confessionnelle. Les écoles de ce type, à l'instar des établissements scolaires du réseau public, appliquent un programme d'études de base régi par la province et obligatoire : *Loi sur l'instruction publique*, RLRQ, c. I-13.3, art. 447 et 459; *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, art. 23 et 23.1; *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25 et 32.

[23] Les écoles privées sont autorisées à enseigner un programme de remplacement, mais « équivalent », si le ministre en approuve le contenu. L'article 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, confère en effet au ministre le pouvoir d'exempter un

the school in question proposes to teach an alternative program which the Minister decides is sufficiently similar to the compulsory curriculum. It states:

22. Every institution shall be exempt from the [compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

[24] On March 30, 2008, approximately five months before the ERC Program became mandatory across the Quebec school system, Loyola's Principal and Director wrote to the Minister to request an exemption from the program for the upcoming school year. They claimed that the program was incompatible with Loyola's Catholic mission and convictions and proposed an alternative program that placed greater emphasis on Catholic beliefs and ethics.

[25] In response to the Minister's request for additional information, Loyola sent the Minister a document setting out a general description of its proposed alternative program. The document presents the religious and ethical teachings of the Catholic Church as a central component of the proposed alternative program and as the basis upon which students should learn about other religions. Although it provides an opportunity to discuss major world religions and different ethical positions, the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church. Catholic doctrine and ethics would be emphasized early and taught in great depth, and would frame the discussion of other religions and ethical approaches. The third year of the program, for example — a year in which Loyola's proposed program would focus primarily on teaching its students about ethics — is described as a course on "Catholic Moral Teaching" designed to "offer a Catholic vision for answering the question 'What kind of person am I becoming, and what kind of person do I want to become?' It centers on Jesus as the model of full humanness".

établissement d'enseignement du programme d'études obligatoire, dans la mesure où le programme de remplacement proposé est, de l'avis du ministre, suffisamment semblable au programme obligatoire. L'article 22 est ainsi rédigé :

22. Tout établissement est exempté [du programme d'études obligatoire] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

[24] Le 30 mars 2008, soit environ cinq mois avant que le programme ÉCR ne devienne obligatoire pour l'ensemble du réseau scolaire québécois, le directeur et le président de Loyola ont écrit à la ministre et demandé que l'école soit exemptée de l'obligation d'appliquer ce programme pour l'année scolaire à venir. Ils soutenaient que ce programme était incompatible avec la mission et les convictions catholiques de Loyola, et proposaient en outre un programme de remplacement plus axé sur les croyances et l'éthique catholiques que le programme de référence.

[25] En réponse à la demande de la ministre pour des renseignements complémentaires, Loyola lui a fait parvenir par écrit une description générale du programme de remplacement qu'elle proposait. Dans ce document, les enseignements religieux et éthiques de l'Église catholique étaient présentés comme un élément central du programme de remplacement proposé et comme le cadre de référence de l'étude des autres religions. Bien que le programme d'études proposé prévoit la possibilité de traiter des principales religions du monde et de différents points de vue éthiques, son essence normative correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique. Ainsi, on s'attacherait au départ à la doctrine et à l'éthique catholiques, qui seraient enseignées en détail et serviraient de cadre pour l'étude des autres religions et approches éthiques. Par exemple, le cours de la troisième année du programme — année où le programme proposé porterait principalement sur l'enseignement de l'éthique — est décrit comme un cours sur [TRADUCTION] « l'enseignement moral catholique » qui vise à « offrir aux élèves une vision catholique, afin de leur permettre de répondre aux

In the fourth year of the program, which focuses on the world religions component,

[t]he course presents a concise history of the Catholic Church, covering the significant events and doctrines that have shaped the course of Catholic thought and action over the past millennia. Beginning with the Apostolic Age, it follows the rise of Christendom through the High Middle Ages to the Reformation and into the Twentieth Century. Topics include the early fathers of the Church, scholars, heresies, councils, popes and saints and concludes with an exploration of the current challenges that we face in the post-modern world.

. . . As the course progress[es] through history, a variety of Religions are discussed . . . [i]n particular, the interaction between the Catholic Church and the various other religions is explored.

Loyola's proposed course description did not address the dialogue competency that is required as part of the ERC Program.

[26] In a letter dated August 7, 2008, the Minister denied Loyola's request for an exemption from teaching the ERC curriculum, seeing Loyola's proposed approach as essentially a request for a departure from teaching the ERC subject altogether, rather than for an exemption based on a proposed equivalent course.

[27] Loyola sent a follow-up request to the Minister on August 25, 2008, attempting to demonstrate how its proposed alternative program met the objectives of the ERC Program. In its view, the religious nature of the school prevented it from teaching Catholic beliefs or other religions from a "neutral" or detached perspective. Although its program would be taught from a Catholic perspective, it would offer its students a deeper and more thorough understanding of world religions by going beyond history and external customs to engage seriously with their fundamental beliefs. It also

questions suivantes : "Quel genre de personne suis-je en train de devenir? Quel genre de personne est-ce que je souhaite devenir?" Il est centré sur Jésus en tant que modèle d'humanité pleine et entière ». Durant la quatrième année du programme, où l'accent serait mis sur les religions dans le monde :

[TRADUCTION] Le cours présente un bref historique de l'Église catholique et porte sur les événements et doctrines d'importance qui ont influencé le cours de la pensée et de l'action catholiques au cours des derniers millénaires. En commençant par l'âge apostolique, le cours suit l'ascension de la chrétienté tout au long du haut Moyen Âge jusqu'à la Réforme et au vingtième siècle. Les thèmes abordés comprennent les premiers Pères de l'Église, les théoriciens, les hérésies, les conciles, les papes et les saints. Le cours se conclut par un examen des défis actuels auxquels nous devons faire face dans le monde postmoderne.

. . . Au fur et à mesure que le cours avance dans l'histoire, diverses religions sont étudiées [. . .] On se penche notamment sur l'interaction entre l'Église catholique et les diverses autres religions.

La description du cours proposé ne traitait pas de la compétence au dialogue, un aspect pourtant obligatoire du programme ÉCR.

[26] Dans une lettre datée du 7 août 2008, la ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d'être exempté de l'obligation d'enseigner le programme ÉCR puisqu'elle jugeait que la proposition de Loyola consistait essentiellement en une demande de dispense quant à l'ensemble du programme ÉCR plutôt qu'en une demande d'exemption basée sur l'enseignement d'un cours équivalent.

[27] Le 25 août 2008, Loyola a envoyé une seconde demande à la ministre dans laquelle elle a tenté de démontrer en quoi le programme de remplacement qu'elle proposait respectait les objectifs du programme ÉCR. À son avis, le caractère confessionnel de l'école l'empêchait d'enseigner les croyances catholiques ou les autres religions d'un point de vue « neutre » ou détaché. Certes, le programme de l'école serait enseigné suivant une perspective catholique, mais elle offrirait aux élèves une compréhension plus approfondie et plus complète des religions du monde, en allant au-delà de

affirmed its commitment to teaching its students to [TRANSLATION] "think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices", but from a Catholic perspective.

[28] This second request was also denied by the Minister. In a letter dated November 13, 2008, a department official writing on the Minister's behalf expressed concern that Loyola's proposed program was faith-based, rather than cultural. The letter also mentioned what were seen as defects in the development of competency in dialogue and in the role of the teacher. The letter set out the following six bases for the Minister's decision to deny Loyola's request for an exemption:

[TRANSLATION]

- The two main goals of the Ethics and Religious Culture program are recognition of others and pursuit of the common good. The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. The approach advocated in the Ethics and Religious Culture program is cultural, not faith-based. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and submitted to the department for evaluation, the program is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions. It encompasses a conception of others, but once again from a Christian Catholic perspective.

- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, it appears that, contrary to the Ethics and Religious Culture program, the Loyola High School program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.

- The ethics component of the Ethics and Religious Culture program does not offer the students moral education. It takes into consideration elements of

l'histoire de ces religions et de leurs manifestations extérieures et en les amenant à se pencher sérieusement sur leurs croyances fondamentales. Loyola y confirmait aussi son engagement à enseigner à ses élèves « à penser de manière critique, à s'informer, à être au courant des principales questions d'éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires », mais d'un point de vue catholique.

[28] La seconde demande a elle aussi été refusée par la ministre. Dans une lettre datée du 13 novembre 2008, une cadre du ministère qui écrivait au nom de la ministre s'est dite préoccupée par le fait que le programme proposé était fondé sur la foi plutôt que sur la culture. Elle y a également fait état de ce qui était considéré comme des lacunes dans le développement des compétences relatives au dialogue et dans le rôle de l'enseignant. La lettre énonçait les six raisons suivantes pour justifier la décision de la ministre de refuser la demande d'exemption :

- Les deux grandes finalités du programme Éthique et culture religieuse sont la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. L'approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. L'approche préconisée dans le programme Éthique et culture religieuse est culturelle et non fondée sur la foi. Or, suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School et soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme de Loyola High School est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques. Il englobe une conception de l'autre, mais toujours par rapport à la perspective chrétienne catholique.

- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que, contrairement au programme Éthique et culture religieuse, le programme de Loyola High School n'amène pas l'élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d'éthique, mais l'amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.

- Le volet éthique du programme Éthique et culture religieuse ne propose pas d'enseignement moral aux élèves. Il tient compte d'éléments de la culture

religious culture, whereas, according to the information transmitted to the department, the ethics aspect of the program proposed by Loyola High School focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.

- According to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School does not provide for the development of competence in the practice of dialogue within the meaning of the Ethics and Religious Culture program.
- The training in religious culture of the Ethics and Religious Culture program is aimed at an enlightened comprehension of the many expressions of the religious experience present in Québec culture and in the world. Each religious tradition is observed individually without comparison or reference to another tradition. According to the summary of the program proposed by Loyola High School and transmitted to the department for evaluation, the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- Again according to the summary of the program submitted to the department for evaluation, the program proposed by Loyola High School is distinguished from the Ethics and Religious Culture program in terms of the teacher's role. In the Ethics and Religious Culture program, the teacher's foremost responsibility is to assist and guide the students in their reflections, whereas according to the information provided the department, the teacher of the program proposed by Loyola High School seems to have to teach the foundations of the religion and universe of Jesuit Catholic beliefs.

[29] Loyola brought an application for judicial review of the Minister's decision. In its view, the "normative pluralism" that underpinned the entire ERC Program was a violation of freedom of religion because it was incompatible with Loyola's character as a Catholic institution. After hearing additional testimony from Loyola about its proposed alternative program, the application judge concluded that the Minister's decision was incorrect, and constituted an unjustified violation of Loyola's right to religious freedom.

religieuse, alors que, selon les informations transmises au Ministère, le volet éthique du programme proposé par Loyola High School apparaît axé sur l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.

- Suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School ne prévoit pas le développement de la compétence à la pratique du dialogue au sens où le programme Éthique et culture religieuse l'entend.
- La formation en culture religieuse du programme Éthique et culture religieuse vise une compréhension éclairée des multiples expressions du religieux présentes dans la culture québécoise et dans le monde. Chaque tradition religieuse est observée individuellement sans comparaison ou référence à une autre tradition. Suivant le sommaire du programme proposé par Loyola High School transmis au Ministère pour évaluation, il appert que ce programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- Toujours suivant le sommaire du programme soumis au Ministère pour évaluation, il appert que le programme proposé par Loyola High School se distingue du programme Éthique et culture religieuse en ce qui a trait au rôle de l'enseignant. En effet, dans le programme Éthique et culture religieuse, la première responsabilité de l'enseignant est d'accompagner et de guider ses élèves dans leur réflexion, alors que suivant les informations fournies au Ministère, l'enseignant du programme proposé par Loyola High School semble devoir enseigner les fondements de la religion et de l'univers des croyances catholiques jésuites.

[29] Loyola a demandé le contrôle judiciaire de la décision de la ministre, plaidant que le « pluralisme normatif » qui sert de fondement à l'ensemble du programme ÉCR violait la liberté de religion parce qu'il est incompatible avec le caractère confessionnel catholique de l'établissement. Après avoir entendu des témoignages additionnels produits par Loyola au sujet du programme de remplacement proposé, le juge saisi de la demande a conclu que la décision de la ministre était incorrecte et qu'elle constituait une violation injustifiée du droit à la liberté de religion de cette institution.

[30] On appeal, the Quebec Court of Appeal unanimously overturned the decision. Applying this Court's decision in *Doré*, the Court of Appeal held that a reasonableness standard should be applied in assessing how the Minister balanced the *Charter* rights at stake. It concluded that the ERC Program did not interfere with religious freedom in any substantial manner, and that the Minister had therefore exercised her discretion in a reasonable manner.

[31] Before this Court, Loyola took a different position than in the prior proceedings. Loyola had previously asserted that the *entire* orientation of the ERC Program represented an impairment of religious freedom on the basis that discussing any religion through a neutral lens would be incompatible with Catholic beliefs. Its revised position before us was that it did not object to teaching *other* world religions objectively in the first component which focuses on "understanding religious culture". But it still wanted to be able to teach the *ethics* of other religious traditions from the perspective of the Catholic religion rather than in an objective and neutral way. Moreover, it continued to assert the right to teach Catholic doctrine and ethics from a Catholic perspective. Loyola took no position on the perspective from which it would seek to teach the dialogue component, which would be integrated with the other two components of its proposed alternative program. The position of the Minister before this Court, however, remained the same as it had been in the prior proceedings, namely, that in no aspect of the ERC Program would Loyola be permitted to teach from a Catholic perspective. It follows that Loyola's change of position has little impact on the analysis. The question instead is whether the *Minister*'s unchanged position, as reflected in her decision concerning the equivalency of Loyola's proposed program, interferes with the relevant *Charter* protections no more than is necessary given the statutory objectives she was required to pursue.

[30] En appel, les juges de la Cour d'appel du Québec ont unanimement infirmé cette décision. Appliquant l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Doré*, ils ont jugé qu'il fallait appliquer la norme de la décision raisonnable pour apprécier la manière dont la ministre avait mis en balance les droits garantis par la *Charte* qui étaient en cause. La Cour d'appel a conclu que le programme ÉCR ne portait aucune atteinte substantielle à la liberté de religion et que la ministre avait donc exercé son pouvoir discrétionnaire de façon raisonnable.

[31] Devant la Cour, Loyola a adopté une position différente de celle qu'elle avait défendue au cours des procédures antérieures. Jusqu'alors, elle avait soutenu que *toute* l'orientation du programme ÉCR constituait une atteinte à son droit à la liberté de religion, puisque discuter de toute religion sous un éclairage neutre était incompatible avec les convictions catholiques. Selon la position révisée qu'elle nous a présentée, elle ne s'oppose plus à l'enseignement d'*autres* religions du monde de façon objective dans le cadre du premier volet, soit celui qui est axé sur « la compréhension du phénomène religieux ». Cela dit, Loyola souhaite toujours pouvoir enseigner l'*éthique* d'autres traditions religieuses du point de vue de la religion catholique plutôt que d'une manière neutre et objective. De plus, elle continue à revendiquer son droit d'enseigner la doctrine et l'éthique catholiques dans une perspective catholique. Loyola n'a pas pris position sur la perspective suivant laquelle elle enseignerait le volet relatif à la pratique du dialogue qui serait intégré aux deux autres volets du programme de remplacement proposé. Pour sa part, la ministre a maintenu devant la Cour la même position que devant les juridictions inférieures, soit que Loyola ne devrait être autorisée à enseigner aucun aspect du programme ÉCR suivant une perspective catholique. Ainsi, le changement de position de Loyola n'a que peu d'incidence sur l'analyse. La question revient plutôt à savoir si la position inchangée de *la ministre*, comme l'illustre sa décision concernant l'équivalence du programme proposé par Loyola, interfère aussi peu qu'il est nécessaire de le faire avec les protections pertinentes garanties par la *Charte* compte tenu des objectifs de la loi qu'elle avait l'obligation de chercher à atteindre.

Analysis

[32] Loyola does not challenge the Minister's statutory authority to impose curricular requirements, but rather her discretionary decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program. The reasonableness of the Minister's decision depends on whether it reflected a proportionate balance between the statutory mandate to grant exemptions only when a proposed alternative program is "equivalent" to the prescribed curriculum, based on the ERC Program's goals of promoting tolerance and respect for difference, and the religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education.

[33] Loyola, a non-profit corporation constituted under Part III of the Quebec *Companies Act*, CQLR, c. C-38, also argued that its own religious freedom had been violated by the decision. I recognize that individuals may sometimes require a legal entity in order to give effect to the constitutionally protected communal aspects of their religious beliefs and practice, such as the transmission of their faith: *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 S.C.R. 650. I do not believe it is necessary, however, to decide whether corporations enjoy religious freedom in their own right under s. 2(*a*) of the *Charter* or s. 3 of the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the *Quebec Charter*), in order to dispose of this appeal.

[34] In this case Loyola, as an entity lawfully created to give effect to religious belief and practice, was denied a statutory exemption from an otherwise mandatory regulatory scheme. As the subject of the administrative decision, Loyola is entitled to apply for judicial review and to argue that the Minister failed to respect the values underlying the grant of

Analyse

[32] Loyola conteste non pas le pouvoir légal de la ministre d'imposer certaines exigences pédagogiques, mais plutôt la décision qu'elle a prise, par suite de l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de refuser de l'exempter de l'obligation d'appliquer le programme ÉCR. Pour juger du caractère raisonnable de la décision de la ministre, il faut déterminer si cette décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée du mandat légal d'accorder une exemption uniquement si le programme proposé est « équivalent » au programme d'études prescrit compte tenu des objectifs de promotion de la tolérance et du respect des différences du programme ÉCR, d'une part, et de la liberté de religion des membres de la communauté de Loyola qui veulent offrir et qui souhaitent recevoir une éducation catholique, d'autre part.

[33] Loyola, une corporation sans but lucratif constituée sous le régime de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38, a également fait valoir que la décision avait porté atteinte à sa liberté de religion. Je reconnais que les individus peuvent parfois avoir besoin d'une personne morale pour donner effet aux aspects collectifs, protégés par la Constitution, de leurs croyances et pratiques religieuses, comme la transmission de leur foi : *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 181; *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine c. Lafontaine (Village)*, [2004] 2 R.C.S. 650. Toutefois, pour statuer sur le présent pourvoi, je ne crois pas qu'il soit nécessaire de décider si les sociétés jouissent elles-mêmes de la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ou par l'art. 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[34] En l'espèce, Loyola, en tant qu'entité légalement constituée pour donner effet à des croyances et pratiques religieuses, s'est vu refuser l'octroi d'une exemption prévue par la loi d'un régime réglementaire par ailleurs obligatoire. Parce qu'elle est l'objet de cette décision administrative, l'école est autorisée à présenter une demande de contrôle

her discretion as part of its challenge of the merits of the decision. In my view, as a result, it is not necessary to decide whether Loyola itself, as a corporation, enjoys the benefit of s. 2(*a*) rights, since the Minister is bound in any event to exercise her discretion in a way that respects the values underlying the grant of her decision-making authority, including the *Charter*-protected religious freedom of the members of the Loyola community who seek to offer and wish to receive a Catholic education: *Chamberlain v. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 S.C.R. 710, at para. 71.

[35] This case, as the Court of Appeal noted and as the parties before this Court accepted, squarely engages the framework set out in *Doré*, which applies to discretionary administrative decisions that engage the *Charter*. *Doré* requires administrative decision-makers to proportionately balance the *Charter* protections —values and rights — at stake in their decisions with the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 55.

[36] As Aharon Barak explained, the purpose of a constitutional right is the realization of its constitutional values: *Human Dignity: The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), at p. 144. In the *Doré* analysis, *Charter* values — those values that underpin each right and give it meaning — help determine the extent of any given infringement in the particular administrative context and, correlatively, when limitations on that right are proportionate in light of the applicable statutory objectives: *Hutterian Brethren*, at para. 88; Lorne Sossin and Mark Friedman, "Charter Values and Administrative Justice" (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, at pp. 403-4.

[37] On judicial review, the task of the reviewing court applying the *Doré* framework is to assess whether the decision is reasonable because it reflects a proportionate balance between the *Charter*

judiciaire et à soutenir, dans le cadre de sa contestation du bien-fondé de la décision, que la ministre n'a pas respecté les valeurs sous-jacentes à l'octroi de son pouvoir discrétionnaire. À mon avis, il n'est donc pas nécessaire de décider si Loyola, en tant que société, jouit elle-même du bénéfice des droits protégés par l'al. 2*a*), puisque, en effet, la ministre est tenue de toute façon d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans le respect des valeurs sous-jacentes à l'octroi de son pouvoir décisionnel, et notamment de la liberté de religion que garantit la *Charte* aux membres de cette communauté qui veulent offrir ou qui souhaitent recevoir une éducation catholique : *Chamberlain c. Surrey School District No. 36*, [2002] 4 R.C.S. 710, par. 71.

[35] Comme l'a souligné la Cour d'appel et comme en ont convenu les parties devant la Cour, la présente cause fait directement intervenir le cadre d'analyse élaboré dans *Doré*, qui s'applique aux décisions administratives de nature discrétionnaire emportant l'application de la *Charte*. *Doré* oblige les décideurs administratifs à procéder à une mise en balance proportionnée des protections — droits et valeurs — offertes par la *Charte* en jeu dans leurs décisions, d'une part, et du mandat légal pertinent, d'autre part : *Doré*, par. 55.

[36] Comme Aharon Barak l'a expliqué, un droit constitutionnel existe en vue de la réalisation des valeurs constitutionnelles qu'il recèle : *Human Dignity : The Constitutional Value and the Constitutional Right* (2015), p. 144. Dans l'analyse préconisée par *Doré*, les valeurs consacrées par la *Charte* — soit les valeurs qui sous-tendent chaque droit et qui leur donnent un sens — aident à préciser l'ampleur d'une atteinte à un droit donné dans le contexte administratif en cause et, corrélativement, à savoir dans quels cas les restrictions à ce droit sont proportionnées compte tenu des objectifs légaux applicables : *Hutterian Brethren*, par. 88; Lorne Sossin et Mark Friedman, « Charter Values and Administrative Justice » (2014), 67 *S.C.L.R.* (2d) 391, p. 403-404.

[37] Lors d'un contrôle judiciaire, le rôle de la cour appelée à appliquer le cadre d'analyse établi dans *Doré* consiste à se demander si la décision en cause est raisonnable parce qu'elle est le

protections at stake and the relevant statutory mandate: *Doré*, at para. 57. Reasonableness review is a contextual inquiry: *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, [2012] 1 S.C.R. 5, at para. 18. In the context of decisions that implicate the *Charter*, to be defensible, a decision must accord with the fundamental values protected by the *Charter*.

[38] The *Charter* enumerates a series of guarantees that can only be limited if the government can justify those limitations as proportionate. As a result, in order to ensure that decisions accord with the fundamental values of the *Charter* in contexts where *Charter* rights are engaged, reasonableness requires proportionality: *Doré*, at para. 57. As Aharon Barak noted, "Reasonableness in [a strong] sense strikes a proper balance among the relevant considerations, and it does not differ substantively from proportionality": "Proportionality (2)", in *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., 738, at p. 743.

[39] The preliminary issue is whether the decision engages the *Charter* by limiting its protections. If such a limitation has occurred, then "the question becomes whether, in assessing the impact of the relevant *Charter* protection and given the nature of the decision and the statutory and factual contexts, the decision reflects a proportionate balancing of the *Charter* protections at play": *Doré*, at para. 57. A proportionate balancing is one that gives effect, as fully as possible to the *Charter* protections at stake given the particular statutory mandate. Such a balancing will be found to be reasonable on judicial review: *Doré*, at paras. 43-45.

[40] A *Doré* proportionality analysis finds analytical harmony with the final stages of the *Oakes* framework used to assess the reasonableness of a

fruit d'une mise en balance proportionnée des protections en jeu conférées par la *Charte*, d'une part, et du mandat pertinent conféré par la loi, d'autre part : *Doré*, par. 57. L'appréciation du caractère raisonnable d'une décision constitue une analyse contextuelle : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, [2012] 1 R.C.S. 5, par. 18. Pour être défendable, une décision mettant en cause la *Charte* doit être conforme aux valeurs fondamentales garanties par ce texte.

[38] La *Charte* énumère une série de garanties qui ne peuvent être restreintes que si le gouvernement peut démontrer que ces restrictions sont proportionnées. En conséquence, pour qu'une telle décision soit conforme aux valeurs fondamentales consacrées par la *Charte* lorsque sont en cause des droits que protègent cette dernière, la raisonnabilité commande la proportionnalité : *Doré*, par. 57. Comme l'a souligné Aharon Barak, [TRADUCTION] « [l]a raisonnabilité [au sens fort du terme] établit un juste équilibre entre les considérations pertinentes, et ne diffère pas substantiellement de la proportionnalité » : « Proportionality (2) », dans *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (2012), Michel Rosenfeld et András Sajó, dir., 738, p. 743.

[39] La question préliminaire consiste à déterminer si la décision fait intervenir la *Charte* en restreignant les protections que confère cette dernière. En présence d'une telle restriction, « il s'agit donc de déterminer si — en évaluant l'incidence de la protection pertinente offerte par la *Charte* et compte tenu de la nature de la décision et des contextes légal et factuel — la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Doré*, par. 57. Une mise en balance proportionnée en est une qui donne effet autant que possible aux protections en cause conférées par la *Charte* compte tenu du mandat législatif particulier en cause. Une telle mise en balance sera jugée raisonnable dans le cadre d'un contrôle judiciaire : *Doré*, par. 43-45.

[40] L'analyse de la proportionnalité prescrite par l'arrêt *Doré* s'harmonise avec les étapes finales du cadre d'analyse énoncé dans *Oakes* qui sert pour

limit on a *Charter* right under s. 1: minimal impairment and balancing. Both *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *Doré* require that *Charter* protections are affected as little as reasonably possible in light of the state's particular objectives: see *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160. As such, *Doré*'s proportionality analysis is a robust one and "works the same justificatory muscles" as the *Oakes* test: *Doré*, at para. 5.

déterminer si une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable au regard de l'article premier : atteinte minimale et équilibre. Les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *Doré* exigent tous deux que l'on restreigne les protections conférées par la *Charte* aussi peu que cela est raisonnablement possible eu égard aux objectifs particuliers de l'État : voir *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160. L'analyse de la proportionnalité préconisée par l'arrêt *Doré* constitue donc une solide analyse qui « fait intervenir les mêmes réflexes justificateurs » que le test de l'arrêt *Oakes* : *Doré*, par. 5.

[41] The *Doré* analysis is also a highly contextual exercise. As under the minimal impairment stage of the *Oakes* analysis, under *Doré* there may be more than one proportionate outcome that protects *Charter* values as fully as possible in light of the applicable statutory objectives and mandate: *RJR-MacDonald*, at para. 160.

[41] L'analyse décrite dans *Doré* constitue aussi un exercice hautement contextuel. Tout comme le volet de l'atteinte minimale de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, plusieurs issues peuvent être proportionnées et protéger les valeurs consacrées par la *Charte* aussi pleinement que possible à la lumière des objectifs et mandat applicables prévus par la loi : *RJR-MacDonald*, par. 160.

[42] *Doré*'s approach to reviewing administrative decisions that implicate the *Charter*, including those of adjudicative tribunals, responds to the diverse set of statutory and procedural contexts in which administrative decision-makers operate, and respects the expertise that these decision-makers typically bring to the process of balancing the values and objectives at stake on the particular facts in their statutory decisions: para. 47; see also David Mullan, "Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani*" (2006), 21 *N.J.C.L.* 127, at p. 149; and Stéphane Bernatchez, "Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés: la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel?" (2010), 55 *McGill L.J.* 641. As Lorne Sossin and Mark Friedman have observed in their cogent article:

[42] La démarche que la Cour a appliquée dans *Doré* pour contrôler les décisions administratives faisant intervenir la *Charte*, y compris celles d'organismes juridictionnels, tient compte des divers cadres légaux et procéduraux dans lesquels les décideurs administratifs sont appelés à agir. Elle respecte en outre l'expertise que ceux-ci apportent généralement au processus de mise en balance des valeurs et des objectifs en cause eu égard aux faits particuliers de l'affaire dans les décisions qu'ils prennent en application de la loi : par. 47; voir aussi David Mullan, « Administrative Tribunals and Judicial Review of *Charter* Issues After *Multani* » (2006), 21 *R.N.D.C.* 127, p. 149; et Stéphane Bernatchez, « Les rapports entre le droit administratif et les droits et libertés : la révision judiciaire ou le contrôle constitutionnel? » (2010), 55 *R.D. McGill* 641. Comme les auteurs Lorne Sossin et Mark Friedman le font observer dans leur article convaincant :

While the Charter jurisprudence can shed light on the scope of Charter values, it remains for each tribunal to determine . . . how to balance those values against its policy mandate. For example, while personal autonomy

[TRADUCTION] Bien que la jurisprudence relative à la Charte puisse nous éclairer sur la portée des valeurs consacrées par cette dernière, il revient à chaque tribunal administratif de déterminer [. . .] comment mettre

may be a broadly recognized Charter value, it will necessarily mean something different in the context of a privacy commission than in the context of a parole board. [p. 422]

en balance ces valeurs et le mandat général dont il est investi. Par exemple, bien que l'autonomie personnelle puisse constituer une valeur consacrée par la Charte généralement reconnue, elle aura nécessairement un sens différent aux yeux d'un commissariat à la protection de la vie privée et à ceux d'une commission des libérations conditionnelles. [p. 422]

[43] The context before us — state regulation of religious schools — poses the question of how to balance robust protection for the values underlying religious freedom with the values of a secular state. Part of secularism, however, is respect for religious differences. A secular state does not — and cannot — interfere with the beliefs or practices of a religious group unless they conflict with or harm overriding public interests. Nor can a secular state support or prefer the practices of one group over those of another: Richard Moon, "Freedom of Religion Under the *Charter of Rights*: The Limits of State Neutrality" (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, at pp. 498-99. The pursuit of secular values means respecting the right to hold and manifest different religious beliefs. A secular state respects religious differences, it does not seek to extinguish them.

[43] Le contexte particulier de la présente affaire — qui porte sur la réglementation par l'État des écoles confessionnelles — soulève la question de savoir comment mettre en balance une protection solide des valeurs qui sous-tendent la liberté de religion et les valeurs d'un État laïque. La laïcité vise toutefois en partie le respect des différences religieuses. Un État laïque ne s'immisce pas dans les convictions et les pratiques d'un groupe religieux — et ne peut le faire — à moins qu'elles ne soient contraires ou ne portent atteinte à des intérêts publics prépondérants. Il ne peut pas non plus donner son appui ou accorder sa préférence aux pratiques d'un groupe par rapport à celles d'un autre : Richard Moon, « Freedom of Religion Under the *Charter of Rights* : The Limits of State Neutrality » (2012), 45 *U.B.C. L. Rev.* 497, p. 498-499. La poursuite de valeurs laïques implique le respect du droit d'avoir et de professer des convictions religieuses différentes. Un État laïque respecte les différences religieuses; il ne cherche pas à les faire disparaître.

[44] Through this form of neutrality, the state affirms and recognizes the religious freedom of individuals and their communities. As Prof. Moon noted:

[44] Par cette forme de neutralité, l'État confirme et reconnaît la liberté de religion des individus et celle des communautés auxquelles ils appartiennent. Comme le professeur Moon le fait observer :

Underlying the [state] neutrality requirement, and the insulation of religious beliefs and practices from political decision making, is a conception of religious belief or commitment as deeply rooted, as an element of the individual's identity, rather than simply a choice or judgment she or he has made. Religious belief lies at the core of the individual's worldview. It orients the individual in the world, shapes his or her perception of the social and natural orders, and provides a moral framework for his or her actions. Moreover, religious belief ties the individual to a community of believers and is often the central or defining association in her or his life. The individual believer participates in a shared system of practices and values that may, in some cases, be described as "a way of life". If religion is an aspect of the individual's identity,

[TRADUCTION] À la base de l'exigence de cette neutralité [de l'État] et du principe du cloisonnement entre, d'une part, les convictions et les pratiques religieuses et, d'autre part, les décisions politiques, se trouve une conception de la croyance et de l'engagement religieux qui sont profondément enracinés, ou de l'engagement envisagé comme un élément de l'identité de l'individu plutôt que comme une simple question de choix ou de jugement personnels. La croyance religieuse se situe au cœur même de la vision que chacun se fait du monde. Elle oriente l'individu dans le monde, façonne sa perception de l'ordre social et naturel et encadre son agir sur le plan moral. De plus, les convictions religieuses permettent à l'individu de s'identifier à une communauté de croyants, qui constitue souvent le groupe le plus important dans

then when the state treats his or her religious practices or beliefs as less important or less true than the practices of others, or when it marginalizes her or his religious community in some way, it is not simply rejecting the individual's views and values, it is denying her or his equal worth. [Footnote omitted; p. 507.]

[45] Because it allows communities with different values and practices to peacefully co-exist, a secular state also supports pluralism. The European Court of Human Rights recognized the relationship between religious freedom, secularism and pluralism in *Kokkinakis v. Greece*, judgment of 25 May 1993, Series A No. 260-A, a case about a Jehovah's Witness who had been repeatedly arrested for violating Greece's ban on proselytism. Concluding that the claimant's Article 9 rights to religious freedom had been violated, the court wrote:

As enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a "democratic society" within the meaning of the Convention. It is, in its religious dimension, one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it. [p. 17]

See also *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII.

[46] This does not mean that religious differences trump core national values. On the contrary, as this Court observed in *Bruker v. Marcovitz*, [2007] 3 S.C.R. 607:

Not all differences are compatible with Canada's fundamental values and, accordingly, not all barriers to their

sa vie ou celui qui le définit. Le croyant adhère à un système de pratiques et de valeurs communes qui, dans certains cas, peuvent être qualifiées de « modes de vie ». Si la religion constitue un aspect de l'identité d'une personne, l'État qui considère les pratiques ou les convictions religieuses de cette personne comme étant moins importantes ou moins véridiques que celles d'une autre ou qui marginalise d'une manière ou d'une autre sa communauté religieuse ne fait pas que rejeter les opinions et les valeurs de cette personne; il nie que cette personne a la même valeur que les autres êtres humains. [Note de bas de page omise; p. 507.]

[45] Parce qu'il permet à des collectivités ayant des valeurs et des pratiques différentes de coexister de façon pacifique, l'État laïque soutient aussi le pluralisme. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu les liens qui existaient entre la liberté de religion, la laïcité et le pluralisme dans *Kokkinakis c. Grèce*, jugement du 25 mai 1993, série A nº 260-A, où il était question d'un Témoin de Jéhovah qui avait été arrêté à maintes reprises pour avoir violé l'interdiction du prosélytisme en Grèce. Concluant que les droits à la liberté de religion garantis au demandeur par l'art. 9 avaient été violés, la cour a écrit :

Telle que la protège l'article 9, la liberté de pensée, de conscience et de religion représente l'une des assises d'une « société démocratique » au sens de la Convention. Elle figure, dans sa dimension religieuse, parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie, mais elle est aussi un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents. Il y va du pluralisme — chèrement conquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société. [p. 17]

Voir également l'arrêt *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII.

[46] Pour autant, les différences religieuses ne l'emportent pas sur les valeurs nationales fondamentales. Au contraire, comme la Cour l'a signalé dans l'arrêt *Bruker c. Marcovitz*, [2007] 3 R.C.S. 607 :

[Ces différences] ne sont pas toutes compatibles avec les valeurs canadiennes fondamentales et par conséquent,

expression are arbitrary. Determining when the assertion of a right based on difference must yield to a more pressing public interest is a complex, nuanced, fact-specific exercise that defies bright-line application. It is, at the same time, a delicate necessity for protecting the evolutionary integrity of both multiculturalism and public confidence in its importance. [para. 2]

Or, as the Bouchard-Taylor report observed:

A democratic, liberal State cannot be indifferent to certain core values, especially basic human rights, the equality of all citizens before the law, and popular sovereignty. These are the constituent values of our political system and they provide its foundation.

(Gérard Bouchard and Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Building the Future: A Time for Reconciliation* (2008), at p. 134)

[47] These shared values — equality, human rights and democracy — are values the state always has a legitimate interest in promoting and protecting. They enhance the conditions for integration and points of civic solidarity by helping connect us despite our differences: Jürgen Habermas, "Religion in the Public Sphere" (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, at p. 5. This is what makes pluralism work. As McLachlin J. noted in *Adler v. Ontario*, [1996] 3 S.C.R. 609 (dissenting in part), "[a] multicultural multireligious society can only work . . . if people of all groups understand and tolerate each other": para. 212. Religious freedom must therefore be understood in the context of a secular, multicultural and democratic society with a strong interest in protecting dignity and diversity, promoting equality, and ensuring the vitality of a common belief in human rights.

[48] The state, therefore, has a legitimate interest in ensuring that students in *all* schools are capable,

les obstacles à leur expression ne sont pas tous arbitraires. Déterminer les circonstances dans lesquelles l'affirmation d'un droit fondé sur une différence doit céder le pas à un intérêt public plus pressant constitue un exercice complexe, nuancé, tributaire des faits propres à chaque espèce qu'il serait illusoire d'encadrer nettement. Mais cette tâche est également une délicate nécessité, requise afin de protéger l'intégrité évolutive du multiculturalisme et de l'assurance du public quant à son importance. [par. 2]

Ou, comme le Rapport Bouchard-Taylor le fait observer :

Un État démocratique et libéral ne saurait être indifférent à l'égard de certaines valeurs clés, notamment les droits humains fondamentaux, l'égalité de tous les citoyens devant la loi et la souveraineté populaire. Ce sont les valeurs constitutives de notre régime politique; elles lui procurent ses fondements.

(Gérard Bouchard et Charles Taylor, Commission de consultation sur les pratiques d'accommodement reliées aux différences culturelles, *Fonder l'avenir : Le temps de la conciliation* (2008), p. 134)

[47] Ces valeurs communes — l'égalité, les droits de la personne et la démocratie — sont des valeurs que l'État a toujours un intérêt légitime à promouvoir et à protéger. Elles favorisent les conditions d'intégration et mettent en valeur des éléments de solidarité civique en aidant les citoyens à forger des liens malgré leurs différences : Jürgen Habermas, « Religion in the Public Sphere » (2006), 14 *Eur. J. of Philos.* 1, p. 5. C'est là ce qui fait fonctionner le pluralisme. Ainsi que la juge McLachlin (dissidente en partie) l'a souligné dans l'arrêt *Adler c. Ontario*, [1996] 3 R.C.S. 609, « [u]ne société [multiculturelle multiconfessionnelle] ne peut fonctionner [. . .] que si les membres de tous les groupes qui la composent se comprennent et se tolèrent mutuellement » (par. 212). La liberté de religion doit donc s'interpréter dans le contexte d'une société laïque, multiculturelle et démocratique qui tient au plus haut point à protéger la dignité et la diversité, à favoriser l'égalité et à assurer la vitalité d'une croyance commune à l'égard des droits de la personne.

[48] L'État a, par conséquent, un intérêt légitime à s'assurer que les élèves de *toutes* les écoles seront

as adults, of conducting themselves with openness and respect as they confront cultural and religious differences. A pluralist, multicultural democracy depends on the capacity of its citizens "to engage in thoughtful and inclusive forms of deliberation amidst, and enriched by," different religious worldviews and practices: Benjamin L. Berger, "Religious Diversity, Education, and the 'Crisis' in State Neutrality" (2014), 29 *C.J.L.S.* 103, at p. 115.

[49] With this context in mind, we turn to assessing the Minister's decision in order to determine whether it proportionately balanced religious freedom with the statutory objectives of the ERC Program.

[50] I begin with an analysis of the statutory objectives at stake. Under s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, the Minister is required to grant exemptions from the mandatory program when a school offers an "equivalent" program. The starting point for the analysis of the statutory objectives is interpreting the meaning of "equivalent", taking into account the words of the provision in this regulatory context, the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament: Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), at p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21.

[51] This regulatory context concerns the minimum educational attainments required of students in private and public schools across Quebec. Quebec seeks to ensure that students who graduate with a provincially approved secondary school diploma demonstrate the knowledge and competencies they need to be productive members of society, and that schools granting secondary school diplomas facilitate the realization of these skills. In particular, the Minister has a statutory responsibility to adopt measures that will contribute to individuals' education and development, and to ensure that educational institutions offer services of sufficient quality: *An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15, s. 2.

en mesure, une fois devenus adultes, de se comporter avec ouverture et respect lorsqu'ils devront faire face aux différences culturelles et religieuses. Une démocratie multiculturelle et pluraliste doit pouvoir compter sur la capacité de ses citoyens [TRADUCTION] « de discuter de manière réfléchie et ouverte en profitant » de diverses visions du monde et pratiques religieuses : Benjamin L. Berger, « Religious Diversity, Education, and the "Crisis" in State Neutrality » (2014), 29 *R.C.D.S.* 103, p. 115.

[49] C'est dans cette optique que nous allons déterminer si la ministre a procédé à une mise en balance proportionnée du droit à la liberté de religion, d'une part, et des objectifs fixés par la loi pour le programme ÉCR, d'autre part.

[50] Je commencerais par une analyse des objectifs de la loi qui sont en cause. Suivant l'art. 22 du *Règlement d'application de la Loi sur l'enseignement privé*, le ministre est tenu d'exempter une école du programme d'études obligatoire si celle-ci offre un programme « équivalent ». Le point de départ de l'analyse des objectifs de la loi consiste à interpréter le terme « équivalent » eu égard au libellé de la disposition en cause dans ce contexte réglementaire, à l'économie de la loi, à son objet et à l'intention du législateur : Elmer A. Driedger, *The Construction of Statutes* (1974), p. 67; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21.

[51] Le contexte réglementaire en question concerne le niveau minimal de connaissances exigé des élèves des écoles privées et publiques de la province. Le Québec veut ainsi s'assurer que les élèves qui obtiennent un diplôme d'études secondaires approuvé par la province possèdent les connaissances et les compétences dont ils auront besoin pour être des membres productifs de la société et que les écoles qui décernent des diplômes d'études secondaires facilitent l'acquisition de ces habiletés. Plus particulièrement, le ministre a la responsabilité légale d'adopter des mesures propres à contribuer à l'éducation et au développement des personnes, et de s'assurer que les établissements d'enseignement offrent des services d'une qualité suffisante : *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15, art. 2.

[52] To this end, under the *Basic school regulation for preschool, elementary and secondary education*, Quebec prescribes the compulsory subjects that must be taught each year and sets out minimum requirements for the instructional hours to be accorded to each subject: ss. 23 and 23.1. The Minister also has the power to set out core course objectives and content, establish curricula to teach these core subjects, as well as allow for optional content that can be customized according to the needs of students: *Education Act*, s. 461. The mandatory curricula must be taught in private as well as public schools: *An Act respecting private education*, ss. 25 and 32. Finally, the regulatory scheme also requires all private educational institutions to hold a permit to operate, which enables the Minister to ensure that all private schools are complying with the general regulatory framework it has set out: *An Act respecting private education*, s. 10.

[53] The power to grant exemptions from the mandatory curriculum in cases where a school offers an "equivalent" program is part of the Minister's broader regulatory role of ensuring that basic educational standards are met by schools and students alike. As a result, in order to be consistent with the scheme as a whole, the Minister's interpretation of which programs are "equivalent" should take into account the objectives each course seeks to meet and the competencies it seeks to inculcate in students.

[54] At the same time, however, there would be little point in offering an exemption if, in order to receive it, the proposed alternative program had to be identical to the mandatory program in every way. The exemption exists in a regulatory scheme that anticipates and sanctions the existence of private denominational schools. And the preamble to *An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, which sets out the Minister's powers, recognizes that parents have the right to choose establishments that, according to their own convictions, best respect the rights of their children. In order to respect values of religious freedom in this

[52] À cette fin, dans son *Régime pédagogique de l'éducation préscolaire, de l'enseignement primaire et de l'enseignement secondaire*, le Québec prescrit les matières qui doivent être enseignées chaque année et établit des exigences minimales quant au nombre d'heures à consacrer à l'enseignement de chaque matière : art. 23 et 23.1. Le ministre a également le pouvoir de prévoir des objectifs et un contenu de cours essentiels, d'établir des programmes d'enseignement de ces matières essentielles, ainsi que de permettre un contenu optionnel pouvant être adapté aux besoins des élèves : *Loi sur l'instruction publique*, art. 461. Les programmes obligatoires doivent être enseignés tant dans les écoles privées que dans les écoles publiques : *Loi sur l'enseignement privé*, art. 25 et 32. Enfin, le régime réglementaire exige de tous les établissements d'enseignement privés qu'ils détiennent un permis d'exploitation, ce qui permet au ministre de s'assurer qu'ils respectent tous le régime général de réglementation qu'il a établi : *Loi sur l'enseignement privé*, art. 10.

[53] Le pouvoir d'accorder des exemptions du régime obligatoire lorsqu'une école offre un programme « équivalent » fait partie du rôle plus général de réglementation du ministre, qui consiste à s'assurer que les normes fondamentales en matière d'éducation sont respectées tant par les écoles que par les élèves. En conséquence, pour être compatible avec le régime dans son ensemble, l'interprétation par le ministre de ce qui constitue des programmes « équivalents » devrait tenir compte des objectifs poursuivis par chaque cours et des compétences que ceux-ci visent à inculquer aux élèves.

[54] Cela dit, il n'y aurait guère d'intérêt à offrir cette exemption si, pour pouvoir s'en prévaloir, il fallait démontrer que le programme de remplacement proposé est en tout point identique au programme obligatoire. Cette exemption fait partie d'un régime réglementaire qui envisage et sanctionne l'existence des écoles privées confessionnelles. En outre, le préambule de la *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, qui énonce les pouvoirs du ministre, reconnaît que les parents ont le droit de choisir des établissements qui, selon leurs propres convictions, respectent davantage les droits de leurs enfants. Par souci de respect des valeurs de la liberté

context, as well as to cohere with the larger regulatory scheme, a reasonable interpretation of the process for granting exemptions from the mandatory curriculum would leave at least some room for the religious character of those schools. The regulation providing for such exemptions would otherwise operate to prevent what the *Act respecting private education* itself allows — a private school being denominational.

[55] Although it prescribes some course content, the documentation describing the ERC Program does not set out detailed lesson plans that teachers are required to cover. The program is instead structured to be flexible and thematic, providing only a general framework to guide students in developing competencies in ethics, dialogue and religious culture, in service of the two key objectives of the program: the recognition of others and the pursuit of the common good.

[56] Given the highly flexible nature of the ERC Program and its heavy emphasis on these two objectives, as well as the context of the regulatory scheme as a whole, it is unreasonable to interpret equivalence as requiring a strict adherence to specific course content, rather than in terms of the ERC's program objectives generally. Using the program's objectives as the marker for equivalence leaves the necessary flexibility for the possibility of acceptable differences between an alternative program and the ERC Program, including differences that can accommodate religious freedom. As long as the alternative program substantially realizes the objectives of the ERC Program, it should be considered equivalent. The Minister's task was therefore to arrive at a decision that proportionately balanced the realization of the ERC Program's objectives of promoting respect for others and openness to diversity, with respect for *Charter*-protected religious freedom in this context.

de religion dans ce contexte, et de cohérence avec le régime réglementaire plus large, une interprétation raisonnable du processus d'octroi des exemptions du programme d'études obligatoire laisserait au moins une certaine place au caractère confessionnel de ces écoles. Le règlement qui prévoit de telles exemptions aurait autrement pour effet d'empêcher ce que permet la *Loi sur l'enseignement privé* — soit qu'une école privée ait un caractère confessionnel.

[55] Bien que le programme ÉCR prescrive un certain contenu de cours, la documentation qui le décrit n'établit pas de plans de leçons détaillés que les enseignants sont tenus de respecter. Le programme permet au contraire une certaine souplesse et un enseignement thématique; on ne fournit qu'un cadre général destiné à orienter les élèves dans le développement de leurs compétences en éthique, en dialogue et en phénomène religieux afin de répondre à deux objectifs clés du programme : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun.

[56] Vu la grande souplesse du programme ÉCR et la haute importance qu'il attache à ces deux objectifs, et vu le contexte dans lequel s'inscrit le régime réglementaire dans son ensemble, il est déraisonnable de considérer que l'équivalence exige le respect strict d'un contenu de cours précis, plutôt que de l'interpréter en fonction des objectifs poursuivis par le programme de façon générale. Utiliser les objectifs du programme comme indicateur de l'équivalence offre la souplesse nécessaire pour permettre de conclure à l'existence de différences acceptables entre un programme de remplacement et le programme ÉCR, y compris des différences compatibles avec la liberté de religion. Dans la mesure où il permet de réaliser pour l'essentiel les objectifs du programme ÉCR, le programme de remplacement devrait être considéré comme équivalent. La tâche de la ministre consistait donc à prendre une décision qui établissait une mise en balance proportionnée de la réalisation des objectifs du programme ÉCR de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité, d'une part, et du respect de la liberté de religion dans ce contexte protégée par la *Charte*, d'autre part.

[57] The information that was before the Minister when she made her decision about Loyola's proposed alternative program consisted of two letters requesting the exemption and a three-page proposed curriculum document. Based on these documents, the Minister identified a number of key differences between the two programs. The crucial difference, however, was the religious nature of Loyola's program. Loyola proposed an alternative program that would focus on Catholic precepts and ethics, and discuss other belief systems from a Catholic perspective. Its main goal, as the Minister's representative noted in her letter dated November 13, 2008, was the "transmission of Catholic beliefs and convictions". As this letter to Loyola makes clear, in the Minister's view, a program that departs in any way from the ERC Program's posture of strict neutrality, even partially, cannot achieve the state's objectives of promoting respect for others and openness to diversity. This was also the position that Quebec took before this Court.

[57] Lorsqu'elle a pris sa décision au sujet du programme de remplacement proposé par Loyola, les renseignements dont disposait la ministre étaient contenus dans deux lettres par lesquelles Loyola demandait une exemption et dans un document de trois pages décrivant le programme d'études proposé. Se fondant sur ces documents, la ministre a relevé plusieurs différences fondamentales entre les deux programmes. La différence cruciale, toutefois, avait trait au caractère religieux du programme proposé par Loyola. En effet, ce dernier était axé sur les préceptes et l'éthique catholiques et traitait d'autres systèmes de croyances d'un point de vue catholique. Ainsi qu'une représentante de la ministre l'a fait remarquer dans sa réponse datée du 13 novembre 2008, ce programme avait pour principale finalité la « transmission des croyances et convictions catholiques ». Comme l'indiquait par ailleurs clairement cette lettre adressée à Loyola, selon la ministre, un programme qui s'écarte de quelque façon — même partiellement — de la stricte neutralité imposée par le programme ÉCR ne peut réaliser les objectifs étatiques de promotion du respect de l'autre et d'ouverture à la diversité. Le Québec a adopté la même position devant la Cour.

[58] The Minister's decision necessarily engages religious freedom. The starting point, and the inspiration for most of this Court's subsequent jurisprudence about religious freedom, is *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where Dickson J. (as he then was), writing for the majority, articulated his visionary approach to freedom of religion:

[58] Cette décision de la ministre fait nécessairement intervenir la liberté de religion. Le point de départ et la source d'inspiration de l'essentiel de la jurisprudence de la Cour sur la liberté de religion est l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lequel le juge Dickson (plus tard Juge en chef), au nom des juges majoritaires, a exprimé comme suit sa conception visionnaire de la liberté de religion :

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.
>
> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. . . . Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.
>
> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. [. . .] La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante

act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. *Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.*

What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. The *Charter* safeguards religious minorities from the threat of "the tyranny of the majority". [Emphasis added; pp. 336-37.]

[59] Justice Dickson's formulation of religious freedom is founded on the idea that no one can be forced to adhere to or refrain from a particular set of religious beliefs. This includes both the individual *and* collective aspects of religious belief: *Hutterian Brethren*, at paras. 31, 130 and 182; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 781. In the words of Justice LeBel: "Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships" (*Hutterian Brethren*, at para. 182).

[60] Religious freedom under the *Charter* must therefore account for the socially embedded nature of religious belief, and the deep linkages between this belief and its manifestation through communal institutions and traditions: Victor Muñiz-Fraticelli and Lawrence David, "Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context", forthcoming, at p. 2; Dieter Grimm, "Conflicts Between General Laws and Religious Norms" (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369, at p. 2373. To fail to recognize this dimension of religious belief would be to "effectively denigrate those religions in which more emphasis is placed on communal worship or other communal religious activities": Dwight Newman, *Community and Collective Rights: A Theoretical Framework for Rights held by Groups*

exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. *La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.*

Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. La *Charte* protège les minorités religieuses contre la menace de « tyrannie de la majorité ». [Italiques ajoutés; p. 336 et 337.]

[59] La conception de la liberté de religion exprimée par le juge Dickson repose sur l'idée que nul ne doit être contraint d'adhérer ou de s'abstenir d'adhérer à un certain ensemble de croyances religieuses. Cela vise *tant* les aspects individuels *que* les aspects collectifs des convictions religieuses : *Hutterian Brethren*, par. 31, 130 et 182; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 781. Pour reprendre les propos du juge LeBel : « [l]a religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux » (*Hutterian Brethren*, par. 182).

[60] La liberté de religion au sens où il faut l'entendre pour l'application de la *Charte* doit donc tenir compte du fait que les convictions religieuses sont bien ancrées dans la société et qu'il existe des liens solides entre ces croyances et leur manifestation par le truchement d'institutions et de traditions collectives : Victor Muñiz-Fraticelli et Lawrence David, « Whence a nexus with religion? Religious institutionalism in a Canadian context », article à paraître, p. 2; Dieter Grimm, « Conflicts Between General Laws and Religious Norms » (2009), 30 *Cardozo L. Rev.* 2369, p. 2373. Méconnaître cette dimension des croyances religieuses reviendrait à [TRADUCTION] « dénigrer en fait les religions qui accordent une plus grande importance au culte collectif ou à d'autres formes d'activités religieuses

(2011), at p. 78. See also Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), at p. 105.

[61] These collective aspects of religious freedom — in this case, the collective manifestation and transmission of Catholic beliefs through a private denominational school — are a crucial part of Loyola's claim. In *S.L.*, this Court held that the imposition of the ERC Program in public schools did not impose limits on the religious freedom of individual students and parents. This case, however, can be distinguished from *S.L.* because Loyola is a private religious institution created to support the collective practice of Catholicism and the transmission of the Catholic faith. The question is not only how Loyola is required to teach about *other* religions, but also how it is asked to teach about the very faith that animates its character and the comparative relationship between Catholicism and other faiths. The Minister's decision therefore demonstrably interferes with the manner in which the members of an institution formed for the very purpose of transmitting Catholicism, can teach and learn about the Catholic faith. This engages religious freedom protected under s. 2(*a*) of the *Charter*.

[62] I agree with Loyola that the Minister's decision had a serious impact on religious freedom in this context. To tell a Catholic school how to explain its faith undermines the liberty of the members of its community who have chosen to give effect to the collective dimension of their religious beliefs by participating in a denominational school.

[63] As Justice Dickson observed in *Big M Drug Mart*, "whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose" (p. 347). Although the state's purpose here is secular, requiring

collectives » : Dwight Newman, *Community and Collective Rights : A Theoretical Framework for Rights held by Groups* (2011), p. 78. Voir également Will Kymlicka, *Multicultural Citizenship : A Liberal Theory of Minority Rights* (1995), p. 105.

[61] Les aspects collectifs de la liberté de religion — dans le cas qui nous occupe, la manifestation et la transmission de la foi catholique par le truchement d'une école privée confessionnelle — constituent un élément essentiel de l'argumentation de Loyola. Dans *S.L.*, la Cour a conclu que l'imposition du programme ÉCR dans les écoles publiques ne portait pas atteinte à la liberté de religion individuelle des élèves et des parents. Le présent pourvoi peut toutefois être distingué de cette affaire parce que Loyola est une institution confessionnelle privée créée pour favoriser la pratique collective du catholicisme et la transmission de la foi catholique. La question ne consiste pas seulement à savoir comment Loyola est tenue d'enseigner d'*autres* religions, mais aussi à savoir comment on lui demande d'enseigner la religion qui constitue son essence même, ainsi que la comparaison entre le catholicisme et d'autres religions. La décision de la ministre empiète donc manifestement sur la manière dont les membres d'une institution dont l'objet même est de transmettre le catholicisme peuvent enseigner et étudier cette religion. Cela fait intervenir la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[62] Je conviens avec Loyola que la décision de la ministre a eu une incidence sérieuse sur la liberté de religion dans ce contexte. Dicter à une école catholique la façon dont elle doit expliquer sa religion porte atteinte à la liberté des membres de sa communauté qui ont choisi de donner effet à la dimension collective de leurs convictions religieuses en se joignant à une école confessionnelle.

[63] Comme le fait observer le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, « quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci : le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier » (p. 347).

Loyola's teachers to take a neutral posture even about Catholicism means that the state is telling them how to teach the very religion that animates Loyola's identity. It amounts to requiring a Catholic institution to speak about Catholicism in terms defined by the state rather than by its own understanding of Catholicism.

[64] It also interferes with the rights of parents to transmit the Catholic faith to their children, not because it requires neutral discussion of other faiths and ethical systems, but because it prevents a Catholic discussion of Catholicism. This ignores the fact that an essential ingredient of the vitality of a religious community is the ability of its members to pass on their beliefs to their children, whether through instruction in the home or participation in communal institutions.

[65] This principle has received wide recognition in international human rights instruments. Article 18(4) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, for example, protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

> The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[66] Though not relied on by Loyola in this case, s. 41 of the *Quebec Charter* also protects the rights of parents to guide their children's religious upbringing:

> Parents or the persons acting in their stead have a right to give their children a religious and moral education in keeping with their convictions and with proper regard for their children's rights and interests.

Bien que, en l'espèce, l'objectif de l'État soit laïque, obliger les enseignants de Loyola à adopter un point de vue neutre même lorsqu'ils parlent du catholicisme équivaut à dicter à ceux-ci la manière dont ils doivent enseigner la religion qui constitue l'identité même de Loyola. Cela revient à exiger d'un établissement catholique qu'il traite du catholicisme selon des modalités définies par l'État plutôt que d'après sa propre conception du catholicisme.

[64] La décision de la ministre porte également atteinte au droit des parents de transmettre la foi catholique à leurs enfants, non pas parce qu'elle exige une discussion neutre quant à d'autres religions et à d'autres systèmes éthiques, mais parce qu'elle empêche toute discussion sur le catholicisme selon une perspective catholique. Elle ne tient aucunement compte du fait qu'un élément essentiel de la vitalité d'une communauté de croyants est la capacité de ses membres de transmettre leur foi à leurs enfants, soit au moyen d'un enseignement donné à la maison, soit par la participation aux activités d'institutions collectives.

[65] Ce principe a fait l'objet d'une vaste reconnaissance dans les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 18(4) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, par exemple, protège le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

> Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[66] Bien que Loyola n'invoque pas cette disposition en l'espèce, l'art. 41 de la *Charte québécoise* protège lui aussi le droit des parents de guider l'éducation religieuse de leurs enfants :

> Les parents ou les personnes qui en tiennent lieu ont le droit d'assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs convictions, dans le respect des droits de leurs enfants et de l'intérêt de ceux-ci.

[67] Ultimately, measures which undermine the character of lawful religious institutions and disrupt the vitality of religious communities represent a profound interference with religious freedom.

[68] There is, on the other hand, insufficient demonstrable benefit to the furtherance of the state's objectives in requiring Loyola's teachers to teach Catholicism from a neutral perspective. In her letter dated November 13, 2008 explaining her decision to deny Loyola's exemption, the Minister sets out her reasons for rejecting Loyola's proposed alternative curriculum:

[TRANSLATION]

- . . . The approach to and the conception of the common good developed in the Ethics and Religious Culture program [and those] proposed by Loyola High School are very different. . . . [T]he program proposed by Loyola . . . is based on the Catholic faith and its main goal is the transmission of Catholic beliefs and convictions.
- . . . the ethics aspect of the program proposed by Loyola . . . focuses on the teaching of moral reference points laid down by the Catholic Church.
- . . . the program does not meet the requirements for the Ethics and Religious Culture program in terms of religious culture, as religions are studied in connection with the Catholic religion.
- . . . the . . . program does not lead the student to reflect on the common good, or on ethical issues, but rather to adopt the Jesuit perspective of Christian service.

These passages reflect the central problems with the Minister's decision: it treats teaching any part of the proposed alternative program from a Catholic perspective as necessarily inimical to the state's core objectives in imposing the ERC Program and it gives no weight to the values of religious freedom engaged by the decision. There is, in short, no balancing of freedom of religion in relation to the statutory objectives. The result is a disproportionate outcome that does not protect *Charter* values as

[67] En fin de compte, des mesures qui portent atteinte à l'essence même d'institutions confessionnelles légitimes et compromettent la vitalité de communautés de croyants constituent une atteinte grave à la liberté de religion.

[68] Il n'y a, en outre, pas suffisamment d'avantages évidents à favoriser la réalisation des objectifs de l'État en exigeant des enseignants de Loyola qu'ils expliquent le catholicisme d'un point de vue neutre. Dans sa lettre datée du 13 novembre 2008, qui explique sa décision de refuser d'accorder une exemption à Loyola, la ministre a exposé les motifs pour lesquels elle a rejeté le programme de remplacement proposé par cette dernière :

- . . . L'approche et la conception du bien commun développées dans le programme Éthique et culture religieuse et celles proposées par Loyola High School sont très différentes. [. . .] [Le] programme proposé par Loyola [. . .] est fondé sur la foi catholique et a pour principale finalité la transmission des croyances et convictions catholiques.
- . . . le volet éthique du programme proposé par Loyola [. . .] [consiste en] [. . .] l'enseignement de repères moraux édictés par l'Église catholique.
- . . . [l]e programme ne satisfait pas aux exigences du programme Éthique et culture religieuse relatives à la culture religieuse, car l'étude des religions apparaît être réalisée en lien avec la religion catholique.
- . . . le programme [. . .] n'amène pas l'élève à réfléchir sur le bien commun, ni sur des questions d'éthique, mais l'amène plutôt à adopter la perspective jésuite du service chrétien.

Ces passages illustrent les failles principales de la décision de la ministre : considérer que le fait d'enseigner toute partie du programme de remplacement proposé d'un point de vue catholique va nécessairement à l'encontre des objectifs fondamentaux que poursuivait l'État en imposant le programme ÉCR et n'accorder aucun poids aux valeurs de la liberté de religion sur lesquelles elle porte. Bref, cette décision n'est pas le fruit d'une mise en balance de la liberté de religion, d'une part, et des objectifs de la

fully as possible in light of those statutory objectives.

[69] In the Quebec context, where private denominational schools are authorized, forcing a religious school to teach its own religion from a non-religious perspective does not assist in realizing the ERC Program's basic curricular goals of encouraging among students respect for others and openness to others. The Minister's decision suggests that engagement with an individual's own religion on his or her own terms can simply be presumed to impair respect for others. This assumption runs counter to the objectives of the regulatory scheme as a whole and it has a disproportionate impact on the values underlying religious freedom in this context. This necessarily renders the Minister's decision unreasonable.

[70] The disproportionate nature of this decision is reinforced by the fact that the Minister's decision effectively prohibits Loyola from teaching about Catholic ethics from a Catholic perspective. Catholic doctrine and Catholic ethics are simply too intertwined to make it possible to teach one from a religious perspective and the other neutrally. More to the point, there is no reason to distinguish between the two when it comes to religious freedom. In both cases, preventing Loyola from teaching Catholicism seriously impairs its Catholic identity.

[71] Loyola, as previously noted, conceded before this Court that it was prepared to teach the first competency — world religions other than Catholicism — from a neutral perspective. It sought, however, to be exempt from teaching the *ethics* of other religions from a neutral perspective, and proposed instead to do so from a Catholic perspective. Unlike my colleagues in their concurring opinion, however, I agree with the Court of Appeal that requiring Loyola to teach about the ethics of *other* religions in a neutral, historical and phenomenological way

loi, d'autre part. Cela entraîne un résultat disproportionné qui ne protège pas les valeurs consacrées par la *Charte* autant qu'il est possible de le faire à la lumière de ces objectifs législatifs.

[69] Dans le contexte québécois, où l'existence d'écoles privées confessionnelles est autorisée, forcer une de ces écoles à enseigner sa propre religion selon une perspective non religieuse ne contribue certes pas à la réalisation des objectifs pédagogiques fondamentaux du programme ÉCR d'encourager chez les élèves le respect des différences et l'ouverture aux autres. La décision de la ministre laisse toutefois entendre que, dès lors qu'une personne explique sa religion selon son propre point de vue, on peut tout simplement présumer qu'il y a atteinte au principe du respect d'autrui. Cette présomption va à l'encontre des objectifs du régime réglementaire dans son ensemble et a une incidence disproportionnée sur les valeurs qui sous-tendent la liberté de religion dans ce contexte. Cela rend nécessairement la décision de la ministre déraisonnable.

[70] Le caractère disproportionné de cette décision est renforcé par le fait que cette dernière interdit dans les faits à Loyola d'enseigner l'éthique catholique selon une perspective catholique. La doctrine et l'éthique catholiques sont tout simplement trop étroitement liées pour qu'il soit possible d'enseigner une matière d'un point de vue catholique et l'autre, de façon neutre. Plus précisément, rien ne justifie d'établir une distinction entre les deux lorsqu'il est question de la liberté de religion. Dans les deux cas, empêcher Loyola d'enseigner le catholicisme porte sérieusement atteinte à l'identité catholique de cette institution.

[71] Comme nous l'avons vu, Loyola a reconnu devant la Cour qu'elle était disposée à enseigner la première compétence — soit les religions dans le monde autre que le catholicisme — d'un point de vue neutre. Elle a toutefois demandé d'être exemptée de l'obligation d'enseigner l'*éthique* des autres religions d'un point de vue neutre, et a proposé de le faire plutôt selon une perspective catholique. Cela dit, contrairement à mes collègues dans leur décision concurrente, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel le fait d'obliger Loyola à enseigner

would not interfere disproportionately with the relevant *Charter* protections implicated by the decision. Justice Deschamps's admonition that exposing children to a variety of religious facts does not, in itself, infringe on their parents' religious freedom remains compelling in a denominational school: *S.L.*, at para. 40. I agree with her that in a multicultural society, it is not a breach of anyone's freedom of religion to be required to learn (or teach) about the doctrines and ethics of other world religions in a neutral and respectful way. See *Reference re Same-Sex Marriage*, [2004] 3 S.C.R. 698, at paras. 46 and 48.

[72] But what does it mean to teach about the ethics of other religions in a "neutral" and "objective" way in the context of a religious school that is permitted to teach its own religion and ethics from a religious perspective? My starting point is that in a religious high school, where students are learning about the precepts of one particular faith throughout their education, it is arguably even more important that they learn, in as objective a way as possible, about other belief systems and the reasons underlying those beliefs.

[73] I quickly acknowledge that in a religious school, teaching other ethical frameworks in a neutral way may be a delicate exercise. A school like Loyola must be allowed some flexibility as it navigates these difficult moments. Catholicism's answer to ethical questions, for instance, will sometimes conflict with the approach taken by the ethics of other religions. It would be surprising if, in classes discussing other belief systems, students did not ask for comparative explanations, questions Loyola's teachers are clearly free to answer. A comparative approach that explains the Catholic ethical perspective and responds to questions about it is of course legitimate.

l'éthique d'*autres* religions d'une façon neutre, historique et phénoménologique ne porterait pas atteinte de manière disproportionnée aux protections pertinentes conférées par la *Charte* et en cause en l'espèce. La mise en garde formulée par la juge Deschamps voulant que l'exposition des enfants à divers faits religieux ne porte pas atteinte en soi à la liberté de religion de leurs parents demeure avérée dans le cas d'une école confessionnelle : *S.L.*, par. 40. Je suis d'accord avec elle pour dire que, dans une société multiculturelle, le fait d'être obligé d'étudier (ou d'enseigner) la doctrine et l'éthique d'autres religions du monde d'une façon neutre et respectueuse ne saurait constituer une violation de la liberté de religion de qui que ce soit. Voir le *Renvoi relatif au mariage entre personnes du même sexe*, [2004] 3 R.C.S. 698, par. 46 et 48.

[72] Cela dit, qu'entend-on par enseigner l'éthique d'autres religions de façon « neutre » et « objective » dans le cas d'une école confessionnelle autorisée à enseigner sa propre religion et sa propre éthique selon une perspective religieuse? Je pars du principe que, dans le cas d'une école secondaire confessionnelle, où les élèves acquièrent des connaissances au sujet des préceptes d'une religion particulière pendant toute la durée de leurs études, on peut prétendre qu'il est encore plus important qu'ils explorent, de façon aussi objective que possible, d'autres systèmes de croyances ainsi que leurs fondements.

[73] Je reconnais d'emblée que le fait d'enseigner d'autres systèmes éthiques de façon neutre, au sein d'une école confessionnelle, peut constituer un exercice délicat. Une institution comme Loyola doit disposer d'une certaine marge de manœuvre lorsqu'elle traverse ces moments difficiles. La réponse qu'apporte le catholicisme aux questions d'éthique, par exemple, entrera parfois en conflit avec l'approche préconisée par l'éthique d'autres religions. Il serait étonnant que, dans les cours où l'on étudie d'autres systèmes de croyances, les élèves ne réclament pas des explications qui appellent certaines comparaisons, questions auxquelles les enseignants de Loyola sont certainement libres de répondre. Une approche comparative qui explique la perspective éthique catholique et répond aux questions sur celle-ci constitue bien entendu une approche légitime.

[74] But the fact that there are difficulties in implementation does not mean the state should be required to throw up its hands and abandon its objectives. Those objectives are not only of immense public importance, they are also, as this Court confirmed in *S.L.*, constitutional. Pursuing them in a religious school may require the Minister to accept some adjustments to the program to make it align with the school's religious character, but these adjustments need not mean the wholesale replacement of objective explications of other religions' ethical systems with a program that frames its discussion of ethics primarily through the moral lens of a school's religious perspective.

[74] Mais ces difficultés de mise en œuvre ne devraient pas amener l'État à être tenu de s'en laver les mains et de renoncer à ses objectifs. Ces derniers ne revêtent pas seulement une importance capitale pour le public; ils sont également, comme la Cour l'a confirmé dans l'arrêt *S.L.*, constitutionnels. Poursuivre ces objectifs au sein d'une école confessionnelle exigera peut-être du ministre qu'il accepte certains ajustements au programme pour l'harmoniser avec le caractère confessionnel de l'établissement, mais ces ajustements ne signifient toutefois pas le remplacement en bloc des explications objectives du système éthique d'autres religions par un programme qui aborde l'étude de l'éthique d'abord et avant tout à travers le prisme moral de la perspective religieuse de l'établissement d'enseignement.

[75] The alternative program that Loyola submitted to the Minister would teach other ethical frameworks primarily through the lens of Catholic ethics and morality. Even if Loyola's teachers do so respectfully, this fundamentally transforms the ethics component of the ERC Program from a study of different ethical approaches into a class on Catholicism. The resulting risk is that other religions would necessarily be seen not as differently legitimate belief systems, but as worthy of respect only to the extent that they aligned with the tenets of Catholicism. This contradicts the ERC Program's goal of ensuring respect for those whose religious beliefs are different, a goal no less worthy in a religious school than in a public one.

[75] Le programme de remplacement que Loyola a soumis à la ministre prévoit l'enseignement d'autres systèmes éthiques principalement à travers le prisme de l'éthique et de la morale catholiques. Même si cet enseignement se fait avec respect, cela transforme fondamentalement le volet éthique du programme ÉCR, qui passe de l'étude des différentes approches éthiques à un cours sur le catholicisme. On risque donc forcément de considérer les autres religions non pas comme des systèmes de croyances légitimes différents, mais plutôt comme n'étant dignes de respect que dans la mesure où elles correspondent aux préceptes du catholicisme. Cela contredit l'objectif du programme ÉCR qui consiste à assurer le respect de ceux dont les croyances religieuses sont différentes et qui est tout aussi louable dans une école confessionnelle que dans une école publique.

[76] The key is in how the discussion is framed. An emphasis on objective instruction insofar as possible, and on teaching other ethical positions in their own right, does not mean stifling debate or denying Loyola's Catholic identity. On the contrary, the framework of the discussions would be wider because they are not based solely on a particular religion's perspective. That religion's own ethical framework would necessarily be part of the discussion, but the role will be one of significant participant rather than hegemonic tutor.

[76] La question clé est celle de savoir comment la discussion est structurée. Privilégier dans la mesure du possible une formation objective et insister sur l'enseignement d'autres positions éthiques en fonction de leur valeur propre n'a pas pour effet d'étouffer le débat ou de nier l'identité catholique de Loyola. Au contraire, le cadre des discussions s'en trouverait ainsi élargi puisqu'il ne reposerait pas uniquement sur une perspective religieuse particulière. Le cadre éthique de cette religion ferait nécessairement partie de la discussion, mais son rôle serait celui d'un acteur important plutôt que celui d'une puissance hégémonique.

[77] There is no doubt that this will not always be easy. The question is, given the undisputed significance of the ERC Program's objectives, can requiring Loyola's teachers to teach and discuss other religions and their ethical positions as objectively as possible really be seen as a serious interference with freedom of religion merely because it may be difficult to execute neatly?

[78] I have difficulty seeing how this can undermine the values of religious freedom. I do not dispute that the belief systems Loyola's teachers are required to explain to their students may not reflect their personal beliefs, or Loyola's institutional allegiances. But teaching about the ethics of other religions is largely a factual exercise. It need not be a clash of values. Nor is asking Loyola's teachers to teach other religions and ethical positions as objectively as possible a requirement that they shed their own beliefs. It is, instead, a pedagogical tool utilized by good teachers for centuries — let the information, not the personal views of the teacher, guide the discussion. The fact that those personal principles are not central when discussing the ethical principles of other religions does not mean that the Loyola teacher is silenced, or forced to forego his own beliefs, or even appears to be doing so. It also does not mean that Loyola's teachers are foreclosed from explaining the Catholic perspective and its differences from other faiths.

[79] In any event, it is the Minister's decision as a whole that must reflect a proportionate and therefore reasonable balancing of the *Charter* protections and statutory objectives in issue. It does not, in my respectful view, because it rests on the assumption that a confessional program cannot achieve the objectives of the ERC Program. This assumption led the Minister to a decision that does not, overall, strike a proportionate balance between the *Charter* protections and statutory objectives at stake in this case. It is, with respect, unreasonable as a result.

[77] Certes, cela ne sera pas toujours facile. Cela dit, compte tenu de l'importance incontestée des objectifs du programme ÉCR, le fait d'obliger Loyola à enseigner et à examiner d'autres religions et leurs positions éthiques aussi objectivement que possible peut-il véritablement être considéré comme une entrave à la liberté de religion simplement parce qu'il peut être difficile d'exécuter commodément ce programme?

[78] J'ai du mal à concevoir comment cela peut porter atteinte aux valeurs de la liberté de religion. Je ne conteste pas que les systèmes de croyances que les enseignants de Loyola sont tenus d'expliquer à leurs élèves ne reflètent peut-être pas leurs croyances personnelles ou les allégeances institutionnelles de l'école. Toutefois, enseigner les valeurs éthiques d'autres religions est en grande partie une démarche factuelle. Il n'est pas nécessaire que cet enseignement donne lieu à un conflit de valeurs. Le fait de demander aux enseignants de Loyola d'expliquer d'autres religions et positions éthiques aussi objectivement que possible ne les oblige pas non plus à renier leurs propres convictions. Il s'agit plutôt d'un outil pédagogique utilisé par les bons enseignants depuis des siècles : laisser la matière et non leurs opinions personnelles orienter la discussion. Le fait que ces principes personnels ne soient pas au cœur de l'examen des principes éthiques d'autres religions ne signifie pas pour autant que les enseignants de Loyola sont condamnés au silence ou forcés de renier leurs propres convictions ou même qu'il semble qu'il en soit ainsi. Cela ne signifie pas non plus qu'il leur est interdit d'expliquer la perspective catholique et en quoi elle diffère des autres religions.

[79] Quoi qu'il en soit, c'est la décision de la ministre dans son ensemble qui doit être le reflet d'une mise en balance proportionnée et donc raisonnable des protections conférées par la *Charte* et des objectifs de la loi en cause. À mon avis, elle ne l'est pas, et ce, parce qu'elle repose sur la prémisse qu'un programme confessionnel ne peut atteindre les objectifs du programme ÉCR. Cette prémisse a mené la ministre à prendre une décision qui, prise dans son ensemble, n'atteint pas un équilibre proportionné entre les protections conférées par la *Charte* et les objectifs de la loi en cause en l'espèce. Soit dit en tout respect, cette décision est déraisonnable.

[80] This is not to suggest, however, that in a religious school, the Minister is required to allow the ERC Program — a program that is framed as a tool to teach students about different world religions and ethical beliefs — to be replaced by a program that focuses on that religion's doctrine and morality. To ask a religious school's teachers to discuss other religions and their ethical beliefs as objectively as possible does not seriously harm the values underlying religious freedom. These features of the ERC Program are essential to achieving its objectives. But preventing a school like Loyola from teaching and discussing Catholicism in any part of the program from its own perspective does little to further those objectives while at the same time seriously interfering with the values underlying religious freedom.

[81] I would therefore allow the appeal, set aside the Minister's decision, and remit the matter to the Minister for reconsideration in light of these reasons. An exemption cannot be withheld on the basis that Loyola must teach Catholicism and Catholic ethics from a neutral perspective. In the circumstances, I would make no order for costs.

The reasons of McLachlin C.J. and Rothstein and Moldaver JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND MOLDAVER J. —

I. Overview

[82] Loyola, a private Catholic high school, challenges the decision of the Minister of Education, Recreation and Sports ("Minister") refusing to grant it an exemption from the Ethics and Religious Culture course ("ERC Program"), a compulsory program requiring the teaching of world religions, ethics and dialogue in a neutral way. The application judge set aside the Minister's decision, holding

[80] Il ne s'agit pas de suggérer par cela que, dans une école confessionnelle, le ministre doit permettre que le programme ÉCR — un programme conçu comme un outil visant à permettre aux élèves d'acquérir des connaissances sur diverses religions et convictions éthiques du monde — soit remplacé par un programme axé sur la doctrine et la morale de la religion de cette école. Demander aux enseignants d'une école confessionnelle de discuter d'autres religions et de leurs convictions éthiques aussi objectivement que possible ne porte pas sérieusement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion. Ces caractéristiques du programme ÉCR sont essentielles à l'atteinte de ses objectifs. Toutefois, le fait d'empêcher complètement une école comme Loyola d'enseigner et de traiter du catholicisme selon sa propre perspective dans le cadre de son programme contribue peu à l'atteinte de ces objectifs tout en portant gravement atteinte aux valeurs qui sous-tendent la liberté de religion.

[81] Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la ministre et de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen à la lumière des présents motifs. Une exemption ne peut pas être refusée au motif que Loyola doit enseigner le catholicisme et l'éthique catholique suivant une perspective neutre. Dans les circonstances, je ne rendrai aucune ordonnance concernant les dépens.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Rothstein et Moldaver rendus par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MOLDAVER —

I. Aperçu

[82] Loyola, une école secondaire catholique privée, conteste la décision de la ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport (« la ministre ») de refuser de l'exempter de l'obligation de donner le cours d'éthique et de culture religieuse (« programme ÉCR »), un programme obligatoire qui impose l'enseignement de façon neutre des religions dans le monde, de l'éthique et du dialogue.

that it violated Loyola's constitutional right to freedom of religion. The Quebec Court of Appeal reversed that decision. Loyola now appeals with leave to this Court.

Le juge saisi de la demande a annulé la décision de la ministre, concluant que cette décision violait le droit constitutionnel à la liberté de religion de l'école. La Cour d'appel du Québec a infirmé cette décision. Loyola se pourvoit maintenant devant la Cour, sur autorisation.

[83] Like our colleague Abella J., we would allow the appeal. In our view, the Minister's decision cannot be upheld because it failed to protect Loyola's right to religious freedom. In reaching that conclusion, we respectfully differ from our colleague on a number of points, including her choice of remedy.

[83] À l'instar de notre collègue la juge Abella, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi. À notre avis, la décision de la ministre ne peut être maintenue, parce qu'elle n'a pas protégé le droit à la liberté de religion de Loyola. Tout en tirant cette conclusion, nous exprimons, soit dit en tout respect, notre désaccord avec la juge Abella sur un certain nombre de points, notamment en ce qui concerne la réparation à accorder.

II. Background Facts

[84] The government of Quebec, as part of a plan of progressive secularization of the public school system, incorporated the ERC Program into its core curriculum. Beginning in 2008, all schools were required to deliver a program teaching world religions, ethics and dialogue from a secular, morally neutral perspective. The legislative and regulatory scheme provided exemptions for private schools to teach an equivalent program, with requests for exemptions to be assessed by the Minister.

II. Contexte factuel

[84] Le gouvernement du Québec a incorporé le programme ÉCR aux matières de base dans le cadre d'un projet de déconfessionnalisation progressive du système scolaire public. Depuis 2008, toutes les écoles sont tenues d'offrir un programme d'enseignement des religions dans le monde, de l'éthique et du dialogue selon une perspective laïque et moralement neutre. Le régime législatif et réglementaire prévoit des exemptions pour les écoles privées qui peuvent être autorisées à enseigner un programme équivalent, après examen des demandes à cet effet par le ministre.

[85] Loyola High School is a respected Catholic private school, founded in 1848 as part of the Collège Sainte-Marie, administered by the Jesuit Order and serving the Catholic community of Montréal. It applied for an exemption to teach a program that, in its view, achieved the same educational objectives of the ERC Program, but in harmony with its religious convictions. The Minister refused, on the basis that Loyola's proposed program had a religious perspective that was unacceptable, and that it amounted to a program of moral education that did not follow the required neutral and cultural approach to religion and ethics.

[85] L'école secondaire Loyola est une institution catholique privée réputée, fondée en 1848 en tant que partie du Collège Sainte-Marie; elle est administrée par l'ordre des Jésuites et dessert la communauté catholique de Montréal. Elle a demandé une exemption afin de pouvoir enseigner un programme qui, à son avis, atteignait les mêmes objectifs que le programme ÉCR, mais en conformité avec ses convictions religieuses. La ministre a refusé, au motif que le programme proposé par Loyola avait une perspective religieuse qui était inacceptable et qu'il équivalait à un programme d'éducation morale qui ne respectait pas la conception neutre et culturelle de la religion et de l'éthique qui était exigée.

III. Procedural History

[86] The application judge heard evidence from several expert and lay witnesses, and made extensive findings of fact which we address in greater detail in our analysis. He found that the Minister's refusal constituted a serious infringement of Loyola's right to religious freedom. In the result, he granted Loyola's application, quashed the Minister's decision, and ordered an exemption (2010 QCCS 2631).

[87] On appeal by the Minister, the Quebec Court of Appeal applied the administrative law framework from *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12, [2012] 1 S.C.R. 395, and concluded that the Minister's decision was reasonable. The Court of Appeal expressed skepticism that denying an exemption to teach a modified version of the ERC Program posed *any* infringement on Loyola's freedom to teach the Catholic religion. Furthermore, it concluded that even if there were an infringement, it would be [TRANSLATION] "trivial because [the ERC Program] is only one class among many" and "the program does not require teachers to refute the precepts of the Catholic religion, but only to abstain from expressing their opinions or convictions" (2012 QCCA 2139, at para. 174 (CanLII)). In consequence, the Court of Appeal overturned the application judge, and reinstated the decision of the Minister. As we explain, we respectfully disagree with the Court of Appeal's conclusion that the infringement was trivial. Indeed, for reasons that will become apparent, we are satisfied that the infringement had a substantial impact on Loyola's right to religious freedom.

IV. Analysis

[88] We are required to address several issues in deciding this appeal. First, we must decide whether Loyola as a religious organization is entitled to the constitutional protection of freedom of religion. Concluding that it is, we analyze the proper interpretation of the legislative and regulatory scheme

III. Historique des procédures

[86] Le juge saisi de la demande a entendu la déposition de plusieurs témoins experts et ordinaires, et a tiré de nombreuses conclusions de fait que nous examinerons plus en détail dans notre analyse. Il a conclu que le refus de la ministre constituait une atteinte grave au droit à la liberté de religion de Loyola. Il a donc accueilli la demande de cette dernière, annulé la décision de la ministre et ordonné une exemption (2010 QCCS 2631, [2010] R.J.Q. 1417).

[87] Lors de l'appel interjeté par la ministre, la Cour d'appel du Québec a appliqué le cadre d'analyse de droit administratif établi par l'arrêt *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, et conclu que la décision de la ministre était raisonnable. La Cour d'appel a exprimé des doutes sur le fait qu'un refus d'accorder à l'école une exemption afin de lui permettre d'enseigner une version modifiée du programme ÉCR constituait une atteinte *quelconque* à sa liberté d'enseigner la religion catholique. Elle a conclu en outre que, même s'il y avait eu atteinte, celle-ci aurait été « négligeable, car [le programme ÉCR ne constitue qu'] un cours parmi plusieurs » et qu'« il n'est pas demandé à l'enseignant de réfuter les préceptes de la religion catholique, mais de s'abstenir d'exprimer son opinion ou ses convictions » (2012 QCCA 2139, [2012] R.J.Q. 2112, par. 174). En conséquence, la Cour d'appel a infirmé la décision du juge saisi de la demande et rétabli celle de la ministre. Comme nous l'expliquerons plus loin, nous ne partageons pas l'avis de la Cour d'appel selon lequel l'atteinte était négligeable. En fait, pour des raisons qui deviendront évidentes, nous sommes convaincus que l'atteinte a eu un effet substantiel sur le droit à la liberté de religion de Loyola.

IV. Analyse

[88] Pour trancher le présent pourvoi, nous devrons examiner plusieurs questions. Tout d'abord, il faudra déterminer si Loyola, en tant qu'organisation religieuse, bénéficie de la protection constitutionnelle relative à la liberté de religion. Estimant qu'elle jouit d'une telle protection, nous nous pencherons

at issue in this appeal, including the ERC Program and the exemption provision. We review the content of Loyola's proposed equivalent program, and then evaluate the Minister's decision in light of Loyola's constitutional right to religious freedom — first, determining whether Loyola's freedom of religion was breached, and second, determining whether that breach was minimally impairing and therefore justified under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*" or "*Charter*"). Finding that Loyola's freedom of religion was infringed, and that the infringement was not minimally impairing, we offer guidelines on the appropriate scope of an equivalent program that would comply with the *Charter* while meeting the objectives of the ERC Program. Finally, we determine that the appropriate remedy is an order of mandamus granting an exemption to Loyola to teach such a program.

ensuite sur l'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause en l'espèce, notamment au programme ÉCR et à la disposition d'exemption. Ensuite, nous examinerons le contenu du programme que propose Loyola comme équivalent, puis nous évaluerons la décision de la ministre à la lumière du droit constitutionnel à la liberté de religion de cette institution — en déterminant, premièrement, s'il y a eu atteinte à la liberté de religion de l'école et, deuxièmement, si cette atteinte était minimale et donc justifiée au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* » ou « *Charte* »). Concluant qu'il y a eu atteinte à la liberté de religion de Loyola et que cette atteinte n'était pas minimale, nous formulerons des lignes directrices quant au contenu acceptable d'un programme équivalent, contenu qui serait compatible avec la *Charte* tout en permettant d'atteindre les objectifs du programme ÉCR. Finalement, nous conclurons que la réparation appropriée consiste à prononcer une ordonnance de *mandamus* qui permettrait à Loyola d'enseigner un tel programme.

A. *Does Loyola as a Religious Organization Enjoy Freedom of Religion Under Section 2(a) of the Canadian Charter and Section 3 of the Quebec Charter?*

A. *En tant qu'organisation religieuse, Loyola jouit-elle de la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la Charte canadienne et par l'art. 3 de la Charte québécoise?*

[89] Loyola is a religious non-profit corporation constituted under Part III of Quebec's *Companies Act*, CQLR, c. C-38. For over a century, it has pursued a vocation of providing Catholic religious education for young men. Loyola asserts that, as a religious organization, it is protected by the guarantee of freedom of religion in the *Canadian Charter* and the *Charter of human rights and freedoms*, CQLR, c. C-12 (the "*Quebec Charter*").

[89] Loyola est une corporation religieuse sans but lucratif constituée en vertu de la partie III de la *Loi sur les compagnies* du Québec, RLRQ, c. C-38. Pendant plus d'un siècle, elle a poursuivi sa mission consistant à offrir une éducation religieuse catholique aux jeunes hommes. Cette école prétend bénéficier, en tant qu'organisation religieuse, de la protection accordée à la liberté de religion garantie par la *Charte canadienne* et par la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12 (« *Charte québécoise* »).

[90] The Attorney General of Quebec contends that Loyola enjoys no such constitutional protection because it is not a natural person, but merely a legal person: religious freedom protects sincerely held beliefs, and a corporation is capable of neither sincerity nor belief. This raises the question of whether

[90] Le procureur général du Québec soutient que Loyola ne bénéficie pas d'une telle protection constitutionnelle parce qu'elle n'est pas une personne physique, mais simplement une société : la liberté de religion protège les croyances sincères, or, une société n'est capable ni de faire preuve de

religious organizations are protected by the guarantee of freedom of religion.

[91] In our view, Loyola may rely on the guarantee of freedom of religion found in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter*. The communal character of religion means that protecting the religious freedom of individuals requires protecting the religious freedom of religious organizations, including religious educational bodies such as Loyola. Canadian and international jurisprudence supports this conclusion.

[92] This Court has affirmed that freedom of religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter* has both an individual and a collective dimension. In *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, [2004] 2 S.C.R. 551, Bastarache J., writing in dissent but not on this point, quoted Professor Timothy Macklem for the proposition that

> religions are necessarily collective endeavours. . . . It follows that any genuine freedom of religion must protect, not only individual belief, but the institutions and practices that permit the collective development and expression of that belief.

(Para. 137, quoting "Faith as a Secular Value" (2000), 45 *McGill L.J.* 1, at p. 25.)

[93] In *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, Justice Abella and Justice LeBel, both writing in dissent but not on this point, emphasized the collective dimension of religious freedom. Justice Abella noted the "group, or 'community', aspect of religious freedom" (para. 131), while Justice LeBel observed:

> Religion is about religious beliefs, but also about religious relationships. . . . [This appeal] raises issues about belief, but also about the maintenance of communities of faith. We are discussing the fate . . . of a community that shares a common faith and a way of life

sincérité ni d'avoir des croyances. Cela soulève la question de savoir si les organisations religieuses bénéficient de la protection accordée à la liberté de religion.

[91] À notre avis, Loyola peut invoquer la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne*. Étant donné le caractère collectif de la religion, la protection relative à la liberté de religion des individus commande la protection de la liberté de religion des organisations religieuses, y compris les établissements d'enseignement à caractère religieux comme Loyola. La jurisprudence canadienne et internationale appuie cette conclusion.

[92] La Cour a affirmé que la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne* comporte une dimension à la fois individuelle et collective. Dans l'arrêt *Syndicat Northcrest c. Amselem*, 2004 CSC 47, [2004] 2 R.C.S. 551, le juge Bastarache, qui était dissident, mais non sur cette question, a cité le professeur Timothy Macklem à cet effet :

> [TRADUCTION] . . . la religion est nécessairement une entreprise collective. [. . .] Il s'ensuit que la véritable liberté de religion doit protéger non seulement la croyance individuelle, mais aussi les institutions et pratiques par lesquelles passent le développement et l'expression collectifs de cette croyance.

(Par. 137, citant « Faith as a Secular Value » (2000), 45 *R.D. McGill* 1, p. 25.)

[93] Dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, la juge Abella et le juge LeBel, tous deux dissidents, mais non sur cette question, ont mis l'accent sur la dimension collective de la liberté de religion. La juge Abella a insisté sur « l'aspect "collectif" de la liberté de religion » (par. 131). Pour sa part, le juge LeBel a fait remarquer que :

> La religion a trait aux croyances religieuses, mais aussi [aux] rapports religieux. Le présent pourvoi [. . .] soulève des questions sur les croyances, mais aussi sur le maintien des communautés organisées autour d'une même foi. Nous discutons [. . .] du sort [. . .] d'une communauté qui

that is viewed by its members as a way of living that faith and of passing it on to future generations. [Emphasis added; para. 182.]

[94] The individual and collective aspects of freedom of religion are indissolubly intertwined. The freedom of religion of individuals cannot flourish without freedom of religion for the organizations through which those individuals express their religious practices and through which they transmit their faith.

[95] In this respect, the guarantee of freedom of religion resembles the guarantees of freedom of expression, freedom from unreasonable search and seizure and trial within a reasonable time, all of which have been held to apply to corporations: see *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. CIP Inc.*, [1992] 1 S.C.R. 843. As with s. 2(*a*), the text of these rights refers not to "individuals" but to "everyone" or "any person", which has been interpreted as including corporations: see D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at pp. 53-54.

[96] International human rights instruments recognize the communal character of religion and support the extension of constitutional protection to the organizations through which congregants worship and teach their faith. Article 18 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), provides:

> Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship and observance.

Article 9 of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, contains a virtually identical provision. Similarly, the *International Covenant*

partage la même foi et un mode de vie qui est perçu par ses membres comme une façon de vivre cette foi et de la transmettre aux générations futures. [Nous soulignons; par. 182.]

[94] Les aspects individuels et collectifs de la liberté de religion sont indissolublement liés. En effet, la liberté de religion des individus ne peut s'épanouir si les organisations par l'entremise desquelles ceux-ci expriment leurs pratiques religieuses et transmettent leur foi ne bénéficient pas elles aussi d'une telle liberté.

[95] La liberté de religion s'apparente à cet égard à la liberté d'expression, à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives et au droit à la tenue d'un procès dans un délai raisonnable, lesquels ont tous été jugés s'appliquer aux sociétés : voir *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. CIP Inc.*, [1992] 1 R.C.S. 843. Tout comme pour l'al. 2*a*), le texte de ces droits ne renvoie pas à des « individus », mais à « chacun » ou à « tout inculpé », ce qu'on a interprété comme incluant les sociétés : voir D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 53-54.

[96] Les instruments internationaux relatifs aux droits de la personne reconnaissent le caractère collectif de la religion et appuient l'élargissement de la protection constitutionnelle aux organisations par l'entremise desquelles les fidèles font leurs dévotions et enseignent leur foi. L'article 18 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), est rédigé en ces termes :

> Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, seule ou en commun, tant en public qu'en privé, par l'enseignement, les pratiques, le culte et l'accomplissement des rites.

L'article 9 de la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, renferme une disposition presque identique. De même, le *Pacte*

on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, to which Canada is a signatory, provides:

Article 18. 1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

. . .

4. The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

[97] The *Charter* should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified: *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 70. It follows that the collective aspect of freedom of religion should find protection under the *Charter*.

[98] Foreign jurisprudence supports Loyola's claim to freedom of religion: see *Sindicatul "Păstorul Cel Bun" v. Romania* (2014), 58 E.H.R.R. 10, at para. 136; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School v. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board v. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] The Attorney General of Quebec points out that in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. commented that "a business corporation cannot possess religious beliefs" (p. 784). However, a religious organization may in a very real sense have religious beliefs and rights. Thus, Dickson C.J. referred to the s. 2(*a*) freedom of "individuals and groups" (p. 759 (emphasis added)),

international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, dont le Canada est signataire, prévoit :

Article 18. 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion; ce droit implique la liberté d'avoir ou d'adopter une religion ou une conviction de son choix, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction, individuellement ou en commun, tant en public qu'en privé, par le culte et l'accomplissement des rites, les pratiques et l'enseignement.

. . .

4. Les États parties au présent Pacte s'engagent à respecter la liberté des parents et, le cas échéant, des tuteurs légaux, de faire assurer l'éducation religieuse et morale de leurs enfants conformément à leurs propres convictions.

[97] Il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne : *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 70. L'aspect collectif de la liberté de religion devrait donc bénéficier de la protection accordée par la *Charte*.

[98] La jurisprudence étrangère confirme le droit à la liberté de religion revendiqué par Loyola : voir *Sindicatul « Păstorul cel Bun » c. Roumanie*, n° 2330/09, 9 juillet 2013 (HUDOC), par. 136; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII; *Hosanna-Tabor Evangelical Lutheran Church and School c. Equal Employment Opportunity Commission*, 132 S. Ct. 694 (2012); *National Labor Relations Board c. Catholic Bishop of Chicago*, 440 U.S. 490 (1979).

[99] Certes, comme le souligne le procureur général du Québec, dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson a fait observer qu'« une société commerciale ne saurait avoir des croyances religieuses » (p. 784). Cependant, une organisation religieuse peut d'une manière très concrète avoir des croyances et des droits religieux. Le juge en chef Dickson a donc

describing that freedom using language from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336, as "the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination" (p. 757).

parlé de la liberté des « particuliers et [d]es groupes » garantie par l'al. 2*a*) (p. 759 (nous soulignons)), et décrit cette liberté en reprenant les termes utilisés dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336, soit comme étant « le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation » (p. 757).

[100] On the submissions before us, and given the collective aspect of religious freedom long established in our jurisprudence, we conclude that an organization meets the requirements for s. 2(*a*) protection if (1) it is constituted primarily for religious purposes, and (2) its operation accords with these religious purposes.

[100] Compte tenu des arguments qui nous ont été présentés, et de l'aspect collectif de la liberté de religion que reconnaît depuis longtemps notre jurisprudence, nous concluons qu'une organisation satisfait aux exigences applicables pour pouvoir bénéficier de la protection conférée par l'al. 2*a*) si (1) elle est constituée principalement à des fins religieuses, et (2) ses activités sont compatibles avec ces fins.

[101] The precise scope of these requirements may require clarification in future cases which test their boundaries, but it is evident that Loyola falls within their ambit. It is a non-profit religious corporation constituted for the purpose of offering a Jesuit education to children within Quebec's Catholic religious community. It has operated for over a century in accordance with this religious educational purpose.

[101] L'étendue précise de ces exigences pourrait devoir être clarifiée dans la jurisprudence à venir, mais il est clair que Loyola y satisfait. Il s'agit d'une corporation religieuse sans but lucratif constituée dans le but d'offrir une éducation jésuite aux enfants de la communauté catholique du Québec et qui exerce ses activités depuis plus d'un siècle dans le respect de cette mission éducative religieuse.

[102] We note that the same result is reached under s. 3 of the *Quebec Charter*. If anything, the conclusion is clearer, because the *Quebec Charter* accords freedom of religion to "[e]very person", unlike the *Canadian Charter* which uses the more ambiguous "[e]veryone". Under Quebec's *Interpretation Act*, CQLR, c. I-16, "the word 'person' includes natural or legal persons, . . . unless inconsistent with the statute or with the special circumstances of the case": s. 61(16). No inconsistency arises here; on the contrary, for the reasons just discussed, the circumstances favour recognition of the right of freedom of religion for religious organizations.

[102] Soulignons que l'art. 3 de la *Charte québécoise* mène au même résultat. En fait, l'analyse fondée sur cette disposition mène à une conclusion encore plus manifeste puisque la *Charte québécoise* accorde la liberté de religion à « [t]oute personne », contrairement à la *Charte canadienne* qui utilise le terme plus ambigu « [c]hacun ». Selon la *Loi d'interprétation* du Québec, RLRQ, c. I-16, « le mot "personne" comprend les personnes physiques ou morales [. . .], à moins que la loi ou les circonstances particulières du cas ne s'y opposent » : par. 61(16). Rien en l'espèce ne s'y oppose; au contraire, pour les motifs que nous venons d'exposer, les circonstances favorisent la reconnaissance du droit à la liberté de religion pour les organisations religieuses.

B. *The Interpretation of the Legislative and Regulatory Scheme at Issue*

[103] To understand and evaluate the Minister's decision, it is necessary to understand the legislative and regulatory scheme under which it was made.

[104] The starting point is the legislation. As of 2000, religious schools in Quebec can exist only as private schools. The compulsory curriculum set by the Minister applies to all schools, including private schools: *An Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, s. 25. As of the 2008-2009 school year, the ERC Program formed part of the compulsory curriculum for all schools in the province.

[105] The legislation imposing the compulsory curriculum on public and private schools contains a provision authorizing the government to adopt regulations to provide exemptions to particular institutions. Section 111 of the *Act respecting private education* states:

111. The Government may, by regulation . . . ,

. . .

(7) . . . authorize . . . the Minister to exclude, on the conditions he may determine, persons, bodies, institutions or educational services from all or some of the provisions of this Act . . .;

[106] Pursuant to this power, the government of Quebec adopted s. 22 of the *Regulation respecting the application of the Act respecting private education*, CQLR, c. E-9.1, r. 1, which allows private schools to obtain exemptions from teaching the compulsory curriculum:

22. Every institution shall be exempt from the [requirement to teach the compulsory curriculum] provided the institution dispenses programs of studies which the Minister of Education, Recreation and Sports judges equivalent.

B. *L'interprétation à donner au régime législatif et réglementaire en cause*

[103] Pour comprendre et apprécier la décision de la ministre, il est nécessaire de comprendre le régime législatif et réglementaire en vertu duquel elle a été prise.

[104] Le point de départ de l'analyse est la loi. Depuis l'an 2000, les écoles confessionnelles au Québec ne peuvent exister qu'en tant qu'écoles privées. Le programme d'enseignement obligatoire établi par le ministre s'applique à toutes les écoles, y compris les écoles privées : *Loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, art. 25. Depuis l'année scolaire 2008-2009, le programme ÉCR fait partie des matières obligatoires que doivent enseigner toutes les écoles de la province.

[105] La loi qui impose ce programme obligatoire aux écoles publiques et privées renferme une disposition qui autorise le gouvernement à prendre des règlements visant à exempter certaines institutions. L'article 111 de la *Loi sur l'enseignement privé* est rédigé en ces termes :

111. Le gouvernement peut, par règlement . . . :

. . .

7° . . . autoriser [. . .] le ministre à exclure, aux conditions que ce dernier peut déterminer, des personnes, organismes, établissements ou services éducatifs de tout ou partie des dispositions de la présente loi . . .;

[106] Dans l'exercice de ce pouvoir, le gouvernement du Québec a édicté l'art. 22 du *Règlement d'application de la loi sur l'enseignement privé*, RLRQ, c. E-9.1, r. 1, qui permet aux écoles privées d'être exemptées de l'obligation d'enseigner les matières obligatoires :

22. Tout établissement est exempté de l'[obligation d'enseigner les matières obligatoires] pourvu que l'établissement offre des programmes jugés équivalents par le ministre de l'Éducation, du Loisir et du Sport.

[107] When the government inserted the ERC Program into the compulsory curriculum, it did not exclude it from the s. 22 exemption provision. It is therefore open to private religious schools to apply for an exemption from the requirement to teach the ERC Program. Loyola did so, and the Minister refused the exemption, giving rise to this litigation.

[108] The legislative and regulatory scheme imposes a compulsory curriculum, but modifies this by allowing individual schools to obtain exemptions. This allows Quebec to satisfy the educational objectives of the compulsory curriculum, while permitting accommodations for particular schools on the basis of their circumstances or needs. Applied to the ERC Program, this scheme allows Quebec to require that religion be taught from a secular, cultural and phenomenological viewpoint in public schools, while allowing private religious schools to adopt an alternative but equivalent approach that meets the basic objectives of the program but preserves the school's freedom of religion.

[109] The preamble of the Act specifying the Minister's powers and obligations (*An Act respecting the Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, CQLR, c. M-15) confirms that the reliance on the Minister's discretion to approve exemptions is intended to ensure respect for the religious freedoms of individuals and groups. It states:

WHEREAS every child is entitled to the advantage of a system of education conducive to the full development of his personality;

Whereas parents have the right to choose the institutions which, according to their convictions, ensure the greatest respect for the rights of their children;

Whereas persons and groups are entitled to establish autonomous educational institutions and, subject to the requirements of the common welfare, to avail themselves of the administrative and financial means necessary for the pursuit of their ends;

[107] Lorsque le gouvernement a incorporé le programme ÉCR aux matières obligatoires, il ne l'a pas soustrait à l'application de la disposition d'exemption prévue à l'art. 22. Les écoles privées confessionnelles peuvent donc demander à être exemptées de l'obligation d'enseigner ce programme. C'est ce qu'a fait Loyola. La ministre a toutefois refusé de lui accorder l'exemption demandée, d'où le présent litige.

[108] Le régime législatif et réglementaire impose un programme d'enseignement obligatoire, mais il module cette exigence en autorisant les écoles, prises individuellement, à obtenir des exemptions. Cela permet au Québec de faire respecter les objectifs d'apprentissage du programme obligatoire tout en permettant à certaines écoles de bénéficier de mesures d'adaptation eu égard à leur situation ou à leurs besoins. Lorsqu'on l'applique au programme ÉCR, ce régime autorise le Québec à exiger que la religion soit enseignée d'un point de vue laïque, culturel et phénoménologique dans les écoles publiques, tout en permettant aux écoles privées confessionnelles d'adopter une approche différente — mais équivalente — qui répond aux objectifs fondamentaux du programme, mais qui préserve leur liberté de religion.

[109] Le préambule de la loi qui précise les pouvoirs et les obligations du ministre (la *Loi sur le ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport*, RLRQ, c. M-15) confirme que l'existence du pouvoir discrétionnaire du ministre d'approuver des exemptions vise à garantir le respect de la liberté de religion aux particuliers et aux groupes. Il prévoit :

ATTENDU que tout enfant a le droit de bénéficier d'un système d'éducation qui favorise le plein épanouissement de sa personnalité;

Attendu que les parents ont le droit de choisir les établissements qui, selon leur conviction, assurent le mieux le respect des droits de leurs enfants;

Attendu que les personnes et les groupes ont le droit de créer des établissements d'enseignement autonomes et, les exigences du bien commun étant sauves, de bénéficier des moyens administratifs et financiers nécessaires à la poursuite de leurs fins;

[110] The department's own publications support the conclusion that the legislative and regulatory scheme is intended to operate in a way that respects the religious freedoms of individuals and groups in the school system. In a 2005 ministerial proposal, the Minister stated that "[r]especting the fundamental right to the freedom of conscience and religion is the basis of all ethics and religious education": *Establishment of an ethics and religious culture program: Providing future direction for all Québec youth* (2005), at p. 6. To similar effect, the *Ethics and Religious Culture Program* section of the department's website promises that the legislative and regulatory scheme — the generic ERC Program supplemented by the s. 22 exemption provision, which replaced a prior diversity of moral education programs including denominational programs — will "respec[t] the freedom of conscience and religion of parents, students and teachers": "Ethics and Religious Culture Program: Contributing to harmonious social relations in Québec society today" (online).

[111] Indeed, the department's website notes that among the pre-existing programs was a "Catholic Religious and Moral Instruction" program, and states that the ERC Program will replace such programs in order to "offer the same education to all Québec students".

[112] Section 22 functions to ensure the legislative and regulatory scheme's compliance with the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. It guards against the possibility that, in certain situations, the mandatory imposition of a purely secular curriculum may violate the *Charter* rights of a private religious school. This safeguard is consistent with the obligations of the state in a multicultural society. As LeBel J. observed in his concurring reasons in *S.L. v. Commission scolaire des Chênes*, 2012 SCC 7, [2012] 1 S.C.R. 235, in the context of the public school system, "[u]nder the constitutional principles governing state action, the state has neither an obligation to promote religious faith nor a right to discourage religious faith in its public education system" (para. 54). The state

[110] Les publications du ministère lui-même appuient la conclusion selon laquelle le régime législatif et réglementaire est censé s'appliquer dans le respect de la liberté de religion des individus et des groupes qui font partie du réseau scolaire. Dans une proposition présentée en 2005, le ministre a affirmé que « [l]e respect du droit fondamental à la liberté de conscience et de religion constitue l'assise de toute formation dans les domaines de l'éthique et de la religion » : *La mise en place d'un programme d'éthique et de culture religieuse : Une orientation d'avenir pour tous les jeunes du Québec* (2005), p. 6. Dans le même ordre d'idées, la section *Programme Éthique et culture religieuse* du site Web du ministère assure que le régime législatif et réglementaire — le programme ÉCR de référence, complété par la disposition d'exemption de l'art. 22, lequel a remplacé divers programmes d'enseignement moral, notamment des programmes confessionnels — « respect[era] la liberté de conscience et de religion des parents, des élèves et du personnel enseignant » : « Programme Éthique et culture religieuse : Pour vivre ensemble dans le Québec d'aujourd'hui » (en ligne).

[111] En fait, le site Web du ministère indique que l'« enseignement moral et religieux [. . .] catholique » constituait l'un de ces programmes préexistants, et que le programme ÉCR remplacera ceux-ci, de manière à ce qu'« une seule et même formation [soit offerte] à l'ensemble des élèves du Québec ».

[112] L'article 22 vise à garantir que le régime législatif et réglementaire respecte la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il a pour effet d'empêcher que l'imposition d'un programme obligatoire purement laïque puisse, dans certains cas, porter atteinte aux droits que la *Charte* confère à une école confessionnelle privée. Cette garantie est compatible avec les obligations de l'État au sein d'une société multiculturelle. Comme le souligne le juge LeBel dans les motifs concordants qu'il a rédigés dans l'affaire *S.L. c. Commission scolaire des Chênes*, 2012 CSC 7, [2012] 1 R.C.S. 235, en ce qui concerne le réseau scolaire public, « [d]ans son système d'enseignement public, l'État n'a, en vertu des principes constitutionnels qui régissent son action, ni l'obligation de favoriser la foi religieuse, ni

may not discourage religious faith in the public education system; this obligation has even more resonance in the context of a private religious school.

C. *Analytical Approach Under the Charter*

[113] Section 2(*a*) of the *Charter* protects the right to freedom of religion. The state can limit this right, but only if it can show that the limitation is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" under s. 1 of the *Charter*. The *Charter* requirement that limits on rights be reasonable and demonstrably justified may be expressed in different ways in different contexts, but the basic constitutional requirement remains the same.

[114] The first issue is whether Loyola's freedom of religion was infringed by the Minister's decision. The second issue is whether the Minister's decision — that only a purely secular course of study may serve as an equivalent to the ERC Program — limits Loyola's freedom of religion more than reasonably necessary to achieve the goals of the program. However one describes the precise analytic approach taken, the essential question is this: did the Minister's decision limit Loyola's right to freedom of religion proportionately — that is, no more than was reasonably necessary?

[115] For reasons that follow, we conclude that both of these issues must be answered in the affirmative.

D. *Loyola's Proposed Equivalent Program*

[116] The nature of Loyola's proposed equivalent program lies at the heart of this appeal. As such, it is worth examining in some detail.

le droit de décourager celle-ci » (par. 54). L'État ne peut décourager la foi religieuse dans le système d'enseignement public; cette obligation trouve davantage écho dans le contexte d'une école confessionnelle privée.

C. *Approche analytique dans le contexte de la Charte*

[113] L'alinéa 2*a*) de la *Charte* protège le droit à la liberté de religion. L'État peut restreindre ce droit, mais seulement s'il est en mesure de démontrer qu'il le fait dans des limites qui sont « raisonnables » et dont « la justification p[eut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'article premier de la *Charte*. L'exigence de la *Charte* selon laquelle les restrictions aux droits doivent être raisonnables et faire l'objet d'une justification qui puisse se démontrer peut être exprimée de différentes façons dans des contextes différents, mais l'exigence constitutionnelle fondamentale reste la même.

[114] Tout d'abord, il faut déterminer si la décision de la ministre a porté atteinte à la liberté de religion de Loyola. Ensuite, il faut se demander si cette décision — selon laquelle seul un programme d'études purement laïque peut équivaloir au programme ÉCR — porte atteinte à ce droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire pour atteindre les objectifs du programme. Quelle que soit la façon dont est décrite l'approche analytique précise adoptée, la question essentielle est la suivante : la décision de la ministre a-t-elle restreint le droit à la liberté de religion de Loyola de manière proportionnée — c'est-à-dire, pas plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire de le faire?

[115] Pour les motifs qui suivent, nous concluons que ces deux questions appellent une réponse affirmative.

D. *Le cours proposé comme équivalent par Loyola*

[116] La nature du programme proposé par Loyola comme équivalent est au cœur du présent pourvoi. Il vaut donc la peine de l'examiner de façon assez détaillée.

[117] The ERC Program has two core objectives: recognition of others and the pursuit of the common good. Furthering these objectives, the program teaches students to develop competencies in understanding religion (the "world religions competency"), reflecting on ethical questions (the "ethics competency"), and engaging in dialogue (the "dialogue competency").

[118] Several sources of information shed light on exactly how Loyola proposes to teach these competencies in its alternative to the ERC Program. On March 30, 2008, Loyola sent its first letter to the Minister requesting an exemption from the ERC Program, which gave a broad overview of the objectives of its proposed equivalent program. Following a request to submit further information, Loyola provided a three-page document with a more detailed summary of its proposed program. After receiving an initial negative response, but before the Minister's final decision to deny an exemption, Loyola sent a further, three-page letter to the Minister on August 25, 2008, containing more details about its proposal.

[119] The precise nature of the proposed equivalent program was further clarified in testimony heard by the application judge, and Loyola's written and oral submissions to this Court. In fairness, these clarifications were not available to the Minister when she rendered her decision. Nevertheless, they are helpful in determining the form and substance of the program Loyola is proposing.

[120] Loyola describes a program of study that achieves the ERC Program's objective of [TRANSLATION] "promot[ing] . . . tolerance and respect for all", but that is delivered "in a manner respectful of the Catholic faith and the moral values that form the cornerstone of our school" (application judge's reasons, at para. 35). The three-page program summary outlines a diverse mix of content that includes doctrinal instruction on Catholic history and dogma,

[117] Le programme ÉCR s'articule autour de deux objectifs fondamentaux : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. Pour réaliser ces objectifs, le programme enseigne aux élèves à comprendre le phénomène religieux (la « compétence relative aux religions dans le monde »), à réfléchir sur des questions d'éthique (la « compétence en éthique ») et à pratiquer le dialogue (la « compétence relative au dialogue »).

[118] Plusieurs sources d'information permettent de savoir avec précision comment Loyola se propose d'enseigner ces compétences dans le cadre des cours qu'elle suggère d'offrir pour remplacer le programme ÉCR. Le 30 mars 2008, elle a fait parvenir à la ministre une première lettre dans laquelle elle demandait d'être exemptée du programme ÉCR et exposait de façon générale les objectifs du programme proposé comme équivalent. À la suite d'une demande de renseignements complémentaires, elle a soumis un document de trois pages renfermant un exposé plus détaillé du programme qu'elle proposait. Après avoir reçu une première réponse négative, mais avant que la ministre rende sa décision définitive lui refusant l'exemption demandée, Loyola a adressé une autre lettre de trois pages à la ministre le 25 août 2008 pour lui faire part de plus amples détails sur sa proposition.

[119] La nature exacte du programme proposé comme équivalent a été précisée encore plus lors des témoignages entendus par le juge saisi de la demande, ainsi que dans l'argumentation écrite et orale que Loyola a présentée à la Cour. En toute justice, il convient de préciser que la ministre ne disposait pas de ces précisions lorsqu'elle a rendu sa décision. Elles sont néanmoins utiles pour permettre de déterminer la forme et la substance du programme proposé.

[120] Le programme d'études décrit par Loyola permet d'atteindre l'objectif du programme ÉCR relatif à « la promotion de la tolérance et du respect de tous », mais en étant offert « de manière à respecter la foi catholique et les valeurs morales qui forment la pierre angulaire de notre école » (motifs du juge saisi de la demande, par. 35). Dans son résumé de trois pages, Loyola décrit la diversité de matières qu'elle entend enseigner, dont des

comparative study of various world religions, and consideration of an array of ethical and moral issues.

(1) How Loyola's Proposed Program Approaches the World Religions Competency

[121] The world religions aspect of Loyola's program includes content on Judaism, Islam, Buddhism, Hinduism, and North American native spirituality, and teaches students to examine "religious praxis, sacred stories, myths, and rituals found in religious cultures". In correspondence with the Minister, Loyola asserted that its program is actually [TRANSLATION] "much more thorough" than the ERC Program in its approach to understanding religion (application judge's reasons, at para. 38). To ensure that the program achieves the goal of [TRANSLATION] "promoting tolerance and acceptance of others", it goes beyond a "simple explanation" of other religions' external customs to include an examination of their fundamental beliefs (*ibid.*). Loyola's program also "devotes a significant amount of study to Roman Catholic Christianity" (A.F., at para. 13).

[122] Paul Donovan, Loyola's Principal, testified about Loyola's in-depth approach to teaching other religions, giving examples of having a rabbi visit to discuss Judaism or an imam to discuss Islam, to aid students in "getting to know what that faith is really about". Mr. Donovan stated "that's something that we do quite regularly". Loyola's program approaches other religions by reference to the concepts of God and faith "as understood by the tradition under study itself", and to this extent Loyola takes no issue with the professional posture of objectivity that the ERC Program requires of teachers (A.F., at para. 13). As noted by Loyola's counsel in his oral submissions to this Court, "[y]ou can't teach Buddhism from the Catholic point of view" and "there is no issue with the way the program

enseignements doctrinaux portant sur l'histoire et les dogmes de l'Église catholique, une étude comparative des diverses religions dans le monde, ainsi qu'un examen d'une foule de questions relatives à l'éthique et à la morale.

(1) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative aux religions dans le monde

[121] Le volet du programme de Loyola relatif aux religions dans le monde traite du judaïsme, de l'islam, du bouddhisme, de l'hindouisme ainsi que de la spiritualité autochtone nord-américaine. Il amène en outre les élèves à se pencher sur [TRADUCTION] « la pratique religieuse, les histoires sacrées, les mythes et les rituels que l'on retrouve dans les cultures religieuses ». Dans les lettres qu'elle a échangées avec la ministre, Loyola a affirmé que son programme aborde la compréhension du phénomène religieux « d'une manière bien plus approfondie » que le programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Elle ajoute que, pour s'assurer qu'elle atteigne l'objectif de « promouvoir la tolérance et l'acceptation des autres », son programme ne se borne pas à une « simple explication » des coutumes externes des autres religions, mais comporte un examen de leurs croyances fondamentales (*ibid.*). Le programme qu'elle propose [TRADUCTION] « consacre également beaucoup de temps à l'étude du christianisme catholique romain » (m.a., par. 13).

[122] Paul Donovan, directeur de Loyola, a témoigné au sujet de la méthode d'étude approfondie des autres religions préconisée par l'établissement, en citant comme exemple le fait d'inviter un rabbin pour discuter du judaïsme ou un imam pour parler de l'islam, ce qui aide les élèves à [TRADUCTION] « mieux saisir en quoi consiste leur foi ». M. Donovan a affirmé que [TRADUCTION] « c'est une pratique courante chez nous ». Le programme de Loyola aborde les autres religions en fonction des concepts de Dieu et de la foi [TRADUCTION] « tels que les conçoit la tradition à l'étude » et, dans cette mesure, l'école ne s'oppose pas à l'attitude professionnelle d'objectivité que le programme ÉCR exige de la part des enseignants (m.a., par. 13). Comme l'avocat de l'école l'a fait observer dans sa

requires world religions to be taught" (transcript, at p. 4).

[123] Unlike its approach to teaching other religions, Loyola's method of teaching Catholicism is neither neutral nor objective, but rather takes a denominational approach. This approach aims to "provide the students with a sound formation in the basic beliefs, rituals and practices of our Faith", including "the realization that Christianity cannot remain something purely internal, but must express itself in our relationships with others and the world around us". Loyola's program "present[s] its faith in a manner where students are invited to engage with it in a living way, not merely as a subject of detached intellectual curiosity" (A.F., at para. 25), premised on the belief that in "teaching its own faith . . . it must do so from the Catholic perspective" (transcript, at p. 6).

(2) How Loyola's Proposed Program Approaches the Ethics Competency

[124] Loyola readily concedes that, as with its teaching of Catholicism within the world religions competency, the ethics competency is also taught from the Catholic perspective:

> With respect to the ethics component, its central focus is the social teaching of the Roman Catholic Church. . . . [A]s one would expect of a Jesuit school, Loyola proposes the social and ethical teachings of the Catholic Church as a basis on which students are invited to govern themselves. [A.F., at para. 13]

Loyola's program imparts a "Catholic vision" on topics such as "moral decision making, good

plaidoirie devant la Cour : [TRADUCTION] « [o]n ne peut pas enseigner le bouddhisme du point de vue catholique » et « la façon dont le programme exige que l'on enseigne les religions dans le monde ne pose pas problème » (transcription, p. 4).

[123] Contrairement à l'approche préconisée par Loyola pour enseigner les autres religions, la méthode qu'elle utilise pour enseigner le catholicisme n'est ni neutre ni objective, mais repose plutôt sur une démarche confessionnelle. Cette méthode vise à [TRADUCTION] « offrir aux élèves une solide formation en ce qui concerne les convictions, rituels et pratiques fondamentaux de notre foi » et à leur faire « comprendre que la foi chrétienne ne peut demeurer quelque chose de purement intérieur, mais qu'elle doit s'exprimer concrètement dans nos rapports avec les autres et avec le monde qui nous entoure ». Dans son programme, l'école [TRADUCTION] « présente sa religion d'une manière qui invite les élèves à s'y engager d'une manière vivante et non comme une matière à aborder avec détachement comme un objet de simple curiosité intellectuelle » (m.a., par. 25), en partant du principe que, pour [TRADUCTION] « enseigner sa propre religion [. . .], elle doit le faire selon la perspective catholique » (transcription, p. 6).

(2) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence en éthique

[124] Loyola admet volontiers que, tout comme dans le cas de l'enseignement du catholicisme dans le cadre de la compétence relative aux religions dans le monde, la compétence en éthique est enseignée du point de vue catholique :

> [TRADUCTION] En ce qui concerne le volet éthique, il est essentiellement axé sur l'enseignement social de l'Église catholique romaine. [. . .] [C]omme on peut s'y attendre de la part d'un établissement d'enseignement jésuite, Loyola propose les enseignements sociaux et éthiques de l'Église catholique comme cadre de référence à partir duquel les élèves sont invités à régler leur conduite. [m.a., par. 13]

Le programme proposé vise à transmettre une « vision catholique » sur des sujets tels que [TRADUCTION]

conscience-in-action, justice, honesty, respect for persons, respect for creation, reverence for human life, compassion, sexuality, and peacemaking".

[125] However, while the Catholic perspective on ethical issues is given prominence, Loyola's program also includes "[e]xploration of ethical systems as understood by various religions and non-religious value systems". Described in its August 25 submission to the Minister, Loyola's program would have students [TRANSLATION] "explor[e] a range of ethical systems, beliefs and practices", and would encourage them "to think critically" (application judge's reasons, at para. 38). As further clarified in this appeal:

> . . . on all significant ethical questions, students are required to understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints. . . .
>
> [T]hey are free to criticise the position of the Catholic Church on any given issue and will be graded on the basis of the quality of their reasoning, not on the basis of adherence to the Catholic position in preference to other positions. [A.F., at para. 13]

In all aspects of Loyola's program, including the ethics competency, [TRANSLATION] "the goal of teaching respect for all, regardless of our individual beliefs or customs, is of crucial importance", informed by "our ethical ideal . . . not simply to 'tolerate' others but indeed to 'love' others, as our Christian faith teaches us" (application judge's reasons, at para. 38).

(3) How Loyola's Proposed Program Approaches the Dialogue Competency

[126] None of Loyola's submissions to the Minister explicitly include the word "dialogue", and this was one of the justifications cited by the Minister in denying Loyola's request for an exemption.

« les choix moraux, la sagesse dans l'action, la justice, l'honnêteté, le respect d'autrui, le respect envers la création, le respect pour la vie humaine, la compassion, la sexualité et la recherche de la paix ».

[125] Toutefois, bien qu'il accorde la préséance à la perspective catholique en ce qui a trait aux questions d'éthique, le programme proposé prévoit également [TRADUCTION] « une exploration des systèmes d'éthique tels que les conçoivent diverses religions et systèmes de valeurs non religieux ». Selon la description qu'en donne la lettre du 25 août envoyée par l'école à la ministre, ce programme inviterait les élèves à « explore[r] un éventail de systèmes d'éthique, de croyances et de pratiques » et les inciterait « à penser de manière critique » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Comme il a été précisé dans le cadre du présent pourvoi :

> [TRADUCTION] . . . sur toutes les questions d'éthique importantes, les élèves sont tenus de comprendre non seulement la position de l'Église catholique romaine, mais également celles de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée . . .
>
> [I]ls sont libres de critiquer la position de l'Église catholique sur toute question et ils sont évalués en fonction de la qualité de leur raisonnement et non d'après leur adhésion à la position catholique plutôt qu'à une autre position. [m.a., par. 13]

Sur tous les aspects du programme d'études de Loyola, y compris la compétence en éthique, « le but d'enseigner le respect de tous, peu importe nos croyances ou coutumes individuelles, demeure d'une importance primordiale pour nous » et repose sur « notre idéal d'éthique [qui] n'est pas simplement de "tolérer" les autres, mais bien "d'aimer" les autres, comme nous l'enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

(3) Façon dont le programme proposé par Loyola aborde la compétence relative au dialogue

[126] Nulle part dans ses observations à la ministre Loyola ne mentionne expressément le mot « dialogue », et c'est une des raisons invoquées par la ministre dans la lettre signée par sa représentante

However, looking at the materials in context and in their entirety, it is evident that the proposed program contemplates more than students passively listening to a teacher's lecture. The program summary uses active verbs like "students explore" and "[s]tudents examine". Loyola's second letter to the Minister stated that [TRANSLATION] "[w]e have always encouraged our students to think critically, to obtain information, to be aware of the principal ethical issues and to examine popular beliefs and practices" (application judge's reasons, at para. 38). The application judge had no difficulty making the following finding of fact:

[TRANSLATION] In the ERC program, dialogue is defined as consisting of two interactive dimensions, that is, individual deliberation and the exchange of ideas with others.

A simple reading of [Loyola's program summary], supplemented by [Loyola's correspondence with the Minister], unequivocally confirms that the program dispensed by Loyola contains these two dimensions. [Emphasis added; paras. 150-51.]

(4) Does Loyola's Proposed Program Conform to the Objectives of the ERC Program?

[127] In his reasons for judgment, the application judge concluded that

[TRANSLATION] Loyola's program is comparable to the ERC program established by the Minister. . . . [T]eaching . . . Loyola's program in accordance with the Catholic faith does not change its nature or make it lose its status as an equivalent program.

The cultural approach advocated in the ERC program is in no way incompatible or irreconcilable with the denominational approach required by Loyola's religious precepts. [paras. 182-83]

In our view, this finding was open to the application judge, and we see no reason to interfere with it. While Loyola's alternative could perhaps have been more clearly presented in the initial submissions to the Minister, the contours of the program have

pour refuser la demande d'exemption. Toutefois, lorsqu'on examine les documents dans leur contexte et dans leur intégralité, on constate que le programme proposé ne se borne pas à envisager un scénario dans lequel les élèves écouteraient passivement un cours magistral donné par un enseignant. Le résumé du programme emploie des verbes actifs tels que [TRADUCTION] « les élèves explorent » et « les élèves examinent ». La deuxième lettre adressée par Loyola à la ministre précise en outre que : « [n]ous avons toujours encouragé nos élèves à penser de manière critique, à s'informer, à être au courant des principales questions d'éthique et à questionner et examiner les croyances et pratiques populaires » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38). Le juge saisi de la demande n'a d'ailleurs pas eu de mal à tirer la conclusion de fait suivante :

Dans le programme ECR, le dialogue est défini comme comportant deux dimensions interactives, à savoir la délibération intérieure et l'échange d'idées avec les autres.

Une simple lecture [du résumé du programme], complétée par les [lettres échangées entre Loyola et la ministre] confirme sans équivoque que le programme offert par Loyola comporte ces deux dimensions. [Nous soulignons; par. 150-151.]

(4) Le programme proposé par Loyola est-il conforme aux objectifs du programme ÉCR?

[127] Dans ses motifs de jugement, le juge saisi de la demande a conclu que

le programme de Loyola est comparable au programme ECR établi par le ministre. L'enseignement de ce programme suivant la confession catholique n'en change pas la nature et ne peut faire perdre le statut d'équivalent au programme de Loyola.

L'approche culturelle préconisée par le programme ECR n'est aucunement incompatible ni inconciliable avec l'approche confessionnelle requise par les préceptes religieux de Loyola. [par. 182-183]

À notre avis, le juge saisi de la demande était justifié de tirer cette conclusion et nous ne voyons aucune raison d'intervenir à l'égard de cette dernière. Même si Loyola aurait peut-être pu présenter son programme de remplacement de façon plus claire dans

been fleshed out more fully in testimony heard before the application judge and in Loyola's submissions on appeal. At its most general level, the program takes the following form: (1) regarding the world religions competency, Loyola will teach Catholicism from the Catholic perspective, but will teach other religions objectively, respectfully and with reference to religious precepts as understood by those other faiths themselves; (2) regarding the ethics competency, Loyola will emphasize the Catholic point of view on ethical questions, but will ensure all ethical points are presented on any given issue, and will welcome disagreement from students on Catholic moral teachings; and (3) regarding the dialogue competency, Loyola will encourage students to think critically and engage with their teachers and with each other in exploring the topics covered in the program.

les premières communications qu'elle a échangées avec la ministre, les paramètres du programme ont été expliqués plus en détail dans des témoignages que le juge saisi de la demande a entendus ainsi que dans les arguments présentés par l'école dans le cadre de l'appel. Du point de vue le plus général, le programme proposé se présente sous la forme suivante : (1) en ce qui concerne la compétence relative aux religions dans le monde, l'école enseignerait le catholicisme du point de vue catholique, mais les autres religions de façon objective, avec respect et en présentant les préceptes religieux tels que les conçoivent les autres religions en question; (2) en ce qui concerne la compétence en éthique, l'école insisterait sur le point de vue catholique pour ce qui est des questions d'éthique, mais s'assurerait que tous les points de vue éthiques seraient présentés sur un sujet donné et accepterait volontiers que les élèves soient en désaccord avec les enseignements moraux de l'Église catholique; (3) en ce qui a trait à la compétence relative au dialogue, l'école encouragerait les élèves à penser de manière critique et à échanger avec leurs enseignants et entre eux lorsqu'ils exploreraient les thèmes abordés par le programme.

[128] As is apparent, Loyola's program departs from the generic ERC Program in two key respects. First, Loyola proposes to teach Catholicism from the Catholic perspective. Second, while ensuring that all ethical points are presented and encouraging students to think critically, Loyola proposes an approach that emphasizes the Catholic point of view when discussing ethical questions. In both respects, Loyola's teachers would depart from the strict neutrality required under the ERC Program.

[128] Comme on le constate, le programme proposé s'écarterait du programme ÉCR de référence sous deux aspects essentiels. En premier lieu, Loyola propose d'enseigner le catholicisme selon la perspective catholique. En second lieu, tout en s'assurant que toutes les questions d'éthique seraient présentées et en encourageant les élèves à penser de manière critique, elle propose une démarche qui insisterait sur le point de vue catholique lorsque les questions d'éthique seraient examinées. Sous ces deux rapports, les enseignants de Loyola s'écarteraient de la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR.

[129] Justice Abella notes in her reasons that "the normative core of Loyola's proposed curriculum is the doctrine and belief system of the Catholic Church" (para. 25). This may be true, but it doesn't tell the whole story. Surrounding that normative core is a rich and full exploration of non-Christian religious beliefs, and of ethical perspectives that do

[129] La juge Abella fait observer, dans ses motifs, que « [l']essence normative [du programme d'études proposé] correspond à la doctrine et aux croyances de l'Église catholique » (par. 25). C'est peut-être vrai, mais cela ne rend pas compte de l'ensemble de la réalité. Cette essence normative s'accompagne d'une étude approfondie et exhaustive de

not mirror Catholic moral teachings. Leaders from other religious communities are welcomed into the classroom to ensure a robust understanding of other faiths and traditions, beyond the neutral description of religious customs and practices envisioned by the ERC Program. Students are allowed, even encouraged, to critique Catholic moral teachings. There is nothing to suggest Loyola's proposal is in any way ill suited to achieve the two key objectives of the ERC Program: recognition of others and the pursuit of the common good. Nor does it fail to address the competencies of understanding religion, reflecting on ethical questions, and engaging in dialogue.

convictions religieuses non chrétiennes et de perspectives éthiques qui ne correspondent pas aux enseignements moraux catholiques. Des représentants d'autres communautés de croyants seraient invités à prendre la parole en salle de classe pour permettre aux élèves d'acquérir une compréhension solide des autres fois et traditions — en offrant davantage qu'une description neutre des coutumes et des pratiques religieuses prévue par le programme ÉCR. Les élèves seraient autorisés, voire encouragés, à critiquer les enseignements moraux catholiques. Rien ne permet de penser que la proposition de Loyola serait de quelque façon que ce soit mal adaptée pour permettre de réaliser les deux objectifs essentiels du programme ÉCR : la reconnaissance de l'autre et la poursuite du bien commun. On ne peut pas non plus lui reprocher de ne pas traiter des compétences relatives à la compréhension du phénomène religieux, à la réflexion sur des questions d'éthique et à la pratique du dialogue.

E. *Analysis of Loyola's Religious Freedom Claim*

E. *Analyse de l'argument relatif à la liberté de religion de Loyola*

[130] Loyola challenges the Minister's denial of an exemption from the ERC Program as an infringement of its religious freedom. As we have explained, Loyola is entitled to the freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter*. This is not to say that the religious freedoms of other actors are not implicated by the Minister's denial. To the extent that the ERC Program would require Loyola's teachers to express a neutral viewpoint on religious matters, their religious freedom may be at issue. The religious freedom of the parents of Loyola's students may be implicated, as they have the right to seek moral and religious education for their children. Perhaps even the religious freedom of Loyola's students themselves is raised by the denial of an exemption for Loyola to implement its alternative program.

[130] Loyola conteste le refus de la ministre de l'exempter du programme ÉCR en affirmant qu'il s'agit d'une atteinte à sa liberté de religion. Comme nous l'avons déjà expliqué, Loyola a droit à la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Cela ne veut toutefois pas dire que le refus de la ministre n'a pas d'incidence sur la liberté de religion d'autres intervenants. Dans la mesure où le programme ÉCR obligerait les enseignants de cette école à exprimer un point de vue neutre sur des questions religieuses, leur liberté de religion pourrait être en jeu. La liberté de religion des parents des élèves de Loyola pourrait également être touchée, car ils ont le droit d'assurer l'éducation morale et religieuse de leurs enfants. Le refus d'exempter Loyola pour lui permettre d'enseigner son propre programme de remplacement pourrait même avoir des incidences sur la liberté de religion de ses élèves.

[131] It is not necessary to conclusively decide these matters. Deciding the case on the basis of the religious freedom of Loyola itself is sufficient to dispose of this appeal. Similarly, it is not necessary

[131] Il n'est toutefois pas nécessaire de régler définitivement ces questions. La liberté de religion de Loyola elle-même suffit pour trancher le présent pourvoi. Il n'est pas nécessaire non plus de se

to consider whether any different analysis or result would arise under s. 3 of the *Quebec Charter*.

(1) The Extent of Religious Freedom Under Section 2(*a*) of the *Charter*

[132] The freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter* is not limited to religious belief, worship and the practice of religious customs. Rather, it extends to conduct more readily characterized as the propagation of, rather than the practice of, religion. As this Court held in *Big M*, "[t]he essence of the concept of freedom of religion" includes "the right to manifest religious belief . . . by teaching and dissemination" (p. 336). Thus, Loyola's expressed desire to teach its curriculum in accordance with Catholic beliefs falls within the scope of s. 2(*a*)'s protection.

[133] *Big M* also affirms that the interpretation of the religious freedom guarantee should be "a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection" (p. 344).

(2) Did the Minister's Decision Infringe Loyola's Rights Under Section 2(*a*) of the *Charter*?

[134] In *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, [2006] 1 S.C.R. 256, — another case involving religious freedom in the education context — this Court restated the test for determining whether the rights guaranteed by s. 2(*a*) have been infringed:

> . . . in order to establish that his or her freedom of religion has been infringed, the claimant must demonstrate (1) that he or she sincerely believes in a practice or belief that has a nexus with religion, and (2) that the impugned conduct of a third party interferes, in a manner that is non-trivial or not insubstantial, with his or her ability to act in accordance with that practice or belief. [para. 34]

demander si l'art. 3 de la *Charte québécoise* mènerait à une analyse ou à un résultat différent.

(1) Portée de la liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte*

[132] La liberté de religion protégée par l'al. 2*a*) de la *Charte* ne se limite pas aux convictions religieuses, au culte et à la pratique de coutumes religieuses. En effet, elle englobe des actes qui participent davantage de la propagation de la foi que de la pratique religieuse. Comme la Cour l'a affirmé dans *Big M*, « [l]e concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme [. . .] le droit de manifester ses croyances religieuses [. . .] par leur enseignement et leur propagation » (p. 336). Ainsi, la volonté déclarée de Loyola d'enseigner son programme d'études en conformité avec ses convictions catholiques relève du champ de la protection conférée par l'al. 2*a*).

[133] L'arrêt *Big M* confirme également que l'interprétation du droit à la liberté de religion « doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte* » (p. 344).

(2) La décision de la ministre a-t-elle porté atteinte aux droits garantis à Loyola par l'al. 2*a*) de la *Charte*?

[134] Dans l'arrêt *Multani c. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 CSC 6, [2006] 1 R.C.S. 256, — une autre affaire portant sur la liberté de religion dans le domaine de l'éducation —, la Cour a reformulé le critère permettant de déterminer s'il y a eu atteinte aux droits garantis par l'al. 2*a*) :

> . . . pour démontrer l'existence d'une atteinte à sa liberté de religion, le demandeur doit établir (1) qu'il croit sincèrement à une pratique ou à une croyance ayant un lien avec la religion, et (2) que la conduite qu'il reproche à un tiers nuit d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à sa capacité de se conformer à cette pratique ou croyance. [par. 34]

(a) *Applying the Legal Test to an Organizational Claimant*

[135] As we have explained, the religious freedom guarantee contained in the *Charter* protects not only natural persons but also certain legal persons such as Loyola. The Attorney General of Quebec argued against this result, in part because an organization lacks the capacity for abstract thought and emotion and therefore cannot *believe* in something. While we are not persuaded that this precludes extending s. 2(*a*) to cover certain categories of organizations, we recognize that where the claimant is an organization rather than an individual, the "sincerity of belief" inquiry required by our jurisprudence poses some difficulties. The existing test need not be abandoned, but a few clarifications are warranted.

[136] The two-part test for determining whether a claimant's freedom of religion under s. 2(*a*) has been infringed was first set down in *Amselem*. That case offers considerable guidance on how to determine a claimant's sincerity of belief:

> Assessment of sincerity is a question of fact that can be based on several non-exhaustive criteria, including the credibility of a claimant's testimony . . ., as well as an analysis of whether the alleged belief is consistent with his or her other current religious practices. It is important to underscore, however, that it is inappropriate for courts rigorously to study and focus on the past practices of claimants in order to determine whether their current beliefs are sincerely held. Over the course of a lifetime, individuals change and so can their beliefs. Religious beliefs, by their very nature, are fluid and rarely static. [Emphasis added; para. 53.]

In brief compass, courts are counseled to determine sincerity of belief based on the credibility of a claimant's testimony, and whether the claimed belief is consistent with his or her current religious practices, while being mindful that these criteria are

a) *Application du test juridique à une organisation demanderesse*

[135] Comme nous l'avons déjà expliqué, la liberté de religion garantie par la *Charte* protège non seulement les personnes physiques, mais également certaines personnes morales comme Loyola. Le procureur général du Québec s'est opposé à ce résultat en faisant valoir notamment qu'une organisation n'est pas en mesure de formuler une pensée abstraite ou de ressentir des émotions et qu'elle ne peut donc pas *croire* en quelque chose. Bien que nous ne soyons pas convaincus que cela empêche d'étendre la protection conférée par l'al. 2*a*) à certaines catégories d'organisations, nous reconnaissons que, lorsque le demandeur est une organisation plutôt qu'une personne physique, l'analyse de la « sincérité de la croyance » exigée par notre jurisprudence pose certains problèmes. Il n'y a pas lieu pour autant de renoncer au test actuel, mais certaines clarifications s'imposent.

[136] C'est dans *Amselem* qu'a été énoncé pour la première fois le test à deux volets permettant de déterminer s'il a été porté atteinte au droit à la liberté de religion d'un demandeur protégée par l'al. 2*a*). Cet arrêt fournit des indications fort utiles pour juger de la sincérité des croyances d'un demandeur :

> L'appréciation de la sincérité est une question de fait qui repose sur une liste non exhaustive de critères, notamment la crédibilité du témoignage du demandeur [. . .] et la question de savoir si la croyance invoquée par le demandeur est en accord avec les autres pratiques religieuses courantes de celui-ci. Cependant il est important de souligner qu'il ne convient pas que le tribunal analyse rigoureusement les pratiques antérieures du demandeur pour décider de la sincérité de ses croyances courantes. Tout comme une personne change au fil des ans, ses croyances peuvent elles aussi changer. De par leur nature même, les croyances religieuses sont fluides et rarement statiques. [Nous soulignons; par. 53.]

En résumé, les tribunaux sont invités à juger de la sincérité de la croyance en se fondant sur la crédibilité du témoignage du demandeur et en se demandant si sa croyance invoquée est en accord avec ses pratiques religieuses courantes. Ils doivent, en outre,

non-exhaustive. In the context of an individual, a rigorous scrutiny of *past* practices is disfavoured, because religious beliefs frequently evolve over time.

[137] Determining which indicators are relevant is necessarily influenced by the facts of each case, and will depend on the specific claimant and the specific religious practice or belief that is at issue. Ultimately, a court's inquiry is not aimed at exposing the breadth and depth of a person's religious convictions to judicial scrutiny. The goal is more practical and limited: ". . . the court's role in assessing sincerity is intended only to ensure that a presently asserted religious belief is in good faith, neither fictitious nor capricious, and that it is not an artifice" (*Amselem*, at para. 52).

[138] There is no reason why the expressed belief of an organization cannot be examined to ensure it is made in good faith and is neither a fiction nor an artifice. We have already concluded that, as a threshold matter, an organization seeking to assert a religious freedom claim under the *Charter* must at a minimum demonstrate that its purpose is primarily religious, and that it operates in accordance with this purpose. Rather than demonstrating a sincere belief — which we readily concede a mere *legal* person is incapable of doing — an organizational claimant must show that the claimed belief or practice is consistent with both the purpose and operation of the organization.

[139] In evaluating this consistency between the claimed belief or practice and the organization's purpose and operation, the same non-exhaustive criteria from *Amselem* can be relied on. While an organization itself cannot testify, the credibility of officials and representatives who give testimony on the organization's behalf will form part of the assessment. Objective indicators will perhaps play a more prominent role. It is proper to assess the claimed belief or practice in light of objective facts such as the organization's other practices, policies

rester conscients du fait que ces critères ne sont pas exhaustifs. Dans le cas d'une personne physique, un examen rigoureux des pratiques *antérieures* est déconseillé, car il arrive souvent que les croyances religieuses des individus évoluent au fil du temps.

[137] La détermination des indicateurs pertinents est nécessairement influencée par les faits de l'espèce et varie selon le demandeur et les pratiques ou les croyances religieuses en cause. En fin de compte, l'analyse à laquelle le tribunal procède ne vise pas à soumettre à un examen judiciaire rigoureux l'ampleur et la profondeur des convictions religieuses de l'intéressé. L'objectif est plus pratique et plus circonscrit : « . . . dans l'appréciation de la sincérité, le tribunal doit uniquement s'assurer que la croyance religieuse invoquée est avancée de bonne foi, qu'elle n'est ni fictive ni arbitraire et qu'elle ne constitue pas un artifice » (*Amselem*, par. 52).

[138] Rien n'empêche d'examiner la croyance exprimée par une organisation pour s'assurer qu'elle est avancée de bonne foi et qu'elle n'est pas fictive et ne constitue pas un artifice. Nous avons déjà conclu que, dans un premier temps, l'organisation qui cherche à revendiquer le droit à la liberté de religion protégée par la *Charte* doit à tout le moins démontrer que sa mission est d'abord et avant tout religieuse et que ses activités sont conformes à cette mission. Au lieu de démontrer la sincérité de ses croyances — ce que, comme nous l'admettons sans peine, une simple société est incapable de faire —, l'organisation demanderesse doit démontrer que la croyance ou la pratique qu'elle revendique s'accorde tant avec sa mission qu'avec ses activités.

[139] Pour apprécier la conformité de la croyance ou de la pratique invoquée avec la mission et les activités de l'organisation, le tribunal peut se fonder sur les mêmes critères non exhaustifs que ceux énoncés dans l'arrêt *Amselem*. Bien qu'une organisation ne puisse elle-même témoigner, la crédibilité des dirigeants et des représentants qui témoigneront en son nom fera partie de cette analyse. Des indicateurs objectifs joueront peut-être un rôle plus important. Il convient d'évaluer la croyance ou la pratique revendiquées à la lumière de faits objectifs tels que

and governing documents. The beliefs and practices of an organization may also reasonably be expected to be more static and less fluid than those of an individual. Therefore, inquiry into past practices and consistency of position would be more relevant than in the context of a claimant who is a natural person.

[140] The two-part test from *Amselem* and *Multani*, modified to apply to an organization, yields the following questions: (1) Is Loyola's claimed belief that it must teach ethics and its own religion from the Catholic perspective consistent with its organizational purpose and operation? (2) Does the Minister's decision to deny Loyola an exemption from the ERC Program interfere with Loyola's ability to act in accordance with this belief, in a manner that is more than trivial or insubstantial? We are guided by the extensive findings of fact made by the application judge in answering both of these questions.

(b) *Loyola's Religious Beliefs Are Consistent With Its Organizational Purpose and Operation*

[141] This is not a case where the assessment of consistency is difficult, or where there is a reasonable concern that the expressed belief is made in bad faith or for an ulterior purpose. The application judge made strong findings of fact, amply supported by the record before him:

[TRANSLATION] In the present case, the evidence is clear and uncontradicted. Loyola and its members, including Principal Donovan and President Fr. Brennan, are sincerely convinced that, to accomplish their mission as a Catholic educational institution, Loyola must teach ERC with its own program and according to the precepts of the Catholic religion.

The testimony of Loyola's principal, Mr. Donovan, was unequivocal. The ten principles explained in the

les autres pratiques de l'organisation, ses politiques et ses documents constitutifs. On peut également raisonnablement s'attendre à ce que les croyances et les pratiques d'une organisation soient plus statiques et moins fluides que celles d'une personne physique. L'examen des pratiques antérieures et de la constance des positions jouerait donc un rôle plus important dans le cas d'une organisation que dans celui d'une personne physique.

[140] Voici les questions que l'on obtient en modifiant le test à deux volets des arrêts *Amselem* et *Multani* pour l'appliquer à une organisation : (1) La croyance de Loyola suivant laquelle elle doit enseigner l'éthique et sa propre religion selon la perspective catholique est-elle conforme à sa mission et à ses activités? (2) La décision de la ministre de refuser de lui accorder une exemption du programme ÉCR nuit-elle d'une manière plus que négligeable ou insignifiante à la capacité de Loyola de se conformer à cette croyance? Nous répondrons à ces deux questions en nous fondant sur les conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande.

b) *Les croyances religieuses de Loyola sont conformes à sa mission et à ses activités*

[141] Il ne s'agit pas d'une cause dans laquelle l'appréciation de la conformité pose problème ou dans laquelle il y a raisonnablement lieu de s'inquiéter de ce que la croyance est exprimée de mauvaise foi ou dans un but inavoué. Le juge saisi de la demande a d'ailleurs tiré à cet égard de solides conclusions de fait qui étaient amplement étayées par le dossier dont il disposait :

En l'occurrence, la preuve est claire et non contredite. Loyola et ses membres, dont le directeur, Donovan, et son président, le Révérend Brennan, sont sincèrement convaincus que pour réaliser leur mission en tant qu'établissement d'enseignement confessionnel catholique, Loyola doit enseigner la matière ECR avec son propre programme et selon les préceptes de la religion catholique.

Le témoignage du principal de Loyola, monsieur Donovan, est sans équivoque. Les 10 principes qui sont

booklet "What makes a Jesuit High School Jesuit?" are present in all the activities of the school and in the teaching of all the courses, not only the religion course. The precepts of the Catholic religion are omnipresent at Loyola. [paras. 265-66]

[142] The application judge heard testimony from senior officials within Loyola's organization, and found it to be credible. He also considered objective evidence, including a comparison of Loyola's present classroom practices with the underlying principles of Jesuit education. Loyola's claimed belief was not contested by the Attorney General of Quebec. Accordingly, we see no reason to disturb the application judge's factual findings.

(c) *The Minister's Decision Substantially Interferes With Loyola's Ability to Act in Accordance With Its Religious Beliefs*

[143] Having found that Loyola's belief in its religious obligation to teach Catholicism and ethics from a Catholic perspective is consistent with its organizational purpose and operation, it is evident that the Minister's denial of an exemption from the ERC Program — which has the effect of requiring Loyola to teach its entire ethics and religion program from a neutral, secular perspective — infringes Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

[144] Again, this conclusion is compelled by the application judge's extensive findings of fact. After hearing testimony from Loyola's principal, as well as experts in theology, religion, and philosophy, he determined that [TRANSLATION] "the ERC program is incompatible with a Catholic education", and that "Loyola would violate the fundamental and mandatory laws of the Catholic Church that govern it by teaching the ERC subject with the program established by the Minister" (paras. 55 and 61). The application judge concluded that "the Minister's decision, both intrinsically and through its effects, interferes with the freedom of religion guaranteed

exposés dans le livret « What makes a Jesuit High School Jesuit? » sont présents dans toutes les activités de l'école et dans l'enseignement de tous les cours et non pas seulement dans l'enseignement du cours de religion. Les préceptes de la religion catholique sont omniprésents au sein de Loyola. [par. 265-266]

[142] Le juge saisi de la demande a entendu et jugé crédibles les témoignages livrés par des cadres supérieurs de l'école. Il a également examiné des éléments de preuve objectifs, notamment une comparaison entre les pratiques actuelles utilisées en classe par l'école et les principes fondamentaux d'une éducation jésuite. Par ailleurs, le procureur général du Québec n'a pas contesté la croyance revendiquée par Loyola. Nous ne voyons donc aucune raison de modifier les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande.

c) *La décision de la ministre entrave substantiellement la capacité de Loyola de se conformer à ses croyances religieuses*

[143] Comme nous avons conclu que la croyance de Loyola suivant laquelle elle est tenue, sur le plan religieux, d'enseigner le catholicisme et l'éthique selon une perspective catholique est conforme à sa mission et à ses activités, force est de constater que le refus de la ministre d'exempter cet établissement du programme ÉCR — qui a pour effet de l'obliger à enseigner son programme d'éthique et de religion d'un point de vue neutre et non confessionnel — porte atteinte à sa liberté de religion en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

[144] Encore une fois, cette conclusion s'impose compte tenu des conclusions de fait détaillées tirées par le juge saisi de la demande. Après avoir entendu le témoignage du directeur de l'école, ainsi que celui d'experts en théologie, en religion et en philosophie, le juge saisi de la demande a conclu que « le programme ECR est incompatible avec l'enseignement confessionnel catholique » et que l'école « Loyola enfreindrait les règles fondamentales et obligatoires de l'Église catholique qui [la] régissent en enseignant la matière ECR avec le programme établi par la ministre » (par. 55 et 61). À son avis, « la décision de la ministre, tant intrinsèquement que

to Loyola" (para. 289). These findings are in accordance with the evidence presented, much of which was not contested by the Attorney General of Quebec.

[145] We conclude that the Minister's decision limited Loyola's freedom of religion in violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

(3) Is the Minister's Decision Justified by Section 1 as a Reasonable Limit on Loyola's Religious Freedom?

[146] As discussed earlier, the core issue on this appeal is whether the Minister's insistence on a purely secular program of study to qualify for an exemption limited Loyola's right to religious freedom no more than reasonably necessary to achieve the ERC Program's goals. The government bears the burden of showing this. If it fails to do so, the Minister's decision is unconstitutional and must be set aside.

[147] The Minister denied Loyola's request for an exemption from the generic ERC Program after department staff conducted an analysis of Loyola's proposed program to determine whether it was equivalent. This analysis was conducted in accordance with a direction from Jacques Pettigrew, a senior civil servant, that for a course to have an equivalent approach to the ERC Program it must be [TRANSLATION] "cultural and non-denominational" (application judge's reasons, at para. 94). Although the refusal letter to Loyola cited a variety of justifications, it is apparent that, at its core, the Minister's denial flowed from this definition of "equivalent".

[148] In our view, there is nothing inherent in the ERC Program's objectives (recognition of others and pursuit of the common good) or competencies (world religions, ethics, and dialogue) that requires

par ses effets, porte atteinte à la liberté de religion garantie à Loyola » (par. 289). Ces conclusions s'accordent avec la preuve présentée, preuve que le procureur général du Québec n'a, pour l'essentiel, pas contestée.

[145] Nous concluons donc que la décision de la ministre a restreint la liberté de religion de Loyola en contravention de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

(3) La décision de la ministre est-elle justifiée au regard de l'article premier en tant que limite raisonnable imposée à la liberté de religion de Loyola?

[146] Comme nous l'avons vu, le présent pourvoi pose essentiellement la question de savoir si l'insistance de la ministre sur la nécessité que le programme d'études soit purement laïque pour qu'une exemption puisse être accordée ne restreint le droit à la liberté de religion de Loyola pas plus qu'il est raisonnable de le faire pour atteindre les objectifs du programme ÉCR. C'est au gouvernement d'en faire la preuve, à défaut de quoi la décision de la ministre est inconstitutionnelle et doit être annulée.

[147] La ministre a refusé la demande présentée par Loyola en vue d'être exemptée de l'obligation d'enseigner le programme ÉCR de référence, et ce, après que le personnel de son ministère eut procédé à une analyse du programme proposé pour déterminer s'il s'agissait d'un programme équivalent. Cette analyse a été menée conformément à une directive de M. Jacques Pettigrew, un haut fonctionnaire, suivant laquelle l'approche d'un cours devait être « culturelle et non confessionnelle » pour être considérée équivalente à celle du programme ÉCR (motifs du juge saisi de la demande, par. 94). Bien que la lettre adressée à Loyola ait cité diverses raisons pour justifier le refus, il est clair que, essentiellement, ce refus de la ministre s'explique par cette définition du terme « équivalent ».

[148] À notre avis, il n'y a rien d'inhérent aux objectifs du programme ÉCR (reconnaissance des autres et poursuite du bien commun) ou aux compétences qu'il vise à inculquer aux élèves (religions

a cultural and non-denominational approach. As we noted earlier in discussing the legislative and regulatory scheme, the intention of the government was to allow religious schools to teach the ERC Program without sacrificing their own religious perspectives. This goal is entirely realistic. A program of purely denominational instruction designed primarily to indoctrinate students to the correctness of certain religious precepts would not achieve the objectives of the ERC Program; however, a balanced curriculum, taught from a religious perspective but with all viewpoints presented and respected could, in our view, serve as an equivalent to the ERC Program. To the extent Loyola's proposal meets these criteria, it should not have been rejected out of hand.

dans le monde, éthique et dialogue) qui exige que l'on adopte une démarche culturelle et non confessionnelle. Comme nous l'avons déjà fait observer lors de notre examen du régime législatif et réglementaire, l'intention du gouvernement était de permettre aux établissements d'enseignement confessionnels d'offrir le programme ÉCR sans sacrifier pour autant leurs propres conceptions religieuses. Cet objectif est tout à fait réaliste. Un programme d'enseignement purement confessionnel conçu d'abord et avant tout pour inculquer aux élèves certains préceptes religieux n'atteindrait pas les objectifs du programme ÉCR; toutefois, un ensemble de matières équilibré enseigné d'un point de vue religieux, mais qui présenterait et respecterait tous les points de vue, pourrait, à notre avis, constituer un cours équivalent au programme en cause. Dans la mesure où la proposition de Loyola satisfait à ces critères, elle n'aurait pas dû être rejetée d'emblée.

[149] And yet it was, because the Minister premised her denial on the flawed determination that only a cultural and non-denominational approach could serve as equivalent. This effectively negated the flexible approach contemplated by the legislative and regulatory scheme, and set a standard that would tolerate no more than a minimal deviation from the generic ERC Program. The application judge summarized the impossible position in which Loyola was placed:

[149] C'est pourtant le sort qui lui a été réservé, parce que la ministre a fait reposer son refus sur la prémisse erronée suivant laquelle seule une démarche culturelle et non confessionnelle pouvait être considérée comme équivalente. Cette façon de voir allait en réalité à l'encontre de la souplesse préconisée par le régime législatif et réglementaire et établissait une norme qui ne tolérait que de légères dérogations par rapport au programme ÉCR de référence. Le juge saisi de la demande a résumé la situation impossible dans laquelle Loyola était placée :

> [TRANSLATION] Loyola is placed in an untenable position because of the Minister's decision. Either Loyola dispenses the ERC course according to the Minister's program and . . . violates the supreme principles governing its freedom of religion, or it teaches the subject with its Catholic program and violates the Act. [para. 271]

> . . . Loyola est placé[e] dans une position intenable suite à la décision de la ministre : ou bien [elle] dispense le cours ECR selon le programme de la ministre, et [elle] viole alors [. . .] les principes suprêmes qui régissent sa liberté de religion, ou bien [elle] enseigne cette matière avec son programme confessionnel catholique, et alors [elle] viole la loi. [par. 271]

[150] There is unquestionably a role for the Minister to examine proposed programs on a case-by-case basis to ensure that they adequately further the objectives and competencies of the ERC Program. In certain cases, the result may be that the religious freedoms of private schools are subject to justifiable limitations. Here, however, the Minister adopted a

[150] On ne peut nier que le ministre est notamment chargé d'examiner au cas par cas les programmes proposés pour s'assurer qu'ils favorisent de façon adéquate la réalisation des objectifs du programme ÉCR et l'apprentissage des compétences qu'il vise à atteindre. Dans certains cas, il se pourrait que la liberté de religion des écoles privées fasse

definition of equivalency that essentially read this meaningful individualized approach out of the legislative and regulatory scheme. By using as her starting point the premise that only a secular approach to teaching the ERC Program can suffice as equivalent, the protection contemplated by the s. 22 exemption provision was rendered illusory.

[151] The legislative and regulatory scheme is designed to be flexible and to permit private schools to deviate from the generic ERC Program, so long as its objectives are met. The Minister's definition of equivalency casts this intended flexibility in the narrowest of terms, and limits deviation to a degree beyond that which is necessary to ensure the objectives of the ERC Program are met. This led to a substantial infringement on the religious freedom of Loyola. In short, the Minister's decision was not minimally impairing. Therefore, it cannot be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit on Loyola's s. 2(*a*) right to religious freedom.

F. *The Appropriate Scope of an Equivalent Program*

[152] The content and approach of Loyola's proposed program were not precisely framed in its initial proposal to the Minister. Rather, they have been fleshed out over the course of this litigation. Given our conclusion that the Minister's construction of the exemption provision was too narrow, we think it would be useful to outline the appropriate limits that could be placed on an equivalent program. We do so not to obviate the Minister's appropriate use of case-by-case discretion in future cases, but to guide the exercise of that discretion, while also providing finality to resolve the protracted dispute between the parties in this case.

l'objet de restrictions justifiées. En l'espèce, toutefois, la ministre a adopté une définition de l'équivalence qui a essentiellement eu pour effet de faire déborder du cadre du régime législatif et réglementaire une méthode individualisée par ailleurs valable. En utilisant comme point de départ la prémisse que seule une démarche non confessionnelle d'enseignement du programme ÉCR pouvait être considérée comme équivalente, la ministre a rendu illusoire la protection envisagée par la disposition d'exemption énoncée à l'art. 22.

[151] Le régime législatif et réglementaire est conçu pour être flexible et pour permettre aux établissements d'enseignement privés de déroger au programme ÉCR de référence à condition d'en respecter les objectifs. La définition de l'équivalence retenue par la ministre exprime la souplesse prévue par le régime réglementaire de la façon la plus restrictive possible et limite les dérogations plus qu'il n'est nécessaire de le faire pour s'assurer l'atteinte des objectifs du programme ÉCR. Cette façon de procéder s'est traduite par conséquent par une atteinte grave à la liberté de religion de Loyola. Bref, la décision de la ministre ne constituait pas une atteinte minimale. Elle ne peut donc se justifier en application de l'article premier de la *Charte* en tant que limite raisonnable au droit à la liberté de religion garantie à Loyola par l'al. 2*a*).

F. *Portée appropriée d'un programme équivalent*

[152] Le contenu et la démarche du programme proposé par Loyola n'étaient pas formulés avec précision dans la proposition initiale qui a été soumise à la ministre. Ils ont plutôt été étoffés au cours du présent litige. Compte tenu de notre conclusion suivant laquelle l'interprétation que la ministre a faite de la disposition d'exemption était trop restrictive, nous estimons qu'il serait utile de définir les limites qu'il conviendrait d'imposer à un programme équivalent. Ce faisant, nous ne cherchons pas à rendre inutile l'exercice, par le ministre, de son pouvoir discrétionnaire d'examen au cas par cas à l'avenir, mais souhaitons plutôt guider l'exercice de ce pouvoir tout en mettant un terme à ce litige qui oppose les parties depuis trop longtemps.

[153] Determining whether a proposed program is sufficiently equivalent to the generic ERC Program is a fact-based exercise, and the Minister may, in the exercise of his or her discretion, make this determination on a case-by-case basis. However, this case illustrates the difficulty that making such a determination can pose. In the course of this protracted litigation between Loyola and the government of Quebec, this Court and courts below have received extensive testimony, documentary evidence and oral submissions regarding Loyola's proposal and the objectives of the ERC Program. It is therefore appropriate to delineate rough boundaries within which Loyola's proposed alternative program must be delivered, in order to strike the balance required between Loyola's right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Charter*, and the need to meet the objectives of the ERC Program. These boundaries should also serve as general principles to guide future exercises of ministerial discretion, while recognizing that each request for an exemption must be considered individually and with regard to all of the particular circumstances.

[154] In assuring compliance with the *Charter*, an exemption must take into account the practical classroom realities posed by the ERC Program's topics. While Loyola's complaint rests on its Catholic identity, this identity has implications throughout the ERC Program. In our view, it would be insufficient to merely grant an exemption for Loyola to teach Catholicism from a Catholic perspective, while requiring an unmodified curriculum and a neutral posture in all other aspects of the program. Binding Loyola to a secular perspective at all times, other than during their discussion of the Catholic religion, offers scant protection to Loyola's freedom of religion, and would be unworkable in practice.

[153] Déterminer si un programme proposé est suffisamment équivalent au programme ÉCR de référence suppose de procéder à une analyse axée sur les faits. Pour ce faire, le ministre peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, se prononcer au cas par cas. Toutefois, la présente affaire illustre à quel point cette décision peut être difficile. Au cours de ce long procès entre Loyola et le gouvernement du Québec, la Cour et les juridictions inférieures ont entendu de nombreux témoignages, examiné une abondante preuve documentaire et pris connaissance de multiples plaidoiries au sujet du programme proposé par Loyola et des objectifs du programme ÉCR. Il convient donc de définir le cadre général à l'intérieur duquel le programme proposé comme équivalent par Loyola doit être donné pour atteindre l'équilibre requis entre, d'une part, le droit de l'école à la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et, d'autre part, la nécessité de respecter les objectifs du programme ÉCR. Tout en reconnaissant que chaque demande d'exemption doit être examinée individuellement et en tenant compte de l'ensemble des circonstances de l'espèce, nous estimons que ce cadre pourra s'avérer utile grâce aux principes généraux qu'il contient et permettra à l'avenir de guider le ministre lorsqu'il exercera son pouvoir discrétionnaire.

[154] Pour garantir la conformité à la *Charte*, une exemption doit tenir compte des réalités pratiques que comporte l'enseignement en classe des matières inscrites au programme ÉCR. Bien que la plainte formulée par Loyola repose sur son identité catholique, cette identité se répercute sur l'ensemble du programme ÉCR. À notre avis, il serait insuffisant de se contenter de dispenser l'école pour qu'elle puisse enseigner le catholicisme du point de vue catholique, tout en l'obligeant à enseigner le reste du programme sans y apporter de modifications, et en l'obligeant à faire preuve de neutralité en ce qui concerne tous les autres aspects de ce dernier. Obliger Loyola à adopter un point de vue non confessionnel en tout temps sauf lorsqu'il s'agit de discuter de la religion catholique n'offre qu'une faible protection à la liberté de religion de cet établissement et s'avérerait impossible à appliquer en pratique.

[155] Loyola proposes to teach the ethics competency in a way that recognizes its Catholic perspective. It does not want its teachers to be forced to remain neutral — or more realistically, mum — in the face of ethical positions that do not accord with the Catholic faith. Rather, Loyola proposes to have its teachers facilitate respectful and open-minded debate, where all positions are presented, but where students evaluate ethics and morals not in a vacuum but with knowledge of the Catholic perspective.

[156] Requiring Loyola's teachers to maintain a neutral posture on ethical questions poses serious practical difficulties and represents a significant infringement on how Loyola transmits an understanding of the Catholic faith. It is inevitable that ethical standards that do not comport with Catholic beliefs will be raised for discussion. Faced with a position that is fundamentally at odds with the Catholic faith, Loyola's teachers would be coerced into adopting a false and facile posture of neutrality. The net effect would be to render them mute during large portions of the ethics discussion — a discussion that is, as the ERC Program presupposes, crucial to developing a civilized and tolerant society.

[157] As an example, one can anticipate that students may wish to debate the appropriate expressions of intimacy between young people, and discuss the topic of premarital sex. It is inconceivable that a Catholic teacher could sincerely express a neutral viewpoint on this subject — nor, in our view, should he or she be required to do so. The practical effect would be the teacher's coerced silence. This silence would, however, extend only until the teacher turned to the discussion of Catholicism under the world religions competency, at which point he or she would be free to engage in an uninhibited dialogue — respectful and open to disagreement, but able to explain why such a life choice does not comport with Catholic morality. This delayed ability to express honest beliefs and actively moderate the classroom discussion does not illustrate a tolerable

[155] Loyola propose d'enseigner la compétence en éthique d'une façon qui reconnaît son point de vue catholique. Elle ne veut pas que ses enseignants soient forcés de demeurer neutres — ou de façon plus réaliste, silencieux — quant à des positions éthiques incompatibles avec la foi catholique. Elle propose plutôt de faire en sorte que ses enseignants facilitent la tenue d'un débat respectueux et ouvert, durant lequel tous les points de vue seraient présentés et les élèves examineraient l'éthique et la morale non pas en vase clos, mais en étant au courant du point de vue catholique.

[156] Obliger les enseignants de Loyola à conserver une attitude neutre sur les questions d'éthique pose de sérieuses difficultés d'ordre pratique et porte considérablement atteinte à la façon dont l'établissement transmet sa conception de la foi catholique. Il est inévitable que des normes éthiques qui ne correspondent pas aux croyances catholiques fassent l'objet d'un débat. Confrontés à des positions qui heurtent de front la foi catholique, les enseignants de Loyola se verraient forcés d'adopter une attitude de neutralité fausse et superficielle. En définitive, ils seraient ainsi réduits au silence pendant une grande partie du débat portant sur l'éthique, un débat qui, comme le programme ÉCR le présuppose, est essentiel pour développer une société civilisée et tolérante.

[157] À titre d'exemple, on peut imaginer que des élèves souhaiteraient débattre des modes d'expression appropriés de l'intimité entre jeunes et qu'ils voudraient aborder la question des relations sexuelles avant le mariage. Il est inconcevable qu'un enseignant catholique puisse exprimer sincèrement un point de vue neutre sur ce sujet et, à notre avis, on ne devrait pas l'obliger à le faire, au risque, en pratique, de le forcer à garder le silence. Il ne serait toutefois tenu au silence que jusqu'à ce qu'il fasse porter le débat sur le catholicisme sous le volet de la compétence relative aux religions dans le monde, moment à partir duquel il pourrait engager le dialogue sans contrainte — un dialogue respectueux et ouvert à la dissidence, mais où il serait en mesure d'expliquer les raisons pour lesquelles ce choix de vie n'est pas conforme à la moralité catholique. Cette

compromise between the state's interest in furthering the objectives of the ERC Program and Loyola's freedom of religion. Rather, it illustrates the unsuitability and unworkability of such a framework.

[158] As we understand Loyola's proposal, on a topic such as premarital sex, Loyola wishes to present the moral and ethical implications from a Catholic point of view. Presumably, the teacher would present a modern Catholic understanding of the subject, informed by its biblical underpinnings and supplemented by more recent theological and philosophical consideration. Loyola has also committed, however, to ensure that on every major ethical topic, students "understand not only the position of the Roman Catholic Church, but also those of all major thinkers and viewpoints" (A.F., at para. 13). In the context of this topic, Loyola's teachers would discuss with students the fact that some other religions — in fact, some strands of Christianity — do not strictly proscribe sexual intimacy between unmarried individuals. They would discuss with the students that, outside of the religious context, the dominant secular viewpoint in Western society tolerates, and even encourages sex outside of marriage. Students would be encouraged to think critically about the different views. Teachers would clearly identify the Catholic position, and the justifications for it, while respectfully considering the other points of view. If asked a question challenging the Catholic point of view, teachers would be free to answer and defend that position — again, in the context of an open-minded and respectful conversation, but one that is grounded in the inescapable reality that Loyola is a Catholic high school whose students and parents have voluntarily selected an education infused with Catholic beliefs and values.

obligation de suspendre pour un temps sa capacité d'exprimer honnêtement ses convictions et d'animer activement un débat en classe ne saurait constituer un compromis acceptable entre, d'une part, l'intérêt de l'État à promouvoir les objectifs du programme ÉCR et, d'autre part, la liberté de religion de Loyola. Elle illustre plutôt à quel point ce cadre de travail serait inadéquat et irréaliste.

[158] Si nous avons bien compris sa proposition, sur un sujet comme celui des relations sexuelles avant le mariage, Loyola souhaiterait en présenter les implications sur le plan moral et éthique du point de vue catholique. Vraisemblablement, l'enseignant présenterait une conception catholique moderne du sujet, à la lumière des fondements bibliques, en la complétant par des considérations théologiques et philosophiques plus récentes. Loyola s'est toutefois engagée aussi à s'assurer que, sur chaque grand sujet éthique, les élèves [TRADUCTION] « comprennent non seulement la position de l'Église catholique romaine, mais également celle de tous les grands penseurs et principaux courants de pensée » (m.a., par. 13). Sur le sujet en question, les enseignants de l'école discuteraient avec les étudiants du fait que certaines religions — en fait, certaines branches du christianisme — n'interdisent pas strictement l'intimité sexuelle entre les personnes non mariées. Ils discuteraient avec les élèves du fait qu'en dehors du contexte religieux, le point de vue laïque dominant dans la société occidentale tolère, voire encourage les relations sexuelles en dehors du mariage. Les élèves seraient incités à examiner de façon critique les divers points de vue. Les enseignants présenteraient clairement la position catholique et ses justifications tout en exposant de façon respectueuse les autres points de vue. Si un étudiant lui posait une question remettant en cause le point de vue catholique, l'enseignant serait libre de répondre et de défendre cette position, là encore, dans le contexte d'un dialogue ouvert et respectueux, sans jamais perdre de vue la réalité incontournable que Loyola est un collège catholique dont les élèves et les parents ont volontairement fait le choix d'une éducation imprégnée des convictions et des valeurs catholiques.

[159] Rejecting this framework and imposing a neutrality requirement on Loyola's teachers would not only prove undesirable from the perspective of religious freedom, it would also diminish the attainment of the ERC Program's own objectives. The dialogue competency requires teachers to honestly and actively participate in the classroom conversation. For Catholic teachers at a Catholic school, the forced neutral posture poses an unenviable choice: they can express a neutral (and therefore insincere) viewpoint on an ethical question that touches on a precept of the Catholic faith, or they can simply remain silent. Neither insincerity nor silence is conducive to the ERC Program's objectives of promoting individual deliberation and the exchange of ideas.

[160] There are subtle but important distinctions to make between the respectful treatment of differing viewpoints that Loyola proposes, and the strict neutrality required under the generic ERC Program, unalleviated by a s. 22 exemption. The ERC Program compels teachers to adopt a professional posture of strict neutrality, such that all points of view and all religious perspectives are presented as equally valid. The Minister's denial appears to be rooted in the assumption that this posture is vital to attaining the objectives of the ERC Program. If a religious perspective is offered, then all other viewpoints that do not conform to it will necessarily be derogated and disrespected. This position presents a false dichotomy. Loyola has strongly and repeatedly expressed that its proposed alternative program would treat other religious viewpoints with respect — going to the extent of inviting religious leaders from other faiths into the classroom to ensure students have a rich and full understanding of differing perspectives. However, requiring a religious school to present the viewpoints of other religions as equally legitimate and equally credible is incompatible with religious freedom. Indeed, presenting fundamentally incompatible religious doctrines as equally legitimate and equally credible could imply that they are both equally false. Surely

[159] Rejeter ce cadre et obliger les enseignants de Loyola à rester neutres s'avérerait non seulement peu souhaitable du point de vue de la liberté de religion, mais nuirait aussi à l'atteinte des objectifs du programme ÉCR lui-même. La compétence relative à la pratique du dialogue oblige les enseignants à participer honnêtement et activement aux discussions en classe. S'agissant d'un établissement d'enseignement catholique, l'obligation d'adopter une attitude neutre placerait les enseignants catholiques devant un choix peu enviable : ou bien ils exprimeraient un point de vue neutre — qui, par conséquent, ne serait pas sincère — sur une question éthique touchant un précepte de la foi catholique, ou bien ils garderaient le silence. Or, ni le manque de sincérité ni le silence ne favoriserait les objectifs du programme ÉCR, en l'occurrence la promotion de la réflexion chez l'individu et l'échange d'idées.

[160] Il y a de subtiles, mais importantes distinctions à faire entre le traitement respectueux des divers points de vue que propose Loyola, d'une part, et la stricte neutralité exigée par le programme ÉCR de référence en l'absence de l'exemption prévue à l'art. 22, d'autre part. Le programme ÉCR oblige les enseignants à adopter une attitude professionnelle de stricte neutralité qui fait en sorte que tous les points de vue et toutes les perspectives religieuses sont présentés sur un pied d'égalité. Le refus de la ministre semble reposer sur l'hypothèse que cette façon de faire est essentielle pour atteindre des objectifs du programme ÉCR. Si un point de vue religieux est présenté, tous les autres points de vue qui n'y sont pas conformes seraient nécessairement dénigrés et déconsidérés. Cette façon de voir repose sur une fausse dichotomie. Loyola a affirmé catégoriquement et à plusieurs reprises que le programme de remplacement qu'elle propose traiterait les autres points de vue religieux avec respect, au point d'inviter des chefs religieux d'autres confessions dans ses salles de classe pour s'assurer que les élèves acquerraient des connaissances approfondies et exhaustives sur divers points de vue. Toutefois, obliger un établissement d'enseignement confessionnel à présenter le point de vue d'autres religions comme étant tout aussi légitime et crédible

this cannot be a perspective that a religious school can be compelled to adopt.

[161] Additionally, this dichotomy does not accord with principles of interfaith cooperation and collaboration, which brings together people with deeply held commitments to their own faiths (and who therefore, by implication, have rejected other religious doctrines as "equally legitimate" or "equally credible") but who are nonetheless able to foster deep ties based on sincere mutual respect. As Loyola submitted in its letter to the Minister, [TRANSLATION] "our ethical ideal is not simply to 'tolerate' others but indeed to 'love' others, as our Christian faith teaches us" (application judge's reasons, at para. 38).

[162] With the foregoing in mind, we offer the following guidelines to delineate the boundaries of a s. 22 exemption in this case, and to inform the Minister's evaluation of future exemption applications:

- Loyola's teachers must be permitted to describe and explain Catholic doctrine and ethical beliefs from the Catholic perspective, and cannot be required to adopt a neutral position.

- Loyola's teachers must describe and explain the ethical beliefs and doctrines of other religions in an objective and respectful way.

- Loyola's teachers must maintain a respectful tone of debate — both by conveying their own

que celui de la religion au centre de sa mission serait incompatible avec la liberté de religion. En effet, présenter des doctrines religieuses fondamentalement incompatibles comme étant aussi légitimes et crédibles l'une que l'autre pourrait impliquer qu'elles sont toutes les deux également fausses. Assurément, on ne peut obliger un établissement d'enseignement confessionnel à adopter une telle perspective.

[161] De plus, cette dichotomie est incompatible avec les principes de coopération et de collaboration interconfessionnelles qui bâtissent des ponts entre des gens qui sont tous solidement engagés dans leur propre foi — et qui, par conséquent, implicitement, ont rejeté les autres doctrines religieuses qu'ils ne considèrent pas comme étant « également légitimes » ou « également crédibles » —, mais qui sont néanmoins capables de chercher à forger des liens solides fondés sur un respect mutuel sincère. Comme Loyola l'explique dans une de ses lettres à la ministre, « notre idéal d'éthique n'est pas simplement de "tolérer" les autres mais bien "d'aimer" les autres, comme nous l'enseigne notre foi chrétienne » (motifs du juge saisi de la demande, par. 38).

[162] Compte tenu de ce qui précède, nous proposons les lignes directrices suivantes pour circonscrire les limites de l'exemption prévue à l'art. 22 qui doit être accordée en l'espèce et pour guider l'évaluation que le ministre pourrait faire à l'avenir en réponse aux demandes du même type qui lui seront soumises :

- Les enseignants de Loyola seront autorisés à exposer et à expliquer la doctrine et les croyances éthiques catholiques du point de vue catholique et ne seront pas tenus d'adopter une position neutre.

- Les enseignants de Loyola devront exposer et expliquer les croyances et les doctrines éthiques des autres religions de manière objective et respectueuse.

- Les enseignants de Loyola devront s'assurer que le débat a lieu dans un climat de respect, en

contributions in a respectful way, and by ensuring the classroom dialogue proceeds in accordance with respect, tolerance and understanding for those with different beliefs and practices.

- Where the context of the classroom discussion requires it, Loyola's teachers may identify what Catholic beliefs are, why Catholics follow those beliefs, and the ways in which another specific ethical or doctrinal proposition does not accord with those beliefs, be it in the context of a particular different religion or an ethical position considered in the abstract.

- Loyola's teachers cannot be expected to teach ethics or religious doctrines that are contrary to the Catholic faith in a way that portrays them as equally credible or worthy of belief. Respect, tolerance, and understanding are all properly required, and the highlighting of differences must not give rise to denigration or derision. However, ensuring that all viewpoints are regarded as equally credible or worthy of belief would require a degree of disconnect from, and suppression of, Loyola's own religious perspective that is incompatible with freedom of religion.

G. *Remedy*

[163] We have concluded that the Minister's decision infringes Loyola's right to religious freedom under s. 2(*a*) of the *Charter*, in a manner that cannot be justified under s. 1. The Court is empowered by s. 24(1) of the *Charter* to craft an appropriate remedy in light of all of the circumstances.

[164] In *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, this Court was presented with a similar situation — an exercise of a minister's statutory

y contribuant eux-mêmes d'une façon respectueuse et en s'assurant que le dialogue en classe se déroule dans le respect, la tolérance et la compréhension pour ceux dont les croyances et les pratiques sont différentes.

- Lorsque le contexte de la discussion en classe l'exigera, les enseignants de Loyola pourront préciser en quoi consistent les convictions catholiques, les raisons pour lesquelles les catholiques y adhèrent et les raisons pour lesquelles d'autres propositions éthiques ou doctrinales précises sont incompatibles avec ces convictions, que ce soit dans le contexte d'une autre religion en particulier ou dans celui d'une position éthique considérée dans l'abstrait.

- On ne pourra s'attendre à ce que les enseignants de Loyola enseignent des doctrines éthiques ou religieuses contraires à la foi catholique en les présentant comme étant aussi crédibles ou dignes de foi que celles auxquelles ils adhèrent. Le respect, la tolérance et la compréhension sont légitimement nécessaires et le fait de faire ressortir les différences ne devra pas donner lieu au dénigrement ou à la dérision. Toutefois, le fait d'exiger que tous les points de vue soient considérés comme étant également crédibles ou dignes de foi exigerait de la part de l'école une dissociation et une suppression de sa propre perspective religieuse qui serait incompatible avec sa liberté de religion.

G. *Réparation*

[163] Nous en sommes arrivés à la conclusion que la décision de la ministre a porté atteinte au droit à la liberté de religion garanti à Loyola par l'al. 2*a*) de la *Charte* d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier. Le paragraphe 24(1) de la *Charte* habilite la Cour à déterminer la réparation appropriée compte tenu de l'ensemble des circonstances.

[164] Dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134, la Cour avait à trancher une situation semblable, en l'occurrence, une affaire où en

discretion in declining to grant an exemption, resulting in a violation of the *Charter* rights of the claimants. In that case, the Court declined to send the matter back for reconsideration by the Minister, but rather granted an order in the nature of mandamus, compelling the Minister to grant the exemption: *PHS*, at para. 150.

[165] We find it neither necessary nor just to send this matter back to the Minister for reconsideration, further delaying the relief Loyola has sought for nearly seven years. Based on the application judge's findings of fact, and considering the record and the submissions of the parties, we conclude that the only constitutional response to Loyola's application for an exemption would be to grant it. Accordingly, we would order the Minister to grant an exemption to Loyola, as contemplated under s. 22 of the regulation at issue, to offer an equivalent course to the ERC Program in line with Loyola's proposal and the guidelines we have outlined.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Borden Ladner Gervais, Montréal.

Solicitors for the respondent: Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Council of Christian Charities: Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Canadian Council of Christian Charities, Elmira, Ontario.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Evangelical Fellowship of Canada, Richmond Hill, Ontario.

exerçant le pouvoir discrétionnaire que lui conférait une loi, un ministre avait refusé d'accorder une exemption, ce qui avait entraîné une violation des droits reconnus aux demandeurs par la *Charte*. Dans cette affaire, la Cour avait refusé de renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen et avait plutôt rendu une ordonnance de la nature d'un bref de *mandamus* et forcé le ministre à accorder l'exemption demandée : *PHS*, par. 150.

[165] Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire de renvoyer l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et il ne serait pas juste de le faire puisque cela aurait pour effet de retarder encore plus la réparation que Loyola réclame depuis presque sept ans. Nous fondant sur les conclusions de fait tirées par le juge saisi de la demande et tenant compte du dossier et des observations des parties, nous concluons que la seule réponse à la demande d'exemption de l'école qui soit conforme à la Constitution consiste à lui donner une suite favorable. Par conséquent, nous sommes d'avis d'ordonner au ministre d'accorder à Loyola l'exemption prévue à l'art. 22 du règlement en cause, permettant ainsi à cet établissement d'enseignement d'offrir un programme équivalent au programme ÉCR conformément à la proposition qu'elle a soumise et aux lignes directrices que nous avons exposées.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants : Borden Ladner Gervais, Montréal.

Procureurs de l'intimé : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes : Barry W. Bussey, Elmira, Ontario; Conseil canadien des œuvres de charité chrétiennes, Elmira, Ontario.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa; Alliance évangélique du Canada, Richmond Hill, Ontario.

Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Robert E. Reynolds, Montréal; Christian Legal Fellowship, Burlington, Ontario.

Solicitors for the intervener the World Sikh Organization of Canada: Shergill & Company, Surrey.

Solicitors for the intervener the Association of Christian Educators and Schools Canada: Kuhn, Abbotsford.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, Association des parents catholiques du Québec, the Faith and Freedom Alliance and Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Faith, Fealty and Creed Society: Benefic, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Home School Legal Defence Association of Canada: Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Quebec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.

Solicitors for the interveners the Seventh-day Adventist Church in Canada and the Seventh-day Adventist Church — Quebec Conference: Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the interveners Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal and Archevêque catholique romain de Montréal: Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Robert E. Reynolds, Montréal; Alliance des chrétiens en droit, Burlington, Ontario.

Procureurs de l'intervenante World Sikh Organization of Canada : Shergill & Company, Surrey.

Procureurs de l'intervenante Association of Christian Educators and Schools Canada : Kuhn, Abbotsford.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Davies Ward Phillips & Vineberg, Montréal.

Procureurs des intervenantes la Ligue catholique des droits de l'homme, l'Association des parents catholiques du Québec, Faith and Freedom Alliance et l'Association de la communauté copte orthodoxe du grand Montréal : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Faith, Fealty and Creed Society : Benefic, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Home School Legal Defence Association of Canada : Côté Avocats Inc., Sainte-Julie, Québec; Home School Legal Defence Association of Canada, London, Ontario.

Procureurs des intervenantes l'Église adventiste du septième jour au Canada et l'Église adventiste du septième jour — Fédération du Québec : Miller Thomson, Calgary.

Procureurs des intervenants la Corporation archiépiscopale catholique romaine de Montréal et l'Archevêque catholique romain de Montréal : Famularo Fernandes Levinson Inc., Montréal.

TAB 4

Christian Heritage Party of Canada et al. v. City of Hamilton
[Indexed as: Christian Heritage Party of Canada v.Hamilton (City)]

Ontario Reports

Ontario Superior Court of Justice
Divisional Court, Mesbur, Varpio and Myers JJ.
October 4, 2018

143 O.R. (3d) 207 | 2018 ONSC 3690

2018 ONSC 3690 (CanLII)

Case Summary

Administrative law — Natural justice — City deciding to remove applicants' political advertisements from bus shelters on basis that advertisements discriminated against transgendered community — City not giving applicants opportunity to be heard before removing advertisements — City not balancing competing Charter interests as it failed to consider applicant's freedom of expression — Applicants denied natural justice — Decision quashed.

Charter of Rights and Freedoms — Freedom of expression — City deciding to remove applicants' political advertisements from bus shelters on basis that advertisements discriminated against transgendered community — City not giving applicants opportunity to be heard before removing advertisements — City not balancing competing Charter interests as it failed to consider applicant's freedom of expression — Applicants denied natural justice — Decision quashed. [page208]

The city decided to remove the applicants' political advertisements from municipal bus shelters on the basis that the advertisements discriminated against the transgendered community. The city had not received any complaints from members of the public when that decision was made, and the applicants were not consulted during the decision-making process. City council passed a resolution confirming the decision. The applicants brought an application for judicial review, seeking to quash the decision and the resolution.

Held, the application should be allowed.

The importance of freedom of expression demands that, where limits are placed upon political expression in public fora that are traditionally used for such expression, the affected parties must be heard, the relevant evidence must be considered and adequate reasons must be given. The city failed to perform the requisite balancing of *Charter* interests as it did not consider the applicants' freedom of expression at all. The applicants were denied procedural fairness.

Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration), [1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39, 174 D.L.R. (4th) 193, 243 N.R. 22, J.E. 99-1412, REJB 1999-13279, 14 Admin. L.R. (3d) 173, 1 Imm. L.R. (3d) 1, 89 A.C.W.S. (3d) 777; *Bracken v. Fort Erie (Town)* (2017), 137 O.R.

(3d) 161, [2017] O.J. No. 4655, 2017 ONCA 668, 67 M.P.L.R. (5th) 1, 42 C.C.L.T. (4th) 311, 393 C.R.R. (2d) 292, 282 A.C.W.S. (3d) 752; *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, [2012] S.C.J. No. 12, 2012 SCC 12, 428 N.R. 146, 2012EXP-1231, J.E. 2012-672, EYB 2012-203967, 255 C.R.R. (2d) 289, 34 Admin. L.R. (5th) 1, 343 D.L.R. (4th) 193, 211 A.C.W.S. (3d) 852, **apld**

Law Society of British Columbia v. Trinity Western University, [2018] S.C.J. No. 32, 2018 SCC 32, 423 D.L.R. (4th) 197, 10 B.C.L.R. (6th) 217, 35 Admin. L.R. (6th) 1, [2018] 8 W.W.R. 1, 2018EXP-1727, EYB 2018-295414, 292 A.C.W.S. (3d) 418, **distd**

Other cases referred to

Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students -- British Columbia Component, [2009] 2 S.C.R. 295, [2009] S.C.J. No. 31, 2009 SCC 31, 192 C.R.R. (2d) 336, 309 D.L.R. (4th) 277, 272 B.C.A.C. 29, [2009] 8 W.W.R. 385, 93 B.C.L.R. (4th) 1, EYB 2009-161351, J.E. 2009-1320, 389 N.R. 98, 179 A.C.W.S. (3d) 98; *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, [1989] S.C.J. No. 36, 58 D.L.R. (4th) 577, 94 N.R. 167, J.E. 89-772, 24 Q.A.C. 2, 25 C.P.R. (3d) 417, 39 C.R.R. 193, 15 A.C.W.S. (3d) 121

Statutes referred to

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1

APPLICATION for judicial review.

Albertos Polizogopoulos, for applicants.

Michael Bordin, for respondent.

The judgment of the court was delivered by

VARPIO J.: —
[page209]

Overview

[1] The applicants seek a judicial review of the City of Hamilton's decision to remove their political advertisements from city bus shelters without providing them an opportunity to be heard or considering their rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "decision"). The city removed the advertisements on the grounds that they were discriminatory to the transgendered community.

[2] The advertisements, which were placed in Hamilton-area bus shelters in August 2016, showed the back of an individual entering a room identified as "Ladies Showers" (the

2018 ONSC 3690 (CanLII)

"advertisements"). The individual has short hair in the back. The individual is seen from behind, from the shoulders up, wearing a baseball hat. The slogan "Competing Human Rights . . ." appears above the photo. Below the photo, the following is written:

> Where is the Justice?
>
> Bringing Respect for Life and Justice to Canadian Politics
>
> CHP Canada
> The Christian Heritage Party of Canada

[3] A website and phone number for the Christian Heritage Party of Canada ("CHP") appear at the bottom of the advertisement.

[4] Shortly after the city decided to remove the advertisements, city council passed a resolution confirming the decision (the "motion").

[5] For the reasons that follow, we find that both the decision and the city's subsequent motion must be quashed. The parties agree that both the decision and the motion are subject to the *Charter*. As a result, the city was required to balance the competing *Charter* interests. The city failed to consider the applicants' right to political speech at all. For that reason, the decision cannot stand. In light of this finding, we do not need to discuss the parties' other arguments.

Facts

Background

[6] In October 2014, a transgendered woman attempted to use the woman's washroom at a Hamilton-area bus station and was told by city staff to use the unisex washroom. A complaint was filed with the Ontario Human Rights Tribunal and against the city. [page210]

[7] In April 2016, a settlement was reached whereby the city agreed, among other things, to develop policies regarding the use of washrooms facilities by transgendered individuals.

[8] Starting in April 2016, the city began to develop its "transgender protocol". The city engaged in multiple public consultations regarding the development of this policy. We are advised by counsel that the development and implementation of the transgender protocol continues to be a live political issue in Hamilton to this day.

The CHP

[9] The CHP is a registered federal political party. In its factum, the CHP describes itself as being a political party that is

> . . . founded on and promotes Judeo-Christian principles and puts forward a platform that is consistent with Christian values. [The CHP] has, for decades, engaged in political and public policy discussions on various topics including [the Transgender Protocol and related issues].

[10] The CHP and its Hamilton-area riding association contracted to have the advertisements placed in the city's bus shelters.

2018 ONSC 3690 (CanLII)

[11] At the relevant times, the CHP was aware of the settlement described above and the transgender protocol. Prior to June 2016, the CHP handed out flyers that described its position. The flyers stated:

> CHP Canada supports the need and right of females to be accommodated with facilities such as public washrooms, change rooms and showers where they can be in various states of disrobing, showering or carrying out various needs of feminine hygiene without the presence (or pending presence) of a male in that facility.

[12] The CHP has been quoted in an article discussing the use of washrooms by transgendered people as follows:

> [a] question that should be raised in the Senate, "Just how will public agencies separate the males from the males?"

[13] The record contains materials that suggest that the CHP has stated that transgendered individuals have "gender identity confusion" and that legislation regarding transgendered equality is driven on "the false premise that gender identity is normative".

[14] The court notes that regardless of whether one agrees or disagrees with the CHP's politics, there is no question that the CHP was attempting to engage in a political discussion and to convey a position on a topic of active political interest to both the city and its voters. [page211]

City contracts and policies regarding advertising on city property

[15] The city sells advertising to generate revenue. The city contracted with OutFront Media ("OutFront") to administer the sale of advertising space on city property, including bus shelters. The contract ("contract") contains the following provisions:

> 11. [OutFront] reserves the right to reject any copy, or pictorial or other material, before display, or to remove it during display, if it is considered to be in violation of any laws, advertising industry standards, or offensive to the moral standards of the community, or which it believes reflects negatively on the character, integrity or standing of any organization or individual.
>
> . . . . .
>
> *13. STANDARDS AND POLITICAL ADVERTISING*
> 13.1 [OutFront] shall abide by the Canadian Code of Advertising Standards as amended from time to time . . . Further, [OutFront] shall abide by the Advertising Policy promulgated by the City[.]
>
> . . . . .
>
> 13.6 The General Manager [of the City] shall have the right to prohibit the installation or to require the immediate removal of any particular advertisement or advertising material where in the opinion of the General Manager, the advertisement or advertising material or its

2018 ONSC 3690 (CanLII)

installation is inappropriate and [OutFront] shall remove such advertisement or advertising material within 24 hours of receive such a request to do so.

[16] The city has policies that affect advertising, communications and equity. The Policy for Commercial Advertising states:

(1) All advertising and sponsorships must comply with the Canadian Code of Advertising Standards, as amended from time-to-time;

(2) All advertising and sponsorships must comply with all applicable federal, provincial and municipal laws and by-laws (including without limitation, the Ontario *Human Rights Code*, Canada's *Criminal Code*, and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*), as the same may be amended or substituted from time to time;

(3) All advertising and sponsorships shall not, either directly or indirectly:

(a) Violate any City policy;

. . . . .

(4) The City will not accept advertising when in its sole discretion, it determines same not to be in the City's best interests;

(5) The City reserves the absolute right to accept advertising that does not violate this policy;

(6) Notwithstanding any prior approval, the City reserves the absolute right to order the immediate removal or, if necessary, remove any advertising on its property at any time. [page212]

[17] The city also has an Equity and Inclusion Policy which indicates:

Definitions

The principle of Equity underpins our inherent belief in the human rights of all persons.

. . . all stakeholder communities, with the groups and individuals that they include, have the right to barrier free access to resources, decision-making, expertise, experience, connections, information and opportunities through solutions that match their needs.

. . . respect is due to each and every person . . .

Commitment
The Equity and Inclusion Policy . . . articulates the Council's commitment to meeting the needs of the under-served communities within City services, programs and opportunities as follows:

. . . . .

-- Sexual Orientation, Gender Identity & Gender Expression . . .

2018 ONSC 3690 (CanLII)

[Gender Identity is described in a footnote as "(Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Two-spirited, Queer and Questioning communities -- LGBTTQQ)"]

[18] Clause 14 of the *Canadian Code of Advertising Standards* provides:

14. Unacceptable Depictions and Portrayals

. . . . .

Advertisements shall not:

(a) Condone any form of personal discrimination, including discrimination based upon race, national or ethnic origin, religion, gender identity, sex or sexual orientation, age or disability;

. . . . .

(c) Demean, denigrate or disparage one or more identifiable persons, group of persons, firms, organizations, industrial or commercial activities, professions, entities, products or services, or attempt to bring it or them into public contempt or ridicule;

(d) Undermine human dignity; or display obvious indifference to, or encourage, gratuitously and without merit, conduct or attitudes that offend the standards of public decency prevailing among a significant segment of the population.

The decision

[19] On June 14, 2016, the applicants contracted with OutFront to have the advertisements run on bus shelters for a period of 28 consecutive days. [page213]

[20] Around the beginning of August, the advertisements were hung on city bus shelters.

[21] At about 10:00 a.m. on August 10, 2016, the CBC contacted the city to inquire about the fact that the advertisements were located on city bus shelters.

[22] By 11:00 a.m., the city's director of communications, Ms. Andrea McKinney, was made aware of the contents of the advertisements and the fact that the advertisements were placed on city bus shelters. By noon of that day, Ms. McKinney had called the CBC to advise that the city was looking into the issue.

[23] Over the course of the next two to four hours, Ms. McKinney consulted the following people:

(1) the city's communications liaison with the Hamilton Street Railway ("HSR") to obtain more information about the advertisements and steps taken;

(2) the city's legal department;

(3) the city's human resources/human rights team, including a human rights specialist;

2018 ONSC 3690 (CanLII)

(4) the city's general manager, public works/acting director HSR; and

(5) the city's coordinator, Access and Equity Office, Human Rights Access and Equity Office regarding the advertising and equity policies and whether the advertisements violated same.

[24] Several city employees swore affidavits. Counsel for CHP submitted that the affiants, upon being cross-examined, gave several different answers as to why they felt that the advertisements needed to be taken down. Upon review of the answers, however, it is apparent to the court that all the witnesses were attempting to describe how the advertisements were subjectively viewed as offensive and/or discriminatory. Of note, however, nowhere in the materials or in submissions could counsel for the city point to how it was that the advertisements contravened any law, Act, Code or other legal framework.

[25] By 2:44 p.m., after consulting with all the aforementioned people, Ms. McKinney decided to remove the advertisements, and by 4:00 p.m. city employees had begun removing the advertisements from city property.

[26] The city furnished no evidence as to what was discussed during this decision-making process. No witness advised as to whether the CHP's *Charter* right to express itself was considered. [page214] It is conceded that the CHP was not consulted during the decision-making time frame.

[27] Ms. McKinney testified in cross-examination that, as the manager of the city's public relations department, she decided to remove the advertisements because, in her view, they were bad for the city's image. It is not clear if she knew that CHP's constitutional rights were in issue. She performed no balancing of CHP's right to political expression against competing rights of any individuals or the city's desire to portray a certain image.

[28] On August 11, 2016, after the decision was already made and implemented, the city received a formal complaint about the advertisements. Until that point, the city had received no such formal complaint.

[29] On August 12, 2016, Councilor A. Johnson brought a motion for the full equality of transgender and gender non-conformist people (the "motion"), which reads:

> WHEREAS ads that do not support the dignity of transgender people and their right to full equality under the law have been placed in some HSR bus shelters by the contractor in charge of HSR advertisement,
>
> THEREFORE BE IT RESOLVED:
>
> That staff ensure that all of the offending ads have been removed;
>
> That staff report on best next step toward clarification and full realization of the relevant City of Hamilton policies -- the City's non-toleration of the posting of discriminatory ads on City property, and the City's policy of promoting full legal equality. The report will advise on best next steps toward avoiding similar offensive incidents in the future; and

2018 ONSC 3690 (CanLII)

> That Council re-affirms the commitment it made last spring, in voting to raise the Transgender Pride Flag at City Hall and in resolving relevant human rights litigation, to the full equality of transgender and gender non-conformist people.

[30] Counsel for the city advised the court that the CHP was never told about the motion or any related debate. The motion passed.

[31] On August 25, 2016, a representative of the CHP e-mailed Ms. McKinney and asked for the reasons behind the removal of the advertisements. That same day, Ms. McKinney responded:

> . . . As per your request I'm providing the City's position on the removal of the Christian Heritage Party advertisements, which you requested in writing for your lawyer's review.
>
> In response to a complaint received by the City of Hamilton, the Christian Heritage Party bus shelter "Competing Human Rights . . ." advertisement was reviewed. It was determined that the advertisement is not in keeping with the principles of equity and inclusion set out in the City's "Equity and [page215] Inclusion Policy". As a result, the advertisement was removed from the City's bus shelters.
>
> You have confirmed in the media that the advertisement was part of a public awareness campaign calling into question the City's decision to make clear the right of transgender persons to use public facilities that correspond to their lived gender identity, such as washrooms.
>
> The City is committed to creating an environment where each person feels a sense of belonging, support and respect in our community. It is the City's belief that, allowing the CHP advertisement to remain posted in City bus shelters, does not make transgendered persons feel that they belong or that they are supported or respected.
> The City's "Policy for Commercial Advertising and Sponsorship" provides that advertising shall not, either directly or indirectly, violate any City policy; that the City will not accept advertising when, in its sole discretion, it determines same not to be in the City's best interests; and that, notwithstanding any prior approval, the City reserves the absolute right to order the immediate removal or, if necessary, remove any advertising on its property at any time.

Evidence of offence to or discrimination of the transgendered community

[32] The core of the city's position is that the advertisement is offensive to and discriminatory as against transgendered people and therefore contravenes the city's policies. The city furnished affidavits from a limited number of citizens who opined with respect to their beliefs in regard to the removal of the advertisements. The affiants testified from their perspectives as transgendered individuals or as individuals affiliated with the transgendered community. Only one affiant, however, gave particulars as to why they felt that the advertisement was offensive and/or discriminatory:

> I instantly recognized the visual imagery of the bus shelter ad [the advertisement] as being anti-transgender and transphobic, and recognized that it sought to equate transgender people to being a threat to others, or being sexual predators, deviants and/or sex offenders.

2018 ONSC 3690 (CanLII)

As a transgender woman, I find the ad personally offensive and demeaning of transgender people, in particular transgender women like me.

Positions of the Parties

[33] The applicants identified seven substantive issues in their factum, including:

(a) whether the decision and the motion are subject to the *Charter*;

(b) the standard of review;

(c) whether the decision and the motion violate the applicants' *Charter* rights; [page216]

(d) whether there are competing *Charter* rights or human rights at play;

(e) whether any *Charter* violation can be saved under s. 1;

(f) if the standard of review is reasonableness, whether the decision and motion can be seen as reasonable;

(g) whether the city violated the principles of natural justice in not giving notice to the CHP and thus permit the CHP to respond to the allegations as against its advertisements.

[34] The respondents frame the issues before the court as follows:

(a) What statutory power is being exercised by the city?

(b) What is the standard of review on judicial review of the decision?

(c) Was the decision reasonable?

(d) In the alternative, is the decision saved by s. 1 of the *Charter*?

(e) Was there a denial of procedural fairness?

The Law

The Charter

[35] The parties agree both the decision and the motion are subject to the *Charter*. As will be seen in the analysis below, we agree with this position.

Procedural fairness and natural justice

[36] There are two aspects to judicial review of government action. The court will first consider whether the government's process for making its decision was fair to those affected by the decision. If the government provided a fair process, the court will then go on to consider the lawfulness of the decision. In the circumstances of this case, the reasonability of the decision is driven by the process used to make that decision. Accordingly, we commence our discussion by looking at the applicants' argument regarding natural justice.

[37] In *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*,[1999] 2 S.C.R. 817, [1999] S.C.J. No. 39,the Supreme Court of Canada described the analytical framework needed to

2018 ONSC 3690 (CanLII)

ensure that a given administrative decision meets the requirements of procedural fairness. Specifically, the majority of the court indicated that the reasonableness of any procedure utilized [page217] to make an administrative decision must be determined by examining the following factors:

(1) the nature of the decision being made and process followed in making the decision;

(2) the nature of the statutory scheme and the terms of the statute pursuant to which the body operates;

(3) the importance of the decision to the individuals affected;

(4) the legitimate expectations of the person(s) affected by the decision; and

(5) the agency or administrator's choice of procedure.

[38] In addition to these five factors, Justice L'Heureux-Dubé (for the majority) gave this general comment, at para. 22:

> Although the duty of fairness is flexible and variable, and depends on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected, it is helpful to review the criteria that should be used in determining what procedural rights the duty of fairness requires in a given set of circumstances. I emphasize that underlying all these factors is the notion that the purpose of the participatory rights contained within the duty of procedural fairness is to ensure that administrative decisions are made using a fair and open procedure, appropriate to the decision being made and its statutory, institutional, and social context, with an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker.

Freedom of expression in a political context

[39] The right to free speech has been recognized as a fundamental ingredient to the proper functioning of democracy for hundreds of years. As a consequence, it has been protected by constitutions, laws and courts across numerous democratic jurisdictions. Conversely, a lack of free speech is a common attribute of dictatorships and tyrannical regimes.

[40] Recently, the Ontario Court of Appeal examined the right to free political speech and described its importance. In *Bracken v. Fort Erie (Town)* (2017), 137 O.R. (3d) 161, [2017] O.J. No. 4655, 2017 ONCA 668, Miller J.A. dealt with a case involving a protest outside the municipal government building in Fort Erie, Ontario and that city's response. Mr. Bracken was protesting certain actions undertaken by the Town of Fort Erie and engaged in time-honoured manners of protest including marching and voicing his opinion. The Town of Fort Erie issued a trespass notice. The Town of Fort Erie argued that some of its staff felt "unsafe" by the volume of Mr. Bracken's speech. They referred to his protest as a form of "violence". [page218]

[41] Mr. Bracken brought an application challenging the constitutional validity of the trespass notice. In declaring the trespass notice unconstitutional, Miller J.A. specifically examined the profundity of the right to freedom of expression, at para. 25, when he quoted the following passage from *Irwin Toy Ltd. v. Québec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, [1989] S.C.J.

2018 ONSC 3690 (CanLII)

No. 36, at pp. 968-69 S.C.R.:

> Freedom of expression was entrenched in our Constitution and is guaranteed . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fundamental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual. Free expression was for Cardozo J. of the United States Supreme Court "the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom" (*Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327); for Rand J. of the Supreme Court of Canada, it was "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence" (*Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306). And as the European Court stated in the *Handyside* case, Eur. Court H. R., decision of 29 April 1976, Series A No. 24, at p. 23, freedom of expression:
> . . . is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb the State or any sector of the population. Such are the demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no "democratic society".

[42] In *Bracken*, the Town of Fort Erie attempted to justify its trespass notice by indicating that Mr. Bracken was engaged in violent behaviour. At para. 30, Miller J.A. agreed that violence is not protected under the freedom of expression:

> Although some might find it difficult to understand the rationale for excluding violence categorically at the s. 2(b) stage rather than dealing with it in the s. 1 analysis, to give acts of violence even defeasible protection under s. 2(b) would give them an unacceptable legitimacy: Grégoire Webber, *The Negotiable Constitution: on the limitation of rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), at p. 122. It would be tantamount to declaring that Canadian constitutional morality is open to the proposition that an individual's self-expression through acts of violence could, in some conceivable circumstances, take priority over the public good of protecting persons by restraining acts of violence.

[43] However, speech is not "violence" just because people may my find it offensive. At paras. 49 and 52 of his reasons, Miller J.A. described the level unto which agitation and aggression must rise in order to meet the test for "violence" as a constitutionally valid restriction on political speech:

> Violence is not the mere absence of civility. The application judge extended the concept of violence to include actions and words associated with [page219] a traditional form of political protest, on the basis that some Town employees claimed they felt "unsafe". This goes much too far. A person's subjective feelings of disquiet, unease, and even fear, are not in themselves capable of ousting expression categorically from the protection of s. 2(b).

. . . . .

2018 ONSC 3690 (CanLII)

> A finding that a person's expression is an act of violence or a threat of violence is, as explained above, determinative that their expression is not protected by the *Charter*. Once it is determined that an act is violent or a threat of violence, deliberation is at an end and the claim of a s. 2(b) *Charter* violation is defeated. Courts should therefore not be quick to conclude that a person's actions are violent without clear evidence. Here, there is no evidence that Mr. Bracken's protest was violent or a threat of violence, and the finding that it was constitutes a palpable and overriding error.

[44] Miller J.A. noted that the weight to be attributed to freedom of expression is also a function of the location where that political speech occurs (paras. 32 to 34). He quoted *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students -- British Columbia Component*,[2009] 2 S.C.R. 295, [2009] S.C.J. No. 31, 2009 SCC 31 as dealing with this concept. In that case, the Greater Vancouver Transportation Authority (the "GVTA") had a policy prohibiting political speech on buses. The Supreme Court described the traditional use of buses as advertising spaces, at paras. 41 and 42:

> The fact that the historical function of a place included public expression or that its current function includes such expression is a good indication that expression in that place is constitutionally protected. Thus, a podium erected in a park for public use would necessarily be regarded as having a function that does not conflict with the purposes s. 2(*b*) is intended to serve; in fact, the very purpose of this public place would be to enhance the values underlying s. 2(*b*). However, the use of public property for expression will very rarely be questioned on the basis of such facts. The circumstances will usually be more complex. The airport, utility poles and streets at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal* are examples of places whose primary function is not expression.
>
> The question is whether the historical or actual function or other aspects of the space are incompatible with expression or suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression. One way to answer this question is to look at past or present practice. This can help identify any incidental function that may have developed in relation to certain government property. Such was the case in the locations at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal*, where the Court found the expressive activities in question to be protected by s. 2(*b*). While it is true that buses have not been used as spaces for this type of expressive activity for as long as city streets, utility poles and town squares, there is some history of their being so used, and they are in fact being used for it at present. As a result, not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use -- both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression. [page220]

[45] The Supreme Court then determined that the GVTA's prohibition on political advertising was too broad to be saved by s. 1 of the *Charter.* The majority of the court stated, at para. 76:

> I accept that the policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and that this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on

2018 ONSC 3690 (CanLII)

> freedom of expression. However, like the trial judge, I am not convinced that the limits on political content imposed by *articles 2*, *7* and *9* are rationally connected to the objective. I have some difficulty seeing how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. It is not the political nature of an advertisement that creates a dangerous or hostile environment. Rather, it is only if the advertisement is offensive in that, for example, its content is discriminatory or it advocates violence or terrorism -- regardless of whether it is commercial or political in nature -- that the objective of providing a safe and welcoming transit system will be undermined.

(Emphasis added)

[46] The Supreme Court then noted [at para. 77] that "[c] itizens, including bus riders, are expected to put up with some controversy in a free and democratic society".

Analysis

Was the procedure fair?

[47] An analysis of *Baker* factors one, three and five (the nature of the decision being made, the importance of the rights being protected and the process chosen by the administrative body) makes clear that the applicants were deprived of natural justice in the circumstances in so far as the city invoked a summary procedure to address fundamental and important *Charter* issues. In failing to adopt a sufficiently robust procedure that permitted the applicants the ability to provide input into the decision, the applicants were denied natural justice.

Baker factor one: The nature of the decision being made and the process followed

[48] In conceding that the *Charter* applies to the decision, the parties have effectively agreed that the nature of the decision was a balancing as between the CHP's right to political expression versus the city's right to remove advertising material that it putatively considered to be discriminatory and/or offensive.

[49] The city attempted to describe the process it followed as being robust relative to the issues at play. It emphasized that Ms. McKenny consulted with several people over the course of several hours in order to arrive at a decision. That process, the city submits, was sufficient in light of the decision being made. [page221]

[50] Despite the city's assertions, the government's decision was made before it even received a complaint. The CHP, the party that had paid to post the advertisements, was not consulted prior to the decision being made. It was not told that there was a decision being considered about the advertisements. It was not provided with any opportunity to submit evidence or to advance arguments concerning the decision. The decision was made in response to a CBC inquiry in order to protect the city's image without any acknowledgment or reference to the constitutional right of the CHP to engage in political speech. It is difficult to classify the city's decision making as any kind of "process" as that term is understood in administrative law. There was certainly nothing robust about it.

2018 ONSC 3690 (CanLII)

2018 ONSC 3690 (CanLII)

Baker factor three: Importance of the issue to the CHP

[51] In oral submissions, counsel for the city submitted that the right to political speech was a lesser right than other rights guaranteed by the *Charter*. Accordingly, the process needed to infringe a political party's freedom of expression is somehow lessened.

[52] We disagree with that proposition. There is no jurisprudence to support that contention.

[53] The decision being made in this instance is not one that is trifling, ephemeral or marginal in importance. Instead, it is a decision of profound significance in so far as it balances rights of a registered political party to engage in political speech as against the rights of a group of people to be free from purported discriminatory speech.

[54] A political party's ability to advertise on bus shelters is an important phenomenon for the political process and for society as a whole. As indicated in *Greater Vancouver*, public transportation is an effective and important mechanism to exchange political ideas, some of which may be controversial or even distasteful. Society's need to ensure that political parties can voice their views ensures that Canadian political discourse does not become a dogmatic single voice that only transmits messages with accepted content. Such an outcome erodes the fundamental rights of individuals [at para. 41] "because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual" (*Irwin Toys*).

[55] The importance of freedom of expression demands that, where limits are placed upon political expression in public fora that are traditionally used for that purpose, care must be taken. We disagree with counsel for the city who submitted that the [page222] remedy imposed by the city (removal of the advertisements) is minor in so far as the applicants were free to advertise elsewhere. To the contrary, the remedy imposed is dramatic in so far as it abridges the applicants' *Charter* rights to make use of legally and constitutionally recognized platforms to engage in a fundamental value (*Greater Vancouver Transit Authority*, *supra*, at para. 77).

[56] Such drastic remedies can, of course, be justified. It would appear equally obvious, however, that such justifications would require some reasonable procedure to ensure that an abridgement of such a fundamental right is undertaken only in appropriate circumstances.

[57] It is clear that, where competing *Charter* interests are being considered, the city must balance those interests in order to reach a reasonable decision. Failure to balance said interests will, by definition, render a decision unreasonable as per *Doré v. Barreau du Québec*, [2012] 1 S.C.R. 395, [2012] S.C.J. No. 12, 2012 SCC 12.

Baker factor five: The procedure actually undertaken

[58] The city engaged a summary procedure to remove the advertisements. While in some situations, it is possible that the summary removal of political advertisements may be justified (*i.e.*, hate speech, the incitement of violence, etc.), it is not clear that the advertisement constitutes speech that justifies such a procedure.

[59] Counsel for the city pointed to evidence that the advertisement was tantamount to "dog whistle" politics whereby messages implicit in its visual representations were a call to certain members of society to recognize hidden visual cues and act upon same. Implicit in "dog whistle"

politics is the fact that the true meaning of a message may not be readily apparent to the recipient unless that recipient belongs to a specific subset of people. A message cannot, therefore, convey both an obvious meaning and constitute "dog whistle" politics at the same time. Because the advertisement is a purported "dog whistle" call to certain bus riders, it cannot therefore be said to constitute obvious hate speech or a blatant call to violence as was discussed in *Bracken*.

[60] As a court, we offer no comment on whether the advertisement communicates a "dog whistle" message. It is clear, however, that justifying the removal of political speech as a result of alleged subtle, hidden messages in visual imagery demands that robust explanations be given and demands that the CHP have an opportunity to participate in that inquiry. Absent such [page223] explanations, any individual could stifle otherwise valid political speech by citing subliminal messages without having to justify that position. Without denigrating the heartfelt expressions of several witnesses who provided evidence in this case, it cannot be ignored that they each brought their own subjective interpretations to the advertisements. No two witnesses saw the same hidden message or even agreed as to what the image was actually showing. The fact that counsel for the city did not explain how the image worked as a "dog whistle" therefore causes us considerable concern.

Conclusion

[61] The city failed to demonstrate that the process undertaken in making the decision was reasonable. The following considerations make that finding clear:

(a) there is no evidence describing how Ms. McKenny resolved the competing values inherent in the decision she was to make. Nowhere did she (or any member of city staff or counsel) explain how the city balanced the applicants' rights to engage in political speech versus transgendered citizens' right to be free from discriminatory speech. Indeed, there is nothing in the record to suggest that the balancing was ever undertaken;

(b) the city acted before an official complaint was even submitted;

(c) no one checked with the Canadian Advertisers Council to determine if the advertisements offended its code;

(d) we also note that, as per the contract, the general manager of the city -- and not Ms. McKenney -- was tasked with making the decision; and

(e) the advertisments were removed without giving the applicants the opportunity to make representations in support of their position.

[62] The aforementioned concerns (especially the failure to balance *Charter* interests and the failure to afford the applicants the ability to make representations) demonstrate that the city denied the applicants their fundamental rights to natural justice.

[63] The city's lack of due process ensured that no reasons balancing the competing *Charter* values were ever written. Given the importance of the rights at play to both sides, and given the nuanced analysis of the decision that must be undertaken upon judicial review, it was imperative for the city to undertake an [page224] adequately robust process in determining whether or not

2018 ONSC 3690 (CanLII)

to remove the advertisements. The parties needed to be heard, the relevant evidence needed to be considered and adequate reasons needed to be given. In providing such a procedural foundation, the city would have ensured that any adjudication would have properly balanced the interests at play. This is not a case where, like *Law Society of British Colombia v. Trinity Western University*,[2018] S.C.J. No. 32, 2018 SCC 32, the reviewing court can examine a sufficient record to determine reasonableness. In this case, there is an inadequate record to review and we cannot therefore engage in the analysis described in *Doré*, *supra*.

The motion

[64] City council's motion to adopt the decision is outlined in the preamble to same: "whereas ads that do not support the dignity of transgendered people . . . have been placed in some HSR bus shelters . . . ."

[65] The city submits that the motion is subject to the reasonableness standard as per *Doré* supra. Even accepting that standard of review, as noted previously, there is no basis to find that the passing the motion is reasonable. The city was not legislating in passing this resolution. It was ratifying a decision. That is, it was functioning as a decision maker. There is thus no evidence that the city attempted to balance competing *Charter* values. There is thus no evidential foundation for a finding that any possible balancing was reasonable. Accordingly, the fundamentally flawed procedure undertaken by the city was sufficiently barren so as to prevent meaningful judicial review. There is no real record to consider. It cannot be said that the passing of the motion was therefore reasonable.

Does the Supreme Court of Canada's recent decision in Trinity Western change anything?

[66] Counsel for the CHP indicated that he had hoped the Supreme Court of Canada's decisions in the two *Trinity Western* cases would have been released before the argument in this case. In fact, the Supreme Court's decisions came out just weeks after we heard argument. As a result, we invited the parties to make additional submissions. We have now received and reviewed those submissions.

[67] In our view, neither decision has any impact on the result in this case. As noted above, unlike either of the *Trinity Western* [page225] decisions, the city undertook noanalysis of competing *Charter* values. Having failed to do so, the decision and motion cannot stand as there is no record to review.

Order

[68] The city's decision to remove the advertisements, and city council's subsequent motion adopting the decision, are hereby quashed.

Costs

[69] We invite the parties to resolve the issue of costs. If they cannot, the applicants will provide the court with their costs submissions in writing (no more than five pages in length, not counting bill of costs) within 15 days of the release of these reasons. The city will provide its costs submissions (same length) within 15 days of receipt of the applicants' submissions.

2018 ONSC 3690 (CanLII)

Application allowed.

End of Document

2018 ONSC 3690 (CanLII)

TAB 5

IN THE MATTER OF sections 2(*b*) and 52(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part 1 of the *Constitution Act, 1982*;

AND IN THE MATTER OF sections 25 and 30 of the *Judicature Act*, being chapter J-1 of the Revised Statutes of Alberta, 1980;

between

Edmonton Journal, a division of Southam Inc. *Appellant*

v.

The Attorney General for Alberta and the Attorney General of Canada *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario *Intervener*

INDEXED AS: EDMONTON JOURNAL *v.* ALBERTA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 20608.

1989: March 3; 1989: December 21.

Present: Dickson C.J. and Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Cory JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Open court process — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 2(b) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality before the law — Reports of judicial proceedings — Provincial legislation restricting publication of certain information obtained in matrimonial proceedings and at pre-trial stages of civil actions — Whether legislation violates s. 15 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether legislation justifiable under s. 1 of the Charter — Whether s. 15 applicable to corporations — Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 30.

DANS L'AFFAIRE DE l'alinéa 2*b*) et du paragraphe 52(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*;

ET DANS L'AFFAIRE DES articles 25 et 30 de la *Judicature Act*, chapitre J-1 des Lois révisées de l'Alberta, 1980;

entre

Edmonton Journal, une division de Southam Inc. *Appelant*

c.

Le procureur général de l'Alberta et le procureur général du Canada *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: EDMONTON JOURNAL *c.* ALBERTA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 20608.

1989: 3 mars; 1989: 21 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Lamer, Wilson, La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Cory.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ALBERTA

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Publicité du processus judiciaire — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Égalité devant la loi — Rapports des procédures judiciaires — Loi provinciale limitant la publication de certains renseignements obtenus au cours d'instances matrimoniales et d'étapes préparatoires aux procès civils — La loi viole-t-elle l'art. 15 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la loi est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — L'article 15 s'applique-t-il aux personnes morales? — Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30.

1989 CanLII 20 (SCC)

The appellant sought a declaration that s. 30 of the Alberta *Judicature Act* (the "Act") contravenes ss. 2(*b*) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* which respectively guarantee freedom of expression and legal equality. Section 30(1) of the Act prohibits the publication of any detail relating to matrimonial proceedings other than the names, addresses and occupations of the parties and witnesses; a concise statement of the charges, defences, counter-charges and legal submissions; and the summing up of the judge, the finding of the jury and the judgment of the court. Section 30(2) prohibits the publication before trial of anything contained in the pleadings of civil proceedings, except the names of the parties and the general nature of the claim and of the defence. Section 30(3) provides for various types and forms of publication when ordered by the court, including the publication of matters otherwise prohibited. Both the Court of Queen's Bench and the Court of Appeal dismissed the application on the ground that s. 30 constitutes a reasonable limit to s. 2(*b*) under s. 1 of the *Charter* and that it did not violate s. 15.

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed. Sections 30(1) and 30(2) of the Act infringe s. 2(*b*) of the *Charter* and are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. In light of this conclusion, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

Per Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ.: Freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society and should only be restricted in the clearest of circumstances. It is also essential to a democracy, and crucial to the rule of law, that the courts are seen to function openly. The press must thus be free to comment and report upon court proceedings to ensure that the courts are in fact seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny. It is only through the press that most individuals can really learn of what is occurring in the courts. The members of the public, as "listeners" or "readers", have a right to receive information pertaining to public institutions, in particular the courts. Here, there is no doubt that the provisions of s. 30(1) and (2) of the Act contravene s. 2(*b*) of the *Charter*. Section 30(1) represses the publication of important aspects of court proceedings in matrimonial causes, including information on the evidence adduced at trial and the comments of counsel or of the presiding judge. Section 30(2) creates an almost total restriction on providing information pertaining to pleadings or documents filed in any civil proceedings, including cases

L'appelant demande un jugement déclarant que l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta (la «Loi») contrevient à l'al. 2*b*) et à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* qui garantissent, le premier, la liberté de la presse et, le deuxième, l'égalité devant la loi. Le paragraphe 30(1) de la Loi interdit la publication de tout renseignement relatif à une procédure matrimoniale autre que les noms, adresses et occupations des parties et des témoins, un exposé concis des accusations, des défenses et des contre-accusations et des arguments sur un point de droit, et les directives du juge, la décision du jury et le jugement du tribunal. Le paragraphe 30(2) interdit la publication, avant le procès, de tous les renseignements mentionnés dans les procédures écrites à l'exception des noms des parties, de la nature de la demande ou de la défense, en termes généraux. Le paragraphe 30(3) permet certaines formes de publication lorsque la cour l'ordonne, y compris la publication de détails par ailleurs interdits. La Cour du Banc de la Reine et la Cour d'appel ont rejeté la demande parce que l'art. 30 constitue une limite raisonnable à l'al. 2*b*) en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'il ne viole pas l'art. 15.

Arrêt (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli. Les paragraphes 30(1) et (2) de la Loi contreviennent à l'al. 2*b*) de la *Charte* et ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Cory: La liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique et ne devrait être restreinte que dans les cas les plus clairs. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit donc être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'auditeurs ou de lecteurs, ils ont droit à l'information relative aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. En l'espèce, il est certain que les dispositions des par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le paragraphe 30(1) interdit la publication d'aspects importants des procédures judiciaires dans les instances matrimoniales, y compris des renseignements sur la preuve produite au procès et les remarques des avocats ou du juge. Le paragraphe 30(2)

1989 CanLII 20 (SCC)

involving matters of administrative or constitutional law, before they have been heard.

The limits imposed by s. 30(1) and (2) on s. 2(*b*) are not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the objectives of protecting the privacy of individual (s. 30(1) and (2)) and of ensuring a fair trial (s. 30(2)) constitute pressing and substantial concerns for the purpose of s. 1 of the *Charter*, both subsections do not interfere as little as possible with the fundamental right of freedom of expression, nor do they reflect that proportionality which is required between the effect of the impugned measure on the protected right and the attainment of the objectives. The restrictions in s. 30(1) and (2) are too extensive and go much further than necessary to protect the objectives of the legislation. Section 30 by its restrictive ban on publication results in a very substantial interference with freedom of expression and significantly reduces the openness of the courts. Any need to protect the privacy of the parties, their children or of the witnesses, or to ensure a fair trial could have been accomplished by far less sweeping measures.

Because ss. 30(1) and 30(2) contravene s. 2(*b*), and in light of the conclusion that it cannot be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the argument based on s. 15 of the *Charter*.

Per Wilson J.: The *Charter* should be applied to individual cases using a contextual rather than an abstract approach. A contextual approach recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context and brings into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. This approach is more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts of a case and is more conducive to finding a fair and just compromise between two competing values under s. 1. The importance of a *Charter*'s right or freedom, therefore, must be assessed in context rather than in the abstract and its purpose must also be ascertained in context.

The values in conflict in the context of this particular case are the right of the public to an open court process, which includes the right of the press to publish what goes on in the courtroom, and the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial proceedings. In particular, the purpose of s. 30(1) of the Act is to protect these litigants against the embarrassment,

interdit presque totalement l'accès aux renseignements relatifs aux actes de procédure ou aux documents produits dans une instance civile, y compris les instances concernant des questions de droit administratif ou de droit constitutionnel, avant qu'ils aient été présentés.

Les limites imposées à l'al. 2*b*) par les par. 30(1) et (2) ne peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que l'objectif de protéger la vie privée des individus (par. 30(1) et (2)) et de garantir un procès équitable (par. 30(2)) constituent des préoccupations urgentes et réelles aux fins de l'article premier de la *Charte*, les deux paragraphes ne portent pas le moins possible atteinte au droit fondamental de la liberté d'expression ni ne satisfont à la proportionnalité requise entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation des objectifs. Les restrictions des par. 30(1) et (2) sont trop sévères et vont beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire pour protéger les objectifs de la loi. L'interdiction de publier que contient l'art. 30 porte très gravement atteinte à la liberté d'expression et altère considérablement la transparence des tribunaux. Des mesures beaucoup moins radicales pourraient protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins, ou assurer le caractère équitable des procès.

Puisque les par. 30(1) et (2) portent atteinte à l'al. 2*b*), et vu la conclusion qu'ils ne peuvent être justifiés en vertu de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge Wilson: La *Charte* devrait être appliquée aux cas individuels selon une méthode contextuelle plutôt qu'abstraite. La méthode contextuelle reconnaît qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte et met clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et donc être plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier. L'importance d'une liberté ou d'un droit reconnus par la *Charte* doit donc être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et son objet doit être déterminé en fonction du contexte.

Les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit du public à la publicité du processus judiciaire, qui comporte le droit de la presse de publier ce qui se passe dans une salle d'audience, et le droit des plaideurs à la protection de leur vie privée dans des litiges matrimoniaux. En particulier, l'objet du par. 30(1) de la Loi est de protéger les plaideurs contre la gêne, la peine ou

1989 CanLII 20 (SCC)

grief or humiliation that may flow from the publication of the particulars of their private life disclosed in the courtroom. To do so, s. 30(1) has placed serious limits on the publication of what takes place in a courtroom. These limits clearly infringe the freedom of the press guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. They restrict the right of the press to report the details of judicial proceedings and go against the traditional emphasis which has been placed in our justice system upon an open court process. The importance of the open court process in our society is supported by several compelling reasons and only powerful considerations would justify inroads into such a process.

Section 30(1) of the Act does not constitute a reasonable limit on the freedom of the press which can be justified by s. 1 of the *Charter*. While the protection of privacy is a legitimate government objective, s. 30(1) lacks the required degree of proportionality. There is unquestionably a small proportion of matrimonial cases in which publication of the evidence would cause severe emotional and psychological trauma and public humiliation for the parties (and their children) as to warrant a ban on publication. Section 30(1), however, is not restricted to such cases. It encompasses all matrimonial causes presumably on the assumption that they are all inevitably attended by such consequences. This assumption may have been valid at one time but it is wholly unrealistic today. Many allegations that might once have been acutely embarrassing and painful are today a routine feature of matrimonial causes to which little, if any, public stigma attaches. Legislation seeking to place restrictions on freedom of the press in this area need to be much more carefully tailored.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(*b*) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1.

In light of the conclusion with respect to ss. 2(*b*) and 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the appellant's contention that ss. 30(1) and 30(2) of the Act violate s. 15 of the *Charter*.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. (dissenting in part): The freedom of expression and the concept of open courts are essential to a free and democratic society. However, like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, the freedom of expression, which includes the freedom of the press and other media, is subject to such limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic

l'humiliation qui peuvent découler de la publication des détails de leur vie privée qui sont divulgués dans la salle d'audience. Pour ce faire, le par. 30(1) a imposé des limites sévères à la publication de ce qui se passe dans une salle d'audience. Ces limites portent clairement atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles restreignent le droit de la presse de rapporter les détails des procédures judiciaires et sont contraires à l'importance traditionnellement accordée dans notre système judiciaire à la publicité du processus judiciaire. L'importance de la publicité du processus judiciaire dans notre société est fondée sur plusieurs raisons impérieuses et seules des raisons très sérieuses peuvent justifier des atteintes à ce processus.

Le paragraphe 30(1) de la Loi ne constitue pas une limite raisonnable à la liberté de la presse qui peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la vie privée soit un objectif gouvernemental légitime, le par. 30(1) n'a pas le degré de proportionnalité requis. Il existe incontestablement un petit nombre d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties (et à leurs enfants) un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement grande qu'une interdiction de publication serait justifiée. Cependant, le par. 30(1) ne se restreint pas à ces cas. Il englobe toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. Cette hypothèse a pu être valide à une époque mais elle est tout à fait irréaliste aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance. Une loi qui tente d'imposer des restrictions à la liberté de la presse dans ce domaine devrait être conçue beaucoup plus soigneusement.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier.

Compte tenu de la conclusion concernant l'al. 2*b*) et l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de la prétention de l'appelant que les par. 30(1) et (2) de la Loi violent l'art. 15 de la *Charte*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka (dissidents en partie): La liberté d'expression et le principe de la publicité des débats judiciaires sont essentiels dans une société libre et démocratique. Cependant, comme d'autres droits et libertés garantis par la *Charte*, la liberté d'expression, qui comprend la liberté de la presse et des autres moyens de communication, est soumise aux limites imposées par la loi qui sont raison-

1989 CanLII 20 (SCC)

society. Here, s. 30(1), as modified by s. 30(3) of the Act, was justifiable under s. 1 of the *Charter*. First, the protection of the privacy of the parties (including their children and the witnesses) and the protection of the access to the courts are two objectives sufficiently important to warrant a reasonable limitation on publication of the details of matrimonial disputes. An individual involved in a matrimonial case is forced to reveal many aspects of his private life. While the divulging of such personal information by the mass media serves little or no public interest, it can do incalculable harm to that individual and his family. The unrestrained publicity of the details of familial activities would also discourage some people from seeking relief in matrimonial causes. It would be a great wrong if those in need of redress shrank from seeking it because their intimate affairs would needlessly become publicly known. Second, given the very limited character of the restriction as compared with the serious deleterious effects on the important values—right to privacy and access to the courts—sought to be protected by the legislation, s. 30(1) meets the test of proportionality. Section 30(1) is rationally connected to the objectives and imposes only minimal limits on the freedom of the press. The interference with the freedom is narrowly defined and carefully tailored to resolve a real and serious problem. Section 30(1) is limited to the details and particularities of the case in specific proceedings that deal with personal and family matters, often of a particularly private, and sometimes, of an intimate character. It does not prohibit reporting about the conduct of judges or counsel. The principle of open courts is respected: publication for those having a serious interest in court proceedings or family law is permitted under s. 30(3) of the Act, and all the general information about the nature of the case may be published by the mass media. Finally, a provision under which a judge would retain a discretionary power to prohibit publication in an appropriate case has been tried elsewhere and proven ineffective.

Section 30(2) of the Act infringes s. 2(*b*) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1. Section 30(2) is simply too broad a restriction without adequate justification to afford a defence under s. 1.

Section 30 of the Act does not infringe s. 15 of the *Charter*. Section 15 is limited to individuals and does

nables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En l'espèce, le par. 30(1), tempéré par le par. 30(3) de la Loi, peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Premièrement, la protection de la vie privée des parties (y compris leurs enfants et les témoins) et la protection de l'accès aux tribunaux sont deux objectifs suffisamment importants pour justifier une restriction raisonnable à la publication des détails des affaires matrimoniales. Une personne visée dans une affaire matrimoniale est amenée à divulguer de nombreux détails de sa vie privée. Bien que la divulgation de ces renseignements personnels par les grands médias serve peu ou pas l'intérêt public, elle peut causer un tort incalculable à cette personne et à sa famille. La publication illimitée des détails relatifs à la vie familiale découragerait également certaines personnes de recourir aux tribunaux dans des affaires matrimoniales. Il serait très regrettable que ceux qui ont besoin de secours se privent d'exercer leur droit par crainte de voir leur vie privée inutilement étalée au grand jour. Deuxièmement, vu le caractère très limité de la restriction en regard des effets graves et dévastateurs que pourraient subir les valeurs importantes—droit à la vie privée et l'accès aux tribunaux—que les dispositions législatives cherchent à préserver, le par. 30(1) satisfait au critère de proportionnalité. Le paragraphe 30(1) a un lien rationnel avec les objectifs et n'impose que des limites minimales à la liberté de la presse. L'atteinte à la liberté est définie de façon restrictive et soigneusement conçue pour répondre à un problème réel et grave. Le paragraphe 30(1) se limite à des renseignements déterminés et spécifiques à l'affaire dans des procédures précises concernant des questions personnelles ou familiales, souvent de nature privée et même parfois de caractère intime. Il n'interdit pas de faire état des actes des juges et des avocats. Le principe de la publicité de la justice est sauf: la publication à l'intention de ceux qui ont un intérêt réel dans les procédures judiciaires ou le droit familial est autorisée en vertu du par. 30(3) de la Loi et les grands médias peuvent publier des informations générales sur la nature de l'affaire. Enfin, une disposition en vertu de laquelle un juge aurait un pouvoir discrétionnaire d'interdire la publication dans un cas approprié a déjà été utilisée ailleurs et s'est avérée inefficace.

Le paragraphe 30(2) de la Loi porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* et ne peut être justifié en vertu de l'article premier. Le paragraphe 30(2) constitue une restriction trop générale sans justification suffisante pour être maintenue en vertu de l'article premier.

L'article 30 de la Loi ne porte pas atteinte à l'art. 15 de la *Charte*. L'article 15 ne s'applique qu'aux personnes

1989 CanLII 20 (SCC)

not apply to corporations. Moreover, appellant faces serious problems of standing. Though it may have an interest in the matter, appellant is not directly affected. In any event, although s. 30 imposes a prohibition not found in other jurisdictions in Canada, and discriminates against print media and between newspapers in general circulation and professional journals, these distinctions do not fall within the ambit of s. 15.

Cases Cited

By Cory J.

Distinguished: *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; **referred to**: *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; Eur. Court H. R., *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A No. 30, rev'g [1974] A.C. 273 (H.L.); rev'g [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), rev'g [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

By Wilson J.

Referred to: *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By La Forest J. (dissenting in part)

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Fraser v. Public Service Staff Relations*

physiques et ne s'applique pas aux personnes morales. De plus, il est loin d'être certain que l'appelant a qualité pour agir. Bien qu'il puisse avoir un intérêt dans la question, il n'est pas directement touché. Quoi qu'il en soit, même si l'art. 30 impose une interdiction qui n'existe pas dans d'autres provinces et territoires du Canada et crée une discrimination contre la presse écrite et entre les journaux de grande diffusion et la presse spécialisée, ces distinctions ne relèvent pas de la portée de l'art. 15.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Distinction d'avec l'arrêt: *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; **arrêts mentionnés**: *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; Cour Eur. D. H., affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30, inf. [1974] A.C. 273 (H.L.), inf. [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.), inf. [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.)

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979); *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980); *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986); *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177; *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par le juge La Forest (dissident en partie)

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Fraser c. Commission des relations de*

1989 CanLII 20 (SCC)

Board, [1985] 2 S.C.R. 455; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.), leave to appeal to Ont. C.A. refused September 2, 1986; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 8, 15.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 166.
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), Arts. 8, 10(2).
Family Law Act 1975, S. Aust. 1975, No. 53, s. 121(1).
Family Proceedings Act 1980, S.N.Z. 1980, No. 94, s. 169(1), (2).
International Covenant on Civil and Political Rights, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), Arts. 17, 19(3).
Judicature Act, R.S.A. 1980, c. J-1, ss. 30, 31.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

Authors Cited

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.
Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Bloustein, Edward J. "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.
Canada. Statistics Canada. *Divorce: Law and the Family in Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.

travail dans la Fonction publique, [1985] 2 R.C.S. 455; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, 76 E.R. 637; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.), autorisation d'appel à la C.A. Ont. refusée le 2 septembre 1986; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514; *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453; *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 8, 15.
Code criminel, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 166.
Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 8, 10(2).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.
Family Law Act 1975, S. Aust. 1975, n° 53, art. 121(1).
Family Proceedings Act 1980, S.N.Z. 1980, n° 94, art. 169(1), (2).
Judicature Act, R.S.A. 1980, chap. J-1, art. 30, 31.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), art. 17, 19(3).

Doctrine citée

Bentham, Jeremy. *Rationale of Judicial Evidence*, vol. 1. London: Hunt & Clarke, 1827.
Bentham, Jeremy. *Treatise on Judicial Evidence*. London: J. W. Paget, 1825.
Blackstone, Sir William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. III. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Bloustein, Edward J. «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962.
Canada. Statistique Canada. *Divorce: La loi et la famille au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, Canada, 1983.

1989 CanLII 20 (SCC)

Canada. Statistics Canada. *Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985*, vol. II. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1986.

Canada. Statistics Canada. *Marrying and Divorcing: A Status Report for Canada*. Ottawa: Minister of Supply and Services, 1988.

Cohen, Anne Elizabeth. "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.

Fried, Charles. "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475.

Gross, Hyman. "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.

Howland, W. G. C. *et al.* "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.

Prosser, William. L. "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

Stoljar, Samuel. "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67.

United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.

United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.

Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, affirming a judgment of Foster J. (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Appeal allowed, La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. dissenting in part.

Allan Lefever and *Fred Kozak*, for the appellant.

Nolan D. Steed, for the respondent the Attorney General for Alberta.

David Lepofsky and *Timothy Macklem*, for the intervener.

Canada. Statistique Canada. *Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985*, vol. II. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986.

Canada. Statistique Canada. *Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada*. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services, 1988.

Cohen, Anne Elizabeth. «Access to Pretrial Documents Under the First Amendment» (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813.

Fried, Charles. «Privacy» (1968), 77 *Yale L. J.* 475.

Gross, Hyman. «The Concept of Privacy» (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34.

Howland, W. G. C. *et al.* «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988» (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4.

Prosser, William. L. «Privacy» (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.

Schiff, Stanley. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, 3rd ed. Toronto: Carswells, 1988.

Stoljar, Samuel. «A Re-examination of Privacy» (1984), 4 *Legal Studies* 67.

United Kingdom. Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes. *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes*. London: King's Printer, 1912.

United Kingdom. Select Committee on the Matrimonial Causes. *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill*. London: King's Printer, 1923.

Warren, Samuel D. and Louis D. Brandeis, «The Right to Privacy» (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown & Co., 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193, 78 A.R. 375, 41 D.L.R. (4th) 502, [1987] 5 W.W.R. 385, 34 C.R.R. 111, qui a confirmé une décision du juge Foster (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, 63 A.R. 114, 22 D.L.R. (4th) 446, [1986] 1 W.W.R. 453, 23 C.R.R. 356. Pourvoi accueilli, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka sont dissidents en partie.

Allan Lefever et *Fred Kozak*, pour l'appelant.

Nolan D. Steed, pour l'intimé le procureur général de l'Alberta.

David Lepofsky et *Timothy Macklem*, pour l'intervenant.

1989 CanLII 20 (SCC)

The judgment of Dickson C.J. and Lamer and Cory JJ. was delivered by

CORY J.—On this appeal the appellant has challenged the validity of s. 30 of the Alberta *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, on the grounds that it contravenes s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that the section does not constitute a reasonable limit upon that right so as to come within s. 1 of the *Charter*. The Attorney General for Alberta has conceded that the impugned section contravenes s. 2(*b*) of the *Charter* but contends that it constitutes a reasonable limit and thus comes within the scope of s. 1 of the *Charter*.

It may be convenient here to set out s. 30 and the enforcement provision of s. 31. Those sections provide:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

(a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,

(b) a concise statement of the charges, defenses and counter-charges in support of which evidence has been given,

(c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and

(d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

(2) No person shall, before the trial of any proceedings had in a court of civil jurisdiction in Alberta or, if there is no trial, before the determination of the proceedings within Alberta, print or publish or cause to be printed or published anything contained in a statement of claim, statement of defence or other pleading, examination for discovery or in an affidavit or other document other than

(a) the names and addresses of the parties and their solicitors, and

(b) a concise statement of the nature of the claim or of the defence, as the case may be, in general words

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Lamer et Cory rendu par

LE JUGE CORY—Dans ce pourvoi, l'appelant conteste la validité de l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1, parce qu'il contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et parce qu'il ne constitue pas une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le procureur général de l'Alberta reconnaît que l'article contesté porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* mais prétend qu'il constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

Il convient de reproduire ici l'art. 30 ainsi que l'art. 31, la disposition d'application:

[TRADUCTION] **30**(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;

b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;

c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;

d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

(2) Il est interdit, avant l'audition d'une procédure de nature civile en Alberta ou, en l'absence d'audition, avant qu'une décision soit rendue, d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements contenus dans une déclaration, une défense ou autre acte de procédure, un interrogatoire préalable, un affidavit ou tout document autre que:

a) les noms et adresses des parties et de leurs procureurs;

b) un exposé concis de la nature de la demande ou de la défense en des termes généraux comme «il s'agit

1989 CanLII 20 (SCC)

such as, "the claim is for the price of goods sold and delivered", or "the claim is for damages for personal injuries caused by the negligent operation of an automobile", or as the case may be.

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions.

31(1) A person who contravenes section 30 is guilty of an offence and, in respect of each offence, liable

(a) if a natural person to a fine of not more than $1000 and in default of payment to imprisonment for a term of not more than one year, and

(b) if a corporation to a fine of not more than $5000.

(2) When the offence consists in the printing and publication of a matter, detail or thing in a newspaper, circular or other publication printed and published in Alberta, the proprietor of the newspaper, the editor of the newspaper and the publisher are each guilty of the offence.

(3) When the offence consists of the publication in Alberta of a matter or thing contained in a newspaper, circular or other publication that is printed outside Alberta and that continually or repeatedly publishes writings or articles that are obscene, immoral or otherwise injurious to public morals, every person within Alberta is guilty of an offence who

(a) receives that newspaper, circular or other publication, and

(b) is engaged in the public distribution of it or does an act or thing for the purpose of the public distribution of it.

(4) In a prosecution with respect to an offence under subsection (3), the fact that the accused was in posses-

d'une action en réclamation du prix de marchandises vendues et livrées» ou «il s'agit d'une action en dommages-intérêts pour lésions corporelles résultant de la conduite négligente d'une automobile».

(3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins.

31(1) Quiconque contrevient à l'article 30 est coupable d'une infraction et passible, pour chaque infraction:

a) d'une amende maximale de 1 000 $ et, à défaut de paiement, un emprisonnement maximal d'un an dans le cas d'un individu;

b) d'une amende maximale de 5 000 $ dans le cas d'une personne morale.

(2) Si l'infraction consiste à avoir imprimé et publié un renseignement, un détail ou une chose dans un journal, une circulaire ou toute autre publication imprimée et publiée en Alberta, le propriétaire et le rédacteur du journal ainsi que l'éditeur sont coupables de l'infraction.

(3) Si l'infraction consiste à avoir publié en Alberta un renseignement contenu dans un journal, une circulaire ou toute autre publication qui est imprimée à l'extérieur de la province et qui publie de façon continue ou répétée des écrits obscènes, immoraux ou qui portent atteinte à la moralité publique, est coupable d'une infraction en Alberta toute personne qui:

a) reçoit le journal, la circulaire ou autre publication, et

b) en effectue la distribution publique ou y participe.

(4) Dans les poursuites pour infraction au paragraphe (3), le fait que le prévenu soit en possession de plus de

1989 CanLII 20 (SCC)

sion of more than 6 copies of a newspaper, circular or other publication referred to in subsection (3) is prima facie proof that the accused was engaged in the public distribution of it.

(5) No prosecution for an offence under subsection (3) may be commenced by any person without the consent of the Attorney General.

The issues raised require consideration of ss. 1 and 2(*b*) of the *Charter*. These sections provide:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Importance of s. 2(*b*) of the *Charter* and the Reporting of Court Proceedings

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. Indeed a democracy cannot exist without that freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies and institutions. The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(*b*) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(*b*) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

The vital and fundamental importance of freedom of expression has been recognized in decisions of this Court. In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, McIntyre J., speaking for the majority, put the position in this way at p. 583:

six copies du journal ou autre publication constitue une preuve prima facie qu'il en faisait la distribution publique.

(5) Une poursuite pour infraction au paragraphe (3) ne peut être intentée sans le consentement du procureur général.

Les questions soulevées exigent l'examen de l'article premier et de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Ces dispositions prévoient:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'importance de l'al. 2*b*) de la *Charte* et le compte rendu des procédures judiciaires

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. En effet, il ne peut y avoir de démocratie sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. La notion d'expression libre et sans entraves est omniprésente dans les sociétés et les institutions vraiment démocratiques. On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2*b*) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

Notre Cour a déjà reconnu l'importance primordiale et fondamentale de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge McIntyre, au nom de la majorité, a énoncé le principe de la façon suivante, aux pp. 583 et 584:

1989 CanLII 20 (SCC)

Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

> If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility, he said, at p. 16:

> Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy.

There can be no doubt that the courts play an important role in any democratic society. They are the forum not only for the resolution of disputes between citizens, but for the resolution of disputes between the citizens and the state in all its manifestations. The more complex society becomes, the more important becomes the function of the courts. As a result of their significance, the courts must be open to public scrutiny and to public criticism of their operation by the public.

La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

> [TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

> [TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie moderne.

Il est certain que les tribunaux jouent un rôle important dans toute société démocratique. C'est là que sont résolus non seulement les litiges qui opposent les citoyens entre eux, mais aussi les litiges qui opposent les citoyens à l'État dans toutes ses manifestations. Plus la société devient complexe, plus le rôle des tribunaux devient important. En raison de cette importance, il faut que le public puisse faire l'examen critique des tribunaux et de leur fonctionnement.

1989 CanLII 20 (SCC)

The importance of the concept that justice be done openly has been known to our law for centuries. In Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373, the following observation appears:

> This open examination of witnesses *viva voce*, in the presence of all mankind, is much more conducive to the clearing up of truth, than the private and secret examination taken down in writing before an officer, or his clerk . . . .

This principle has been recognized by the United States Supreme Court in *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Stewart J., writing for the majority, said this (at p. 386, n. 15):

> As early as 1685, Sir John Hawles commented that open proceedings were necessary so "that truth may be discovered in civil *as well as* criminal matters". [Emphasis in original.]

In the United States this principle is not restricted to hearings. The principle embraces the recognition of the existence of a common law right "to inspect and copy public records and documents, including judicial records and documents". See *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), at p. 597.

In Canada this Court has emphasized the importance of the public scrutiny of the courts. It was put in this way by Dickson J., as he then was, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 185:

> Many times it has been urged that the 'rivacy' of litigants requires that the public be excluded from court proceedings. It is now well established, however, that covertness is the exception and openness the rule. Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. The following comments of Laurence J. in *R. v. Wright*, 8 T.R. 293, are apposite and were cited with approval by Duff J. in *Gazette Printing Co. v. Shallow* (1909), 41 S.C.R. 339 at p. 359:

Notre droit reconnaît depuis des siècles l'importance du principe que la justice doit être rendue publiquement. On trouve l'observation suivante dans l'ouvrage de Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, chap. 23, à la p. 373:

> [TRADUCTION] Cet interrogatoire des témoins, mené publiquement, de vive voix, en présence de tous, est plus propice à la découverte de la vérité que l'interrogatoire privé et secret consigné par écrit devant un officier de justice ou son préposé . . .

La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce principe dans l'arrêt *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979). Le juge Stewart, s'exprimant au nom de la majorité, a écrit (à la p. 386, n. 15):

> [TRADUCTION] En 1685 déjà, sir John Hawles faisait remarquer que la publicité des procédures était nécessaire pour «que la vérité soit connue *tant en* matière civile *qu'en* matière criminelle». [En italique dans l'original.]

Aux États-Unis, ce principe ne se limite pas aux audiences. Le principe englobe la reconnaissance d'un droit en *common law* [TRADUCTION] «d'examiner et de reproduire les dossiers et documents publics, y compris les dossiers et documents judiciaires». Voir l'arrêt *Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U.S. 589 (1978), à la p. 597.

Au Canada, notre Cour a souligné qu'il était important que le public puisse examiner le travail des tribunaux. C'est ainsi que le juge Dickson, maintenant juge en chef, s'est exprimé au nom de la majorité dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, à la p. 185:

> On a maintes fois soutenu que le droit des parties au litige de jouir de leur vie privée exige des audiences à huis clos. Il est aujourd'hui bien établi cependant que le secret est l'exception et que la publicité est la règle. Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires. Les remarques suivantes du juge Laurence dans *R. v. Wright*, 8 T.R. 293 sont pertinentes et le juge Duff les cite et confirme dans l'arrêt *Gazette Printing Co. c. Shallow* (1909), 41 R.C.S. 339, à la p. 359:

1989 CanLII 20 (SCC)

Though the publication of such proceedings may be to the disadvantage of the particular individual concerned, yet it is of vast importance to the public that the proceedings of courts of justice should be universally known. The general advantage to the country in having these proceedings made public more than counterbalances the inconveniences to the private persons whose conduct may be the subject of such proceedings.

He then went on to discuss the application of that same principle to court records. He observed that Canadian law differs somewhat from the law of England which appears to take a more restrictive approach towards the publicity of documents. He said this at p. 189:

Undoubtedly every court has a supervisory and protecting power over its own records. Access can be denied when the ends of justice would be subverted by disclosure or the judicial documents might be used for an improper purpose. The presumption, however, is in favour of public access and the burden of contrary proof lies upon the person who would deny the exercise of the right.

I am not unaware that the foregoing may seem a departure from English practice, as I understand it, but it is in my view more consonant with the openness of judicial proceedings which English case law would seem to espouse.

It can be seen that freedom of expression is of fundamental importance to a democratic society. It is also essential to a democracy and crucial to the rule of law that the courts are seen to function openly. The press must be free to comment upon court proceedings to ensure that the courts are, in fact, seen by all to operate openly in the penetrating light of public scrutiny.

There is another aspect to freedom of expression which was recognized by this Court in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. There at p. 767 it was observed that freedom of expression "protects listeners as well as speakers". That is to say as listeners and readers, members of the public have a right to information pertaining to public institutions and particularly the courts. Here the press plays a fundamentally important role. It is exceedingly difficult for many, if not

[TRADUCTION] Même si la publicité de ces procédures peut comporter des inconvénients pour la personne directement en cause, il est extrêmement important pour le public que les procédures des cours de justice soient connues de tous. L'avantage que tire la société de la publicité de ces procédures fait amplement contrepoids aux inconvénients que subit l'individu dont les agissements sont ainsi visés.

Il a traité ensuite de l'application du même principe aux dossiers judiciaires. Il a remarqué que le droit canadien diffère un peu du droit anglais qui semble adopter une attitude plus restrictive quant à la publicité des documents. Voici ce qu'il a dit, à la p. 189:

Il n'y a pas de doute qu'une cour possède le pouvoir de surveiller et de préserver ses propres dossiers. L'accès peut en être interdit lorsque leur divulgation nuirait aux fins de la justice ou si ces dossiers devaient servir à une fin irrégulière. Il y a présomption en faveur de l'accès du public à ces dossiers et il incombe à celui qui veut empêcher l'exercice de ce droit de faire la preuve du contraire.

Je suis conscient que ce qui précède peut paraître s'écarter de la pratique anglaise, comme je l'interprète, mais cela cadre mieux, à mon avis, avec la transparence des procédures judiciaires que la jurisprudence anglaise semble préconiser.

On voit que la liberté d'expression est d'une importance fondamentale dans une société démocratique. Il est également essentiel dans une démocratie et fondamental pour la primauté du droit que la transparence du fonctionnement des tribunaux soit perçue comme telle. La presse doit être libre de commenter les procédures judiciaires pour que, dans les faits, chacun puisse constater que les tribunaux fonctionnent publiquement sous les regards pénétrants du public.

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, notre Cour a reconnu que la liberté d'expression comportait un autre aspect, soulignant, à la p. 767, que la liberté d'expression «protège autant celui qui s'exprime que celui qui l'écoute». C'est donc dire que, comme ensemble d'auditeurs et de lecteurs, le public a le droit d'être informé de ce qui se rapporte aux institutions publiques et particulièrement aux tribunaux. La presse joue ici un rôle fondamental. Il

1989 CanLII 20 (SCC)

most, people to attend a court trial. Neither working couples nor mothers or fathers house-bound with young children, would find it possible to attend court. Those who cannot attend rely in large measure upon the press to inform them about court proceedings—the nature of the evidence that was called, the arguments presented, the comments made by the trial judge—in order to know not only what rights they may have, but how their problems might be dealt with in court. It is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts. They as "listeners" or readers have a right to receive this information. Only then can they make an assessment of the institution. Discussion of court cases and constructive criticism of court proceedings is dependent upon the receipt by the public of information as to what transpired in court. Practically speaking, this information can only be obtained from the newspapers or other media.

It is equally important for the press to be able to report upon and for the citizen to receive information pertaining to court documents. It was put in this way by Anne Elizabeth Cohen in her article "Access to Pretrial Documents Under the First Amendment" (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813, at p. 1827:

> Access to pretrial documents furthers the same societal needs served by open trials and pretrial civil and criminal proceedings. Court officials can be better evaluated when their actions are seen by informed, rather than merely curious, spectators.

It is against this background which recognizes the crucial importance of both the freedom of expression and the openness of courts that s. 30 of the Alberta *Judicature Act* must be considered.

The Effect of the Prohibitions Contained in s. 30 of the Alberta Legislation

It will be recalled that s. 30(1) prohibits printing and publishing "in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for

est extrêmement difficile pour beaucoup, sinon pour la plupart, d'assister à un procès. Ni les personnes qui travaillent ni les pères ou mères qui restent à la maison avec de jeunes enfants ne trouveraient le temps d'assister à l'audience d'un tribunal. Ceux qui ne peuvent assister à un procès comptent en grande partie sur la presse pour être tenus au courant des instances judiciaires—la nature de la preuve produite, les arguments présentés et les remarques faites par le juge du procès—et ce, non seulement pour connaître les droits qu'ils peuvent avoir, mais pour savoir comment les tribunaux se prononceraient dans leur cas. C'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux. À titre d'«auditeurs» ou de lecteurs, ils ont droit à cette information. C'est comme cela seulement qu'ils peuvent évaluer l'institution. L'analyse des décisions judiciaires et la critique constructive des procédures judiciaires dépendent des informations que le public a reçues sur ce qui se passe devant les tribunaux. En termes pratiques, on ne peut obtenir cette information que par les journaux et les autres médias.

Il est tout aussi important que la presse, pour s'informer ou pour informer les citoyens, puisse obtenir des renseignements relatifs aux documents judiciaires. Anne Elizabeth Cohen l'exprime ainsi dans son article «Access to Pretrial Documents Under the First Amendment» (1984), 84 *Colum. L. Rev.* 1813, à la p. 1827:

> [TRADUCTION] L'accès aux documents préparatoires au procès sert les mêmes objectifs sociaux que les procès publics et les procédures préliminaires en matières civile et criminelle. Les officiers de justice sont mieux évalués par des spectateurs bien informés plutôt que simplement curieux.

C'est dans ce contexte qui reconnaît l'importance vitale de la liberté d'expression et de la transparence des tribunaux qu'il faut analyser l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta.

L'effet de l'interdiction contenue à l'art. 30 de la loi albertaine

On se souviendra qu'aux termes du par. 30(1), il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier «des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la pro-

1989 CanLII 20 (SCC)

judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section". The section then goes on to set out the exceptions: (a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses; (b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given; (c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and (d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and the observations made by the judge in giving judgment.

The sweeping effect of the prohibition can be readily seen. The term "or in relation to a marriage" is a broad one. It encompasses matters pertaining to custody of children, access to children, division of property and the payment of maintenance. All are matters of public interest yet the evidence given on any of these issues cannot be published. The dangers of this type of restriction are obvious. Members of the public are prevented from learning what evidence is likely to be called in a matrimonial cause, what might be expected by way of division of property and how that evidence is to be put forward. Neither would they be aware of what questioning might be expected. These are matters of great importance to those concerned with the application of family law. It is information people might wish to have before they even consider consulting a lawyer. The very people who would seem to have the greatest need to know of family court proceedings are prevented from obtaining important information by the provisions of s. 30.

As well, the comments of counsel and the presiding judge are excluded from publication. How then is the community to know if judges conduct themselves properly. How will it know whether remarks might have been made, for example, that a wife should submit to acts of violence from her husband or that a wife should endure the verbal abuse or blows of her husband. The community has a right to know if such remarks are made yet if there is no right to publish, the judge's comments

vince concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant». La suite de l'article précise les exceptions: a) les noms, adresses et occupations des parties et des témoins; b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis; c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard, et d) les directives du juge et la décision du jury, le cas échéant, ainsi que le jugement du tribunal et les observations faites par le juge en rendant jugement.

On saisit immédiatement l'étendue de l'interdiction. L'expression «ou relatifs à un mariage» est large. Elle englobe des questions comme la garde des enfants, les droits de visite, le partage des biens et les paiements alimentaires. Ces questions sont toutes d'intérêt public et pourtant la preuve qui se rapporte à chacune d'elles ne peut être publiée. Les dangers que comporte ce type de restriction sont évidents. On empêche le public de savoir quelle preuve sera vraisemblablement produite dans une affaire matrimoniale, ce à quoi s'attendre en matière de partage des biens et comment la preuve doit être présentée. Il ne sait pas non plus à quel genre d'interrogatoire s'attendre. Ce sont des questions d'une grande importance pour ceux que visent l'application du droit familial. Il s'agit de renseignements dont on peut vouloir disposer avant même de penser à consulter un avocat. L'article 30 empêche ceux-là mêmes qui auraient le plus grand besoin de connaître la procédure judiciaire en matière familiale d'obtenir des renseignements importants.

De même, il est interdit de publier les remarques des avocats et du juge. Comment la société peut-elle alors savoir si les juges se conduisent correctement? Comment fera-t-elle pour savoir si des remarques ont été faites, par exemple, qu'une femme doit se soumettre aux actes de violence de son mari ou qu'elle devrait endurer les propos abusifs ou les coups de son mari? La société a le droit de savoir si de telles remarques ont été faites, mais sans le droit de publier, les remarques du

1989 CanLII 20 (SCC)

may be hidden from public view. Thus it can be seen that the effect of s. 30(1) is to repress the publication of important aspects of court proceedings. The prohibitions are unnecessarily extensive.

With regard to s. 30(2), it creates an almost total restriction on providing information pertaining to pleadings or documents filed in any civil proceedings before they have been heard. Thus cases involving matters of administrative law or constitutional law are affected by the prohibition. People are prevented from learning the particular allegations made in these cases although they may have a vital impact on the lives of all the residents of the province. The restriction set out in s. 30(2) is unique to the province of Alberta.

Contraventions of s. 2(*b*)

There can be no doubt that the provisions of s. 30(1) and (2) of the Alberta *Judicature Act* contravene s. 2(*b*) of the *Charter*. This was recognized by the Alberta Court of Appeal and conceded by the Attorney General for Alberta before this Court. The legislation then can only be saved if the province of Alberta has satisfied the onus which it must bear to show that the section constitutes a reasonable limitation that comes within the purview of s. 1 of the *Charter*.

Consideration of s. 1 of the *Charter*

In order to constitute a reasonable limitation contemplated by s. 1 of the *Charter*, the impugned section must meet the criteria set forth in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. There Dickson C.J., speaking for the majority, indicated that the legislation in question has to satisfy two sets of conditions if it is to meet the test under s. 1. The first is that the objective of the impugned legislation which sought to impose a limit on a *Charter* right must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (p. 138). Quoting *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, he observed that the standard must be high in order to ensure that objectives of a trivial nature did not gain s. 1 protection. The objective must be of a pressing and

juge peuvent être soustraites à la connaissance du public. On comprend donc que l'effet du par. 30(1) est d'interdire la publication d'aspects importants des procédures judiciaires. Les interdictions sont inutilement sévères.

Le paragraphe 30(2) quant à lui interdit presque totalement l'accès aux renseignements relatifs aux actes de procédure ou aux documents produits dans une instance civile avant qu'ils aient été présentés. Ainsi, les instances concernant des questions de droit administratif ou de droit constitutionnel sont touchées par l'interdiction. On empêche le public de prendre connaissance des allégations particulières faites dans ces instances bien qu'elles puissent avoir des répercussions capitales sur la vie de tous les habitants de la province. L'interdiction énoncée au par. 30(2) est particulière à la province de l'Alberta.

La violation de l'al. 2*b*)

Il est certain que les dispositions des par. 30(1) et (2) de la *Judicature Act* de l'Alberta violent l'al. 2*b*) de la *Charte*. La Cour d'appel de l'Alberta l'a reconnu ainsi que le procureur général de l'Alberta devant cette Cour. La loi ne pourra être sauvegardée que si l'Alberta s'est acquittée de l'obligation qui lui incombe d'établir que l'article constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'examen de l'article premier de la *Charte*

Pour constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, l'article contesté doit être conforme aux exigences établies dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Dans cet arrêt, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité, a indiqué que la loi en question doit répondre à deux sortes de conditions pour satisfaire aux critères de l'article premier. Selon la première, l'objectif de la loi contestée qui tente d'apporter une restriction à un droit garanti par la *Charte* doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution» (p. 138). Citant l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, il a fait observer que la norme devait être sévère afin que les objectifs peu importants ne

1989 CanLII 20 (SCC)

a substantial nature before it can be characterized as sufficiently important to override a *Charter* right. Second, "the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends": *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768.

Considering that first condition, what then are the objectives of this legislation? There were three put forward by the Attorney General for Alberta. First, it was said that the aim of the legislation, particularly s. 30(1), was to safeguard public morals. Undoubtedly this was the primary basis for the enactment of the legislation in 1935. However, it must be reviewed by current standards and it cannot be accepted that this objective remains pertinent in today's society. Although allegations of adultery and the misconduct of the parties may have been the height of scandal at the time of the passage of the legislation they can hardly raise an eyebrow today. Television in day-time soap operas and prime time programmes, the movies and magazines, all deal in considerable and colourful detail with every possible permutation and combination of human relationships. That is now the staple fare of society. By comparison the evidence of a matrimonial case is very tame fare indeed. The problems before the court in matrimonial causes could not conceivably be said to so affect public morals that the public should be shielded from the proceedings.

The Attorney General for Alberta submitted that a second purpose of the legislation was to ensure access to the courts by people who might wish to litigate matrimonial matters. It was said that if people had knowledge that their case would be the subject of printed reports they might not seek to achieve their rights in court. But no evidence was introduced to support the contention that in the absence of s. 30(1), potential litigants would be dissuaded from going to court. Indeed, what statistical evidence there is suggests the opposite. The Statistics Canada Report, *Marrying*

bénéficient pas de la protection de l'article premier. L'objectif doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles avant qu'on puisse le qualifier de suffisamment important pour supprimer un droit reconnu par la *Charte*. Deuxièmement, «les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins»: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 768.

Pour ce qui est de la première condition, quels sont donc les objectifs de cette loi. Le procureur général de l'Alberta en a invoqué trois. Premièrement, on a dit que la loi, et particulièrement le par. 30(1), avait pour but de sauvegarder la morale publique. C'était certainement la raison principale de son adoption en 1935. Ce but doit cependant être examiné de nouveau en regard des normes actuelles et on ne peut plus dire que cet objectif demeure pertinent dans la société d'aujourd'hui. Si les allégations d'adultère et la mauvaise conduite des parties pouvaient faire scandale à l'époque de l'adoption de la loi, elles ne font plus sourciller personne aujourd'hui. Les feuilletons télévisés de la journée et les émissions présentées aux heures de grande écoute ainsi que les films et les revues traitent tous de façon colorée et dans le moindre détail des divers arrangements et combinaisons possibles en matière de relations humaines. C'est maintenant la réalité quotidienne de la société. Par comparaison, la preuve dans une affaire matrimoniale semble très édulcorée. On ne peut vraiment affirmer que les problèmes dont traitent les tribunaux dans les affaires matrimoniales portent tellement atteinte aux valeurs morales qu'il faudrait soustraire ces procédures au regard du public.

Le procureur général de l'Alberta a soutenu que le deuxième objet de la loi était d'assurer que ceux qui veulent porter des litiges matrimoniaux devant les tribunaux y aient accès. On a dit que si les gens savaient que leur cas serait publié dans la presse, ils hésiteraient peut-être à faire valoir leurs droits devant les tribunaux. Mais aucune preuve n'a été produite à l'appui de la prétention qu'en l'absence du par. 30(1) les parties éventuelles à un litige renonceraient à aller devant les tribunaux. Les statistiques qui existent à cet égard indiquent d'ailleurs le contraire. Selon le rapport de Statistique

1989 CanLII 20 (SCC)

and Divorcing: A Status Report for Canada (1988), indicates that in the period from 1984 to 1986, no less than 28 per cent of all marriages ended in divorce compared with 19 per cent in the period 1970 to 1972. This amounts to almost one-third of marriages and the rate of divorce is far higher with younger couples. Furthermore, the Report concludes at p. 11 that "Canadians marry, divorce and remarry at uniform rates from one end of the country to the other". A historical comparison is enlightening. In 1984, the divorce rate was some 20 times higher than in 1935, and some 40 times higher than in 1920: see Statistics Canada, *Divorce: Law and the Family in Canada* (1983), at p. 48, and *Marriages and Divorces: Vital Statistics 1985* (1986), vol. II, at p. 2. The grounds alleged for these marriage breakdowns are revealing as well. The most recent unpublished Statistics Canada figures on grounds for divorce show that for the period of December 1, 1987 to June 30, 1988, 82.8 per cent of divorces were on grounds of one year of separation, 5.4 per cent for adultery, 6.4 per cent for physical cruelty and 5.4 per cent for mixed grounds. Indeed, in Ontario well over 90 per cent of the divorces that appeared on the trial list were undefended: see "Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988" (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4, at p. 24.

The question of access to judicial proceedings must be judged against this background of modern family law which has developed new mechanisms for helping parties to resolve their problems. In particular, the statistics demonstrate that departure from the fault-based model of divorce has in large measure eliminated the legal stigma attached to marriage breakdown. In light of the statistics it is difficult to accept the submission that access to court proceedings is significantly impeded by fear of publicity in the press. One need only observe the large number of actions for divorce and corollary relief brought in every province to recognize that litigants are coming to court in large numbers in those provinces where there is no mandatory press ban in place. Thus there is no indication that people are not seeking to enforce their rights in matrimonial causes. As well it is clear that adul-

Canada, *Le mariage et le divorce: Examen de la situation au Canada* (1988), pas moins de 28 p. 100 de tous les mariages, de 1984 à 1986, se sont terminés par un divorce comparativement à 19 p. 100 entre 1970 et 1972. Cela représente presque un tiers des mariages et le taux de divorce chez les jeunes couples est beaucoup plus élevé. De plus, le rapport conclut à la p. 10 que «Les taux de mariage, de divorce et de remariage des Canadiens sont relativement uniformes d'un océan à l'autre». Une comparaison historique est révélatrice. En 1984, le taux de divorce était 20 fois plus élevé qu'en 1935 et 40 fois plus élevé qu'en 1920: voir Statistique Canada, *Divorce: La loi et la famille au Canada* (1983), aux pp. 55 et 56, et *Mariages et divorces: La statistique de l'état civil 1985* (1986), vol. II, à la p. 3. Les motifs invoqués à l'appui de ces ruptures sont également révélateurs. Les données les plus récentes et non publiées de Statistique Canada sur les motifs de divorce indiquent que pour la période du 1er décembre 1987 au 30 juin 1988, la séparation d'un an était invoquée dans 82,8 p. 100 des cas, l'adultère dans 5,4 p. 100, la cruauté physique dans 6,4 p. 100 et divers motifs combinés dans 5,4 p. 100 des cas. En fait plus de 90 p. 100 des divorces en Ontario qui étaient inscrits au rôle n'étaient pas contestés: voir «Reports on the Administration of Justice in Ontario on the Opening of the Courts for 1988» (1989), 23 *L. Soc. Gaz.* 4, à la p. 24.

La question de l'accès aux procédures judiciaires doit être examinée dans ce contexte d'un droit moderne de la famille qui a mis en œuvre de nouveaux moyens pour aider les parties à résoudre leurs difficultés. Les statistiques indiquent en particulier que l'abandon du système fondé sur la faute en matière de divorce a éliminé en grande partie les traumatismes juridiques liés à la rupture du mariage. Compte tenu des statistiques, il est difficile d'accepter la prétention que l'accès aux procédures judiciaires est considérablement restreint par la crainte que la presse ne les rendent publiques. Il suffit de constater le grand nombre de demandes de divorce et de mesures accessoires présentées dans chaque province pour voir que les parties en litige se présentent en grand nombre devant les tribunaux des provinces où aucune interdiction n'est imposée à la presse. Rien n'indi-

1989 CanLII 20 (SCC)

tery is not the predominant ground put forward as the basis for divorce.

Thirdly, it was alleged that the legislation was aimed at protecting the privacy of individuals. This aspect or aim of the legislation does indeed relate to a pressing and substantial concern in a free and democratic society. Our society has cherished and given protection to privacy. This Court has on a number of occasions underlined the importance of the privacy interest in Canadian law. See *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, *supra*; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at pp. 159-60; *R. v. Amway Corp.*, [1989] 1 S.C.R. 21, at p. 40, and *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28. It is of such importance that on this view it can be said that s. 30(1) has met the first of the two conditions enunciated in *R. v. Oakes*, *supra*.

With regard to s. 30(2), the Attorney General for Alberta submitted that its purpose was two-fold, to ensure the right to a fair trial and to protect reputation and privacy. I will assume, for the purposes of these reasons, that s. 30(2) as well meets that first test and that both the objectives, that of securing a fair trial and that of protecting the right to privacy with regard to pre-trial documents constitute pressing and substantial objectives sufficient to permit the overriding of the right to freedom of expression.

Once a sufficiently significant objective has been demonstrated then the party invoking s. 1 (here the province of Alberta) must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified in order to satisfy the proportionality test set forth in *Oakes*, *supra*.

In *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3, at p. 20, Dickson C.J. noted that there are three components of the proportionality test:

> ... the measures must be carefully designed to achieve the objective of the legislation, with a rational connec-

que donc que les gens ne cherchent pas à faire valoir leurs droits en matière matrimoniale. De plus, il ressort clairement que l'adultère n'est pas le motif principal invoqué à l'appui d'une demande de divorce.

Troisièmement, on a prétendu que la loi avait pour but de protéger la vie privée des personnes. Cet aspect ou but de la loi se rapporte effectivement à une préoccupation urgente et réelle dans une société libre et démocratique. Notre société valorise la vie privée et lui accorde protection. Notre Cour, à plusieurs reprises, a souligné l'importance de la vie privée en droit canadien. Voir les arrêts *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, aux pp. 159 et 160; *R. c. Amway Corp.*, [1989] 1 R.C.S. 21, à la p. 40, et *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 427 et 428. Cet élément revêt une telle importance qu'on peut dire que le par. 30(1) répond à la première des deux conditions énoncées dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité.

Quant au par. 30(2), le procureur général de l'Alberta a soutenu qu'il comportait un double objet: assurer le droit à un procès équitable et protéger la réputation et la vie privée. Aux fins des présents motifs, je vais tenir pour acquis que le par. 30(2) répond également à la première condition et que les deux objectifs, la garantie d'un procès équitable et la protection du droit à la vie privée, en ce qui concerne les documents préparatoires au procès, constituent des objectifs suffisamment urgents et réels qui justifient d'écarter la liberté d'expression.

Lorsqu'il a été démontré que l'objectif était suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier (l'Alberta en l'espèce) doit établir que les moyens choisis sont raisonnables et justifiables pour être conformes au critère de proportionnalité établi dans l'arrêt *Oakes*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3, à la p. 20, le juge en chef Dickson a souligné que le critère de proportionnalité comporte trois éléments:

> ... les mesures doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif du texte législatif et avoir un lien

1989 CanLII 20 (SCC)

tion to the objective. The second component is that the measure should impair the right or freedom as little as possible. Finally, there must be proportionality between the effects of the impugned measures on the protected right and the attainment of the objective.

Section 30 neither impairs the right of freedom of expression as little as possible nor is there the required proportionality between the effect of the impugned measure on the protected right and the attainment of the objective. Both ss. 30(1) and 30(2) go much further than is necessary to protect the privacy of persons involved in proceedings. Their deleterious effect has been noted.

It can be seen that if, for example, a newspaper chose to publish a story which scrupulously avoided revealing the identity of parties or witnesses but discussed in general terms the kind of evidence introduced in matrimonial proceedings, the newspaper would be in contravention of s. 30(1) and subject to a fine even though no privacy interest had been affected. Similarly, if a newspaper chose to comment on the conduct or remarks of a judge or counsel during court proceedings, then although this would not be an invasion of privacy, the newspaper would be in contravention of the section. The exceptions provided in s. 30(1) do not permit a proper reporting of the proceedings and cannot be said to constitute a minimal interference with the right of freedom of expression.

Nor can it be said that there is the requisite proportionality between the overly restrictive provisions of s. 30(1) and the important right to report freely upon trial proceedings. In today's society it is the press reports of trials that make the courts truly open to the public. The principle that courts must function openly is fundamental to our system of justice. The public's need to know is undeniable. Section 30 by its restrictive ban on publication results in a very substantial interference with freedom of expression and significantly reduces the openness of the courts. Any need for the protection of privacy of witnesses or children could be readily accomplished by far less sweeping measures. For example, it could be accomplished by the exercise of discretion by the trial judge to prohibit publication or to hold in-camera hearings

rationnel avec l'objectif. Deuxièmement, la mesure doit porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures contestées sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif.

L'article 30 ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression et il n'y a pas proportionnalité entre l'effet de la mesure contestée sur le droit garanti et la réalisation de l'objectif. Les paragraphes 30(1) et (2) vont l'un et l'autre beaucoup plus loin que ce qui est nécessaire à la protection de la vie privée des personnes visées dans les procédures. Leur effet néfaste a été souligné.

Par exemple, on constate que si un journal décidait de publier une histoire, tout en évitant scrupuleusement de révéler l'identité des parties et des témoins, mais analysait de façon générale le genre de preuve produite en matière matrimoniale, le journal contreviendrait au par. 30(1) et serait passible d'une amende même si aucun intérêt privé n'avait été touché. De même, si un journal décidait de commenter la conduite ou les remarques d'un juge ou d'un avocat pendant l'audience, le journal agirait alors en contravention avec l'article même si ce n'est pas porter atteinte à la vie privée. Les exceptions prévues au par. 30(1) ne permettent pas de faire un compte rendu approprié de l'instance et on ne peut affirmer qu'elles portent le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression.

On ne peut affirmer non plus qu'il y a la proportionnalité requise entre les dispositions excessivement sévères du par. 30(1) et le droit important de rendre librement compte des procédures judiciaires. Dans la société d'aujourd'hui, ce sont les comptes rendus de la presse qui font que les tribunaux sont accessibles au public. Le principe que les tribunaux doivent fonctionner publiquement est fondamental dans notre système judiciaire. Le droit du public de savoir est incontestable. L'interdiction de publier que contient l'art. 30 porte très gravement atteinte à la liberté d'expression et altère considérablement la transparence des tribunaux. Des mesures beaucoup moins radicales pourraient facilement protéger la vie privée des témoins ou des enfants. Par exemple, le juge du procès pourrait exercer son pouvoir discrétionnaire et

1989 CanLII 20 (SCC)

in those few circumstances where it would be necessary to do so in order to protect the privacy interest of parties, their children or witnesses.

The importance of freedom of expression and of public access to the courts through the press reports of the evidence, arguments and the conduct of judges and judicial officers is of such paramount importance that any interference with it must be of a minimal nature.

It cannot be said that s. 30(1) interferes as little as possible with the fundamentally important right to freedom of expression particularly as it applies to informing the public of court proceedings. Nor does it reflect that proportionality which is required between the effect of the measure and the attainment of the objectives.

Counsel for the Attorney General for Alberta took the position that the exceptions set out in s. 30(1) permitted the publication of sufficient details so that the ban on publication was minimal. In support of his position he placed great stress upon the decision of this Court in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, particularly that portion of the reasons by Lamer J., speaking for the Court, as follows at p. 132:

> Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it. [Emphasis in original.]

However, Justice Lamer was careful to note that the ban in those circumstances was a minimal impairment of a freedom of expression. At page 133 he stated:

> The section applies only to sexual offence cases, it restricts publication of facts disclosing the complainant's

interdire toute publicité ou tenir des audiences à huis-clos dans les rares circonstances qui l'exigent pour protéger la vie privée des parties, de leurs enfants ou des témoins.

La liberté d'expression et l'accès du public aux tribunaux par l'intermédiaire des comptes rendus de la presse sur la preuve, les arguments et la conduite des juges et des officiers de justice sont d'une telle importance prépondérante que toute atteinte doit être minimale.

On ne peut affirmer que le par. 30(1) porte le moins possible atteinte au droit fondamentalement important à la liberté d'expression surtout lorsqu'il s'agit d'informer le public des procédures judiciaires. Il n'est pas conforme non plus au critère de proportionnalité entre l'effet de la mesure et la réalisation des objectifs.

L'avocat du procureur général de l'Alberta a soutenu que les exceptions prévues au par. 30(1) permettent de publier suffisamment de détails et que l'interdiction de publier est donc minimale. À l'appui de sa thèse, il a beaucoup insisté sur l'arrêt de notre Cour *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, particulièrement sur cet extrait des motifs du juge Lamer qui s'exprimait au nom de la Cour, à la p. 132:

> De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur. [Souligné dans l'original.]

Le juge Lamer a cependant pris soin de souligner que dans ces circonstances l'interdiction constituait une atteinte minimale à la liberté d'expression. Il a dit, à la p. 133:

> En effet, le paragraphe ne s'applique qu'aux agressions sexuelles, il restreint la publication de faits révélant

1989 CanLII 20 (SCC)

identity and it does not provide for a general ban but is limited to instances where the complainant or prosecutor requests the order or the court considers it necessary. Nothing prevents the media from being present at the hearing and reporting the facts of the case and the conduct of the trial. Only information likely to reveal the complainant's identity is concealed from the public.

In the case at bar the restriction is much broader. As noted earlier, the publishing ban is wide and sweeping in its effect. In the circumstances the *Canadian Newspapers* case is distinguishable and the reasoning is not applicable to s. 30 of the *Judicature Act*.

The Attorney General for the province of Alberta also observed that s. 30(1) of the Alberta legislation was in virtually the same wording as s. 166(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He sought comfort in the fact that thus the two jurisdictions of the Dominion of Canada as well as the province had passed such legislation. However, it is interesting to note that there are no reported cases under that section of the *Criminal Code*. Nor do I think this supports his position. The lack of cases pertaining to this section of the *Code* may indicate that its provisions have fallen into disuse, or that it had never been necessary or appropriate to bring them into play. It may reflect no more than a wise manifestation of the exercise of prosecutorial discretion.

Counsel for the Attorney General for Alberta argued that s. 30(2) was necessary in order to ensure a fair trial of actions and to protect the privacy of individuals. It may well be that in certain situations those considerations will require the court to take measures to ensure that some portions of the documents filed in judicial proceedings are not published. Nevertheless, the provision is far too broad. The legislation would ban the publication of court documents that might have a wide public interest and would prevent the public from knowing about a great many issues in which discussion should be fostered. For example, all actions involving government agencies, administrative boards and tribunals would seem to have a far greater interest for the public than most private

l'identité du plaignant et, loin de prévoir une interdiction générale, elle se limite aux cas où le plaignant ou le poursuivant demande une ordonnance ou à ceux dans lesquels la cour juge nécessaire de le faire. Rien n'empêche les médias d'assister à l'audience et de relater les faits de l'affaire ainsi que le déroulement du procès. Les seuls renseignements cachés au public sont ceux qui risqueraient de révéler l'identité du plaignant.

En l'espèce, la restriction est beaucoup plus étendue. Comme je l'ai déjà souligné, l'interdiction de publier est large et a un effet très extensif. Dans les circonstances, l'arrêt *Canadian Newspapers* peut être distingué de l'espèce et son raisonnement ne s'applique pas à l'art. 30 de la *Judicature Act*.

Le procureur général de la province de l'Alberta a également fait remarquer que le libellé du par. 30(1) de la loi albertaine était presque identique à l'al. 166(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46. Il trouvait un appui dans le fait que deux ressorts, le Canada comme la province, avaient adopté une telle loi. Il est cependant intéressant de souligner qu'il n'existe aucune décision publiée qui traite de cet article du *Code criminel*. Je ne crois pas d'ailleurs que cet argument appuie sa thèse. L'absence de décision relative à cet article du *Code* indique peut-être que ses dispositions sont tombées en désuétude ou qu'il n'a jamais été nécessaire ni approprié de les appliquer. Cela constitue peut-être tout au plus un exemple judicieux de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la poursuite.

L'avocat du procureur général de l'Alberta a soutenu que le par. 30(2) était nécessaire pour assurer le caractère équitable des procès et protéger la vie privée des gens. Il se peut fort bien qu'en certaines circonstances ces considérations obligent le tribunal à veiller à ce que certaines parties des documents produits dans une instance ne soient pas publiées. La disposition est néanmoins beaucoup trop large. La loi interdit la publication de documents judiciaires qui pourraient être d'un grand intérêt public et empêche le public de prendre connaissance de multiples questions dont la discussion devrait être encouragée. Par exemple, les actions concernant les organismes gouvernementaux, les commissions et tribunaux administratifs devraient susciter beaucoup plus l'intérêt du

1989 CanLII 20 (SCC)

litigation. Even in private actions the public might have an interest in knowing the submissions put forward in claims such as those for wrongful dismissal or for personal damages. Yet the details of those actions could not be published. Section 30(2) is overly broad and repressive.

When it considered s. 30(2) the Alberta Court of Appeal relied on the decision of the House of Lords in the *Sunday Times* case which had a long litigious history. An injunction against publication had been granted by the judges of first instance, [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.) It was removed by the Court of Appeal for the reasons given by Lord Denning, M.R., [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.) The injunction was then restored by the House of Lords, [1974] A.C. 273. The case was then taken to the European Court of Human Rights (judgment of 26 April 1979, Series A No. 30) which set aside the decision of the House of Lords. In the course of its reasons the majority of that court had this to say at pp. 41-42:

> The thalidomide disaster was a matter of undisputed public concern. It posed the question whether the powerful company which had marketed the drug bore legal or moral responsibility towards hundreds of individuals experiencing an appalling personal tragedy or whether the victims could demand or hope for indemnification only from the community as a whole; fundamental issues concerning protection against and compensation for injuries resulting from scientific developments were raised and many facets of the existing law on these subjects were called in question.
>
> As the Court has already observed, Article 10 guarantees not only the freedom of the press to inform the public but also the right of the public to be properly informed.
>
> In the present case, the families of numerous victims of the tragedy, who were unaware of the legal difficulties involved, had a vital interest in knowing all the underlying facts and the various possible solutions. They could be deprived of this information, which was crucially important for them, only if it appeared absolutely certain that its diffusion would have presented a threat to the "authority of the judiciary".

public que la plupart des litiges entre particuliers. Même dans le cas des litiges privés, le public peut être intéressé à connaître les arguments invoqués dans certaines actions, telles des actions concernant le congédiement illégal ou les dommages à la personne. Les détails de ces recours ne peuvent cependant pas être publiés. Le paragraphe 30(2) est trop large et répressif.

Lorsque la Cour d'appel de l'Alberta a analysé le par. 30(2), elle s'est appuyée sur l'arrêt *Sunday Times* de la Chambre des lords qui a connu une longue histoire judiciaire. Les juges de première instance avaient accordé l'injonction contre la publication, [1973] Q.B. 710 (Div. Ct.) La Cour d'appel, dont les motifs ont été rédigés par le maître des rôles lord Denning a annulé l'injonction, [1973] 1 All E.R. 815 (C.A.) La Chambre des lords a rétabli l'injonction, [1974] A.C. 273. L'affaire a ensuite été portée devant la Cour européenne des Droits de l'Homme (arrêt du 26 avril 1979, série A n° 30), qui a infirmé l'arrêt de la Chambre des lords. Voici ce que la cour, à la majorité, a dit aux pp. 41 et 42:

> La catastrophe de la thalidomide préoccupait sans conteste le public. Elle soulevait le point de savoir si la puissante société qui avait distribué ce produit pharmaceutique avait engagé sa responsabilité, juridique ou morale, envers des centaines d'individus vivant une horrible tragédie personnelle ou si les victimes ne pouvaient exiger ou espérer une indemnité que de la collectivité tout entière; elle posait des questions fondamentales de prévention et réparation des dommages résultant de découvertes scientifiques et obligeait à reconsidérer beaucoup d'aspects du droit en vigueur dans ces matières.
>
> L'article 10, la Cour l'a déjà noté, garantit non seulement à la presse la liberté d'informer le public, mais aussi à ce dernier le droit à des informations adéquates.
>
> En l'espèce les familles de nombreuses victimes du désastre, ignorantes des difficultés juridiques qui surgissaient, avaient un intérêt fondamental à connaître chacun des faits sous-jacents et les diverses solutions possibles. Elles ne pouvaient être privées de ces renseignements, pour elles d'importance capitale, que s'il apparaissait en toute certitude que leur diffusion aurait menacé l'«autorité du pouvoir judiciaire».

1989 CanLII 20 (SCC)

These words are apposite to a consideration of s. 30(2) and should govern the decision made pertaining to that subsection.

As well it is not without significance that the ban prescribed by s. 30(2) of the Alberta legislation is unique to that province. No other jurisdiction in Canada has found it necessary to impose such a restriction.

Further, there can be no doubt that in order to ensure a fair trial and to protect privacy interests, the court can always use its supervisory power over its own record to grant restraining orders in appropriate cases.

For the foregoing reasons, I am led to the conclusion that s. 30(2) does not interfere as little as possible with the vitally important fundamental right of freedom of expression, particularly as it applies to informing the public as to pending court proceedings. Nor does it reflect that proportionality which is required between the effect of the measure and the attainment of the objectives.

Summary

I recognize that the limitation imposed by the legislation under attack need not be either the best possible limitation nor does it have to be the least intrusive legislation imaginable. Nevertheless it must be a reasonable limit. The proportionality test must vary depending on the circumstances of each case presented to the Court. Here the legislation in issue is not like legislation fixing the age of children at which advertising may be directed as in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Nor is it like legislation fixing the maximum number of employees a firm could have to be eligible for an exemption from Sunday closing rules as in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*. Rather in this case the Court must balance the interest of society as a whole in freedom of expression and the right of the public to know of court proceedings against the bans imposed on publication by s. 30(1) and (2) of the Alberta legislation. In my view it is apparent that the impugned legislation is not carefully designed to achieve the objective of protecting privacy, nor does it affect as little as possible the vitally important

La pertinence de ces propos dans l'examen du par. 30(2) devrait dicter la décision à rendre.

En outre, il n'est pas sans importance de souligner que l'interdiction prévue au par. 30(2) de la loi albertaine est particulière à cette province. Aucune autre juridiction canadienne n'a jugé nécessaire d'imposer pareille restriction.

De plus, il est évident qu'en vue de garantir un procès équitable et de protéger la vie privée des particuliers, la cour peut toujours utiliser son pouvoir de surveillance à l'égard de ses dossiers et accorder des ordonnances restrictives dans les cas appropriés.

Pour les motifs qui précèdent, je dois conclure que le par. 30(2) ne porte pas le moins possible atteinte au droit fondamentalement important à la liberté d'expression, surtout lorsqu'il s'agit d'informer le public sur les procédures judiciaires en instance. Il ne correspond pas non plus à la proportionnalité requise entre l'effet de la mesure et la réalisation des objectifs.

Résumé

Je reconnais que la restriction qu'impose la loi contestée n'a pas à être la meilleure possible ni la moins envahissante possible. Elle doit néanmoins être raisonnable. Le critère de proportionnalité varie selon les circonstances de chaque cas présenté à la Cour. En l'espèce, la loi contestée n'est pas comparable à celle qui fixe l'âge des enfants auxquels la publicité peut être destinée, comme dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Il ne s'agit pas non plus d'une loi qui fixe le nombre maximal d'employés qu'un établissement peut compter pour être exempté des règles de fermeture le dimanche, comme dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précité. Au contraire, en l'espèce, la Cour doit soupeser les intérêts de l'ensemble de la société dans la liberté d'expression et le droit du public d'être informé des procédures judiciaires en regard des interdictions prévues aux par. 30(1) et (2) de la loi albertaine concernant la publication. À mon avis, il ressort clairement que la loi contestée n'a pas été conçue avec soin pour atteindre l'objectif de protéger la vie privée et qu'elle ne

1989 CanLII 20 (SCC)

tant rights and freedoms in question. Neither s. 30(1) nor s. 30(2) can be upheld by reference to s. 1 of the *Charter*.

Re Section 15 of the *Charter*

The appellant argued that the legislation contravened s. 15 of the *Charter* as the press was singled out from all the news media and made subject to fines for printing and for publishing. Because, as is conceded, the legislation contravenes s. 2(*b*), and in light of the conclusion that it cannot be justified pursuant to s. 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with this argument.

Disposition

I would allow the appeal with costs and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I have had the benefit of reading the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Cory and I am in agreement with the result they reach with respect to s. 30(2) of the Alberta *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1. With respect to s. 30(1) of that Act, I have reached the same

porte pas le moins possible atteinte aux droits et libertés visés qui sont d'une importance vitale. Les paragraphes 30(1) et (2) ne peuvent être sauvegardés par l'article premier de la *Charte*.

L'article 15 de la *Charte*

L'appelant a soutenu que la législation portait atteinte à l'art. 15 de la *Charte* parce que la presse était le seul média visé par l'interdiction d'imprimer et de publier, et passible d'amendes. Parce que la loi porte atteinte à l'al. 2*b*), ce qui n'est pas contesté, et parce que j'ai conclu qu'elle ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE WILSON—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues les juges La Forest et Cory et je partage leur conclusion en ce qui concerne le par. 30(2) de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1. En ce qui concerne le par. 30(1) de la loi, j'arrive à la même conclusion que

1989 CanLII 20 (SCC)

conclusion as Cory J., although for somewhat different reasons.

1. Methodology of *Charter* Application

In my view, this case raises an important issue regarding the proper method of application of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to individual cases and, because my reasons for finding s. 30(1) of the Alberta *Judicature Act* unconstitutional reflect one of two possible approaches to the *Charter*'s application, I thought it might be appropriate at the outset to say a word or two about the different approaches.

Of the two possible approaches to the *Charter*'s application one might be described as the abstract approach and the other the contextual approach. While the mechanics of application, i.e. the proper analytical steps to be taken are the same under each, which one is adopted may tend to affect the result of the balancing process called for under s. 1.

Under each approach it is necessary to ascertain the underlying value which the right alleged to be violated was designed to protect. This is achieved through a purposive interpretation of *Charter* rights. It is also necessary under each approach to ascertain the legislative objective sought to be advanced by the impugned legislation. This is done by ascertaining the intention of the legislator in enacting the particular piece of legislation. When both the underlying value and the legislative objective have been identified, and it becomes clear that the legislative objective cannot be achieved without some infringement of the right, it must then be determined whether the impugned legislation constitutes a reasonable limit on the right which can be demonstrably justified in a free and democratic society.

It seems to me that under the abstract approach the underlying value sought to be protected by s. 2(*b*) of the *Charter* is determined at large as my colleague Cory J. has done. He finds freedom of expression to have been fundamental to the historical development of our political, social and educational institutions in Canada. He emphasizes the seriousness of restricting the free exchange of ideas

le juge Cory bien que pour des motifs quelque peu différents.

1. Méthode d'application de la *Charte*

À mon avis, ce pourvoi soulève une question importante concernant la manière d'appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés* à des cas individuels et, parce que mes raisons de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta correspondent à l'une des deux méthodes possibles d'application de la *Charte*, j'estime approprié de dire au départ quelques mots sur ces différentes démarches.

Des deux façons possibles d'aborder l'application de la *Charte*, on peut décrire la première comme la méthode abstraite et l'autre comme la méthode contextuelle. Bien que les modes d'application, c'est-à-dire les étapes analytiques à suivre, soient identiques dans chacune, la méthode retenue peut avoir une influence sur le résultat du processus d'équilibrage requis en vertu de l'article premier.

Dans chacune des méthodes, il est nécessaire de préciser la valeur sous-jacente que vise à protéger le droit auquel il aurait été porté atteinte. C'est par une interprétation en fonction de l'objet des droits reconnus dans la *Charte* qu'on y parvient. Il est également nécessaire dans chacune des méthodes de préciser l'objectif législatif recherché par la loi contestée. C'est en déterminant l'intention du législateur dans l'adoption de la loi en question qu'on y parvient. Lorsque la valeur sous-jacente et l'objectif législatif ont été identifiés et qu'il est clair que l'objectif législatif ne peut être réalisé sans atteinte au droit, il faut alors déterminer si la loi contestée constitue une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Il me semble que, selon la méthode abstraite, la valeur sous-jacente que vise à protéger l'al. 2*b*) de la *Charte* est définie de manière générale comme l'a fait mon collègue le juge Cory. Il constate que la liberté d'expression a joué un rôle fondamental dans l'évolution historique de nos institutions politiques, sociales et éducatives au Canada. Il souligne la gravité de toute restriction à la libre circula-

1989 CanLII 20 (SCC)

and opinions in a democratic form of society and concludes that it is difficult to imagine a more important right in a democracy than freedom of expression.

I do not disagree with my colleague that freedom of expression plays that vital role in a political democracy. The problem is that the values in conflict in the context of this particular case are the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial disputes and the right of the public to an open court process. Both cannot be fully respected. One must yield to the exigencies of the other. I ask myself therefore whether a contextual approach in balancing the right to privacy against freedom of the press under s. 1 is not more appropriate than an approach which assesses the relative importance of the competing values in the abstract or at large.

It is of interest to note in this connection that La Forest J. completely agrees with Cory J. about the importance of freedom of expression in the abstract. He acknowledges that it is fundamental in a democratic society. He sees the issue in the case, however, as being whether an open court process should prevail over the litigant's right to privacy. In other words, while not disputing the values which are protected by s. 2(*b*) as identified by Cory J., he takes a contextual approach to the definition of the conflict in this particular case. Notwithstanding the enormous importance of freedom of expression in a political context, he finds that it must yield in the context of this case to the litigant's right to privacy. The impugned legislation is accordingly, in his view, a reasonable limit on freedom of the press. Cory J. reaches the converse conclusion and the concern raised is whether the difference in result may be conditioned by the methodology adopted in assessing the importance of the values in conflict.

One thing seems clear and that is that one should not balance one value at large and the conflicting value in its context. To do so could well be to pre-judge the issue by placing more weight

tion des idées et des opinions dans une société de type démocratique et il conclut qu'il est difficile d'imaginer un droit plus important dans une démocratie que la liberté d'expression.

Je ne suis pas en désaccord avec mon collègue que la liberté d'expression joue ce rôle vital dans un régime démocratique. Le problème tient à ce que les valeurs en conflit dans le contexte de l'espèce sont le droit des parties à la protection de leur vie privée dans les instances matrimoniales et le droit du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits ne peuvent être respectés intégralement. L'un doit céder le pas devant les exigences de l'autre. Je me demande donc si une méthode contextuelle, pour trouver un équilibre entre le droit à la vie privée et la liberté de la presse en vertu de l'article premier, n'est pas plus appropriée qu'une méthode qui évalue de façon abstraite et générale l'importance relative de valeurs en conflit.

Il est intéressant de souligner à cet égard que le juge La Forest est tout à fait d'accord avec le juge Cory quant à l'importance de la liberté d'expression dans l'abstrait. Il reconnaît qu'elle est fondamentale dans une société démocratique. Toutefois, à son avis, le litige en l'espèce est de savoir si la publicité du processus judiciaire devrait prévaloir sur le droit des parties à la protection de leur vie privée. En d'autres termes, bien qu'il ne conteste pas les valeurs protégées par l'al. 2*b*) et identifiées par le juge Cory, il adopte une méthode contextuelle pour définir le conflit dans cette affaire particulière. Indépendamment de l'importance considérable de la liberté d'expression dans un contexte politique, il estime que dans le contexte de cette affaire celle-ci doit céder devant le droit des parties à la protection de leur vie privée. À son avis, la loi contestée est donc une limite raisonnable à la liberté de la presse. Le juge Cory parvient à la conclusion inverse et il faut se demander si la différence dans les conclusions peut dépendre de la méthode retenue pour évaluer l'importance des valeurs en conflit.

Une chose semble claire et c'est qu'il ne faut pas évaluer une valeur selon la méthode générale et l'autre valeur en conflit avec elle selon la méthode contextuelle. Agir ainsi pourrait fort bien revenir à

1989 CanLII 20 (SCC)

on the value developed at large than is appropriate in the context of the case. Nor should one, it seems to me, balance a private interest, i.e. litigant x's interest in his privacy against a public one, the public's interest in an open court process. Both interests must be seen as public interests, in this case the public interest in protecting the privacy of litigants generally in matrimonial cases against the public interest in an open court process.

It seems to me that the majority and minority decisions in *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, were largely influenced by the different approaches taken by the members of the Court to freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. Chief Justice Dickson in his dissent clearly applied a combined purposive and contextual approach to the issue in that case. He asked himself what the purpose of freedom of association was in the context of labour relations. Why did workers associate to form unions? What was the aim and object? He stated at pp. 365-66:

> Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict.

And again at p. 368:

> The role of association has always been vital as a means of protecting the essential needs and interests of working people. Throughout history, workers have associated to overcome their vulnerability as individuals to the strength of their employers. The capacity to bargain collectively has long been recognized as one of the integral and primary functions of associations of working people. While trade unions also fulfil other important social, political and charitable functions, col-

préjuger de l'issue du litige en donnant à la valeur examinée de manière générale plus d'importance que ne l'exige le contexte de l'affaire. Il me semble qu'il ne faut pas non plus évaluer un droit privé, c'est-à-dire le droit de la partie x à sa vie privée, par rapport à un droit public, celui du public à la publicité du processus judiciaire. Les deux droits doivent être considérés comme des intérêts publics, en l'espèce l'intérêt public à la protection de la vie privée de l'ensemble des parties aux affaires matrimoniales par rapport à l'intérêt public à la publicité du processus judiciaire.

Il me semble que les opinions des juges de la majorité et de la minorité dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, ont été fortement influencées par les différentes méthodes retenues par les membres de la Cour à l'égard de la liberté d'association reconnue à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Dans sa dissidence, le juge en chef Dickson a clairement appliqué à la question alors en litige une méthode fondée à la fois sur l'objet et sur le contexte. Il s'est demandé quel était l'objet de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail. Pourquoi les travailleurs s'associent-ils pour former des syndicats? Quel était le but et l'objet? Il a affirmé, aux pp. 365 et 366:

> La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit.

Et encore, à la p. 368:

> L'association a toujours joué un rôle vital dans la protection des besoins et des intérêts essentiels des travailleurs. Au cours de l'histoire, les travailleurs se sont associés pour surmonter leur vulnérabilité individuelle face à l'employeur. La capacité de négocier collectivement a depuis longtemps été reconnue comme l'une des fonctions intégrantes et premières des associations de travailleurs. Certes les syndicats ont aussi d'autres fonctions importantes sur les plans social, politique et chari-

1989 CanLII 20 (SCC)

lective bargaining remains vital to the capacity of individual employees to participate in ensuring fair wages, health and safety protections, and equitable and humane working conditions.

The Chief Justice concluded that the collective bargaining process was within the constitutional protection of s. 2(*d*).

The issue for the majority, however, was whether associational activities generally were constitutionally protected by s. 2(*d*), not whether the special kind of associational activities forming the subject of the dispute before the Court were protected by the section. Quoting from Le Dain J. at pp. 390-91:

> In considering the meaning that must be given to freedom of association in s. 2(*d*) of the *Charter* it is essential to keep in mind that this concept must be applied to a wide range of associations or organizations of a political, religious, social or economic nature, with a wide variety of objects, as well as activity by which the objects may be pursued. It is in this larger perspective, and not simply with regard to the perceived requirements of a trade union, however important they may be, that one must consider the implications of extending a constitutional guarantee, under the concept of freedom of association, to the right to engage in particular activity on the ground that the activity is essential to give an association meaningful existence.

Since the activities of a golf or curling club were clearly not deserving of constitutional protection, the answer to the question the majority posed for themselves was clearly no. Associational activities generally were not protected. The collective bargaining process engaged in by unions was likewise not protected.

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of

table, mais la négociation collective demeure essentielle à la capacité de chaque salarié, à titre individuel, de participer au processus qui leur assurera des salaires justes, la santé et la sécurité ainsi que des conditions de travail humaines et équitables.

Le Juge en chef a conclu que le processus de négociation collective bénéficiait de la protection constitutionnelle de l'al. 2*d*).

Cependant, pour les juges de la majorité, la question était de savoir si les activités associatives en général bénéficiaient de la protection constitutionnelle de l'al. 2*d*) et non pas si le type particulier d'activités associatives en litige devant la Cour bénéficiait de la protection de l'alinéa. Le juge Le Dain écrit, aux pp. 390 et 391:

> En examinant le sens qu'il faut donner à l'expression liberté d'association que l'on trouve à l'al. 2*d*) de la *Charte*, il est essentiel de garder à l'esprit que cette notion doit viser toute une gamme d'associations ou d'organisations de nature politique, religieuse, sociale ou économique, ayant des objectifs très variés, de même que les activités qui permettent de poursuivre ces objectifs. C'est dans cette perspective plus large et non simplement en fonction des prétendues exigences d'un syndicat, si importantes soient-elles, que l'on doit examiner l'incidence de l'extension d'une garantie constitutionnelle, qui se présente sous la forme du concept de la liberté d'association, au droit d'exercer une certaine activité pour le motif qu'elle est essentielle si l'on veut qu'une association ait une existence significative.

Puisque les activités d'un club de golf ou de curling ne méritaient certainement pas une protection constitutionnelle, les juges de la majorité ont clairement répondu non à la question qu'ils s'étaient posée. Les activités associatives en général n'étaient pas protégées. De même, le processus de négociation collective entrepris par les syndicats n'était pas protégé.

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans

1989 CanLII 20 (SCC)

any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

It is my view that a right or freedom may have different meanings in different contexts. Security of the person, for example, might mean one thing when addressed to the issue of over-crowding in prisons and something quite different when addressed to the issue of noxious fumes from industrial smoke-stacks. It seems entirely probable that the value to be attached to it in different contexts for the purpose of the balancing under s. 1 might also be different. It is for this reason that I believe that the importance of the right or freedom must be assessed in context rather than in the abstract and that its purpose must be ascertained in context. This having been done, the right or freedom must then, in accordance with the dictates of this Court, be given a generous interpretation aimed at fulfilling that purpose and securing for the individual the full benefit of the guarantee.

2. The Legislation

I turn now to the impugned legislation and reproduce it here for convenience:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

(a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,

(b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given,

(c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and

l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

J'estime qu'un droit ou une liberté peuvent avoir des significations différentes dans des contextes différents. Par exemple, la sécurité de la personne peut signifier une chose lorsqu'elle porte sur la question de la surpopulation dans les prisons et une autre, très différente, lorsqu'elle porte sur la question des fumées nocives des usines. Il semble tout à fait probable que la valeur à y attacher dans différents contextes aux fins de la recherche d'un équilibre en vertu de l'article premier soit également différente. C'est pour cette raison que je crois que l'importance du droit ou de la liberté doit être évaluée en fonction du contexte plutôt que dans l'abstrait et que son objet doit être déterminé en fonction du contexte. Cette étape franchie, le droit ou la liberté doit alors, en conformité avec les arrêts de notre Cour, recevoir une interprétation généreuse qui vise à atteindre cet objet et à assurer à l'individu la pleine protection de la garantie.

2. Les textes législatifs

J'examine maintenant les dispositions législatives contestées et je les reproduis ici par souci de commodité:

[TRADUCTION] **30**(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;

b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;

c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;

1989 CanLII 20 (SCC)

(d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

. . .

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions. [Emphasis added.]

I note at the outset that my colleagues have reached different conclusions about the effect of these provisions. Cory J. construes them as preventing the publication of any evidence called in a matrimonial cause as well as the comments of counsel and the presiding judge. La Forest J., on the other hand, states that "s. 30(1) extends only to the particulars of the evidence in matrimonial and similar proceedings where individuals are required to divulge some of the most private aspects of their lives" (p. 1370). I agree with Cory J.'s interpretation. I think that the legislation has placed quite serious limits on the publication of what goes on in a courtroom. Section 30(1)(b) and (c) prohibit the press from publishing the details of evidence adduced in the course of a trial and s. 30(1)(d) prevents the press from reporting any remarks that the presiding judge may make other than his or her "summing up".

3. The Open Court Process

There can be little doubt that restricting the freedom of the press to report cases before the courts goes against the traditional emphasis which

d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

. . .

(3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins. [Je souligne.]

Je signale au départ que mes collègues sont parvenus à des conclusions différentes quant à l'effet de ces dispositions. Suivant l'interprétation du juge Cory, elles interdisent la publication de toute preuve présentée dans une affaire matrimoniale ainsi que des remarques faites par les avocats et le juge. Le juge La Forest affirme par ailleurs que «l'interdiction énoncée au par. 30(1) vise uniquement les détails de la preuve présentée dans des affaires matrimoniales, ou des affaires de cette nature, dans lesquelles des personnes sont tenues de révéler les aspects les plus intimes de leur vie» (pp. 1370 et 1371). Je partage l'interprétation du juge Cory. Je pense que la loi apporte de fortes restrictions à la publication de ce qui se passe dans une salle d'audience. Les alinéas 30(1)b) et c) interdisent à la presse de publier les détails de la preuve présentée au procès et l'al. 30(1)d) empêche la presse de rapporter les remarques que le juge peut faire, à l'exception de ses directives.

3. La publicité du processus judiciaire

Il ne fait pas de doute que la restriction de la liberté de la presse de publier les causes portées devant les tribunaux est contraire à l'importance

1989 CanLII 20 (SCC)

has been placed in our justice system upon an open court process. Several reasons have been advanced in support of the importance of such a process. The one most frequently advanced, and certainly the one with the deepest roots in the history of our law, stresses the importance of an open trial for the evidentiary process. As Cory J. notes, Blackstone stressed that the open examination of witnesses "in the presence of all mankind" was more conducive to ascertaining the truth than secret examinations: see Blackstone's *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, c. 23, at p. 373. Subsequently, in his *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 1, Jeremy Bentham explained at p. 522 that:

> The advantages of publicity are neither inconsiderable nor unobvious. In the character of a security, it operates in the first place upon the deponent; and, in a way not less important . . . upon the judge.

Wigmore wrote extensively on the requirement that judicial proceedings be open to the public (Wigmore, *Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834) and noted (at pp. 435-36) that:

> Its operation in tending to *improve the quality of testimony* is two-fold. Subjectively, it produces in the witness' mind a disinclination to falsify; first, by stimulating the instinctive responsibility to public opinion, symbolized in the audience, and ready to scorn a demonstrated liar; and next, by inducing the fear of exposure of subsequent falsities through disclosure by informed persons who may chance to be present or to hear of the testimony from others present. Objectively, it secures the presence of those who by possibility may be able to furnish testimony in chief or to contradict falsifiers and yet may not have been known beforehand to the parties to possess any information.
>
> The operation of this latter reason was not uncommonly exemplified in earlier days in England, when *attendance at court* was a common mode of passing the time for all classes of persons . . . . The same advantage is gained, and much relied on, in more modern times, when the publicity given by newspaper reports of trials is often the means of securing useful testimony. [Emphasis in original.]

More recently the Supreme Court of the United States has addressed these considerations in a

traditionnellement accordée dans notre système de justice à la publicité du processus judiciaire. On a invoqué plusieurs raisons à l'appui de l'importance de ce processus public. La raison invoquée le plus souvent, et certainement la plus enracinée dans notre histoire juridique, fait ressortir l'importance d'un débat public pour le processus de présentation de la preuve. Comme le signale le juge Cory, Blackstone a souligné que l'interrogatoire des témoins en public [TRADUCTION] «en présence de tous» est plus propice à la recherche de la vérité que des interrogatoires secrets: voir Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (1768), vol. III, chap. 23, à la p. 373. Plus tard, Jeremy Bentham dans son ouvrage *Rationale of Judicial Evidence* (1827), vol. 1, explique, à la p. 522, que:

> [TRADUCTION] Les avantages de la publicité ne sont ni négligeables ni obscurs. De la nature d'une garantie, elle agit d'abord sur le déposant et, de façon tout aussi importante [. . .] sur le juge.

Wigmore a beaucoup écrit sur le besoin de publicité dans les procédures judiciaires (Wigmore, *Evidence*, vol. 6 (Chadbourn rev. 1976), § 1834) et a souligné (aux pp. 435 et 436) que:

> [TRADUCTION] Son effet dans l'*amélioration de la qualité des témoignages* est double. Subjectivement, elle suscite dans l'esprit du témoin une incitation à ne pas mentir; d'abord, en stimulant le sens instinctif de sa responsabilité envers l'opinion publique, symbolisée par l'auditoire prêt à mépriser un menteur reconnu; et ensuite, en éveillant la peur de la révélation ultérieure de ses mensonges, dénoncés par des personnes renseignées qui, par hasard, peuvent être présentes ou entendre parler du témoignage par d'autres personnes qui assistent à l'audience. Objectivement, elle assure la présence de personnes susceptibles de témoigner ou de contredire les témoignages erronés et dont les parties pouvaient ne pas savoir à l'avance qu'ils possédaient des renseignements.
>
> L'effet de cette dernière raison trouvait beaucoup d'exemples car il était courant autrefois en Angleterre de passer le temps, dans toutes les classes de la société, *en assistant à des audiences* [. . .] Aujourd'hui, on obtient le même résultat, sur lequel on compte beaucoup, par la publicité que les journaux accordent aux débats judiciaires et qui sert souvent de moyen d'obtenir des témoignages utiles. [En italique dans l'original.]

Plus récemment, la Cour suprême des États-Unis s'est penchée sur ces considérations dans une

1989 CanLII 20 (SCC)

series of cases dealing with criminal trials. For example, in *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), Blackmun J. provides an extensive review of the history underlying the requirement that trials be held in open court and observes that there is strong evidence that the public trial, which developed before other procedural rights now routinely afforded the accused, was perceived as serving important social interests relating to the integrity of the trial process that existed quite apart from the interests of the litigants. He emphasizes at p. 427 that there is no reason to think that the requirement is not equally important to-day:

> The courts and the scholars of the common law perceived the public-trial tradition as one serving to protect the integrity of the trial and to guard against partiality on the part of the court. The same concerns are generally served by the public trial today.

In *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), the Supreme Court of the United States again emphasized the importance of publicity in preserving the integrity of the evidentiary process. Holding that the press's interest in being able to report what takes place in court is constitutionally protected by the First and Fourteenth Amendments of the United States Constitution, Chief Justice Burger went on to point out at pp. 572-73 that:

> Instead of acquiring information about trials by first-hand observation or by word of mouth from those who attended, people now acquire it chiefly through the print and electronic media. In a sense this validates the media claim of functioning as surrogates for the public. While media representatives enjoy the same right of access as the public, they often are provided special seating and priority of entry so that they may report what people in attendance have seen and heard . . . .

This is an important point and serves to remind us that any harm that may flow from limiting the press's ability to recount what takes place in court cannot readily be rationalized or minimized by saying that, although the press is constrained, the public is still free to attend. The media are, as

série d'arrêts en matière criminelle. Par exemple, dans l'arrêt *Gannett Co. v. DePasquale*, 443 U.S. 368 (1979), le juge Blackmun fait un historique détaillé, depuis ses origines, de l'exigence de la publicité des procès et souligne qu'il est largement démontré que le procès tenu publiquement, qui a vu le jour avant d'autres droits procéduraux maintenant accordés automatiquement aux accusés, était perçu comme un moyen de servir des intérêts sociaux importants relatifs à l'intégrité de la procédure judiciaire, indépendamment des intérêts des plaideurs. Il a souligné, à la p. 427, qu'il n'y a aucune raison de croire que cette exigence n'est pas tout aussi importante aujourd'hui:

> [TRADUCTION] Les tribunaux et les spécialistes de la *common law* voyaient la tradition de la publicité du procès comme un moyen de protéger l'intégrité du procès et de se prémunir contre toute partialité de la part du tribunal. La publicité du procès sert généralement les mêmes fins aujourd'hui.

Dans l'arrêt *Richmond Newspapers, Inc. v. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980), la Cour suprême des États-Unis a souligné encore une fois l'importance de la publicité pour préserver l'intégrité du processus de présentation de la preuve. Déclarant que le droit de la presse de pouvoir faire état de ce qui se passe devant le tribunal est protégé par les Premier et Quatorzième amendements de la Constitution des États-Unis, le juge en chef Burger a souligné, aux pp. 572 et 573, que:

> [TRADUCTION] Au lieu d'obtenir des renseignements sur les procès en y assistant directement comme observateur ou en écoutant le récit de ceux qui y ont assisté, les gens les obtiennent maintenant essentiellement par les médias écrits et électroniques. En un sens, cela confirme la prétention des médias qu'ils agissent comme suppléants du public. Bien que les représentants des médias possèdent le même droit d'accès que le public, on leur réserve souvent des sièges particuliers et une priorité d'accès pour qu'ils puissent faire le compte rendu de ce que l'assistance a vu et entendu . . .

Ce point est important et sert à nous rappeler que tout préjudice pouvant découler de la restriction du pouvoir de la presse de faire le compte rendu de ce qui se passe devant le tribunal ne peut facilement être rationalisé ou minimisé par l'affirmation que, même si la presse est assujettie à des restric-

1989 CanLII 20 (SCC)

Chief Justice Burger so truly observed, "surrogates for the public".

Another reason for allowing the press to provide complete accounts of what goes on in the courtroom is that an open trial is more likely to ensure that the judge and jury conduct themselves properly so as to inspire confidence in the litigants that the procedures followed and the results reached are fair. In a criminal law setting the importance of an impartial judge and jury is obvious and the role of an open trial in compelling judge and jury to act responsibly has repeatedly been noted: see *Gannett v. DePasquale*, *supra*, at p. 380, *per* Stewart J.; *Richmond Newspapers*, *supra*, at p. 593, *per* Brennan and Marshall JJ.; and *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986), at pp. 8-9, *per* Burger C.J. This concern is obviously not confined to criminal trials. We are all aware that judges presiding in matrimonial causes from time to time disclose outmoded attitudes to the marriage relationship which might well affect their decisions. It is crucial that the press be able to report any statements of this nature made by a judge in the course of the proceedings. Only in this way can the public be assured that the judiciary is capable of overcoming its own social biases and reflecting through their office the values of the community.

Thus, not only is an open trial more likely to be a fair trial but it is also seen to be a fair trial and thereby contributes in a meaningful way to public confidence in the operation of the courts. As Bentham observed in his *Treatise on Judicial Evidence* (1825), at p. 69:

> The effects of publicity are at their *maximum* of importance, when considered in relation to the judges; whether as insuring their integrity, or as producing public confidence in their judgments. [Emphasis in original.]

It is also worth noting that there is an important educational aspect to an open court process. It provides an opportunity for the members of the

tions, le public est toujours libre d'assister au procès. Comme le juge en chef Burger l'a si bien souligné, les médias sont les «suppléants du public».

Une autre raison de permettre à la presse de présenter des comptes rendus complets de ce qui se passe devant le tribunal est qu'un procès public est plus susceptible d'assurer que le juge et le jury se conduiront correctement de façon à inspirer aux plaideurs la confiance que les procédures suivies et les résultats obtenus seront équitables. En matière criminelle, l'importance d'un juge et d'un jury impartiaux est claire et les tribunaux ont souligné à plusieurs reprises que la tenue d'un procès public force le juge et le jury à agir de façon responsable: voir *Gannett v. DePasquale*, précité, à la p. 380, le juge Stewart; *Richmond Newspapers*, précité, à la p. 593, les juges Brennan et Marshall; et *Press-Enterprise Co. v. Superior Court of California*, 478 U.S. 1 (1986), aux pp. 8 et 9, le juge en chef Burger. Ce point n'est évidemment pas restreint aux procès criminels. Nous savons tous que les juges qui siègent en matière matrimoniale manifestent parfois, à l'égard des relations matrimoniales, des attitudes dépassées qui peuvent influencer leurs décisions. Il est essentiel que la presse puisse publier des déclarations de cette nature faites par un juge au cours des procédures. C'est la seule façon dont le public peut être assuré que la magistrature est capable de surmonter ses propres préjugés sociaux et qu'elle peut, dans son rôle, refléter les valeurs de la société.

Ainsi, non seulement un procès public est-il plus susceptible d'être un procès équitable, mais il est également perçu comme tel et contribue ainsi d'une façon significative à la confiance du public dans le fonctionnement des tribunaux. Comme Bentham l'a souligné dans son ouvrage *Treatise on Judicial Evidence* (1825), à la p. 69:

> [TRADUCTION] Les effets de la publicité prennent leur importance *maximale* lorsqu'ils sont considérés par rapport aux juges; soit parce qu'ils assurent leur intégrité, soit parce qu'ils suscitent la confiance du public en leurs jugements. [En italique dans l'original.]

Il convient également de souligner que la publicité du processus judiciaire comporte un aspect éducatif important. Cela permet aux citoyens de

1989 CanLII 20 (SCC)

community to acquire an understanding of how the courts work and how what goes on there affects them. Bentham recognized the importance of publicity in fostering public discussion of judicial matters, *Treatise on Judicial Evidence*, op. cit., at p. 68, and Wigmore pointed out in *Evidence,* op. cit., § 1834, at p. 438, that "[t]he educative effect of public attendance is a material advantage. Not only is respect for the law increased and intelligent acquaintance acquired with the methods of government, but a strong confidence in judicial remedies is secured which could never be inspired by a system of secrecy". Dickson J., as he then was, reminded us of the importance of this when, writing for the majority in *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, he stated at p. 185:

> Public confidence in the integrity of the court system and understanding of the administration of justice are thereby fostered. As a general rule the sensibilities of the individuals involved are no basis for exclusion of the public from judicial proceedings. [Emphasis added.]

In summary, the public interest in open trials and in the ability of the press to provide complete reports of what takes place in the courtroom is rooted in the need (1) to maintain an effective evidentiary process; (2) to ensure a judiciary and juries that behave fairly and that are sensitive to the values espoused by the society; (3) to promote a shared sense that our courts operate with integrity and dispense justice; and (4) to provide an ongoing opportunity for the community to learn how the justice system operates and how the law being applied daily in the courts affects them.

But in addition to the interest of the public at large in an open court process there may be compelling arguments in its favour related to the interests of litigants generally. Many may feel vindicated by the public airing of the injustices they feel they have suffered alone and without any support in the community. Indeed, this may be the first time that a spouse is able to speak openly about events that have taken place in the privacy of the home. They may welcome the public endorsement

comprendre le fonctionnement des tribunaux et comment ils sont touchés par ce qui se passe devant le tribunal. Bentham reconnaît l'importance de la publicité parce qu'elle favorise la discussion publique des affaires judiciaires, *Treatise on Judicial Evidence*, *op. cit.*, à la p. 68, et Wigmore a souligné dans son ouvrage *Evidence*, *op. cit.*, § 1834, à la p. 438, que [TRADUCTION] «l'aspect éducatif de la présence du public est un avantage important. Non seulement accroît-il le respect du droit et la bonne compréhension des méthodes du gouvernement, mais la publicité suscite une grande confiance dans les recours judiciaires, confiance que ne pourrait inspirer un système fondé sur le secret». Le juge Dickson, maintenant Juge en chef, nous en a rappelé l'importance lorsque, au nom de la majorité, dans l'arrêt *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S 175, il dit, à la p. 185:

> Cela encourage la confiance du public dans la probité du système judiciaire et la compréhension de l'administration de la justice. En règle générale, la susceptibilité des personnes en cause ne justifie pas qu'on exclue le public des procédures judiciaires. [Je souligne.]

En résumé, l'intérêt du public dans la tenue de procès publics et dans la capacité de la presse de présenter des comptes rendus complets de ce qui se passe en salle d'audience tire son origine du besoin (1) de conserver un processus efficace de présentation de la preuve; (2) d'avoir une magistrature et des jurys qui agissent équitablement et qui soient réceptifs aux valeurs de la société; (3) de favoriser le sentiment partagé que nos tribunaux fonctionnent avec intégrité et rendent justice; et (4) de toujours permettre à la société de comprendre le fonctionnement du système judiciaire et comment l'application quotidienne du droit par les tribunaux les touche.

Mais en plus de l'intérêt du public en général dans un processus judiciaire public, il peut y avoir des arguments impérieux en sa faveur qui concernent les intérêts de l'ensemble des plaideurs. Beaucoup d'entre eux se sentent dédommagés moralement par la révélation publique des injustices qu'ils estiment avoir subies seuls et sans aucun secours de la société. En effet, c'est peut-être la première fois qu'un conjoint peut parler ouvertement d'événements qui se sont déroulés dans l'intimité du

1989 CanLII 20 (SCC)

of the system for what they have suffered in private ignominy. I do not mean to suggest, of course, that in every marriage that runs into difficulty there will be a party anxious to tell his or her side of the story to the public. But we cannot ignore the fact that for every litigant concerned about the adverse impact of publicity upon his or her image in the community there may be another equally concerned about public vindication and community support.

For all of these reasons it seems to me that there would have to be very powerful considerations in order to justify inroads into the open court process. The arguments in favour of the right of the press to report the details of judicial proceedings are strong. Restrictions on that right clearly infringe s. 2(*b*) of the *Charter*. It is necessary therefore to determine whether s. 30(1) can be justified as a reasonable limit under s. 1.

4. The Right to Privacy

I agree with La Forest J. that the purpose of the legislation is to provide some measure of protection for a litigant's privacy. But it is, in my view, important to identify what aspect of the broad concept of privacy is actually engaged by the impugned legislation. Again, a contextual approach would seem to be appropriate.

Privacy as a value deserving of protection by the law is not, of course, new. It has traditionally been protected by the law of torts through causes of action such as trespass, assault and defamation. Some have suggested that underlying these seemingly distinct torts is a unified concept of a relationship between privacy and human dignity: see S. D. Warren and L. D. Brandeis, "The Right to Privacy" (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193; E. J. Bloustein, "Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser" (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962; and S. Stoljar, "A Re-examination of Privacy" (1984), 4 *Legal Studies* 67. Not everyone agrees: see W. L. Prosser, "Privacy" (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383. Legal and political philosophers have engaged in extensive discussions about the

domicile. Ils peuvent se sentir réconfortés par l'appui public que leur donne le système contre des humiliations qu'ils ont subies en privé. Je ne veux certainement pas dire en cela que dans tous les couples qui connaissent des difficultés il y aura toujours un conjoint qui souhaite raconter sa version de l'histoire au public. Mais nous ne pouvons ignorer le fait que pour tout plaideur inquiet des répercussions néfastes de la publicité sur sa réputation dans la collectivité il peut y en avoir un autre tout aussi désireux de se justifier publiquement et d'obtenir l'appui de la collectivité.

Pour tous ces motifs, il me semble qu'il faudrait des raisons très sérieuses pour justifier des atteintes à la publicité du processus judiciaire. Les arguments en faveur du droit de la presse de rapporter les détails de procédures judiciaires sont solides. Les restrictions apportées à ce droit portent clairement atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il est donc nécessaire de déterminer si le par. 30(1) peut être justifié comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier.

4. Le droit à la vie privée

Je partage l'avis du juge La Forest que l'objet de la loi est d'offrir une certaine mesure de protection à la vie privée des parties. Mais j'estime qu'il est important d'identifier l'aspect de cette notion large de vie privée qui est réellement visé par la loi contestée. Encore une fois, la méthode contextuelle semble appropriée.

La vie privée en tant que valeur méritant d'être protégée en droit n'est évidemment pas nouvelle. Elle a traditionnellement bénéficié d'une protection dans le droit des délits par des recours fondés notamment sur l'intrusion, les voies de fait et la diffamation. Certains ont laissé entendre qu'à la base de ces délits apparemment distincts se trouve la notion unique d'un rapport entre la vie privée et la dignité humaine: voir S. D. Warren et L. D. Brandeis, «The Right to Privacy» (1890), 4 *Harv. L. Rev.* 193; E. J. Bloustein, «Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser» (1964), 39 *N.Y.U. L. Rev.* 962; et S. Stoljar, «A Re-examination of Privacy» (1984), 4 *Legal Studies* 67. Tous ne partagent pas cet avis: voir W. L. Prosser, «Privacy» (1960), 48 *Calif. L. Rev.* 383.

1989 CanLII 20 (SCC)

value of privacy. Charles Fried, for example, thought that the ability to control the nature of information imparted to others about oneself is "related to ends and relations of the most fundamental sort: respect, love, friendship and trust": see C. Fried, "Privacy" (1968), 77 *Yale L. J.* 475, at p. 477; and for a similar point of view, see H. Gross, "The Concept of Privacy" (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34. It is worth noting, however, that even the most ardent exponents of the importance of a right to privacy do not suggest that it is an unqualified right. Indeed, Warren and Brandeis accepted that privacy might on some occasions have to yield to the demands of "the public welfare or of private justice": see Warren and Brandeis, loc. cit., at p. 214, and Fried states that "[i]n concrete situations and actual societies, control over information about oneself, like control over one's bodily security or property, can only be relative and qualified": see Fried, loc. cit., at p. 486.

This Court has recently considered the right to privacy in cases involving the search of a person's property without his or her consent (see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Genest*, [1989] 1 S.C.R. 59) and the search of a person's body without his or her consent (see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; and *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495). While the Court in these cases has recognized the need to protect privacy, it has also consistently stressed that "[c]laims to privacy must, of course, be balanced against other societal needs, and in particular law enforcement": see *R. v. Dyment*, *supra*, at p. 428, *per* La Forest J.; *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 159; *R. v. Simmons*, *supra*, at p. 526.

This case addresses a somewhat different aspect of privacy, one more closely related to the protection of one's dignity. It seems to me that the purpose of s. 30(1) of the Alberta *Judicature Act* is to afford some protection against the embarrass-

Des philosophes du droit et de la politique ont engagé de longs débats sur la valeur de la vie privée. Par exemple, Charles Fried estimait que la capacité de contrôler la nature des renseignements personnels transmis aux autres se [TRADUCTION] «rapporte aux fins et aux relations les plus fondamentales: le respect, l'amour, l'amitié et la confiance»: voir C. Fried, «Privacy» (1968), 77 *Yale L. J.* 475, à la p. 477; et dans le même sens, voir H. Gross, «The Concept of Privacy» (1967), 42 *N.Y.U. L. Rev.* 34. Il convient cependant de souligner que même les plus ardents défenseurs de l'importance d'un droit à la vie privée n'affirment pas qu'il s'agit d'un droit absolu. En effet, Warren et Brandeis ont reconnu que le droit à la vie privée peut parfois devoir céder devant les impératifs du [TRADUCTION] «bien-être public ou de la justice privée»: voir Warren et Brandeis, *loc. cit.*, à la p. 214, et Fried affirme que [TRADUCTION] «dans des situations concrètes et dans la société réelle, le contrôle des renseignements personnels, comme le contrôle sur la sécurité physique ou sur les biens, ne peut être que relatif et non absolu»: voir Fried, *loc. cit.*, à la p. 486.

Notre Cour a récemment examiné le droit à la vie privée dans des affaires portant sur la perquisition des biens d'une personne sans son consentement (voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Genest*, [1989] 1 R.C.S. 59) et sur la fouille d'une personne sans son consentement (voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; et *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495). Bien que la Cour ait reconnu dans ces affaires la nécessité de protéger la vie privée, elle a également toujours affirmé que «[n]aturellement, un équilibre doit être établi entre les revendications en matière de vie privée et les autres exigences de la vie en société, et en particulier celles de l'application de la loi»: voir *R. c. Dyment*, précité, à la p. 428, le juge La Forest; *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 159; *R. c. Simmons*, précité, à la p. 526.

La présente affaire porte sur un aspect un peu différent de la vie privée, un aspect qui se rapproche davantage de la protection de la dignité personnelle. Il me semble que l'objet du par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta est de donner une

1989 CanLII 20 (SCC)

ment or grief or loss of face that may flow from the publication of the particulars of one's intimate private life disclosed in the courtroom. This Court has already discussed in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at pp. 57 and 60, the psychological stress or trauma that can arise from violations of a person's emotional or physical integrity and it has adverted to the fact in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at p. 130, that such trauma can be the result of wide-spread publication of matters that are embarrassing or humiliating. In my view, this legislation addresses a similar concern, namely the personal anguish and loss of dignity that may result from having embarrassing details of one's private life printed in the newspapers.

Two points are worth noting at this stage of the analysis. First, the interest that the press might have in publishing evidence about a person's private life and the degree of embarrassment or humiliation that that person may suffer as a consequence are likely to depend on who that person is. Clearly, it is not everyone's matrimonial disputes that are of consuming interest to the public and therefore to the media. Nor does everyone involved in matrimonial litigation have a public persona the preservation of which is of paramount concern to him or her. Second, the interest that the press might have in publishing details of a person's private life will also, no doubt, depend on the nature of the allegations made about such person's conduct. As Cory J. points out, the "run of the mill" divorce proceeding is less likely to be of public interest than one that involves allegations of particularly immoral or aberrant behaviour. I make these points, not to suggest that matrimonial disputes are not extremely upsetting and painful for all those involved in them as well as for members of their families, but to point out that the concern addressed by the impugned legislation does not impact uniformly on all litigants in matrimonial disputes but more particularly on some.

certaine protection contre la gêne, la peine ou l'humiliation qui peuvent découler de la publication des détails de la vie intime d'une personne qui sont divulgués dans la salle d'audience. Notre Cour a déjà examiné dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, aux pp. 57 et 60, la tension ou le traumatisme psychologiques qui peuvent résulter de la violation de l'intégrité émotionnelle ou physique d'une personne et elle a souligné dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, à la p. 130, que ce traumatisme peut résulter de la large diffusion de questions qui sont gênantes ou humiliantes. À mon avis, la loi en cause ici porte sur une préoccupation semblable, c'est-à-dire l'angoisse et la perte de dignité personnelle qui peuvent résulter de la publication dans les journaux de détails gênants de la vie privée d'une personne.

Deux points méritent d'être soulignés à cette étape de l'examen. Premièrement, l'intérêt que la presse peut avoir à publier des éléments de preuve concernant la vie privée d'une personne et l'importance de la gêne ou de l'humiliation que cette personne peut subir par suite de cette publication dépendra probablement de la personne dont il s'agit. Il est évident que tous les litiges matrimoniaux ne sont pas d'un intérêt dévorant pour le public et donc pour les médias. Et il est évident aussi que les parties aux affaires matrimoniales n'ont pas toutes une personnalité publique qu'il leur faut protéger à tout prix. Deuxièmement, l'intérêt que la presse peut avoir à publier les détails de la vie privée d'une personne dépendra également, sans aucun doute, de la nature des allégations concernant la conduite de cette personne. Comme le juge Cory le souligne, il est vraisemblable qu'une instance de divorce «ordinaire» suscitera moins d'intérêt de la part du public que celle qui comporte des allégations de comportements particulièrement immoraux ou aberrants. Je souligne cela non pas pour dire que les litiges en droit matrimonial ne sont pas extrêmement bouleversants et pénibles pour tous ceux qui sont concernés ainsi que pour les membres de leurs familles, mais pour souligner que le problème visé par la loi contestée n'a pas de répercussions uniformes sur toutes les parties impliquées dans ce type de litiges mais touche plus particulièrement certaines d'entre elles.

1989 CanLII 20 (SCC)

The right to privacy was asserted unsuccessfully in *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177 (P.C.), which concerned a petition for divorce filed by Alberta's Minister of Public Works. The action was tried in the judge's library which had the word "Private" on the door. It was not the intention to exclude the public from the hearing. The Judicial Committee of the Privy Council referred to Lord Halsbury's observation in *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417, at p. 440, that "every Court of justice is open to every subject of the King". It was held that this was not a trial in "open court". Lord Blanesburgh discussed the importance of the open court principle at pp. 200-202:

To this rule, there are, it need hardly be stated, certain strictly defined exceptions. Applications properly made in chambers, and infant cases, may be particularized. But publicity is the authentic hall-mark of judicial as distinct from administrative procedure, and it can be safely hazarded that the trial of a divorce suit, a suit not entertained by the old Ecclesiastical Courts at all, is not within any exception.

. . .

And their Lordships, in reaching the conclusion that the public must be treated as having been excluded from the library on this occasion, have not been uninfluenced by the fact that the cause then being tried was an undefended divorce case. To no class of civil action is Lord Halsbury's statement more appropriate. In no class of case is the privilege more likely to be denied unless every tendency in a contrary direction, whenever manifested, is definitely checked.

. . .

And there is perhaps no available way to correct these tendencies more effectively than to require that the trial of these cases shall always take place, and in the fullest sense, in open court. This requirement must be insisted upon because there is no class of case in which the desire of parties to avoid publicity is more widespread. There is no class of case in which in particular circumstances, it can be so clearly demonstrated even to a judge that privacy in that instance would be both harmless and merciful.

. . .

On a fait valoir sans succès le droit à la vie privée dans l'arrêt *McPherson v. McPherson*, [1936] A.C. 177 (C.P.), qui portait sur une requête en divorce déposée par le ministre des Travaux publics de l'Alberta. La requête avait été entendue dans la bibliothèque du juge, dont la porte portait l'inscription: [TRADUCTION] «Privé». L'intention n'était pas d'exclure le public de l'audience. Le Comité judiciaire du Conseil privé a cité la remarque de lord Halsbury dans l'arrêt *Scott v. Scott*, [1913] A.C. 417, à la p. 440, que [TRADUCTION] «toute cour de justice est ouverte à tous les sujets du roi». Le Comité a conclu que ce n'était pas un procès «public». Lord Blanesburgh a traité de l'importance du principe de l'audience publique, aux pp. 200 à 202:

[TRADUCTION] Cette règle, est-il nécessaire de le dire, comporte certaines exceptions strictement définies. Les demandes dûment présentées au juge en son cabinet et les affaires concernant des enfants peuvent constituer une catégorie à part. Mais la publicité est la marque par excellence de la procédure judiciaire par rapport à la procédure administrative et on peut dire sans se tromper que l'audition d'un divorce, un cas qui ne relevait pas des anciens tribunaux ecclésiastiques, ne fait partie d'aucune exception.

. . .

Et leurs Seigneuries, en concluant que le public doit être considéré comme ayant été exclu du cabinet à cette occasion, ont été influencées par le fait que l'affaire alors entendue était un divorce non contesté. De toutes les catégories d'actions civiles, c'est dans celle-ci que l'affirmation de lord Halsbury s'applique le mieux. Il n'existe aucune catégorie d'actions dans laquelle le privilège du procès public risque davantage d'être refusé, à moins que toute tendance manifestée en faveur du procès public ne soit définitivement écartée.

. . .

Et il n'existe peut-être aucun autre moyen de corriger ces tendances plus efficacement que d'exiger que l'audition de ces affaires ait toujours lieu en audience publique au plein sens du terme. Il faut insister sur cette exigence parce qu'il n'existe aucune autre catégorie d'actions dans laquelle le désir des parties d'éviter la publicité est plus répandu. Il n'existe aucune catégorie d'actions dans laquelle, en des circonstances particulières, il peut être aussi clairement établi, même devant un juge, que le huis-clos serait à la fois inoffensif et bienvenu.

. . .

1989 CanLII 20 (SCC)

These are some of the considerations which have led their Lordships to take a more serious view of the absence of the public from the trial of this divorce action than has obtained in the Courts below. Influenced by them, their Lordships have felt impelled to regard the inroad upon the rule of publicity made in this instance—unconscious though it was—as one not to be justified, and now that it has been disclosed, as one that must be condemned so that it shall not again be permitted. [Emphasis added.]

Lord Blanesburgh's remarks, in my view, provide a stern reminder of the importance of not allowing one's compassion for that limited group of people who are of particular interest to the public (because of who they are or what they are alleged to have done) to undermine a principle which is fundamentally sound in its general application.

In his discussion of exceptions to the general rule in favour of publicity Wigmore was quick to warn of the dangers of legislation that makes certain exceptions compulsory rather than giving the trial judge a discretion to deal with individual cases: see Wigmore, op. cit., § 1835, at pp. 449-50. Perhaps as a consequence, the range of circumstances in which statutory provisions have been deemed necessary to protect the welfare of parties to litigation has been closely circumscribed. As far as the relationship of marriage is concerned, it is of some interest to note that the rules of evidence that formerly placed restrictions on the compellability of the spouse of a party to litigation and on the admissibility of the spouse's evidence have now been relaxed by legislation in most jurisdictions in Canada: see S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3rd ed. 1988), vol. 2, at p. 1015. I think this is an expression of the growing acceptance of the proposition that the evidence of every person who can contribute to the ascertainment of the facts is needed and should be exposed to public scrutiny. It is also of interest to note that evidence adduced in criminal trials, e.g. for sexual offences, and in civil trials, e.g. for bankruptcy, which also expose to public view details of individuals' personal lives and conduct, i.e. the accused or the bankrupt which they would no doubt prefer to keep private, often gives rise to great, if not greater, potential for embarrassment, grief, humiliation

Voilà certaines considérations qui ont incité leurs Seigneuries à juger plus sévèrement que les tribunaux d'instance inférieure l'absence du public à l'audition de cette action en divorce. Influencées par ces considérations, leurs Seigneuries ont cru devoir considérer cette entorse à la règle de la publicité dans cette instance—bien qu'elle soit involontaire—comme une entorse qui ne peut être justifiée et qui, maintenant qu'elle est connue, doit être condamnée afin qu'elle ne se reproduise plus. [Je souligne.]

À mon avis, les remarques de lord Blanesburgh nous rappellent sévèrement qu'il est important de ne pas laisser sa propre compassion à l'égard de ce groupe restreint de personnes qui intéressent particulièrement le public (en raison de leur identité ou des allégations faites à leur égard) porter atteinte à un principe aussi fondamentalement justifié dans son application générale.

Dans son analyse des exceptions à la règle générale en faveur de la publicité, Wigmore s'est empressé de nous prévenir des dangers des lois qui rendent certaines exceptions obligatoires au lieu de donner au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de traiter des cas individuels: voir Wigmore, *op. cit.*, § 1835, aux pp. 449 et 450. C'est peut-être par suite de cet avertissement que l'éventail des circonstances dans lesquelles des dispositions législatives ont été réputées nécessaires pour protéger le bien-être des parties en litige a été soigneusement défini. En ce qui concerne les rapports dans le mariage, il peut être intéressant de souligner que les règles de preuve qui imposaient autrefois des restrictions à la contraignabilité du conjoint et à l'admissibilité du témoignage du conjoint ont maintenant été assouplies par la législation de la plupart des ressorts au Canada: voir S. Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (3e éd. 1988), vol. 2, à la p. 1015. Je pense qu'il s'agit là d'une manifestation de l'acceptation plus grande de la proposition que le témoignage de toute personne susceptible de contribuer à l'établissement des faits est requis et devrait être exposé à l'examen public. Il est également intéressant de souligner que la preuve produite dans les procès criminels (par ex. en matière d'infractions d'ordre sexuel) et dans les procès civils (par ex. en matière de faillite), lesquels permettent également au public d'avoir accès aux détails personnels de la vie et de la conduite

1989 CanLII 20 (SCC)

and loss of public esteem as the evidence in matrimonial litigation. While matrimonial litigation may well involve allegations of cruel, immoral and aberrant behaviour which may, as La Forest J. points out, adversely impact on the children of the marriage, I think that legislation seeking to address that concern should do so specifically or through the grant of judicial discretion and should be strictly confined to that narrow range of cases.

d'individus (c'est-à-dire de l'accusé ou du débiteur mis en faillite) que ceux-ci préféreraient sans doute garder privés, risque d'entraîner beaucoup de gêne, de douleur et d'humiliation ainsi que la perte de l'estime publique, peut-être plus que la preuve dans les litiges matrimoniaux. Bien que les litiges matrimoniaux puissent comporter des allégations de comportements cruels, immoraux et aberrants qui, comme le juge La Forest le souligne, peuvent avoir des répercussions négatives sur les enfants du mariage, je pense que les lois qui tentent de traiter de cette préoccupation devraient le faire en le disant expressément ou en prévoyant une discrétion judiciaire, et qu'elles devraient être strictement restreintes à cette catégorie limitée de litiges.

5. Section 1 of the *Charter*

In this case the values in conflict are the right of the public to an open court process, which includes the right of the press to publish what goes on in the courtroom, and the right of litigants to the protection of their privacy in matrimonial disputes. It is clear that both values cannot be fully respected given the context in which they come into conflict in this case. The question is whether s. 30(1) of the Alberta *Judicature Act* constitutes a reasonable limit on the freedom of the press which can be justified under s. 1 of the *Charter*. My colleague La Forest J. concludes that it is a reasonable limit and my colleague Cory J. that it is not.

I would respectfully agree with Cory J. that it is not a reasonable limit. I agree with him that the first two requirements laid down in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, are met. The protection of privacy is a legitimate government objective and the impugned legislation is rationally connected to it. I also agree with him that it lacks the required degree of proportionality. I believe it is important to keep in perspective the proportion of matrimonial cases in which publication of the evidence would cause such severe emotional and psychological trauma and public humiliation for the parties and/or their children as to warrant a ban on publication. There are unquestionably some cases

5. L'article premier de la *Charte*

En l'espèce, les valeurs en conflit sont le droit du public à la publicité du processus judiciaire, qui comporte le droit de la presse de publier ce qui se passe dans une salle d'audience, et le droit des plaideurs à la protection de leur vie privée dans des litiges matrimoniaux. Il est clair que ces deux valeurs ne peuvent être respectées intégralement étant donné le contexte dans lequel elles entrent en conflit en l'espèce. La question est de savoir si le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta constitue une limite raisonnable à la liberté de la presse, limite qui peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mon collègue le juge La Forest conclut qu'il s'agit d'une limite raisonnable et mon collègue le juge Cory que ce n'est pas le cas.

Avec égards, je suis d'accord avec le juge Cory qu'il ne s'agit pas d'une limite raisonnable. Je suis d'accord avec lui que les deux premiers éléments établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, sont respectés. La protection de la vie privée est un objectif gouvernemental légitime et la loi contestée a un lien rationnel avec cet objectif. Je suis également d'accord avec lui que la loi n'a pas le degré de proportionnalité requis. Je crois qu'il est important d'être conscient de la proportion d'affaires matrimoniales dans lesquelles la publication de la preuve causerait aux parties ou à leurs enfants un traumatisme émotionnel et psychologique tellement grave et une humiliation tellement

1989 CanLII 20 (SCC)

where this is so but s. 30(1) of Alberta's *Judicature Act* is not restricted to such cases. It encompasses all matrimonial causes presumably on the assumption that they are all inevitably attended by such consequences. While this assumption may have been valid at one time, I think it is wholly unrealistic to make this assumption today. Many allegations that might once have been acutely embarrassing and painful are today a routine feature of matrimonial causes to which little, if any, public stigma attaches. While some "high profile" litigants may have reputations that will be harmed by revelations about their matrimonial behaviour, I do not think this warrants legislation as all-encompassing as s. 30(1) of the Alberta's *Judicature Act*. Legislation seeking to place restrictions on freedom of the press in this area would, in my view, have to be much more carefully tailored.

6. Section 15 of the *Charter*

In light of my conclusion with respect to ss. 2(*b*) and 1 of the *Charter*, it is not necessary to deal with the appellant's contention that the impugned legislation violates s. 15 of the *Charter*.

7. Disposition

I would allow the appeal with costs and would answer the constitutional questions raised in this appeal as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

grande face au public qu'une interdiction de publication serait justifiée. Il en est incontestablement ainsi dans certains cas, mais le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta ne se restreint pas à ces cas. Il englobe toutes les instances matrimoniales en raison vraisemblablement de l'hypothèse qu'elles comportent toutes inévitablement ces conséquences. Bien que cette hypothèse puisse avoir été valide à une époque, je pense qu'il est tout à fait irréaliste de maintenir cette hypothèse aujourd'hui. Plusieurs allégations qui ont pu être extrêmement gênantes et pénibles à une époque constituent aujourd'hui un aspect routinier des instances matrimoniales auquel le public n'accorde que peu ou pas d'importance. Bien que certains plaideurs, parce qu'ils sont très connus, puissent voir leur réputation ternie par des révélations sur leur comportement matrimonial, je ne crois pas que cela justifie une disposition législative aussi vaste que le par. 30(1) de la *Judicature Act* de l'Alberta. À mon avis, une loi qui tente d'imposer des restrictions à la liberté de la presse dans ce domaine devrait être conçue beaucoup plus soigneusement.

6. L'article 15 de la *Charte*

Compte tenu de ma conclusion en ce qui concerne l'al. 2*b*) et l'article premier de la *Charte*, il n'est pas nécessaire de traiter de la prétention de l'appelant que la législation contestée viole l'art. 15 de la *Charte*.

7. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Non.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

1989 CanLII 20 (SCC)

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Sopinka JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting in part)—The principal point in this case involves the balancing of the freedom of the press and the individual's right to privacy under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It also raises the application of s. 15 of the *Charter* to corporations.

Facts

The Edmonton Journal seeks a declaration that s. 30 of the Alberta *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, is inconsistent with s. 2(*b*) and s. 15 of the *Charter* which respectively guarantee freedom of the press and legal equality. Both the trial judge, Foster J. (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326, and the Alberta Court of Appeal (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193 refused to make that declaration on the ground that the provision constituted a reasonable limit to s. 2(*b*) under s. 1 of the *Charter* and that it did not violate s. 15. In this Court, the Attorney General for Alberta conceded that s. 30 contravened s. 2(*b*) of the *Charter* so that the sole question on that aspect of the case is whether s. 30 constitutes a reasonable limit to the freedom of the press.

Section 30(2)

My colleague, Justice Cory, has concluded that s. 30 does not constitute such a reasonable limit. I agree with him that s. 30(2) which prohibits the publication before trial of anything contained in any pleading (except the names of the parties and the general nature of the claim or defence) is simply too broad a restriction without adequate justification to afford a defence under s. 1, and I shall say no more about it. With respect, however, I do not share his view regarding the remainder of the section.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte*?

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Sopinka rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident en partie)—La principale question dans le présent pourvoi consiste à trouver un équilibre, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, entre la liberté de la presse et le droit de l'individu à la vie privée. Le pourvoi pose aussi la question de l'application de l'art. 15 de la *Charte* aux personnes morales.

Les faits

Edmonton Journal demande un jugement déclarant que l'art. 30 de la *Judicature Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. J-1, est incompatible avec l'al. 2*b*) et l'art. 15 de la *Charte* qui garantissent respectivement la liberté de la presse et l'égalité devant la loi. Le juge Foster, en première instance, (1985), 40 Alta. L.R. (2d) 326 et la Cour d'appel de l'Alberta (1987), 53 Alta. L.R. (2d) 193 ont refusé de prononcer le jugement déclaratoire, ayant conclu que la disposition constitue une restriction raisonnable à l'al. 2*b*) en vertu de l'article premier de la *Charte* et qu'elle ne viole pas l'art. 15. Devant notre Cour, le procureur général de l'Alberta a reconnu que l'art. 30 porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* et que la seule question qui se pose relativement à cet aspect du pourvoi est de savoir si l'art. 30 constitue une restriction raisonnable à la liberté de la presse.

Le paragraphe 30(2)

Mon collègue le juge Cory a conclu que l'art. 30 n'est pas une limite raisonnable. Je suis d'accord avec lui que le par. 30(2), qui interdit la publication, avant le procès, de renseignements mentionnés dans les actes de procédure (à l'exception des noms des parties et de la nature générale de la demande ou de la défense) constitue une restriction trop large sans justification suffisante pour être maintenue en vertu de l'article premier; je ne dirai rien de plus à ce sujet. Avec égards cependant, je ne puis partager son avis quant au reste de l'article.

1989 CanLII 20 (SCC)

Sections 30(1) and 30(3)

Sections 30(1) and 30(3) of the Alberta *Judicature Act* read as follows:

30(1) No person shall within Alberta print or publish or cause or procure to be printed or published in relation to a judicial proceeding in a court of civil jurisdiction in Alberta for dissolution of marriage or nullity of marriage or for judicial separation or for restitution of conjugal rights or in relation to a marriage or an order, judgment or decree in respect of a marriage, any matter or detail the publication of which is prohibited by this section, or any other particulars except

(a) the names, addresses and occupations of the parties and witnesses,

(b) a concise statement of the charges, defences and counter-charges in support of which evidence has been given,

(c) submissions on a point of law arising in the course of the proceedings and the decision of the court thereon, and

(d) the summing up of the judge and the finding of the jury, if any, and the judgment of the court and observations made by the judge in giving judgment.

. . .

(3) Nothing in this section applies

(a) to the printing of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding,

(b) to the communication of a pleading, transcript of evidence or other document for use in connection with a judicial proceeding to persons concerned in the proceeding,

(c) to the printing or publishing of a notice or report pursuant to an order or direction given by a court competent to so order or direct, or

(d) to the printing or publishing of a matter

(i) in a separate volume or part of a bona fide series of law reports that does not form part of another publication and that consists solely of reports of proceedings in courts of law, or

(ii) in a publication of a technical character bona fide intended for circulation among members of the legal or medical professions.

In essence, the interdiction in s. 30(1) extends only to the particulars of the evidence in matrimonial and similar proceedings where individuals are required to divulge some of the most private aspects of their lives (a mortification

Les paragraphes 30(1) et (3)

Les paragraphes 30(1) et (3) de la *Judicature Act* de l'Alberta sont ainsi libellés:

[TRADUCTION] **30**(1) Il est interdit en Alberta d'imprimer ou de publier ou de faire imprimer ou publier des renseignements ou détails relatifs à une procédure judiciaire de nature civile prise dans la province concernant la dissolution de mariage, l'annulation de mariage, la séparation judiciaire ou la restitution de droits conjugaux, ou relatifs à un mariage, ou à une décision judiciaire s'y rapportant, ou tout détail autre que:

a) les noms, adresses et occupations des parties ou des témoins;

b) un exposé concis des accusations, défenses et contre-accusations à l'appui desquelles des témoignages ont été recueillis;

c) les arguments sur un point de droit soulevé au cours de la procédure et la décision du tribunal à cet égard;

d) les directives du juge, la décision du jury, le cas échéant, et le jugement du tribunal ainsi que les observations faites par le juge en rendant jugement.

. . .

(3) Le présent article ne s'applique pas:

a) à l'impression des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé dans une procédure judiciaire;

b) à la transmission des actes de procédure, des transcriptions de preuve ou de tout autre document destiné à être utilisé par les personnes concernées dans une procédure judiciaire;

c) à l'impression ou à la publication d'un avis ou d'un rapport en application d'une décision d'un tribunal compétent;

d) à l'impression ou à la publication d'une décision

i) soit dans un volume ou une partie d'une série authentique de rapports judiciaires qui n'appartient à aucune autre publication et consiste exclusivement en rapports de procédures devant les tribunaux,

ii) soit dans une publication d'un caractère technique authentiquement destinée à circuler parmi les gens de loi ou les médecins.

Pour l'essentiel, l'interdiction énoncée au par. 30(1) vise uniquement les détails de la preuve présentée dans des affaires matrimoniales, ou des affaires de cette nature, dans lesquelles des personnes sont tenues de révéler les aspects les plus

1989 CanLII 20 (SCC)

perhaps equalled only by the interest people take in the intimate secrets of others). The provision attempts to balance the public's right to know with the right of the individual, even in the open forums of the courts, to shield certain aspects of his or her existence from public scrutiny. It also affords a modicum of protection to those who are drawn into matrimonial proceedings by "ricochet". As noted by Kerans J.A. in the Court of Appeal, "concern for the effect on children, witnesses and the victims of false allegations remains valid today" (p. 206).

This approach to the provision is reinforced by the considerable latitude provided for the reporting of matrimonial proceedings: the parties and witnesses may be named, charges and defences may be summarized, and legal submissions, the summing up of the judge and the decision may be published without restriction. As well, the principle of open court (about which I share my colleague's sentiments) is maintained and nothing is wholly excluded from publication. Section 30(3) provides for various types of publication so as to balance the various social interests sought to be accommodated and in addition to the listed forms in which publication may take place, publication of other material may be allowed pursuant to an order of the court.

The reading I have given to the provision as being confined to the broad publication of details of particulars of the evidence is fortified by an examination of its purpose. The provision was taken from a similar one in England, which was incidentally later adopted in the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 166, as well as in various other parts of the Commonwealth; see *Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, No. 53, s. 121(1); *Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, No. 94, s. 169(1), (2). The English provision originated from the recommendations of a Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes set up to consider concerns that had arisen out of the extensive and sensational press coverage of divorce trials; see *Report of the Royal Commission on Divorce and*

intimes de leur vie (une épreuve qui n'a peut-être d'égale que la curiosité dont les gens font preuve à l'endroit de la vie intime des autres). Cette disposition cherche a établir l'équilibre entre le droit du public de savoir et le droit des personnes de ne pas révéler au public certains aspects de leur vie, même dans les tribunes ouvertes que sont les tribunaux judiciaires. Elle offre aussi une certaine mesure de protection à ceux qui sont mêlés, par ricochet, à des procédures matrimoniales. Comme le souligne le juge Kerans, de la Cour d'appel, [TRADUCTION] «la préoccupation quant aux effets possibles sur les enfants, les témoins et les victimes d'allégations fausses garde toute sa valeur aujourd'hui» (p. 206).

Cette façon de voir cette disposition est renforcée par la grande latitude laissée dans les comptes rendus des affaires matrimoniales: on peut publier les noms des parties et des témoins, résumer les allégations et les moyens de défense, citer sans restriction les arguments juridiques, la décision et les observations du juge. De plus, le principe de la publicité du débat judiciaire (sur lequel je m'accorde avec mon collègue) est maintenu et rien n'est totalement exclu de la publication. Le paragraphe 30(3) permet divers types de publication de manière à équilibrer les intérêts sociaux à protéger. En outre, une ordonnance du tribunal peut autoriser la publication d'autres détails que ceux dont l'article permet la publication.

L'interprétation que j'ai donnée à cette disposition, selon laquelle celle-ci se borne à interdire la publication sans réserve des détails des éléments précis de preuve, est appuyée par une analyse de son objet. La disposition provient d'une disposition similaire adoptée en Angleterre, qui, par ailleurs, a été incorporée plus tard au *Code criminel*, L.R.C. (1985), chap. C-46, art. 166, ainsi qu'à la législation de divers autres pays du Commonwealth; voir *Family Law Act 1975*, S. Aust. 1975, n° 53, par. 121(1); *Family Proceedings Act 1980*, S.N.Z. 1980, n° 94, par. 169(1), (2). La disposition anglaise découlait des recommandations de la Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes qui avait été créée pour étudier les préoccupations que suscitaient l'abondance et le sensa-

1989 CanLII 20 (SCC)

Matrimonial Causes (1912), Part XVII. This was followed by the establishment of a select committee of the British House of Commons which examined proposed legislation; see *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill* (1923). The concerns expressed in these reports may thus be summarized:

(1) The privacy of the parties involved in the proceedings and innocent third parties (including the children of the parties) was being violated.

(2) Citizens were being discouraged from participating as witnesses or parties in the judicial process because of the threat of publicity.

(3) The morals of society and in particular the youth of society were being adversely affected.

The debates in the British House of Commons are replete with statements of these concerns and were mirrored in those leading to the adoption of the provincial statute. These concerns were those relied upon by the Attorney General for Alberta in arguing that the impugned provisions constitute a reasonable limit to the freedom of the press. I should add that the Royal Commission was fully mindful of the delicate balance that needs to be achieved between the rights sought to be protected and the requirements of a free press in playing its part in the interchange of information and ideas in a democratic society. At paragraph 494 of its report, for example, it stated:

With the evidence before us, we take it as established that the evils of excessive publication are real and serious. When we come, however, to consider the remedies, we are confronted with a great variety of opinions. On the one hand, it is admitted that the liberty of the Press should be exercised for the public benefit, and is not so exercised when it is used to disseminate among the masses of the people literature of a demoralising tendency; on the other hand, there is a genuine anxiety lest, in seeking to cure this abuse, we should obstruct the free play of a healthy public opinion.

tionnalisme des reportages sur les procès de divorce; voir *Report of the Royal Commission on Divorce and Matrimonial Causes* (1912), Partie XVII. Ce rapport a amené la formation d'un comité spécial de la Chambre des communes britannique qui a examiné les projets de législation; voir *Report and Special Report from the Select Committee on the Matrimonial Causes (Regulation of Reports) Bill* (1923). On peut résumer ainsi les préoccupations soulignées par ces rapports:

(1) Il est porté atteinte à la vie privée des parties aux procédures et de tiers innocents (notamment les enfants des parties).

(2) Des personnes sont dissuadées de comparaître en justice comme témoins ou parties à cause du risque de publicité;

(3) La moralité publique, notamment chez les jeunes, est mise en péril.

Les débats de la Chambre des communes britannique abondent en déclarations sur ces problèmes qui sont aussi mentionnés dans les débats qui ont précédé l'adoption de cette mesure dans la province. Ces préoccupations sont celles que le procureur général de l'Alberta a invoquées pour soutenir que les dispositions contestées constituent une limite raisonnable à la liberté de la presse. J'ajouterai que la Commission royale avait constamment à l'esprit l'équilibre à trouver entre les droits qu'on cherchait à protéger et les besoins d'une presse libre qui puisse assurer la diffusion de l'information et des idées dans une société démocratique. Au paragraphe 494 de son rapport, cette Commission dit notamment:

[TRADUCTION] D'après les éléments de preuve qui nous ont été présentés, nous considérons comme établi que les maux engendrés par l'excès de publicité sont réels et graves. Cependant, quand nous en venons aux solutions, nous sommes en présence d'une grande diversité d'opinions. D'une part, il est reconnu que la liberté de la presse doit être exercée pour le bien du public, mais qu'elle ne l'est pas lorsque la presse sert à diffuser dans le grand public des écrits démoralisateurs; par ailleurs, il y a une crainte véritable qu'en voulant corriger ces abus, nous n'entravions le jeu normal d'une saine opinion publique.

1989 CanLII 20 (SCC)

The Values in Conflict

I am, of course, in agreement with the general sentiments of my colleague regarding the importance in a free and democratic society of freedom of expression as well as the concept of open courts. I share with Duff C.J. the view that the "right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions"; see *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at p. 133. Equally, public scrutiny of the judicial branch of government is essential to a free society. In all of this, I recognize as well the critical role of the press and other media in the broad dissemination of information and ideas in a complex modern society. The *Charter* indeed expressly includes "freedom of the press and other media of communication" in its guarantee of freedom of expression.

The freedom of the press and media, however, is not absolute. Like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, it is subject under s. 1 of the *Charter* to such limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The necessity for this balancing has always been recognized in Canada. Thus Duff C.J., in the course of the discussion in *Reference re Alberta Statutes* from which I have just cited, had this to say, at p. 133:

> The right of public discussion is, of course, subject to legal restrictions; those based upon considerations of decency and public order, and others conceived for the protection of various private and public interests with which, for example, the laws of defamation and sedition are concerned. In a word, freedom of discussion means, to quote the words of Lord Wright in *James* v. *Commonwealth*, [1936] A.C. 578, "freedom governed by law."

See also *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at pp. 462-63.

This Court has in recent cases recognized that freedom of expression, including the freedom of the press and other media, remains subject to restrictions since the enactment of the *Charter* so long as these conform to the exigencies of s. 1; see

Les valeurs en conflit

Je suis évidemment d'accord avec la pensée générale de mon collègue sur l'importance de la liberté d'expression dans une société libre et démocratique et sur le principe de la publicité des débats judiciaires. Je souscris à l'avis du juge en chef Duff selon lequel [TRADUCTION] le «droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires»; voir *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, à la p. 133. De même, l'examen public du pouvoir judiciaire est essentiel dans une société démocratique. Dans tout ceci, je reconnais aussi le rôle crucial de la presse et des autres moyens de communication dans la diffusion de l'information et des idées dans une société moderne et complexe. La *Charte* englobe expressément «la liberté de la presse et des autres moyens de communication» dans la liberté d'expression qu'elle garantit.

La liberté de la presse et des médias n'est cependant pas absolue. Comme les autres droits et libertés garantis par la *Charte*, elle est soumise, en vertu de l'article premier de la *Charte*, aux limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. On a toujours reconnu au Canada la nécessité d'établir cet équilibre. Ainsi, le juge en chef Duff, dans *Reference re Alberta Statutes* que je viens tout juste de citer dit à la p. 133:

> [TRADUCTION] Le droit de parler en public est naturellement soumis à des restrictions juridiques; certaines s'appuient sur des motifs d'ordre public et de décence et d'autres visent la protection de divers intérêts publics et privés dont se préoccupent, par exemple, les lois relatives à la diffamation et à la sédition. En un mot, la liberté de parole signifie, pour reprendre les termes de lord Wright dans l'arrêt *James c. Le Commonwealth*, [1936] A.C. 578, «la liberté régie par le droit».

Voir également *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, aux pp. 462 et 463.

Dans des arrêts récents, notre Cour a reconnu que la liberté d'expression, qui englobe la liberté de la presse et des autres moyens de communication, demeure assujettie à certaines restrictions après l'adoption de la *Charte*, pourvu que ces

1989 CanLII 20 (SCC)

Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 122; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; see also *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634 (Ont. C.A.) This is consistent with the approach of the leading international instruments for the protection of human rights. Thus Article 19(3) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, G.A. Res. 2200A (XXI), 21 U.N. GAOR, Supp. (No. 16) 52, U.N. Doc. A/6316 (1966), recognizes that the right to freedom of expression carries with it special duties and responsibilities and may, therefore, be subjected to certain restrictions; see also *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 222 (1950), Article 10(2).

The question, then, becomes one of balancing the values sought to be protected by the *Charter* guarantee against the values of a free and democratic society sought to be fostered by the proposed law. The criteria to be taken into account in effecting this task have been frequently stated and I do not propose to itemize them here; see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. I shall, however, refer to them as I go along. Here I should simply mention that the onus of establishing a reasonable limit to a guaranteed right is on those supporting the law, an onus the Attorney General for Alberta sought to establish on the grounds already mentioned.

An important step in this process of balancing must of course involve an examination of the extent of the interference with a guaranteed right of freedom and an appreciation of the extent to which the interference affects the underlying purpose of the right or freedom; see *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469. Here the interference with the freedom is narrowly defined and carefully tailored. It is limited to the details and particularities of the case in specific proceedings that deal with personal and family matters, often of a particularly private, and some-

restrictions respectent les exigences de l'article premier; voir *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; voir aussi *Re Global Communications Ltd. and Attorney General of Canada* (1984), 5 D.L.R. (4th) 634 (C.A. Ont.) Cette analyse est conforme à celle qu'adoptent les principaux textes internationaux relatifs à la protection des droits de la personne. Ainsi, l'article 19(3) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, A.G. Rés. 2200A (XXI), 21 N.U. GAOR, Supp. (n° 16) 52, Doc. A/6316 N.U. (1966), reconnaît que le droit à la liberté d'expression comporte aussi des devoirs spéciaux et des responsabilités spéciales et que, en conséquence, il peut être soumis à certaines restrictions; voir également l'article 10(2) de la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U 223 (1950).

Il s'agit donc de trouver l'équilibre entre les valeurs que la garantie offerte par la *Charte* cherche à protéger et les valeurs liées à une société libre et démocratique que la disposition proposée cherche à promouvoir. Les critères qui doivent servir à cette tâche ont fréquemment été énoncés et je n'ai pas l'intention de les reprendre un par un; voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. J'y ferai cependant allusion dans mon analyse. Je me contenterai de mentionner ici qu'il incombe à ceux qui soutiennent la validité de la loi de prouver que la limite imposée à un droit garanti est raisonnable, fardeau de preuve que le procureur général de l'Alberta a cherché à satisfaire par les moyens déjà mentionnés.

Une étape importante de ce processus de recherche d'un équilibre consiste à examiner l'étendue de l'atteinte portée au droit garanti et à se demander dans quelle mesure cette atteinte affecte l'objet sous-jacent du droit ou de la liberté; voir *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469. En l'espèce, l'atteinte à la liberté est définie de façon restrictive et soigneusement circonscrite. Elle se limite à des renseignements déterminés et spécifiques à l'affaire dans des procédures précises concernant des questions personnelles ou familiales, souvent de nature particulièrement privée et

1989 CanLII 20 (SCC)

times of an intimate character. I share Kerans J.A.'s skepticism of the significance of the negative impact of the legislation on the freedom of the press and media, and the public right to be informed of matters of public interest. As earlier noted, the principle of open courts is respected, publication for those having serious interest in court proceedings or family law is permitted, and all the general information about the nature of the case may be published by the mass media. I find it difficult to take seriously the contention that the general public would learn very much about what their rights are or how their problems might be dealt with in court by permitting the revelation by the media of specific details of particular cases dealing with marital questions. A general discussion of the kinds of evidence would not be caught by the prohibition, and there is sufficient information in the types of publications permitted to allow newspapers and other mass media to inform the general public of the nature of such evidence. Kerans J.A. observes that while the appellant has published a newspaper in Alberta throughout the last fifty years, no evidence was presented of a single instance where the impugned provision forbade it from reporting something of which the public should have been informed. Kerans J.A. concluded that the interference with the public's right to know how justice is administered is more apparent than real.

même parfois de caractère intime. Je partage le scepticisme du juge Kerans quant à l'ampleur de l'effet de ces dispositions législatives sur la liberté de la presse et des médias et sur le droit du public d'être informé de questions d'intérêt général. Comme je l'ai déjà dit, le principe de la publicité de la justice est sauf puisque la publication à l'intention de ceux qui ont un intérêt réel dans les procédures judiciaires ou le droit familial est autorisée et qu'il est possible aux grands médias de publier des informations générales sur la nature de l'affaire. J'ai du mal à croire que le public apprendrait beaucoup au sujet de ses droits ou de la manière dont la justice traite ses problèmes par la révélation dans les médias des détails précis de cas particuliers d'affaires matrimoniales. L'interdiction ne vise pas la publication d'un commentaire général relativement au genre de preuve présentée et ce qu'il est permis de publier comporte suffisamment de renseignements pour permettre aux journaux et aux autres médias de faire connaître au public la nature générale de cette preuve. Le juge Kerans fait remarquer que l'appelant publie un journal en Alberta depuis cinquante ans mais qu'on n'a pas mentionné un seul cas où les dispositions contestées auraient empêché le journal de publier quelque chose dont le public aurait dû être informé. Le juge Kerans conclut que l'atteinte au droit du public d'être informé sur la façon dont la justice est administrée est plus apparente que réelle.

If the legislation prohibited reporting about the conduct of judges and counsel, I would share the concerns of my colleague about the legislation. But I do not think the legislation is directed to these matters. It is aimed rather at the details and particularities of the case. As long ago as *Heydon's Case* (1584), 3 Co. Rep. 7a, at p. 7b; 76 E.R. 637, at p. 638, we were instructed that legislation should be read in accordance with its purpose. And what both the terms of the legislation itself and the problems identified by preparatory documents clearly reveal is that what the statute was intended to prohibit was not discussion of how courts go about their business, but reports of the details of people's lives that are routinely divulged in the proceedings referred to in the legislation. To read the legislation in the literal way proposed would

Si les dispositions législatives interdisaient de faire état des actes des juges et des avocats, je souscrirais aux craintes que les dispositions suscitent chez mon collègue. Je ne crois cependant pas que les dispositions législatives visent ces sujets. Elles visent plutôt les détails précis des affaires. Dès l'affaire *Heydon* (1584), 3 Co. Rep. 7a, à la p. 7b; 76 E.R. 637, à la p. 638, on a établi comme règle qu'il faut interpréter les lois selon leur objet. Il ressort clairement du texte de la disposition elle-même et des problèmes mentionnés dans les documents préparatoires que la loi ne vise pas à interdire la discussion sur le fonctionnement des tribunaux, mais la mention des détails de la vie privée des gens qui sont normalement divulgués dans les procédures mentionnées par la loi en cause. Interpréter la loi aussi littéralement qu'on le

1989 CanLII 20 (SCC)

require that the names of the judges and lawyers involved not be revealed since they are not expressly named in the exceptions to the prohibition. Such a construction is, I suggest, obviously unreasonable.

As I see it, then, the contravention objected to is of a quite limited character. As against the value infringed by such contravention must be weighed the other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature, namely personal privacy, access to the courts, and public morals. The Attorney General for Alberta concedes that the order of importance of these values has significantly altered since the legislation was originally enacted, but suggests their continued validity, some of greater, some of lesser weight than at that time.

Today there is no question that the individual's interest in personal privacy is the most pressing of the justifications advanced. That interest has been recognized by this Court as having constitutional significance. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, it was held to underlie the protection against unreasonable search and seizure enshrined in s. 8 of the *Charter*. Speaking on this point on behalf of the Court in *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at pp. 427-28, I had this to say of the approach adopted in *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*:

> The foregoing approach is altogether fitting for a constitutional document enshrined at the time when, Westin tells us, society has come to realize that privacy is at the heart of liberty in a modern state; see Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), pp. 349-50. Grounded in man's physical and moral autonomy, privacy is essential for the well-being of the individual. For this reason alone, it is worthy of constitutional protection, but it also has profound significance for the public order. The restraints imposed on government to pry into the lives of the citizen go to the essence of a democratic state.

propose exigerait de taire les noms des juges et des avocats chargés de l'affaire puisque ces renseignements ne figurent pas parmi ceux qui sont soustraits à l'interdiction. À mon avis, une telle interprétation n'est manifestement pas raisonnable.

Donc, d'après moi, la violation en cause a un caractère très limité. Il faut opposer à la valeur touchée par cette violation les autres valeurs d'une société libre et démocratique que le législateur a voulu promouvoir, c'est-à-dire le droit des personnes à la protection de leur vie privée, l'accès aux tribunaux et la moralité publique. Le procureur général de l'Alberta reconnaît que l'importance relative de ces valeurs a beaucoup changé depuis l'adoption de cette disposition, mais il soutient qu'elles sont toutes encore valables, même si elles ont un poids différent de celui qu'elles avaient à cette époque.

De nos jours, il n'y a pas de doute que l'intérêt des personnes à la protection de leur vie privée est la plus importante des justifications proposées. Notre Cour a déjà reconnu que ce droit a une valeur constitutionnelle. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, elle a statué que cette valeur est sous-jacente à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives garantie en vertu de l'art. 8 de la *Charte*. Voici ce que j'ai dit, au nom de cette Cour, dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, aux pp. 427 et 428, au sujet du point de vue que nous avions adopté dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité:

> Le point de vue qui précède est tout à fait approprié dans le cas d'un document constitutionnel enchâssé à une époque où, selon ce que nous dit Westin, la société a fini par se rendre compte que la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne; voir Alan F. Westin, *Privacy and Freedom* (1970), aux pp. 349 et 350. Fondée sur l'autonomie morale et physique de la personne, la notion de vie privée est essentielle à son bien-être. Ne serait-ce que pour cette raison, elle mériterait une protection constitutionnelle, mais elle revêt aussi une importance capitale sur le plan de l'ordre public. L'interdiction qui est faite au gouvernement de s'intéresser de trop près à la vie des citoyens touche à l'essence même de l'État démocratique.

1989 CanLII 20 (SCC)

These considerations may well indicate that, in some contexts at least, privacy interests may well be invoked as an aspect of the liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*; see *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412. However that may be, there can be no doubt that in this modern age, it ranks high in the hierarchy of values meriting protection in a free and democratic society.

The right to personal privacy, including the privacy of one's family and home, has also been recognized by leading international documents aimed at the protection of human rights. The *International Covenant on Civil and Political Rights* (Article 17), the *Universal Declaration of Human Rights* (Article 12), G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (Article 8) all contain provisions to ensure respect for the private and family life of the individual.

The right or interest in privacy extends, of course, to informational privacy. In *R. v. Dyment*, *supra*, at pp. 429-30, I thus commented on this aspect of privacy:

> Finally, there is privacy in relation to information. This too is based on the notion of the dignity and integrity of the individual. As the Task Force [on Computers and Privacy] put it (p. 13): "This notion of privacy derives from the assumption that all information about a person is in a fundamental way his own, for him to communicate or retain for himself as he sees fit." In modern society, especially, retention of information about oneself is extremely important. We may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, but situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected. Governments at all levels have in recent years recognized this and have devised rules and regulations to restrict the uses of information collected by them to those for which it was obtained; see, for example, the *Privacy Act*, S.C. 1980-81-82-83, c. 111.

Ces considérations peuvent bien vouloir dire que, dans certains contextes du moins, il pourrait être possible d'invoquer le droit à la vie privée à titre d'élément de la liberté et de la sécurité de la personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*; voir *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412. Quoi qu'il en soit, il n'y a pas de doute qu'à notre époque ce droit occupe un rang élevé dans l'échelle des valeurs à protéger dans une société libre et démocratique.

Les principaux instruments internationaux destinés à protéger les droits de la personne consacrent le droit à la vie privée, y compris l'intimité de la famille et du foyer. Le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* (article 17), la *Déclaration universelle des droits de l'homme* (article 12), A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), et la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (article 8) comportent tous des dispositions qui visent à protéger la vie privée des individus et des familles.

Le droit à la vie privée englobe manifestement le droit à la vie privée vis-à-vis des médias. Dans l'arrêt *R. c. Dyment*, précité, j'ai fait ce commentaire, aux pp. 429 et 430, sur cet aspect de la vie privée:

> Enfin il y a le droit à la vie privée en matière d'information. Cet aspect aussi est fondé sur la notion de dignité et d'intégrité de la personne. Comme l'affirme le groupe d'étude (à la p. 13): «Cette conception de la vie privée découle du postulat selon lequel l'information de caractère personnel est propre à l'intéressé, qui est libre de la communiquer ou de la taire comme il l'entend.» Dans la société contemporaine tout spécialement, la conservation de renseignements à notre sujet revêt une importance accrue. Il peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, mais les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués. Tous les paliers de gouvernement ont, ces dernières années, reconnu cela et ont conçu des règlements en vue de restreindre l'utilisation des données qu'ils recueillent à celle pour laquelle ils le font; voir, par exemple la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, S.C. 1980-81-82-83, chap. 111.

1989 CanLII 20 (SCC)

That case and the instances there referred to had reference to governmental interferences with privacy. But in our society, the privacy of the individual is as often threatened by other powerful or influential entities against which the individual is powerless. It should come as no great revelation that the divulgation of personal information about an individual by the mass media can do incalculable harm to that individual and his or her family. Small wonder, then, that the international documents I have just cited expressly underline that freedom of expression carries with it special duties and responsibilities and recognize the need for restrictions; see *International Covenant on Civil and Political Rights*, Article 19(3); *Universal Declaration of Human Rights*, Article 12; *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, Article 10(2). I should observe interstitially that recent cases in this Court recognize that in considering issues of this kind, the relative power of those whose activities are restricted and those for whose benefit the restriction is made is a relevant factor to weigh in the equation; see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Irwin Toy*, *supra*.

In matrimonial cases, the individual is forced to reveal many aspects of his or her private life in order to comply with the demands of the state in ordering his or her life. This necessary intrusion on family privacy, we saw, may have a serious impact not only on the litigants themselves but on witnesses and, even more important, children. There has, no doubt, been a change in emphasis in the nature of evidence in matrimonial causes since the enactment of the Act but it remains true that much is revealed that can, if publicized, seriously affect the autonomy and privacy of the individual and members of his or her family, general publication of which serves little or no public interest. As Kerans J.A. put it (at p. 206): "While one hears less today in divorce court about 'what the housemaid saw', one hears much more about the financial dealings of a family and other very private

Cette affaire et les autres auxquelles elle renvoie avaient trait à des atteintes à la vie privée commises par des organismes gouvernementaux. Cependant, dans notre société, le droit à la vie privé est aussi souvent menacé par d'autres organismes puissants ou influents contre lesquels l'individu est sans pouvoir. Il n'est pas surprenant que la révélation dans les médias de renseignements personnels relatifs à un individu puisse causer un tort incalculable à cette personne et à sa famille. Par conséquent, il n'est pas étonnant que les instruments internationaux que je viens de mentionner disent expressément que la liberté d'expression comporte des responsabilités et des devoirs particuliers et reconnaissent qu'il faut y apporter des limites; voir le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, article 19(3); la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, article 12; la *Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, article 10(2). Je fais remarquer en passant que des arrêts récents de notre Cour reconnaissent que, dans l'examen de questions de cette nature, il faut tenir compte du rapport de force qui existe entre ceux dont les actions sont soumises à des restrictions et ceux qui bénéficient de ces restrictions; voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Irwin Toy*, précité.

Dans les affaires matrimoniales, une personne est amenée à divulguer de nombreux détails sur sa vie privée pour satisfaire aux exigences de l'État quant à la façon dont la personne conduit sa vie. Cette intrusion inévitable dans la vie privée de la famille peut, comme nous l'avons déjà vu, avoir un effet considérable non seulement sur les parties elles-mêmes, mais aussi sur les témoins et, ce qui importe davantage, sur les enfants. Certes, depuis l'adoption de la loi, il y a eu un changement dans la nature de la preuve présentée dans les affaires matrimoniales, mais il reste encore beaucoup de détails dont la publication pourrait nuire considérablement à l'autonomie et à la vie privée d'une personne et de sa famille sans pour autant favoriser en quoi que ce soit l'ordre public. Comme le dit le juge Kerans (à la p. 206): [TRADUCTION] «Bien qu'on parle moins maintenant dans les affaires de divorce «de ce que la bonne a vu», on parle beaucoup des opérations financières de la famille et

1989 CanLII 20 (SCC)

matters, like psychological assessments of the parties in terms of fitness as parents."

The protection from intrusion on the privacy of the individual, the family and witnesses, in my view, in itself affords a sufficiently compelling objective to warrant some curtailment of the freedom of the press in the present context. But privacy is not the only value sought to be protected; the provision was intended to prevent obstacles to access to the courts, an interest that is also clearly of great importance in a free and democratic society; see *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, *supra*, where this Court upheld the restriction imposed by s. 442(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which enables the victim of sexual assault to require the issuance of a court order prohibiting the media from revealing the identity of the complainant on any information that could disclose that identity. Similarly, it was argued, unrestrained publicity of the details of familial activities would very likely discourage some people from seeking relief in matrimonial causes. That certainly appears to have been so when the original English legislation was enacted. The number of matrimonial causes rose dramatically immediately afterwards. While I am prepared to concede that this inhibitory effect of publicity would not be as strong today, I am satisfied that it continues to be a relevant factor. The prospect of divulging personal information in a court of law is one that many a litigant and witness approaches with considerable trepidation. It must be remembered that in many cases, the parties are undergoing one of the most painful experiences of their lives. To be told in addition that one risks broad public exposure through the media would significantly increase this feeling. I agree with Kerans J.A. that it would be a great wrong if those in need of redress shrank from seeking it because their intimate affairs would needlessly become publicly known.

The Attorney General for Alberta attached little weight to the third justification, the protection of public morals, and I agree that in this day and age

d'autres sujets très intimes comme l'évaluation de l'aptitude psychologique des parties à être parents».

La protection des personnes, de leur famille et des témoins contre l'invasion de leur vie privée constitue, selon moi, un motif suffisamment important pour justifier une certaine restriction de la liberté de la presse dans ce contexte. Mais la vie privée n'est pas la seule valeur que la disposition tend à protéger; cette disposition vise à écarter des obstacles à l'accès aux tribunaux, mesure qui a aussi une grande importance dans une société libre et démocratique; voir l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, précité, dans lequel notre Cour a confirmé la validité de la limite imposée par le par. 442(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, en vertu duquel la victime d'une agression sexuelle peut demander la délivrance d'une ordonnance judiciaire interdisant aux médias de révéler l'identité du plaignant ou de publier quelque renseignement qui permettrait de découvrir son identité. On a aussi soutenu que la publication illimitée des détails relatifs à la vie familiale découragerait probablement certaines personnes de recourir aux tribunaux dans des affaires matrimoniales. La chose était certainement vraie à l'époque de l'adoption de la première loi anglaise. Le nombre d'affaires matrimoniales a considérablement augmenté immédiatement après. Bien que je reconnaisse volontiers que la crainte de la publicité soit moins marquée aujourd'hui, je suis convaincu qu'elle est encore un facteur pertinent. La perspective de devoir révéler des renseignements privés devant un tribunal continue d'inquiéter bien des parties et des témoins. Il faut se rappeler que souvent les parties traversent alors une des expériences les plus pénibles de leur vie. Savoir qu'elles risquent en plus de voir leur vie privée étalée en public par les médias augmenterait considérablement leur angoisse. Je souscris à l'idée du juge Kerans qu'il serait très regrettable que ceux qui ont besoin de secours se privent d'exercer leur droit par crainte de voir leur vie privée inutilement étalée au grand jour.

Le procureur général de l'Alberta n'a pas insisté sur la troisième justification, c'est-à-dire la préservation de la moralité publique. Je reconnais que de

1989 CanLII 20 (SCC)

this ground is only of residual interest in the existing context. But the other two grounds constitute sufficient legislative objectives to warrant a reasonable limitation on publication of the details of matrimonial disputes. It is significant that similar objectives have been pursued in other countries. I have mentioned the Commonwealth countries that have a similar Act. The Royal Commission on the matter noted that foreign observers had expressed surprise at the lack of such provisions in Great Britain before the enactment of the predecessor of the impugned provision.

I thus have no doubt of the rationality of the legislative response. Moreover, given the very limited character of the restriction as compared with the serious deleterious effects on the important values sought to be protected by the legislation, I am also of the view that it meets the test of proportionality.

The question, then, is whether the restriction is excessive to achieve its purposes or, as it is ordinarily put, whether the constitutional right is limited "as little as possible". What will be "as little as possible" will vary depending on the legislative objective, the nature of the freedom or the right infringed, the extent of the infringement and the means available to the legislature to effect its objectives. I have already referred to the limited nature of the restriction. Only details and particularities of the case are prohibited from publication, and the prohibition is confined to matrimonial disputes where matters of a peculiarly private and sensitive nature often arise. The areas are sufficiently clear and rationally based. The legislature must be afforded reasonable leeway in "line drawing"; see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*, *supra*. It must also be given adequate scope as to the choice of response to problems. There may, as was argued, be other ways to achieve the legislative purpose, for example, the protection of anonymity. But there are difficulties with this too. Public knowledge of divorce is necessary and attempts at secur-

nos jours ce motif n'a plus beaucoup de poids. Cependant, les deux autres motifs constituent des objectifs législatifs valables justifiant une restriction raisonnable de la publication des détails de litiges matrimoniaux. Il est révélateur que d'autres pays poursuivent à peu près les mêmes fins. J'ai déjà signalé des pays du Commonwealth qui ont une loi semblable. La Commission royale chargée d'étudier ce sujet a signalé que des observateurs étrangers avaient manifesté leur surprise devant l'absence de disposition à cet effet en Grande-Bretagne avant l'adoption de la loi qui a précédé la loi contestée.

Je ne doute donc pas du caractère rationnel de l'objet de la mesure législative. De plus, vu le caractère très limité de la restriction en regard des effets graves et dévastateurs que pourraient subir les valeurs importantes que la loi cherche à préserver, je suis d'avis que la restriction satisfait aussi au critère de proportionnalité.

La question qui se pose est alors de savoir si la restriction est excessive par rapport aux fins poursuivies ou, selon la formulation ordinaire, si le droit garanti par la Constitution est limité «le moins possible». Ce qui équivaut au «moins possible» varie selon l'objet de la législation, la nature de la liberté ou du droit auquel il est porté atteinte, l'étendue de l'atteinte et les moyens dont le législateur disposait pour réaliser les objectifs qu'il poursuivait. J'ai déjà mentionné le caractère limité de la restriction. Seuls les détails et particularités de l'affaire font l'objet de l'interdiction de publication et l'interdiction s'applique uniquement aux litiges matrimoniaux, qui soulèvent souvent des sujets particulièrement délicats et intimes. Le champ d'application est suffisamment précis et a un fondement rationnel. Il faut accorder une latitude raisonnable au législateur quand il établit la «ligne de démarcation»; voir les arrêts *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité. Il doit disposer aussi d'assez de liberté dans le choix des solutions aux problèmes à résoudre. Il peut exister, comme on l'a soutenu, d'autres moyens d'arriver à l'objectif recherché par la disposition législative, par exemple la protection de l'anonymat. Cette solution soulève aussi des difficultés. Il est nécessaire de rendre public les

1989 CanLII 20 (SCC)

ing anonymity may easily fail or be suspect by the litigant or witnesses. At all events, the exceptions from the prohibition are extensive.

The most serious attack on the provision, however, was the automatic character of the prohibition. It was argued that a discretionary power in the judge to prohibit publication would be enough. The trouble with this argument, as Kerans J.A. pointed out, is that it had been tried and proved ineffective. The Select Committee of the British House of Commons had this to say about it (at p. iv):

> It has sometimes been suggested that a simple solution can be found by empowering Judges, at their discretion to forbid publication of any evidence or other part of the proceedings which they held to be injurious to public morals, under penalty of contempt of court; but apart from the likelihood of different judges taking different views, Your Committee are satisfied from personal knowledge that this course is not in fact practicable, and that even if the power were granted, its exercise would prove precarious and spasmodic.

The validity of the rule was also questioned on the basis of its absolute character but, as the Court of Appeal observed, the experience of fifty years, to which I alluded earlier, does not support the view that the law is too restrictive. A law must be approached at the practical, not the theoretical, level and, as I earlier noted, the restriction is minimal, more apparent than real. On the other hand, the problems to be resolved are, in the words of the Royal Commission, "real and serious". I am, in any event, by no means sure that the rule is as absolute as has been supposed. Given the obvious intention of the Act, as it appears both in its terms and the preparatory documents, to sensitively balance the public's right to know with the individual's right to privacy, it is my view that a court, in its discretion, could by order under s. 30(3)(c) permit the reporting of matters otherwise prohibited in those rare cases where the interest of the public in the publication of details overrode the right to privacy. But I do not attach too much importance to this. All in all, I am of the view that s. 30(1), as modified by s. 30(3), constitutes a

divorces et il pourrait être difficile de garantir l'anonymat, ou encore les parties et les témoins pourraient ne pas faire confiance à cette solution. De toute façon, les exceptions à l'interdiction sont larges.

La contestation la plus sérieuse de la disposition tient à son caractère automatique. On a soutenu que l'octroi au juge du pouvoir d'interdire la publication aurait été suffisant. Comme l'a indiqué le juge Kerans, cette solution a été utilisée et s'est révélée inefficace. Voici ce qu'en dit le Comité spécial de la Chambre des communes britannique (à la p. iv):

> [TRADUCTION] On a proposé, à l'occasion, qu'une solution simple consisterait à accorder aux juges le pouvoir discrétionnaire d'interdire, sous peine d'outrage au tribunal, la publication de tout élément de preuve ou autre aspect des procédures qu'ils estimeraient contraire à la moralité publique. Outre la probabilité que différents juges jugeraient différemment la chose, le Comité est convaincu, en raison de l'expérience personnelle de ses membres, que cette solution est inapplicable et que, même si le pouvoir en cause était accordé, il serait exercé de façon précaire et inégale.

On a aussi contesté la validité de la règle en raison de son caractère absolu mais, comme la Cour d'appel l'a souligné, l'expérience des cinquante dernières années, dont j'ai déjà parlé, n'indique pas que la disposition législative est trop restrictive. Il faut envisager une règle de droit d'un point de vue pratique, non d'un point de vue théorique; or, comme je l'ai déjà mentionné, la restriction est minime et elle est plus apparente que réelle. Par contre, les problèmes qu'elle vise à résoudre sont, selon les termes mêmes de la Commission royale, «réels et graves». De toute façon, je ne suis pas du tout convaincu que la règle soit aussi absolue qu'on l'a dit. En raison de l'objet évident de la loi, tel qu'il ressort de sa formulation et des documents préparatoires, je suis d'avis que, pour établir l'équilibre délicat entre le droit du public de savoir et le droit des personnes à leur vie privée, une cour pourrait, à sa discrétion, permettre, par une ordonnance en vertu de l'al. 30(3)c), la publication de sujets dont la mention est interdite en d'autres circonstances, dans les rares cas où le droit du public à la publication de détails l'em-

1989 CanLII 20 (SCC)

reasonable limitation to the freedom of the media in a free and democratic society. It restricts that freedom as little as reasonably possible. The underlying purpose of the freedom is hardly affected, if at all.

Section 15

The appellant also submitted that the impugned legislation infringes on its s. 15 *Charter* rights by imposing an interdiction not found in other jurisdictions in Canada, and by discriminating against print media and between newspapers in general circulation and professional journals. Since s. 15 is limited to individuals, it does not apply to corporations like the appellant; see, *inter alia*, *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (Div. Ct.); leave to appeal to Ont. C.A. refused September 2, 1986; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514 (T.D.); *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (B.C.C.A.), leave to appeal to this Court refused, [1987] 1 S.C.R. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453 (Alta. Q.B.) Moreover, though the appellant may have an interest in the matter, it is not directly affected and the issue may come to the courts in other ways, so the appellant faces serious problems of standing. I need not, however, dwell on these matters because the distinctions about which it complains do not fall within the ambit of s. 15 under the principles enunciated in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143. None of these distinctions are in any way analogous to the enumerated grounds in that provision; see also *Reference Re Workers' Compensation Act, 1983 (Nfld.)*, [1989] 1 S.C.R. 922; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296.

porterait sur le droit à la vie privée. Mais je n'attache pas trop d'importance à cela. Dans l'ensemble, je suis d'avis que le par. 30(1), tempéré par le par. 30(3), constitue une limite raisonnable à la liberté des médias dans une société libre et démocratique. Il restreint la liberté aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire. L'objet de la liberté est à peine touché, s'il l'est quelque peu.

L'article 15

L'appelant a aussi soutenu que la disposition législative contestée porte atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte* parce qu'elle impose une interdiction qui n'existe pas dans d'autres provinces et territoires du Canada et qu'elle crée une discrimination contre la presse écrite et entre les journaux de grande diffusion et la presse spécialisée. Puisque l'art. 15 ne s'applique qu'aux personnes physiques, il ne s'applique pas aux personnes morales comme l'appelant; voir notamment, *Re Aluminum Co. of Canada, Ltd. and The Queen in right of Ontario* (1986), 55 O.R. (2d) 522 (C. div.); autorisation d'appel à la Cour d'appel de l'Ontario refusée, 2 septembre 1986; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514 (D.P.I.); *Milk Board v. Clearview Dairy Farm Inc.*, [1987] 4 W.W.R. 279 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi à cette Cour refusée, [1987] 1 R.C.S. vii; *Nissho Corp. v. Bank of British Columbia* (1987), 39 D.L.R. (4th) 453 (B.R. Alb.) De plus, bien que l'appelant puisse avoir un intérêt dans la question, il n'est pas directement touché par elle et la même question peut être soumise aux tribunaux autrement, de sorte qu'il est loin d'être certain que l'appelant ait qualité pour agir. Toutefois, je n'ai pas besoin de m'arrêter à ces questions parce que les distinctions discriminatoires dont on se plaint ne relèvent pas de l'art. 15 selon les règles formulées dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143. Aucune de ces distinctions ne peut être rattachée aux motifs énumérés dans cet article; voir également *Renvoi: Workers' Compensation Act, 1983 (T.-N.)*, [1989] 1 R.C.S. 922; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

1989 CanLII 20 (SCC)

Disposition

I would allow the appeal as it relates to s. 30(2) of the Alberta *Judicature Act* and dismiss it as it relates to the rest of the section. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 30 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, infringe or deny the right of freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: No as to s. 30(2); yes as to the rest of s. 30.

3. Does s. 30 of the *Judicature Act* infringe or deny the right to equality guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Answer: No.

4. If the answer to question 3 is yes, is s. 30 of the *Judicature Act* justified under s. 1 of the *Charter*?

Answer: This question need not be answered.

Appeal allowed with costs, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ *and* SOPINKA JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for the intervener: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi à l'égard du par. 30(2) de la *Judicature Act* de l'Alberta et de le rejeter à l'égard des autres dispositions de l'article. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'article 30 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, chap. J-1, porte-t-il atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte?*

Réponse: Non, quant au par. 30(2); oui, quant au reste de l'article.

3. L'article 30 de la *Judicature Act* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par l'art. 15 de la *Charte*?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 30 de la *Judicature Act* est-il justifié aux termes de l'article premier de la *Charte?*

Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ *et* SOPINKA *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelant: Reynolds, Mirth, Richards & Farmer, Edmonton.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

1989 CanLII 20 (SCC)

TAB 6

Her Majesty The Queen in Right of Canada *Appellant*

v.

Comité pour la République du Canada — Committee for the Commonwealth of Canada, François Lépine and Christiane Deland *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones *Interveners*

INDEXED AS: COMMITTEE FOR THE COMMONWEALTH OF CANADA *v.* CANADA

File No.: 20334.

1990: May 22; 1991: January 25.

Present: Lamer C.J.* and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and McLachlin JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Respondent's freedom of expression infringed — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations encompass political activities — Whether action of officials constitutes a limit prescribed by law — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Government

* Chief Justice at the time of judgment.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada *Appelante*

c.

Comité pour la République du Canada—Committee for the Commonwealth of Canada, François Lépine et Christiane Deland *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: COMITÉ POUR LA RÉPUBLIQUE DU CANADA *c.* CANADA

N° du greffe: 20334.

1990: 22 mai; 1991: 25 janvier.

Présents: Le juge en chef Lamer* et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et McLachlin.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable en vertu de l'article premier de la Charte? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Atteinte à la liberté d'expression des intimés — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement s'applique-t-il aux activités politiques? — L'action des fonctionnaires constitue-t-elle une limite prescrite par une règle de

* Juge en chef à la date du jugement.

1991 CanLII 119 (SCC)

Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Transportation — Airports — Airport officials forbidding distributing of political pamphlets — Federal regulations prohibiting advertising or soliciting at airports — Whether regulations infringe freedom of expression guaranteed in s. 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether government's proprietary rights allow it to control all activity on its property as it sees fit — Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 7(a), (b).

Respondents L and D were at an airport telling passers-by about the respondent committee and its goals and recruiting members when they were asked by an R.C.M.P. officer to cease their activities. The airport's assistant manager confirmed to them that such political propaganda activities were not permitted, as ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* prohibited the conducting of any business or undertaking, commercial or otherwise, and any advertising or soliciting at an airport, except as authorized in writing by the Minister. The trial judge granted respondents' action for a declaration that appellant had not respected their fundamental freedoms. The Federal Court of Appeal affirmed the judgment. This appeal is to determine whether ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the Regulations are inconsistent with the freedom of expression guaranteed in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and if so, whether they are a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed; respondents' freedom of expression was infringed.

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The government's right of ownership, as a consequence of its special nature, cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. When a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the interests at issue must be examined, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and the interest of the government, which must ensure effective operation of the place owned by it. An individual will thus only be free to communicate in such a place if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of

droit? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Transports — Aéroports — Interdiction par des fonctionnaires d'aéroport de distribuer des brochures politiques — Règlement fédéral interdisant la publicité ou la sollicitation dans les aéroports — Le règlement viole-t-il la liberté d'expression garantie à l'art. 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les droits de propriétaire du gouvernement lui permettent-ils de contrôler toute activité dans sa propriété comme bon lui semble? — Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 7a), b).

Les intimés L et D étaient dans un aéroport, en train d'expliquer aux passants les objectifs du comité intimé et de recruter des membres, lorsqu'un agent de la GRC leur a demandé de cesser leurs activités. Le directeur adjoint de l'aéroport leur a confirmé que ces activités de propagande politique étaient prohibées car les al. 7*a*) et *b*) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* interdisaient de se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, et de faire de la publicité ou de la sollicitation dans un aéroport, à moins d'avoir obtenu une autorisation écrite du Ministre. Le juge de première instance a accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. La Cour d'appel fédérale a confirmé ce jugement. Le présent pourvoi vise à déterminer si les al. 7*a*) et 7*b*) du Règlement violent la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, si leur application est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté; la liberté d'expression des intimés a été violée.

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Le droit de propriété du gouvernement, en raison de sa nature particulière, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors qu'elle tentait de s'exprimer dans un lieu dont le gouvernement est propriétaire, il faut examiner les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu qui désire s'exprimer dans un lieu favorable à l'expression, et l'intérêt du gouvernement qui doit veiller au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. Un individu ne sera donc libre de s'exprimer dans un tel lieu que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale de ce lieu et n'a pas

1991 CanLII 119 (SCC)

the place and does not have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. If the expression takes a form that contravenes the function of the place, such a form of expression will not fall under s. 2(*b*). It is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed.

In this case respondents' activities at the airport benefited from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. The distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accommodate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. There was thus a limitation on the freedom of expression enjoyed by respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. However, in the absence of a limit prescribed by law, this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. The language of ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the Regulations, analysed in the context of the section and of the Regulations as a whole, prohibits only undertakings of a commercial nature and does not cover political propaganda. Section 7 is accordingly not applicable in this case. The limitation imposed on respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, who ordered them to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, it cannot be concluded from this that there was a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will.

Per La Forest J.: Freedom of expression, while it does not encompass the right to use any and all government property for purposes of disseminating views on public matters, does include the right to use streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject to reasonable limitation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. This should include areas of airports frequented by travellers and members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression

pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. Si l'expression adoptée est une forme qui contrevient la fonction de l'endroit, une telle forme d'expression ne relèvera pas de l'al. 2*b*). Ce n'est qu'une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*.

En l'espèce, les activités des intimés à l'aéroport bénéficiaient de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. La distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont pas incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d. répondre aux besoins du public voyageur. Un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou ses aires d'attente, peut permettre l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Il y a donc eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. Toutefois, cette restriction, en l'absence d'une règle de droit, ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les termes des al. 7*a*) et 7*b*) du Règlement, analysés dans le contexte de l'article et du Règlement dans son ensemble, ne prohibent que des activités de nature commerciale et n'englobent pas la propagande politique. L'article 7 est donc inapplicable à l'espèce. La restriction imposée à la liberté d'expression des intimés a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, qui leur a ordonné de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, l'on ne peut de ce fait conclure qu'il existe une «règle de droit» pouvant être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. De plus, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion.

Le juge La Forest: La liberté d'expression, bien qu'elle ne comprenne pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs destinés à l'usage du public, sous réserve d'une limitation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Cela devrait inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction

1991 CanLII 119 (SCC)

of views violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*, and is not justifiable under s. 1. Section 7 of the Regulations does not cover political activities, but in prohibiting expression of political views at the airport, the officials were exercising the Crown's legal right to manage its property, and the prohibition was thus prescribed by law.

Per L'Heureux-Dubé J.: Section 7 of the Regulations has the effect of restricting political expression, even if that is not its purpose, and thus breaches s. 2(*b*) of the *Charter*. Where a restriction on expressive activity is content-neutral, the government must demonstrate that the restriction is not an unreasonable restriction on the time, place and manner of the expressive activity. This must be demonstrated under s. 1 of the *Charter*.

Although the expressive activity took place on government property, the government cannot have complete discretion to treat its property as would a private citizen. If members of the public had no right whatsoever to engage in expressive activity on government-owned property, little opportunity would exist to exercise their freedom of expression. While s. 2(*b*) of the *Charter* does not provide a right of access to all government property, some property will be constitutionally open to the public. This analysis is properly dealt with under s. 1 of the *Charter*. A number of factors are helpful to determine whether the restrictions by the government have been applied to property which is a "public arena". These factors include: the traditional openness of such property for expressive activity; whether the public is ordinarily admitted to the property as of right; the compatibility of the property's purpose with such activity; the impact of the property's availability on the achievement of s. 2(*b*)'s purposes; the property's symbolic significance for the message being communicated; and the availability of other public arenas in the vicinity. The "traditional" component of the public arena analysis must appreciate the "type" of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves. Bus, train and airport terminals, which draw large numbers of travellers, are contemporary crossroads or modern thoroughfares and should thus be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds. Similarly, while the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can address one's fellow citizens on any number of matters, and the same holds true for airport terminals. The non-security zones within

générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions viole la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*, et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. L'article 7 du Règlement ne s'applique pas aux activités politiques, mais en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens, et l'interdiction était donc prescrite par une règle de droit.

Le juge L'Heureux-Dubé: L'article 7 du Règlement a pour effet de restreindre l'expression politique, même si ce n'est pas là son but, et il viole ainsi l'al. 2*b*) de la *Charte*. Lorsque la restriction des activités expressives n'est pas liée au contenu, le gouvernement doit démontrer qu'il ne s'agit pas d'une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression. Pareille démonstration doit se faire en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Même si l'activité expressive s'est déroulée dans une propriété gouvernementale, le gouvernement ne saurait avoir le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier. Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de se livrer à une activité expressive dans la propriété du gouvernement, ils auraient peu d'occasions d'exercer leur liberté d'expression. Bien que l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété du gouvernement, certaines propriétés seront ouvertes au public, en vertu de la Constitution. Cette analyse se fait à bon droit en vertu de l'article premier de la *Charte*. Un certain nombre de facteurs sont utiles pour déterminer si les restrictions imposées par le gouvernement ont été appliquées à une propriété qui constitue une «tribune publique». Parmi ces facteurs, il y a: la disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive, l'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit, la compatibilité de l'objet de la propriété avec pareille activité, les conséquences de l'accessibilité de cette propriété sur la réalisation des objets de l'al. 2*b*), la signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis, et l'accessibilité d'autres tribunes publiques dans les environs. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier. Les terminus d'autobus, les gares et les aérogares qui attirent de grandes quantités de voyageurs sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule. De même, le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va

1991 CanLII 119 (SCC)

airport terminals are thus properly regarded as public arenas, and the government cannot simply assert property rights, or claim that the expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

Section 7 of the Regulations is too vague and does not constitute a limit "prescribed by law" and thus cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. Section 7(*a*) prohibits "any business or undertaking, commercial or otherwise" at the airport. It has failed to offer an intelligible standard which would enable a citizen to regulate his or her conduct. The Regulation can be read as an attempt to eradicate all types of expression or, more narrowly, to exclude only certain types of expression, and thus creates confusion. This does not allow fundamental freedoms to be fully exercised. The plenary discretion given to the Minister may also create a vague standard which does not accord with the requirement in s. 1 of the *Charter* that a limit on a right or freedom be "prescribed by law".

Section 7 of the Regulations is also overbroad and thus does not impair freedom of expression as little as possible. The Regulation applies not only to the activity at issue but also to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports.

Although some objectives would be reasonable in justifying restrictions on expression in an airport, the time, place, and manner restrictions are not reasonable in the context and circumstances of this case. They bear no rational connection to the government's possible objectives and are broad to the point of being unintelligible. Section 7 of the Regulations does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater.

Per McLachlin J.: The test for the constitutional right to use government property for public expression should be based on the values and interests at stake and should not be confined to the characteristics of particular types

de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets; et ceci s'applique également aux aérogares. Les zones non affectées à la sécurité dans les aérogares sont donc considérées avec raison comme des tribunes publiques et le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il impose.

L'article 7 du Règlement est trop imprécis et ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit»; il ne peut donc pas être sauvegardé en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 7*a*) interdit de se livrer à «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport. Il ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite. Le Règlement peut être interprété comme une tentative d'exclure tout genre d'expression ou, plus restrictivement, comme une tentative d'exclure seulement certains types d'expressions, et il crée ainsi de la confusion. Cela ne permet pas d'exercer pleinement les libertés fondamentales. Les pleins pouvoirs discrétionnaires accordés au Ministre sont également susceptibles de créer une norme imprécise qui ne soit pas conforme à l'exigence de l'article premier de la *Charte* que la restriction d'un droit ou d'une liberté soit «prescrite par une règle de droit».

L'article 7 du Règlement a également une portée excessive et ne porte donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. Le Règlement s'applique non seulement à l'activité en question mais encore à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports.

Même si certains objectifs seraient raisonnables pour justifier des restrictions de l'expression dans un aéroport, les restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression ne sont pas raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Elles n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs gouvernementaux éventuels et sont tellement générales qu'elles deviennent inintelligibles. L'article 7 du Règlement ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'il porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave.

Le juge McLachlin: Le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux

1991 CanLII 119 (SCC)

of government property. This test should reflect the concepts traditionally associated with free expression and should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(*b*) of the *Charter* should be primarily definitional, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof.

The test for whether s. 2(*b*) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. Section 2(*b*) of the *Charter* would usually be infringed if the government's purpose was to restrict the content of expression by limiting the forums in which it can be made. A content-neutral restriction, however, may not infringe freedom of expression at all. Section 2(*b*) of the *Charter* would apply if it were established that the expression (including its time, place and manner) promoted one of the purposes underlying the guarantee of free expression: the seeking and obtaining of truth; participation in social and political decision-making; and the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfilment by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. A link must be established between the use of the forum for public expression and at least one of these purposes if the protection of s. 2(*b*) of the *Charter* is to apply.

The policy of the airport officials of prohibiting all political propaganda was content-neutral; it was aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated. The restriction had the effect of limiting expression, and the expression in question promoted one of the purposes of the guarantee of free expression, namely participation in political or social issues in the community. The government's action thus constituted a limitation of respondents' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*.

The limitation of respondents' rights is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. The words "advertise" and "solicit" in s. 7(*b*) of the Regulations are broad enough to cover non-commercial publicity and solicitation, and respondents' conduct thus falls within the regulation. Even if it did not, the act of the airport officials in preventing respondents from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law

caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Ce critère devrait refléter les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression et il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2*b*) de la *Charte* devrait surtout être axée sur la définition, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve.

Le critère utilisé pour déterminer si l'al. 2*b*) s'applique pour protéger l'expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Il y aurait généralement violation de l'al. 2*b*) de la *Charte* si l'objectif du gouvernement était de restreindre le contenu de l'expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu. Toutefois, si la restriction n'est pas liée au contenu, il est possible qu'elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d'expression. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* s'appliquerait si l'on démontrait que l'expression en cause (y compris l'heure, le lieu et le mode d'expression) sert à promouvoir l'un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression: la recherche de la vérité, la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et l'encouragement de la diversité des formes d'épanouissement personnel dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Pour que la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte* s'applique, il faut faire la preuve de l'existence d'un lien entre l'utilisation du forum à des fins d'expression publique et au moins l'un de ces objectifs.

La politique des fonctionnaires de l'aéroport, consistant à interdire toute propagande politique, n'était aucunement liée au contenu; elle visait les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis. La restriction avait pour effet de limiter l'expression et l'expression en cause servait à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression, soit la participation aux questions politiques et sociales dans la société. L'action du gouvernement constituait donc une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2*b*) de la *Charte*.

La restriction des droits des intimés n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'expression «faire [. . .] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7*b*) du Règlement, est assez générale pour comprendre la publicité et la sollicitation non commerciales, de sorte que la conduite des intimés entre dans le champ du règlement en cause. Même si ce n'était pas le cas, le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui ont empêché

1991 CanLII 119 (SCC)

because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises. The government's objective in imposing the limit is not of sufficient importance to warrant overriding a *Charter* right, since there is nothing in the function or purpose of an airport which is incompatible with respondents' conduct. Further, the means chosen to attain the objective are neither reasonable nor proportionate to respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing all "political propaganda activities" constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against overreaching application. The limitation is overbroad and hence not saved by s. 1.

Per Gonthier J.: While in agreement with the several elements put forward by Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé J. pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property, the application of ss. 1 and 2(*b*) of the *Charter* should be structured as outlined by McLachlin J. The reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the application of s. 7 of the Regulations to the conduct of the respondents were agreed with.

Per Cory J.: Notwithstanding agreement with the reasons of Lamer C.J. in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, the impugned Regulation contravenes s. 2(*b*) and cannot be saved by s. 1 of the *Charter*, as found by L'Heureux-Dubé J.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Not followed: *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276;

les intimés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État, en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux. L'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction en cause, n'est pas suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte* puisqu'aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport n'est incompatible avec la conduite des intimés. En outre, les moyens choisis pour atteindre l'objectif poursuivi ne sont ni raisonnables ni proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. La pratique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. La restriction en question est trop générale et n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

Le juge Gonthier: Bien qu'il y ait accord avec les éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement, l'application de l'article premier et de l'al. 2*b*) de la *Charte* devrait se faire selon le cadre exposé par le juge McLachlin. Il y a également accord avec les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'application de l'art. 7 du Règlement à la conduite des intimés.

Le juge Cory: Bien qu'il y ait accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, le règlement contesté viole l'al. 2*b*) et ne saurait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*, comme l'a conclu le juge L'Heureux-Dubé.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt non suivi: *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22

1991 CanLII 119 (SCC)

DeWare v. The Queen, [1954] S.C.R. 182; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; *Sunday Times* case, judgment of 26 April 1979, Series A, No. 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (leave to appeal granted, [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued); *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R.

R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927); *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964); *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *West Virginia State Board of Education v. Barnett*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638; *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395; *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200; *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965); *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (1983); *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498; affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, Série A, nº 30; *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (autorisation de pourvoi accordée, [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné);

1991 CanLII 119 (SCC)

(2d) 65; *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

By McLachlin J.

Considered: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; **not followed:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **referred to:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 32.
Civil Code of Lower Canada, arts. 399, 400.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Government Airport Concession Operations Regulations, SOR/79-373, s. 6, 7(*a*), (*b*), 8 to 20.
U.S. Constitution, First Amendment.

Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.J.* 5.
Concise Oxford Dictionary, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, "solicit".
Cory, The Hon. Justice Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of*

R. v. Red Hot Video Ltd. (1985), 45 C.R. (3d) 36; *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65; *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157; *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972); *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469; *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987); *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978).

Citée par le juge McLachlin

Arrêt examiné: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; **arrêts non suivis:** *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983); *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980); **arrêts mentionnés:** *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939); *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 32.
Code civil du Bas Canada, art. 399, 400.
Constitution des États-Unis, Premier amendement.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement, DORS/79-373, art. 6, 7*a*), *b*), 8 à 20.

Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.J.* 5.
Concise Oxford Dictionary, 7th ed. Edited by J. B. Sykes. Oxford: Oxford University Press, 1982, «solicit».
Cory, L'hon. Peter deCarteret. *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*,

1991 CanLII 119 (SCC)

Adjudicating, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.

Côté, Pierre-André. "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*. Translated by Katherine Lippel, John Philpot and Bill Schabas. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1984.

Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

Dienes, C. Thomas. "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.

Emerson, Thomas I. "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Farber, Daniel A. and John E. Nowak. "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.

Jakab, Peter. "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association* — A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545.

Jeffries, John Calvin, Jr. "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.

Kalven, Harry, Jr. "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.

Lee, William E. "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

MacKay, A. Wayne. "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

Moon, Richard. "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339.

Moon, Richard. "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.

Petit Robert. Paris: Le Robert, 1977, "publicité", "solliciter".

Pinard, Danielle. "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1990), 35 *McGill L.J.* 305.

exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*. Cowansville: Yvon Blais Inc., 1982.

Côté, Pierre-André. «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105.

Cox, Archibald. *Freedom of Expression*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.

Dienes, C. Thomas. «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109.

Emerson, Thomas I. «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877.

Farber, Daniel A. and John E. Nowak. «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219.

Jakab, Peter. «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545.

Jeffries, John Calvin, Jr. «Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189.

Kalven, Harry, Jr. «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1.

Lee, William E. «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

MacKay, A. Wayne. «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713.

Mill, John Stuart. *On Liberty and Considerations on Representative Government*. Oxford: Basil Blackwell, 1946.

Moon, Richard. «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339.

Moon, Richard. «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243.

Petit Robert. Paris: Le Robert, 1977, «publicité», «solliciter».

Pinard, Danielle. «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*» (1990), 35 *R.D. McGill* 305.

Post, Robert C. «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.

1991 CanLII 119 (SCC)

Post, Robert C. "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713.

Rogerson, Carol. "The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness". In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Sharpe, Robert J. "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, "solicit".

Stuart, Don. "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

Trotter, Gary T. "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183.

Rogerson, Carol. «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness». In *Charter Litigation*. Edited by Robert J. Sharpe. Toronto: Butterworths, 1987.

Schauer, Frederick. *Free Speech: A Philosophical Enquiry*. Cambridge: Cambridge University Press, 1982.

Sharpe, Robert J. «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229.

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases, 5th ed. By John S. James. London: Sweet & Maxwell, 1986, «solicit».

Stuart, Don. «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1987.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, New York: Foundation Press, 1988.

Trotter, Gary T. «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1987] 2 F.C. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, affirming the judgment of the Federal Court, Trial Division, [1985] 2 F.C. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, granting respondents' action for a declaration that the appellant had not respected their fundamental freedoms. Appeal dismissed.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1987] 2 C.F. 68, 36 D.L.R. (4th) 501, 76 N.R. 338, qui a confirmé le jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1985] 2 C.F. 3, 25 D.L.R. (4th) 460, 1 F.T.R. 71, 23 C.R.R. 1, qui avait accueilli l'action des intimés visant à obtenir une déclaration portant que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales. Pourvoi rejeté.

Gaspard Côté, *Q.C.* and *Claude Joyal*, for the appellant.

Gaspard Côté, *c.r.*, et *Claude Joyal*, pour l'appelante.

Gérard Guay, for the respondents.

Gérard Guay, pour les intimés.

D. Lepofsky, for the intervener the Attorney General for Ontario.

D. Lepofsky, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

W. Glen How, *Q.C.*, for the interveners Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones.

W. Glen How, *c.r.*, pour les intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones.

English version of the reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. delivered by

Les motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka ont été rendus par

LAMER C.J.—I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé. I would ulti-

LE JUGE EN CHEF LAMER—J'ai eu l'opportunité de lire les motifs du juge L'Heureux-Dubé. J'en arrive

1991 CanLII 119 (SCC)

mately dispose of this appeal in the same way, but would arrive at this conclusion by a different route.

Essentially, my position differs from that of my colleague in two regards: first, with respect, I do not share her position that the concept of "public forum" should be considered exclusively in the context of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Second, like Dubé J. at trial and the majority on appeal, I have come to the conclusion that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373 (hereinafter "the Regulation") is not applicable to the activities of the respondents in the case at bar. I will now look at these two points.

1. The Concept of "Public Forum" and its Incorporation in Rules and Burdens Imposed by the *Charter*

As developed by the American courts in a series of decisions, the concept of "public forum" refers first and foremost to a social reality, namely, that certain places owned by the government constitute a favourable platform for the dissemination of ideas. In an article titled "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", [1965]*Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12, Prof. Harry Kalven, Jr. summarized the definition of the term "public forum" as follows:

> . . . in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

The "public forum" concept thus appears as a "label" used by the American courts to describe certain places which are by their very nature suited to free expression. In thus characterizing certain places as "public forums", the American courts have in fact made an exception to the absolute nature of the government's right of ownership in order to conclude that the First Amendment to the American Constitution gives a person wishing to exercise his or her

ultimement à la même disposition du présent pourvoi, empruntant cependant une voie différente pour atteindre cette conclusion.

Ma position diffère essentiellement de celle de ma collègue à deux égards: d'une part, avec respect, je ne partage pas sa position selon laquelle la notion de «forum public» doit être examinée exclusivement sous l'égide de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. D'autre part, à l'instar du juge Dubé en première instance et des juges majoritaires en appel, j'en arrive à la conclusion que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373 (ci-après le Règlement), ne trouve pas application aux activités des intimés en l'espèce. J'examinerai maintenant ces deux questions.

1. La notion de «forum public» et son intégration aux règles et fardeaux imposés par la Charte

Telle que développée par les tribunaux américains au fil des décisions, la notion de «forum public» désigne d'abord et avant tout une réalité sociale en vertu de laquelle certains endroits, dont le gouvernement est propriétaire, constituent une plate-forme propice à la dissémination d'idées. Le professeur Harry Kalven, Jr. dans un article intitulé «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12, résumait ainsi la définition du vocable «*public forum*»:

> [TRADUCTION] . . . dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d'autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

La notion de «forum public» apparaît comme une «étiquette» apposée par les tribunaux américains à certains endroits qui, de par leur nature, constituent un lieu favorable à l'expression. En qualifiant ainsi certains lieux de «forums publics», ces tribunaux américains ont en fait taillé une entorse à l'absolutisme du droit de propriété gouvernemental afin de conclure que le premier amendement de la Constitution américaine accorde à celui ou celle désirant s'ex-

1991 CanLII 119 (SCC)

freedom of expression the right to use a parcel of the public domain so identified for purposes of expression (see *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16, *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), at p. 45).

In *Perry Education Association*, the United States Supreme Court divided government properties into three distinct categories: (1) "traditional public forums", (2) "public forums by designation" and (3) forums which are not public. According to this nomenclature, the category within which a government property falls will determine the scope of the limitations which may be imposed on expression taking place on the property:

> The first, traditional public forum, comprises streets and parks. Restrictions on access to these properties come under strict judicial scrutiny. If the restrictions are not narrowly tailored to serve a compelling state interest, they are unconstitutional. The second, public forum by designation, encompasses those public properties that the state has dedicated primarily as sites for communicative activity. These include auditoriums, meeting facilities and theaters. Second category properties enjoy the same strict scrutiny protection as properties in the first category.
>
> The third category is defined as "property which is not by tradition or designation a forum for public communication."

(P. Jakab, "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property" (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, at p. 549).

Two observations should be made regarding the classification exercise undertaken by our neighbours to the south. First, I note that the "public forum" doctrine has been severely criticized by various American professors who, in general, reproach this doctrine for not offering specific functional criteria that can be used to characterize a particular place (see Jakab, *op. cit.*; and Dienes, "The Trashing of the Public Forum:

Dans la cause de *Perry Education Association*, la Cour suprême des États-Unis a scindé l'ensemble des propriétés gouvernementales en trois catégories distinctes, soit: 1) les «forums publics traditionnels», 2) les forums publics par désignation et 3) les forums qui ne sont pas publics. Selon cette nomenclature, la catégorie dans laquelle tombe une propriété du gouvernement dictera l'étendue des restrictions à la liberté d'expression pouvant être imposées sur celle-ci:

> [TRADUCTION] La première catégorie, celle du forum public traditionnel, comprend les rues et les parcs. Les tribunaux soumettent à un examen minutieux toute restriction de l'accès à ces endroits. S'il ne s'agit pas de restrictions de portée étroite destinées à servir un intérêt impérieux de l'État, celles-ci sont frappées d'inconstitutionnalité. La deuxième catégorie, celle du forum public par désignation, englobe les biens-fonds publics que l'État a désigné principalement comme lieux affectés à des activités de communication. Parmi ceux-ci figurent les auditoriums, les lieux de réunion et les salles de spectacles. Les lieux entrant dans cette deuxième catégorie bénéficient au même titre que ceux de la première catégorie de la protection d'un examen minutieux.
>
> La troisième catégorie est définie comme celle des «lieux qui ne constituent ni par tradition ni par désignation un forum pour la communication publique.»

(P. Jakab, «Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*—A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property» (1986), 54 *Fordham L. Rev.* 545, à la p. 549).

Relativement à l'exercice de catégorisation auquel se sont adonnés nos voisins du sud, deux remarques s'imposent. Premièrement, je note que la doctrine du «forum public» fait l'objet de critiques sévères de la part de divers professeurs américains qui, de façon générale, reprochent à cette doctrine de ne pas offrir de critères fonctionnels précis servant à la qualification d'un lieu précis (voir Jakab, *loc. cit.*; et Dienes,

1991 CanLII 119 (SCC)

Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

Second, in considering the application of this American doctrine in Canadian law, I feel it is essential to note the fundamental differences between the American Constitution and the *Charter*. The American *Bill of Rights* contains no clause similar to s. 1 of our *Charter*, which provides for the consideration of justifications which may be given by the government to limit a citizen's constitutional rights. To this extent, the characterization of a place as a "public forum" in the United States does not end the matter, since it will then be necessary, under our Constitution, to determine whether the governmental interests are sufficiently compelling to justify an infringement of freedom of expression that would otherwise be unconstitutional.

Additionally, the characterization of a place as a "public forum" cannot mean that every form of expression is therefore permissible in such a place. For example, there are certain forms of expression which could not be permitted even in a public park. To this extent, undoubtedly, the public forum doctrine can be criticized for over-emphasizing the nature of the place at the expense of the real interests involved.

These fundamental considerations lead me to conclude that, in the Canadian legal context, it would be preferable to disregard the nominalistic approach developed by the American courts and instead to balance the interests underlying the public forum doctrine. The American experience shows that the "public forum" concept actually results from an attempt to strike a balance between the interests of the individual and the interests of the government. As there is no provision similar to s. 1 of our *Charter*, the American "public forum" doctrine is the result of the reconciliation of the individual's interest in expressing himself in a place which is itself highly propitious to such expression and of the government's interest in being able to manage effectively the premises that it owns. For example, parks and public roads which have earned the "public forum" classification are in fact places whose functions will generally not be

«The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109).

Deuxièmement, en considérant l'application de cette doctrine américaine en droit canadien, il me paraît essentiel de noter les différences fondamentales qui distinguent la Constitution américaine de la *Charte*. En effet, le *Bill of Rights* américain ne comporte pas de clause similaire à l'article premier de notre *Charte*, permettant la considération des justifications pouvant être apportées par le gouvernement lorsque celui-ci restreint les droits constitutionnels d'un citoyen. Dans cette mesure, la qualification aux États-Unis d'un endroit de «*public forum*» ne met pas fin au litige puisqu'il faut, dans une étape ultérieure évaluer si les intérêts gouvernementaux sont suffisamment importants («*compelling*») afin de justifier une atteinte à la liberté d'expression qui serait autrement inconstitutionnelle.

Par ailleurs, la qualification de «forum public» d'un lieu ne peut signifier que de ce fait toute expression devient alors permise dans un tel lieu. Par exemple, il existe certaines formes d'expression qui, même dans un parc public, ne sauraient être permises. Dans cette mesure, l'on peut sans doute reprocher à la doctrine du forum public de placer trop d'emphase sur la nature du lieu au détriment des véritables intérêts qui sont en cause.

Ces considérations fondamentales me portent à conclure qu'il serait préférable, dans le contexte juridique canadien, de passer outre à l'approche nominaliste développée par les cours américaines afin de se prêter au balancement des intérêts qui sous-tendent la doctrine du forum public. En effet, l'expérience américaine démontre que la notion de «*public forum*» résulte en fait d'une recherche d'équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux du gouvernement. En l'absence d'une disposition similaire à l'article premier de notre *Charte*, la doctrine américaine du «forum public» représente le résultat de la conciliation de l'intérêt qu'a l'individu de s'exprimer sur un endroit propice à l'expression et celui du gouvernement de pouvoir gérer efficacement les lieux dont il détient le titre de propriété. Par exemple, les parcs et les voies publiques qui ont mérité le qualificatif de «forum public» sont en fait des endroits qui ne seront

1991 CanLII 119 (SCC)

interfered with by the exercise of freedom of expression. In an article titled "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, at p. 341, Prof. Richard Moon says the following in this regard:

> While the courts purport to attach the categorical labels, public forum and non-public forum, as a formal threshold matter, it appears that, beneath it all, the determination that a particular state-owned property is a public forum involves a judgment that public access for communication is reasonably consistent with the state use of the property. Access is required if it can be reasonably accommodated by the state. The focus of judicial analysis shifts from the categories of public and non-public forum to a balancing of the state's interest in excluding communication from its property against the importance of communicative access to a particular individual or group. [Emphasis added.]

I agree completely with this assessment of the principles underlying the "public forum" doctrine. For this reason, I am of the view that when a person claims that his freedom of expression was infringed while he was trying to express himself in a place owned by the government, the legal analysis must involve examining the interests at issue, namely the interest of the individual wishing to express himself in a place suitable for such expression and that of the government in effective operation of the place owned by it. I will examine these interests in turn.

a. *Interest of the Individual Wishing to Express Himself*

The interest an individual wishing to express himself has in using a parcel of the public domain can quite easily be explained. Unquestionably, the dissemination of an idée is most effective when there are a large number of listeners; the economic and social structure of our society is such that the largest number of individuals, or potential listeners, is often to be found in places that are state property. One thinks immediately of parks or public roads which, by their very nature, are suitable locations for a person wishing to communicate an idea.

généralement pas importunés dans l'exécution de leurs fonctions par l'exercice de la liberté d'expression. Le professeur Richard Moon, dans un article intitulé «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, à la p. 341, s'exprime ainsi à ce sujet:

> [TRADUCTION] Bien que les tribunaux commencent apparemment leurs analyses en rangeant les forums dans la catégorie de public ou de non public, il semble qu'au fond la détermination qu'une propriété d'État particulière constitue un forum public suppose une conclusion que l'accès public à des fins de communication est raisonnablement compatible avec l'usage que fait l'État de cette propriété. L'accès doit être accordé si l'État peut raisonnablement le faire. L'analyse judiciaire porte donc non plus sur les catégories de forum public et de forum non public mais sur l'appréciation de l'intérêt qu'a l'État à empêcher la communication dans sa propriété, en fonction de l'importance que revêt pour un individu ou un groupe donné l'accès aux fins de communication. [Je souligne.]

Je partage entièrement cette appréciation des principes sous-jacents à la doctrine du «forum public». C'est pourquoi, lorsqu'une personne invoque que sa liberté d'expression a été violée alors que celle-ci tentait de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire, je suis d'avis qu'il faut entreprendre l'analyse juridique en examinant les intérêts en cause, soit l'intérêt de l'individu désirant s'exprimer en un lieu favorable à l'expression et celui du gouvernement au bon fonctionnement du lieu dont il est propriétaire. J'examinerai ces intérêts tour à tour.

a. *L'intérêt de l'individu désirant s'exprimer*

L'intérêt qu'a l'individu désirant s'exprimer de faire usage d'une parcelle du domaine public s'explique de façon assez simple. En effet, il est indubitable que la dissémination d'une idée soit la plus efficace lorsqu'elle jouit d'un nombre important d'interlocuteurs; or, la structure économique et sociale de notre société fait en sorte que le plus grand nombre d'individus, c.-à-d., d'interlocuteurs potentiels, se trouve souvent en des lieux qui relèvent de la propriété de l'État. À cet effet, l'on pense immédiatement aux parcs ou aux voies publiques qui, de par leur nature, constituent un site propice pour celui désirant véhiculer une idée.

1991 CanLII 119 (SCC)

Accordingly, it must be understood that the individual has an interest in communicating his ideas in a place which, because of the presence of listeners, will favour the effective dissemination of what he has to say. Certain places owned by the state are well suited for such purposes; it has to be borne in mind, however, that all government property is used for specific purposes which must be respected by any person seeking to communicate. This is the essence of the government interest.

b. *Government Interest*

In considering the government interest, I would note at the outset that this should not be confused, strictly speaking, with the ownership held by the government. An analysis of the public status of a place cannot be based on the premise suggested by the appellant that the owner has unlimited rights over his property. Pratte J., dissenting on appeal, articulated this position in the following way ([1987] 2 F.C. 68, at p. 74):

> The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual.

In my opinion, this analytical approach contains inherent dangers. First, it ignores the special nature of government property. The very nature of the relationship existing between citizens and the elected government provides that the latter will own places for the citizens' benefit and use, unlike a private owner who benefits personally from the places he owns. The "quasi-fiduciary" nature of the government's right of ownership was indeed clearly set out by the U.S. Supreme Court in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, at pp. 515-16:

> Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

Il faut donc comprendre que l'individu a intérêt à transmettre ses idées en un lieu qui, de par la présence d'interlocuteurs, favorisera la dissémination efficace de ses propos. Certains lieux dont l'État est propriétaire sont propices à de telles fins; mais il est nécessaire de considérer que toutes ses propriétés servent des fonctions précises qui devront être respectées par celui désirant s'exprimer; c'est là l'essence de l'intérêt gouvernemental.

b. *L'intérêt gouvernemental*

Quant à l'intérêt gouvernemental, je souligne d'entrée que celui-ci ne peut être confondu, à proprement parler avec le titre de propriété que détient le gouvernement. L'on ne peut entreprendre l'analyse du statut public d'un lieu en tenant pour acquis la prémisse que nous suggère l'appelante, selon laquelle le propriétaire jouit de droits illimités sur l'endroit faisant l'objet de son droit de propriété. Le juge Pratte, dissident en appel, a articulé cette position dans les termes suivants ([1987] 2 C.F. 68, à la p. 74):

> Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus.

Ce schème d'analyse présente, à mon avis, des dangers inhérents. D'une part, il fait abstraction de la nature particulière de la propriété gouvernementale. En effet, il relève de la nature même de la relation qui existe entre les citoyens et le gouvernement élu que ce dernier possède des endroits au bénéfice et pour l'usage des citoyens, contrairement au propriétaire privé qui profite en son propre intérêt des lieux dont il est propriétaire. La nature «quasi-fiduciaire» du droit de propriété gouvernemental fut d'ailleurs clairement énoncée par la Cour suprême américaine dans la cause *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, aux pp. 515 et 516:

> [TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

1991 CanLII 119 (SCC)

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

I note that in the case at bar Hugessen J.A. eloquently summarized this position, at p. 77:

As regards the government's right of ownership of the airport terminal, in my opinion it can never be made the sole justification for an infringement of the fundamental freedom of a subject. The government is not in the same position as a private owner in this respect, as it owns its property not for its own benefit but for that of the citizen. Clearly the government has a right, even an obligation, to devote certain property for certain purposes and to manage "its" property for the public good. The exercise of this right and the performance of this obligation may, depending on the circumstances, legitimize the imposition of certain limitations on fundamental freedoms. Of course the government may limit public access to certain places; of course it may also act to maintain law and order; but it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

Second, an absolutist approach to the right of ownership fails to take into account that the freedom of expression cannot be exercised in a vacuum and that it necessarily implies the use of physical space in order to meet its underlying objectives. No one could agree that the exercise of the freedom of expression can be limited solely to places owned by the person wishing to communicate: such an approach would certainly deny the very foundation of the freedom of expression. I therefore conclude that, as a consequence of its special nature, the government's right of ownership cannot of itself authorize an infringement of the freedom guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*.

This having been said, it must be understood, since the government administers its properties for the benefit of the citizens as a whole, that it is the citizens

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Je note que dans la présente cause, le juge Hugessen a fort éloquemment résumé cette position, à la p. 77:

En ce qui concerne le droit de propriété du gouvernement à l'aérogare, je suis d'avis qu'il ne peut jamais être invoqué à lui seul pour justifier une atteinte à la liberté fondamentale du sujet. Le gouvernement n'est pas dans la même position qu'un propriétaire privé à cet égard car il possède ses biens non pas pour son propre bénéfice mais pour celui du citoyen. Il est évident que le gouvernement a le droit, et même l'obligation, de destiner certains biens à certaines fins et de gérer «sa» propriété pour le bien public. L'exercice de ce droit et l'accomplissement de cette obligation peuvent, selon les circonstances, légitimer l'imposition de certaines restrictions aux libertés fondamentales. Bien sûr le gouvernement peut-il restreindre l'accès du public à certains endroits; bien sûr peut-il également agir pour assurer la paix et le bon ordre; mais il ne peut pas invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

D'autre part, une approche absolutiste du droit de propriété omet de constater que la liberté d'expression ne peut être exercée dans un vacuum et qu'elle implique nécessairement l'utilisation d'un espace physique afin de rencontrer les objectifs qui la sous-tendent. Or, d'aucuns conviendront que l'on ne peut restreindre l'exercice de la liberté d'expression aux seuls lieux sur lesquels la personne désirant s'exprimer possède un titre de propriété; une telle approche nierait sans contredit les fondements mêmes de la liberté d'expression. J'en conclus donc que le droit de propriété du gouvernement, en raison de la nature toute particulière de celui-ci, ne peut, à lui seul, permettre la violation de la liberté garantie sous l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Ceci étant dit, puisque le gouvernement administre ses propriétés pour le bénéfice de la masse des citoyens, il faut comprendre que ce sont d'abord et

1991 CanLII 119 (SCC)

above all who have an interest in seeing that the properties are administered and operated in a manner consistent with their intended purpose. In this regard reference may be made to the passages already cited from *Hague v. Committee for Industrial Organization*, *supra*, and the reasons of Hugessen J.A., on appeal in the case at bar. In practical terms, it is easy to see that the citizens as a whole benefit from the services offered by Canada Post or by employment centres managed by the state. The state is accordingly responsible for ensuring that such places serve the specific purposes and functions for which they were intended. The fundamental government interest, and by the same token that of the citizens as a whole, is thus to ensure that the services or undertakings offered by various levels of government are operated effectively and in accordance with their intended purpose.

c. *Balancing These Poles of Interest Under s. 2(b) of the Charter*

Having reviewed the interests at issue, I come to the conclusion that s. 2(*b*) of the *Charter* cannot be interpreted so as to consider only the interests of the person wishing to communicate. As the Attorney General for Ontario properly points out, s. 2(*b*) of the *Charter* does not protect "expression" itself, but freedom of expression. In my opinion, the "freedom" which an individual may have to communicate in a place owned by the government must necessarily be circumscribed by the interests of the latter and of the citizens as a whole: the individual will only be free to communicate in a place owned by the state if the form of expression he uses is compatible with the principal function or intended purpose of that place.

The interest which any person may have in communicating in a place suited for the purpose cannot have the effect of depriving the citizens as a whole of the effective operation of government services and undertakings. Even before any attempt was made to use them for purposes of expression, such places were intended by the state to perform specific social functions. A person who is in a public place for the purpose of expressing himself must respect the functions of the place and cannot in any way invoke his or her freedom of expression so as to interfere with

avant tout ceux-ci qui ont intérêt à ce que celles-là soient administrées et opérées de façon conforme à leur destination. À cet effet, l'on peut se référer aux passages déjà cités, tirés de la cause de *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, et des motifs du juge Hugessen, en appel dans la présente cause. En termes pratiques, il est facile de voir que l'ensemble des citoyens bénéficient des services offerts par Postes Canada ou encore par les centres d'emploi gérés par l'État. Ce dernier est ainsi chargé d'assurer que de tels endroits desservent les buts et fonctions précis auxquels ils sont destinés. L'intérêt gouvernemental fondamental, et du même fait celui de la masse des citoyens, est donc d'assurer que les services ou entreprises offerts par les divers paliers de gouvernement, soient opérés de façon efficace et conformément à leur destination.

c. *Balancement de ces pôles d'intérêt sous l'al. 2b) de la Charte*

Ayant exposé les intérêts en cause, j'en arrive à la conclusion que l'al. 2*b*) de la *Charte* ne peut être interprété de façon à ne considérer que les intérêts de celui ou celle désirant s'exprimer. Comme le souligne avec justesse le procureur général de l'Ontario, l'al. 2*b*) de la *Charte* ne protège pas «l'expression» elle-même mais bien la liberté d'expression. Selon moi, la «liberté» que peut avoir un individu de s'exprimer en un lieu dont le gouvernement est propriétaire doit nécessairement être balisée par les intérêts de celui-ci et de la masse des citoyens; l'individu ne sera libre de s'exprimer en un lieu dont l'État est propriétaire que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou destination principale dudit lieu.

En effet, l'intérêt que peut avoir qui que ce soit de s'exprimer en un lieu propice à cette fin ne peut avoir pour conséquence de priver l'ensemble des citoyens de l'opération efficace des services et entreprises gouvernementaux. De tels endroits, avant même que l'on ne tente de les emprunter pour des fins d'expression, ont été destinés par l'État à remplir des fonctions sociales précises. Celui ou celle se trouvant en un endroit public dans le but de s'y exprimer doit respecter les fonctions de l'endroit et ne peut d'aucune façon brandir l'étendard de la liberté d'expression

1991 CanLII 119 (SCC)

those functions. For example, no one would suggest that an individual could, under the aegis of freedom of expression, shout a political message of some kind in the Library of Parliament or any other library. This form of expression in such a context would be incompatible with the fundamental purpose of the place, which essentially requires silence. When an individual undertakes to communicate in a public place, he or she must consider the function which that place must fulfil and adjust his or her means of communicating so that the expression is not an impediment to that function. To refer again to the example of a library, it is likely that wearing a T-shirt bearing a political message would be a form of expression consistent with the intended purpose of such a place.

The fact that one's freedom of expression is intrinsically limited by the function of a public place is an application of the general rule that one's rights are always circumscribed by the rights of others. In the context of expressing oneself in places owned by the state, it can be said that, under s. 2(*b*), the freedom of expression is circumscribed at least by the very function of the place.

Seen from another standpoint, this discussion also accords with the observations made by this Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927: In this case, this Court held that certain forms of expression did not enjoy the protection of s. 2(*b*) (at p. 970):

> While the guarantee of free expression protects all content of expression, certainly violence as a form of expression receives no such protection. It is not necessary here to delineate precisely when and on what basis a form of expression chosen to convey a meaning falls outside the sphere of the guarantee. [Emphasis in original.]

In my view, if the expression takes a form that contravenes or is inconsistent with the function of the place where the attempt to communicate is made, such a form of expression must be considered to fall outside the sphere of s. 2(*b*). For example, if a person tried to picket in the middle of a busy highway or to set up barricades on a bridge, it might well be concluded that such a form of expression in such a place is incompatible with the principal function of the

afin d'entraver celles-ci. Personne ne saurait prétendre, par exemple, qu'un individu peut, sous l'égide de la liberté d'expression, se mettre à crier un message politique quelconque dans la bibliothèque du Parlement ou dans toute autre bibliothèque. Cette forme d'expression, dans un tel contexte, serait incompatible à la destination fondamentale du lieu qui comprend des normes de silence essentielles. Lorsqu'un individu entreprend de s'exprimer en un lieu public, il ou elle devra considérer la fonction que doit remplir ce lieu et ajuster son tir afin que son expression ne constitue pas une embûche à cette fonction. Toujours dans l'exemple de la bibliothèque, l'on peut imaginer que le port d'un «t-shirt» arborant un message politique serait sans doute une forme d'expression conforme à la destination d'un tel endroit.

Le fait que la liberté d'expression soit intrinsèquement limitée par la fonction d'un endroit public est une application de la règle générale selon laquelle les droits des uns sont toujours délimités par les droits des autres. Dans le contexte de l'expression en des lieux dont l'État est propriétaire, on dira que sous l'al. 2*b*), la liberté de s'exprimer est tout au moins délimitée par la fonction même du lieu.

Vue sous un autre angle, cette discussion s'intègre aussi aux propos entretenus par cette Cour dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927. Dans cette cause, cette Cour a affirmé que certaines formes d'expression ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2*b*) (à la p. 970):

> Quoique la garantie de la liberté d'expression protège tout contenu d'une expression, il est évident que la violence comme forme d'expression ne reçoit pas cette protection. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de définir précisément dans quel cas ou pour quelle raison une forme d'expression choisie pour transmettre un message sort du champ de la garantie. [Souligné dans l'original.]

Selon moi, il faut considérer que si l'expression adopte une forme qui contrevient ou est incompatible avec la fonction de l'endroit où l'on tente de s'exprimer, une telle forme d'expression ne tombe pas sous le coup de l'al. 2*b*). Par exemple, si une personne tentait de faire du piquetage en plein cœur d'une autoroute achalandée ou encore d'ériger des barricades sur un pont, d'aucuns concluraient qu'une telle forme d'expression, en un tel endroit, est incompatible avec

1991 CanLII 119 (SCC)

place, which is to provide for the smooth flow of automobile traffic. In such a case, it could not be concluded that freedom of expression had been restricted if a government representative obliged the picketer to express himself elsewhere.

Accordingly, it is only after the complainant has proved that his form of expression is compatible with the function of the place that the justifications which may be put forward under s. 1 of the *Charter* can be analysed. While the state's main interest is to ensure the effective operation of its property, that is not its only concern; there is, for example, the maintenance of law and order, which is another government objective that might justify certain limitations on s. 2(*b*). For example, the person presiding over a municipal assembly will generally be justified in limiting the time each member has to speak in order to allow everyone a chance to speak in an orderly manner. In my opinion, such a concern comes under s. 1 of the *Charter*, as do many others.

d. *Application of the Foregoing Principles to the Facts of This Case*

It will be recalled that, in the case at bar, the respondents went to the Montréal airport in Dorval to discuss the Committee's aims and objectives with members of the public. As my colleague properly noted, there seems to be no doubt that by their actions the respondents conveyed or tried to convey an idea or message of an expressive nature. In short, the primary purpose of the respondents' visit to Dorval airport was to inform people on the premises of the existence of the Committee for the Commonwealth of Canada, and the ideology promoted by it. It thus only remains to determine whether the form of expression used by the respondents is compatible with the performance of the airport's essential function.

In my view, the distribution of pamphlets and discussion with certain members of the public are in no way incompatible with the airport's primary function, that of accommodating the needs of the travelling public. An airport is in many ways a thoroughfare, which in its open areas or waiting areas can accom-

la fonction principale de ce lieu qui est d'assurer le mouvement efficace des automobilistes. Dans un tel cas, l'on ne pourrait conclure qu'il y a eu restriction à la liberté d'expression si un agent du gouvernement forçait le piqueteur à s'exprimer ailleurs.

C'est donc seulement une fois que le plaignant aura prouvé que la forme d'expression qu'il a utilisée est compatible avec la fonction de l'endroit que l'on procédera à l'analyse des justifications pouvant être apportées sous l'article premier de la *Charte*. En effet, si l'intérêt principal de l'État est d'assurer le fonctionnement efficace de ses propriétés, ce n'est pas là pour autant sa seule préoccupation; l'on peut penser, par exemple au maintien de l'ordre qui constitue un autre objectif gouvernemental qui pourrait justifier certaines restrictions à l'al. 2*b*). Par exemple, le président d'une assemblée municipale sera généralement justifié de restreindre le temps de parole de chacun afin de favoriser l'expression de tous et le bon ordre. Une telle préoccupation, et de nombreuses autres, relèvent selon moi de l'article premier de la *Charte*.

d. *Application des principes ci-haut mentionnés aux faits en cause*

En l'espèce, je le rappelle, les intimés s'étaient rendus à l'aéroport de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public des buts et objectifs du Comité. Comme le note avec justesse ma collègue, il semble incontournable que les intimés aient, de par leurs agissements, transmis ou tenté de transmettre une idée ou un message arborant un caractère expressif. Somme toute, le but premier de la visite des intimés à l'aéroport de Dorval était d'informer le public disponible sur les lieux de l'existence du Comité pour la République du Canada et de l'idéologie prônée par celui-ci. Ainsi, il ne reste qu'à déterminer si la forme d'expression employée par les intimés est compatible avec la fonction essentielle de l'aéroport.

À mon avis, la distribution de dépliants et la discussion avec certains membres du public ne sont d'aucune façon incompatibles avec la fonction principale de l'aéroport, c.-à-d., accommoder les besoins du public voyageur. À plusieurs égards, un aéroport est un endroit de passage qui, dans ses aires libres ou

1991 CanLII 119 (SCC)

modate expression without the effectiveness or function of the place being in any way threatened. Thus, the very nature of the premises, the presence of a large and varied audience, meant that the respondents' freedom of expression could be exercised without interfering with the operation of the airport. For this reason, I am of the view that there was a limitation on the freedom of expression enjoyed by the respondents when the airport manager ordered them to cease their activities. I therefore conclude that the respondents were "free" to express themselves in this manner at the Dorval airport.

The question remains of whether this limitation on the freedom of expression can subsequently be the subject of an analysis under s. 1 of the *Charter*. As I mentioned at the outset of these reasons, I am of the view that s. 7 of the Regulations does not apply in the case at bar. I therefore conclude *ipso facto* that we are not dealing here with a "law" that can be the subject of the s. 1 test. I will now set out the reasons for this conclusion.

2. Section 7 of the Regulations and its Relevance to the Case at Bar

The appellant argues that the wording of s. 7 of the Regulations is wide enough to embrace political propaganda. Both Dubé J. at trial and the majority on appeal (MacGuigan and Hugessen JJ.A.) concluded that s. 7(*b*) of the Regulations applies only to commercial rather than purely political activities and that accordingly the respondents' conduct did not fall within the scope of this provision. Pratte J.A., dissenting, concluded that s. 7(*b*) did not apply only to commercial activities and that the respondents' political propaganda was covered by the said paragraph. Section 7 reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(*a*) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(*b*) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

ses aires d'attente peut accommoder l'expression sans que l'efficacité ou la fonction du lieu ne soit de quelque façon menacée. Ainsi, la nature même des lieux, la présence d'interlocuteurs nombreux et variés fait en sorte que l'expression des intimés y était propice sans toutefois qu'elle importune le fonctionnement de l'aéroport. Pour cette raison, je suis d'avis qu'il y a eu restriction de la liberté d'expression dont jouissent les intimés lorsque le directeur de l'aéroport leur a ordonné de cesser leurs activités. À prime abord, j'en conclus donc que les intimés étaient «libres» de s'exprimer dans cette forme à l'aéroport de Dorval.

Reste maintenant la question de savoir si cette restriction à la liberté d'expression peut subséquemment faire l'objet d'une analyse sous l'article premier de la *Charte*. Tel que je l'ai déjà mentionné au tout début des présents motifs, je suis d'avis que l'art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l'espèce. J'en conclus donc *ipso facto* que nous ne sommes pas en présence d'une «règle de droit» pouvant faire l'objet du test de l'article premier. Je développerai maintenant les motifs fondant cette conclusion.

2. L'article 7 du Règlement et sa pertinence en l'espèce

L'appelante prétend que le libellé de l'art. 7 du Règlement est suffisamment large pour englober la propagande politique. Tant le juge Dubé en première instance que les juges majoritaires en appel (MacGuigan et Hugessen) ont conclu que l'al. 7*b*) du Règlement ne s'applique qu'à des activités plutôt commerciales que purement politiques et que de ce fait, le comportement des intimés ne tombait pas sous le coup de cette disposition. Pour sa part, le juge Pratte, dissident, a conclu que l'al. 7*b*) ne visait pas que des activités commerciales et que la propagande politique des intimés était visée par ledit alinéa. L'article 7 se lit comme suit:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

1991 CanLII 119 (SCC)

(*c*) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

In my opinion, this question must be answered by applying the rules of statutory interpretation, and in particular by considering the exact meaning of the language of s. 7 and the legislative context in which the latter is placed.

The appellant's argument that the wording of para. (*a*) of the foregoing section is broad enough to embrace the political propaganda offered by the respondents must be dismissed. First, there is no doubt that the respondents' actions were not strictly speaking an "undertaking". Second, although the expression "business . . . commercial or otherwise" is theoretically wide enough to cover the dissemination of political ideas, I am, as a matter of logic, convinced that the legislature did not intend to give this language such a wide scope. The words "business . . . otherwise" would on that basis be wide enough to encompass virtually any "business" of any nature whatever. Indeed, I do not believe that the legislature intended to make the Minister's authorization necessary for every "business" occurring within an airport. Such a result would be absurd. Despite the broad language of this provision, I conclude from it that para. (*a*) of s. 7 of the Regulations prohibits businesses or undertakings of a commercial nature, and that the qualifier "or otherwise" cannot extend the scope of this paragraph so as to make it apply to the actions of the respondents in the case at bar.

The French version of para. (*b*) of s. 7 contains two functional terms which, in the appellant's submission, cover political propaganda: "*publicité*" and "*sollicitation*". The *Petit Robert* dictionary indicates that the word "*publicité*" may have one of the following two meanings: [TRANSLATION] "What is public, is not kept secret. The act or art of creating a psychological effect in the public mind for commercial purposes". As this definition indicates, the word "*publicité*" may be understood in the wide sense, that of "making public", or in the strict and undoubtedly more modern sense of promoting a product or idea for commercial purposes. In my view, the ordinary meaning of this word in present-day society is more adequately reflected in the commercial connotation

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

Selon moi, cette question doit être résolue par l'application de principes d'interprétation des lois et plus précisément en examinant la portée exacte des termes de l'art. 7 et le contexte législatif dans lequel sont placés ces derniers.

L'argument de l'appelante selon lequel le libellé de l'al. *a*) de l'article ci-haut mentionné est suffisamment large afin d'englober la propagande politique proférée par les intimés doit être rejeté. D'une part, il est indéniable que les agissements des intimés ne constituaient pas une «entreprise» à proprement parler. D'autre part, bien que l'expression «activité [. . .] commerciale ou autre» soit théoriquement assez large pour couvrir la dissémination d'idées politiques, en toute logique, je suis convaincu que le législateur n'a pas voulu donner à ces termes une portée aussi englobante. Les termes «activité [. . .] autre» serait dans cette mesure suffisamment vastes pour que tombe sous leur coup virtuellement toute «activité» de quelque nature que ce soit. Certes, je ne crois pas que le législateur ait voulu soumettre à l'autorisation du Ministre toute activité se déroulant au sein d'un aéroport, un tel résultat serait absurde. Malgré le langage ouvert de cette disposition, j'en conclus que l'al. *a*) de l'art. 7 du Règlement prohibe des activités ou entreprises de nature commerciale et que le qualificatif «ou autre» ne peut étendre la portée de cet alinéa de façon à ce qu'il trouve application aux agissements des intimés en l'espèce.

L'alinéa *b*) de l'art. 7 présente deux termes fonctionnels qui, selon l'appelante, englobent la propagande politique: soit «publicité» et «sollicitation». Quant au terme «publicité», le dictionnaire *Petit Robert* nous enseigne qu'il peut revêtir l'un des deux sens suivants: «Caractère de ce qui est public, n'est pas tenu secret. Le fait, l'art d'exercer une action psychologique sur le public à des fins commerciales». Le terme «publicité», comme le démontre cette définition peut être entendu au sens large, c.-à-d., «rendre public» ou au sens strict et sans doute plus moderne d'afficher un produit ou une idée à des fins commerciales. À mon avis, la signification ordinaire de ce terme dans notre société actuelle est plus adéquatement reflétée par la connotation commerciale du mot

1991 CanLII 119 (SCC)

of the word "*publicité*". It is not surprising to find in the English version of the Regulations the word "advertise", which expresses even more clearly the legislature's intent regarding the commercial aspect of "*publicité*". I therefore conclude that the respondents' actions did not constitute "*publicité*" within the meaning intended by s. 7(*b*). The meaning of the term "*sollicitation*", however, remains.

The word "*solliciter*", or "solicit", is defined as follows in the particular dictionaries:

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases: "Solicit" means "asks for" or "seeks" (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

Concise Oxford Dictionary: solicit: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

Petit Robert: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; . . . V. **Quémander** . . . V. **Postuler**.

In light of these few definitions, it can be seen that the word "*sollicitation*" necessarily implies a request or invitation. It in fact refers to conduct for the purpose of inciting someone to do something, characterized by some pressing request, commercial or otherwise, in nature. In the case at bar, I find it difficult to see in the facts admitted by the parties any such inciting conduct by the respondents. The following facts, contained in the respondents' statement of claim and providing the basis for this appeal, were admitted:

[TRANSLATION] On Thursday, March 22, 1984, between 10:00 and 11:00 a.m., the plaintiffs François Lépine and Christiane Deland went to the Montréal International Airport terminal at Dorval to communicate to members of the public at that place, and discuss with them, the aims and objectives of the Committee, their opinions on current affairs, the Canadian Constitution proposed and promoted by the Committee and publications of a political nature distributed by the Committee . . .

These facts alone lead me to conclude that the mere fact of engaging in a discussion about a political ideology or of distributing political pamphlets to members of the public is not strictly speaking "soliciting" within the meaning of s. 7(*b*) of the Regulations. Furthermore, even assuming for purposes of

«publicité». Il n'est d'ailleurs pas surprenant de trouver à la version anglaise du Règlement le mot «*advertise*» qui exprime encore plus clairement l'intention du législateur relativement à l'aspect commercial de la publicité. Je conclus donc que les agissements des intimés ne constituaient pas de la «publicité» au sens où l'entend l'al. 7*b*). Reste cependant la «sollicitation».

Le terme «solliciter» ou «*solicit*» est ainsi défini dans divers dictionnaires:

Stroud's Judicial Dictionary of Words and Phrases: «Solicit» means «asks for» or «seeks» (*Re A Solicitor*, [1945] K.B. 368).

Concise Oxford Dictionary: solicit: invite, make appeals or requests to, importune, ask importunately or earnestly for.

Petit Robert: Inciter (qqn) de façon pressante et continue, de manière à entraîner; [. . .] V. **Quémander** [. . .] V. **Postuler**.

À la lumière de ces quelques définitions, l'on comprend que le terme «sollicitation» implique nécessairement une demande ou une invitation. Il s'agit en fait d'un comportement de nature incitative qui se caractérise par une postulation quelconque, de nature commerciale ou autre. En l'espèce, j'ai peine à voir dans les faits admis par les parties un tel comportement incitatif de la part des intimés. Les faits suivants, contenus à la déclaration des intimés et sous-tendant le présent pourvoi, ont en effet été admis:

Jeudi le 22 mars 1984 entre 10:00 hrs et 11:00 hrs du matin, vos demandeurs François Lépine et Christiane Deland se sont présentés à la salle d'attente de l'aréoport [*sic*] international de Montréal à Dorval afin de partager et discuter avec les membres du public qui s'y trouvaient, les buts et objectifs du Comité, leurs opinions sur des sujets d'actualité, la constitution canadienne proposée et promue par le Comité ainsi que des publications de nature politique distribuées par le Comité . . .

Ces seuls faits me portent à conclure que le seul fait d'engager une discussion au sujet d'une idéologie politique ou encore de distribuer des tracts politiques avec des membres du public ne constitue pas, à proprement parler, de la «sollicitation» au sens de l'al. 7*b*) du Règlement. Qui plus est, même en tenant pour

1991 CanLII 119 (SCC)

argument that the political propaganda offered by the respondents constitutes "soliciting" in the strict sense of the term, I am of the view that the legislative context in which this term occurs excludes the respondents' actions from the scope the legislature intended this section of the Regulations to have. As Professor Côté properly notes in *The Interpretation of Legislation in Canada* (1984), at p. 199:

> The need to determine the word's meaning within the context of the statute remains.

The context of the Regulations must thus qualify the ordinary use of the word "solicit", since in examining this context we can see what the legislature intended, as reflected in the regulations as a whole.

In considering the context in which s. 7 of the Regulations appears, I shall examine first the full title of the Regulations and then the short title. Both form an integral part of the text of the Regulations and may validly be used by anyone interpreting them in order to clarify the meaning of other provisions of the Regulations. (See in this regard *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 S.C.R. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] S.C.R. 182.) The full title of the Regulations reads as follows: "*Regulations Respecting the Control of Commercial and Other Operations at Government Airports*" (emphasis added). Although the words "and Other" give the preceding words a rather broad scope, I note that the title indicates that the Regulations apply to "operations". The very idea of an operation, in my opinion, carries with it a connotation of industry or profit; this term seems to me to have intrinsically commercial overtones.

The short title of the said Regulations reads as follows: "*Government Airport Concession Operations Regulations*" (emphasis added). It will be seen from reading this version of the title that the commercial emphasis given to the application of the Regulations is still more clearly defined by the reference to the operation of concessions. I cannot imagine a concession being operated for any purpose other than a commercial or lucrative one. Though the short title

acquis pour des fins d'argumentation, que la propagande politique proférée par les intimés représente, au sens strict du terme de la «sollicitation», je crois que le contexte législatif dans lequel est placé ce terme viendrait exclure les agissements des intimés de la portée qu'a voulu accorder le législateur à cet article du Règlement. Comme le note avec justesse le professeur Côté dans *Interprétation des lois* (1982), à la p. 216:

> . . . il ne faut pas oublier que l'interprète doit rechercher le sens qu'un mot a dans le contexte d'une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires.

Le contexte du Règlement peut donc venir qualifier l'utilisation ordinaire du terme «solliciter» puisqu'en examinant celui-là, on comprend l'intention du législateur telle qu'elle est reflétée dans l'ensemble du texte réglementaire.

Relativement au contexte dans lequel est situé l'art. 7 du Règlement, je m'arrête tout d'abord au titre intégral ainsi qu'au titre abrégé de ce dernier. Il s'agit là d'éléments faisant partie intégrante du texte du Règlement et pouvant validement être utilisés par l'interprète en vue d'éclairer le sens d'autres dispositions du texte réglementaire. (À ce sujet, voir: *O'Connor v. Nova Scotia Telephone Co.* (1893), 22 R.C.S. 276; *DeWare v. The Queen*, [1954] R.C.S. 182.) Le titre intégral du Règlement se lit ainsi: «*Règlement concernant le contrôle des exploitations commerciales et autres aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). Bien que les termes «et autres» accordent une portée assez large aux termes qui précèdent, je souligne que le titre révèle que le Règlement s'applique à des «exploitations». Or, la notion même d'exploitation dénote, à mon avis, une connotation d'industrie, de profit; ce terme porte à mes yeux une coloration commerciale intrinsèque.

Le titre abrégé dudit Règlement se lit ainsi: «*Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*» (je souligne). À la lecture de cette version du titre, l'on remarque que l'orientation commerciale de l'application du texte réglementaire est encore plus définie dans la mesure où l'on traite maintenant d'exploitation de concessions. Or, j'ai peine à imaginer une concession qui ne soit exploitée dans un but autre que commercial ou

1991 CanLII 119 (SCC)

"[o]f necessity . . . sacrifices precision for concision", it is an indication of the federal legislature's intention to limit the scope of the Regulations to commercial matters (on the use of the title for interpretation purposes, reference may be made to Côté, *op. cit.*, at pp. 36-40).

A brief review of the other provisions of the Regulations also indicates that the latter deal first and foremost with services providing transportation for passengers by means of commercial vehicles operated in airports and with the terms and conditions to which such operations are subject. Section 6 deals with areas designated as motor vehicle stations, ss. 8 and 9 set out the commercial passenger transportation operations permitted at an airport, and s. 10 states the various conditions to which the said transportation operations are subject. Finally, ss. 11 to 20 deal with the procedure for issuing the permits required to operate a commercial passenger vehicle or courtesy vehicle and the penalties to which anyone contravening the Regulations is liable. In my view, it would be surprising to find that, in these provisions dealing essentially with commercial passenger transportation, the legislature intended to prohibit any form of political propaganda in s. 7(*b*) of the Regulations. Thus, the context in which the language of this paragraph is found also leads to the conclusion that the latter is prohibiting operations of a commercial nature.

Lastly, I also base my conclusion that s. 7 of the Regulations is not applicable in the case at bar on the interpretative presumption that legislation is constitutional. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078, this Court stated this fundamental principle:

> Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the *Charter*, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect.

In an article titled "Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1990), 35

lucratif. Le titre abrégé, bien qu'il «sacrifie nécessairement la précision à la concision», constitue un indice de l'intention du législateur fédéral de limiter la portée du Règlement à des matières commerciales (quant à l'utilisation du titre à des fins d'interprétation, l'on peut consulter Côté, *op. cit.*, aux pp. 38 à 40).

Un bref survol des autres dispositions du Règlement permet aussi de constater que celui-ci traite d'abord et avant tout des services de transports de passagers au moyen de véhicules commerciaux exploités dans des aéroports et des conditions auxquelles sont soumises de telles exploitations. L'article 6 traite des zones qui sont désignées comme stations de véhicules automobiles, les art. 8 et 9 énoncent les activités de transport commercial de passagers qui sont permises au sein d'un aéroport, l'art. 10 stipule les diverses conditions auxquelles sont soumises lesdites activités de transport. Enfin, les art. 11 à 20 traitent de modalités relatives aux permis nécessaires à l'exploitation d'un véhicule commercial de passagers ou d'un véhicule de courtoisie et de sanctions dont est passible celui ou celle qui contrevient au Règlement. Selon moi, il serait surprenant que le législateur ait voulu, au sein de ces dispositions concernant essentiellement le transport commercial de passagers, interdire toute forme de propagande politique à l'al. *b*) de l'art. 7 du Règlement. Ainsi, le contexte dans lequel sont situés les termes de cet alinéa entraîne lui aussi la conclusion selon laquelle celui-ci prohibe des activités de nature commerciale.

Enfin, je fonde aussi ma conclusion selon laquelle l'art. 7 du Règlement ne trouve pas application en l'espèce sur la présomption de constitutionnalité des lois. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078, cette Cour a énoncé ce principe fondamental:

> Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

Danielle Pinard, dans un article intitulé «Le principe d'interprétation issu de la présomption de constitutionnalité et la *Charte canadienne des droits et*

1991 CanLII 119 (SCC)

McGill L.J. 305, at p. 327, Danielle Pinard summarizes one of the justifications for this rule of interpretation as follows:

[TRANSLATION] . . . an interpretation reconciling legislative provisions will be justified by the importance of respecting democratic choice and the proper separation of public powers. So far as permitted by the ordinary rules of language and the methods used in statutory interpretation, the courts will prefer the interpretation which confirms that the provision is constitutional at the time of its application.

Ultimately, therefore, I will choose an interpretation of s. 7 which confirms that it is constitutional in the circumstances. The limitations undoubtedly imposed by this provision on commercial expression are not in any way relevant to this appeal. They might perhaps be the subject of another appeal, but so far as the facts of the case at bar are concerned, I cannot interpret the wording of s. 7 of the Regulations in such a way as to encompass the acts of the respondents and thereby infringe their freedom of expression.

In my opinion, the limitation imposed on the respondents' freedom of expression arose from the action taken by the airport manager, a government official, when he ordered the respondents to cease their activities. Although this action was based on an established policy or internal directive, I do not think it can be concluded from this that there was in fact a "law" which could be justified under s. 1 of the *Charter*. The government's internal directives or policies differ essentially from statutes and regulations in that they are generally not published and so are not known to the public. Moreover, they are binding only on government officials and may be amended or cancelled at will. For these reasons, the established policy of the government cannot be the subject of the test under s. 1 of the *Charter*.

3. Conclusion

In short, I conclude that the respondents' activities at the Dorval airport benefit from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. The freedom of expression enjoyed by the respondents was limited by the order

libertés» (1990), 35 *R.D. McGill* 305, à la p. 327, résume l'un des fondements de ce principe d'interprétation en ces termes:

. . . l'interprétation conciliatrice des textes législatifs se justifiera au nom de l'importance du respect des choix démocratiques, et de la juste séparation des pouvoirs publics. Dans la mesure où les règles ordinaires du langage et les méthodes consacrées d'interprétation des lois le permettront, on préférera l'interprétation qui confirme la conformité constitutionnelle du texte au moment de son application.

Je préfère donc ultimement une interprétation de l'art. 7 qui confirme sa constitutionnalité dans les faits en cause. Les restrictions sans doute imposées par cette disposition à l'expression commerciale ne sont d'aucune façon pertinentes au présent pourvoi. Celles-ci pourraient peut-être faire l'objet d'un autre pourvoi mais en ce qui concerne les faits en cause, je ne puis interpréter le libellé de l'art. 7 du Règlement de façon à ce qu'il englobe les actes des intimés et soit du même fait violateur de leur liberté d'expression.

Selon moi, la restriction imposée à la liberté des intimés de s'exprimer a été causée par le geste du directeur de l'aéroport, un agent du gouvernement, lorsque ce dernier a ordonné aux intimés de cesser leurs activités. Bien que ce geste soit fondé sur une politique ou directive établie, je ne crois que l'on puisse de ce fait conclure qu'il y a bel et bien une «règle de droit» pouvant être justifiée par le truchement de l'article premier de la *Charte*. Les directives ou politiques internes du gouvernement diffèrent essentiellement des lois et règlements dans la mesure où elles ne sont généralement pas publiées et de ce fait connues du public. Par surcroît, elles ne lient de façon obligatoire que les agents du gouvernement et peuvent être modifiées ou répudiées en toute discrétion. Pour ces raisons, la politique fermement établie du gouvernement ne peut faire l'objet du test de l'article premier de la *Charte*.

3. Conclusion

En bref, j'en conclus que les activités des intimés à l'aéroport de Dorval bénéficient de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. La liberté d'expression dont jouissent les intimés a été restreinte par l'ordre du

1991 CanLII 119 (SCC)

of the airport manager to cease the said activities. In the absence of a "limit prescribed by law", this limitation cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

I therefore answer the constitutional questions, as stated by Dickson C.J. on June 26, 1987, as follows:

1. Are ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   No.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   In view of the negative answer to the first question, it is not necessary to answer this question.

Like my colleague L'Heureux-Dubé J., I would dismiss this appeal with costs, as the respondents' freedom of expression was infringed not by the application of the Regulations but by the action of the airport manager.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues and I agree that the appeal should be dismissed.

Like the Chief Justice, I do not think that, as a matter of statutory interpretation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, covers political activities. However, as Justice McLachlin observes, in prohibiting expression of political views at the airport, officials were exercising the Crown's legal right to manage its property. The prohibition was in other words prescribed by law. As a general proposition, the Crown's proprietary rights are the same as those of a private owner, but in exercising them the Crown is subject to the overriding requirements of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, including, of course, those flowing from the freedom of expression. I agree with the Chief Justice and McLachlin J. that that freedom does not encompass the right to use any and all gov-

Je réponds donc aux questions constitutionnelles, telles que formulées par le juge en chef Dickson le 26 juin 1987, de la façon suivante:

1. Les alinéas 7*a*) et 7*b*) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Non.

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Considérant la réponse négative à la première question, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

À l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je rejetterais le présent pourvoi avec dépens, la liberté d'expression des intimés ayant été violée, non par l'application des dispositions réglementaires mais bien par le geste du directeur de l'aéroport.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de mes collègues et je partage leur opinion que le pourvoi doit être rejeté.

Comme le Juge en chef, je ne pense pas, pour ce qui est de l'interprétation législative, que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, s'applique aux activités politiques. Cependant, comme le fait observer le juge McLachlin, en interdisant l'expression d'opinions politiques dans les aéroports, les fonctionnaires exerçaient le droit qu'a l'État, en vertu de la loi, d'administrer ses biens. L'interdiction était en d'autres mots prescrite par une règle de droit. En général, les droits de propriétaire de l'État sont les mêmes que ceux des propriétaires privés, mais en les exerçant il est assujetti aux exigences supérieures de la *Charte canadienne des droits et libertés*, y compris, évidemment, celles qui découlent de la liberté d'expression. Je partage l'opinion du Juge en chef et

1991 CanLII 119 (SCC)

ernment property for purposes of disseminating one's views on public matters, but I have no doubt that it does include the right to use for that purpose streets and parks which are dedicated to the use of the public, subject no doubt to reasonable regulation to ensure their continued use for the purposes to which they are dedicated. I see no reason why this should not include areas of airports frequented by travellers and by members of the public. The blanket prohibition against the use of such areas for the purpose of the expression of views thus violated the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*, a prohibition which my colleagues have been at pains to demonstrate is not justifiable in a free and democratic society.

This is sufficient to dispose of this appeal, and future cases are best left to be dealt with on a case by case basis, until there has been sufficient experience for the development of more specific guidance. It is right to say, however, that in dealing with future cases, I would tend to approach them in the manner suggested by McLachlin J.

I would answer the constitutional questions in the same manner as the Chief Justice.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J.—Freedom of expression rests at the heart of this case. The appeal presents this Court with its first opportunity to pronounce on the extent to which ss. 1 and 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* operate to restrict government from forbidding certain expressive activity on its property. It raises two critical issues attaching to the constitutional guarantee of freedom of expression under s. 2(*b*): first, what is the scope of the right itself, and second, what are the spatial limitations as to where it can be exercised? While this Court has had occasion to address related concerns in other contexts, this appeal raises a "classic" confrontation between the acknowledged value of political expres-

du juge McLachlin que cette liberté ne comprend pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, mais je n'ai aucun doute qu'elle comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs qui sont destinés à l'usage du public, sous réserve sans doute d'une réglementation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés. Je ne vois aucune raison pour laquelle cela ne devrait pas inclure des parties d'aéroport fréquentées par les voyageurs et les membres du public. L'interdiction générale d'utiliser ces endroits aux fins de l'expression d'opinions a ainsi violé la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*, une interdiction dont mes collègues se sont donné le mal de démontrer qu'elle n'est pas justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Cela est suffisant pour trancher le présent pourvoi et il est préférable d'examiner cas par cas les affaires qui se présenteront à l'avenir, jusqu'à ce qu'une expérience suffisante ait été acquise pour concevoir des normes plus spécifiques. Il est juste de dire, cependant, que dans l'examen d'affaires futures j'aurais tendance à les aborder de la manière proposée par le juge McLachlin.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la même manière que le Juge en chef.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ—La liberté d'expression est au cœur de ce pourvoi. C'est la première occasion qu'a notre Cour de se prononcer sur la portée de l'article premier et de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* en ce qui a trait aux restrictions que le gouvernement peut imposer à l'expression dans sa propriété. Sont soulevées par le pourvoi deux questions vitales liées à la liberté d'expression garantie constitutionnellement par l'al. 2*b*): premièrement, quelle est la portée du droit lui-même et, deuxièmement, quelles sont les limites quant à l'endroit où on peut l'exercer? Bien que notre Cour ait eu l'occasion d'aborder des questions connexes dans d'autres contextes, le présent pourvoi constitue un affrontement «classique» entre la valeur reconnue de l'expression politique et l'intérêt légitime qu'a le

1991 CanLII 119 (SCC)

sion and legitimate government interests in imposing certain restrictions on expression generally.

For the purposes of this analysis, it will be helpful to discuss the philosophical etymology of freedom of expression, especially political expression, and how it has developed both doctrinally as well as through judicial interpretation. However, rather than importing ready-made "tests" into our jurisprudence, one must be attentive to the unique character of our Constitution, recognizing that it has evolved within, and will continue to shape, the Canadian parameters and approach to these complex, yet challenging issues. The present case provides a logical context in which to cultivate this undertaking.

The facts are not in dispute. On March 22, 1984, respondents Lépine and Deland, respectively the Secretary and Vice-President of the Committee for the Commonwealth of Canada, went to Montréal International Airport at Dorval to promote knowledge of their group and their political goals, and to recruit members. Equipped with portable placards, advertising leaflets and magazines, they walked through the first floor of the terminal. They approached travellers and other passers-by, and while they were informing them about the goals of the group and soliciting membership, an RCMP officer stopped them and asked that they cease their activities. They objected, at which point the officer took them to the assistant manager of the airport, who advised them that political propaganda activities such as those in which they were engaged were unauthorized pursuant to the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, which prohibited any advertising or solicitation in the airport.

After this meeting, the respondents took an action in the Federal Court of Canada against the appellant, in which they asked the court to declare, *inter alia*, that the appellant had not respected their fundamental freedoms and that the areas open to the public at the airport constituted a public forum where fundamental freedoms could be exercised. The trial judge granted these requests: [1985] 2 F.C. 3.

The Crown appealed. Three separate opinions were rendered at the Federal Court of Appeal: [1987]

gouvernement d'imposer certaines restrictions à l'expression en général.

Il paraît utile aux fins de cette analyse de discuter de l'origine philosophique de la liberté d'expression, particulièrement l'expression politique, et de son développement tant en doctrine qu'à travers l'interprétation judiciaire. Cependant, plutôt que d'importer dans notre jurisprudence des «tests» tout faits, il faut être sensible au caractère unique de notre Constitution, reconnaissant qu'elle a évolué et continuera de le faire dans un cadre canadien et selon une façon proprement canadienne d'aborder ces questions à la fois complexes et remplies de défis. La présente instance fournit un contexte logique à la poursuite de cette entreprise.

Les faits ne font l'objet d'aucune contestation. Le 22 mars 1984, les intimés Lépine et Deland, respectivement secrétaire et vice-présidente du Comité pour la République du Canada, se sont rendus à l'aéroport international de Montréal à Dorval dans l'intention d'y faire connaître leur groupe et ses objectifs politiques, et d'y recruter des membres. Munis de pancartes, de dépliants publicitaires et de revues, ils se sont promenés au rez-de-chaussée de l'aéroport. Ils accostaient des voyageurs et d'autres passants; alors qu'ils leur expliquaient les objectifs du groupe et les incitaient à y adhérer, un agent de la GRC est venu les interrompre et leur demander de cesser leurs activités. Ils ont refusé et l'agent les a alors conduits au directeur adjoint de l'aéroport qui leur a dit que les activités de propagande politique du genre de celles qu'ils pratiquaient étaient interdites selon le *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, qui prohibe toute publicité ou sollicitation dans l'aéroport.

À la suite de cette rencontre, les intimés ont intenté une action contre l'appelante en Cour fédérale du Canada demandant, notamment, de déclarer que l'appelante n'avait pas respecté leurs libertés fondamentales et que les aires publiques de l'aéroport constituaient un forum public où les libertés fondamentales pouvaient être exercées. Le juge de première instance a accueilli l'action: [1985] 2 C.F. 3.

Le ministère public a interjeté appel. En Cour d'appel fédérale, les trois juges ont déposé des opi-

1991 CanLII 119 (SCC)

2 F.C. 68. Hugessen J.A. held that s. 2(*b*) was clearly breached as the sole purpose of the action taken by the authorities was to prevent the dissemination by the respondents of their political ideas. Furthermore, the violation was not justified under s. 1. While government has the right to manage "its" property for the public good, it cannot make its ownership right a justification for action the only purpose and effect of which is to impede the exercise of a fundamental freedom.

MacGuigan J.A. also felt that the violation could not be justified under s. 1. Even if the objective was of sufficient importance to warrant overriding the right of expression, it had not been established that the means chosen were proportional to the objective. He also argued that the wording of the *Charter* dictates that the freedoms entrenched in s. 2, except for the freedom of "peaceful" assembly, are absolute as they are not qualified by any internal modifiers.

Pratte J.A. dissented, finding that the freedom of expression guaranteed by the *Charter* did not authorize the respondents to act as they did. The government, as owner of the airport, has the right to deny access to anybody who wants to use the premises other than for the purpose of travelling or using the other services provided.

The Federal Court of Appeal, while dismissing the appeal and acknowledging that the appellant had violated the fundamental freedoms of the respondents, was not prepared to rule that airports constitute a public forum for the purposes of freedom of expression under the *Charter*.

On appeal to this Court, Dickson C.J. framed the constitutional questions as follows:

1. Are ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

nions distinctes: [1987] 2 C.F. 68. Le juge Hugessen a conclu que l'al. 2*b*) avait clairement été violé puisque le geste des autorités avait pour seul but d'empêcher la diffusion par les intimés de leurs idées politiques. En outre, la violation ne pouvait se justifier en vertu de l'article premier. Bien que l'État ait le droit de gérer «sa» propriété pour le bien public, il ne peut invoquer son droit de propriété pour justifier un geste dont le seul but et l'unique effet est d'entraver l'exercice d'une liberté fondamentale.

Le juge MacGuigan a également été d'avis que la violation ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier. Même si l'objectif était suffisamment important pour justifier la violation du droit à la liberté d'expression, on n'avait pas établi que les moyens choisis étaient proportionnés à cet objectif. Il a également soutenu que, selon le libellé de la *Charte*, les libertés consacrées à l'art. 2, sauf pour la liberté de réunion «pacifique», sont absolues parce qu'elles ne sont assorties d'aucun qualificatif interne.

Le juge Pratte, dissident, a conclu que la liberté d'expression garantie par la *Charte* n'autorisait pas les intimés à agir comme ils l'ont fait. En sa qualité de propriétaire de l'aéroport, le gouvernement a le droit d'en refuser l'accès à quiconque veut utiliser ses installations autrement que pour voyager ou se prévaloir des divers services offerts.

La Cour d'appel fédérale, bien qu'elle ait rejeté l'appel et reconnu que l'appelante avait violé les libertés fondamentales des intimés, n'est pas allée jusqu'à conclure que les aéroports constituent un forum public aux fins de la liberté d'expression prévue à la *Charte*.

En appel devant notre Cour, le juge en chef Dickson a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Les alinéas 7*a*) et 7*b*) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

1991 CanLII 119 (SCC)

The relevant portion of the *Government Airport Concession Operations Regulations* reads as follows:

7. Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall

(*a*) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;

(*b*) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; or

(*c*) fix, install or place anything at an airport for the purpose of any business or undertaking.

Section 8 refers to "Permitted Operations", such as transportation to and from the airport, and does not concern us in this appeal.

The applicable sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in this case are ss. 1 and 2(*b*):

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication; . . .

I propose to explore the scope of the right before gauging whether any prospective attenuation may be legitimated through the use of s. 1. The particular facts of this case also raise the issue of "public forum"—what it means, and how it applies to this situation.

Freedom of Expression—An Overview

The debate over the scope of freedom of expression probably began a few short seconds after the dawn of expression itself. The means of expression as well as the polemics surrounding them have taken on many forms. While some have defended freedom of expression as an end in and of itself, most justify free

Les dispositions pertinentes du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* se lisent ainsi:

7. Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut

a) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;

b) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; ou

c) fixer, installer ou placer quoi que ce soit dans un aéroport aux fins d'une activité ou entreprise.

L'article 8 porte sur les «activités permises», comme le transport des passagers vers l'aéroport et depuis ce dernier, et ne nous concerne pas ici.

Les dispositions applicables de la *Charte canadienne des droits et libertés* sont l'article premier et l'al. 2*b*):

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

Je me propose d'explorer la portée du droit à la liberté d'expression avant de déterminer si son atteinte peut être justifiée par l'article premier. Les faits particuliers à la présente instance soulèvent également la question du «forum public»—sa signification et son application en l'espèce.

La liberté d'expression—vue d'ensemble

Le débat qu'a suscité la portée de la liberté d'expression a probablement commencé quelques secondes après la naissance de l'expression elle-même. Les moyens d'expression ainsi que les polémiques auxquelles ils ont donné lieu ont revêtu bien des formes. Bien que certains aient défendu la

1991 CanLII 119 (SCC)

expression as a means to other ends. However, the two notions are largely interrelated—especially when the form of the expression is political in nature, as in the present case.

Freedom of expression cannot be jettisoned in any system which values self-government—political participation is valuable in part because it enhances personal growth and self-realization. Rand J. for this Court in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 306, described freedom of expression as "little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence". Cardozo J., for the United States Supreme Court in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), at p. 327, proclaimed freedom of expression to be "the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom".

The importance of the freedoms in s. 2 of the *Charter* has been articulated from the earliest *Charter* cases. I would point to *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which Dickson J., referring to the American experience, made these remarks albeit in the context of the freedom of conscience and religion in s. 2(*a*) (at p. 346):

It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

The profound role of the freedom of expression, as one of the fundamental freedoms in s. 2, was underlined by this Court in several ensuing *Charter* cases. For instance, Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, stated that it would be "difficult to imagine a guaranteed right

liberté d'expression comme une fin en soi, la plupart justifient la libre expression comme un moyen de parvenir à d'autres fins. Cependant, les deux notions sont en grande partie liées entre elles—surtout lorsque l'expression est de nature politique comme en l'espèce.

Les systèmes qui valorisent l'autonomie politique ne peuvent écarter la liberté d'expression—la participation politique est importante notamment parce qu'elle favorise le développement et l'épanouissement personnel. Le juge Rand, au nom de notre Cour dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 306, a affirmé que [TRADUCTION] «la liberté n'est pas moins essentielle à l'intelligence et à l'esprit de l'homme que la respiration ne l'est à son existence physique». Le juge Cardozo, au nom de la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), à la p. 327, a décrit la liberté d'expression comme [TRADUCTION] «le fondement, la condition essentielle de presque toutes les autres formes de liberté».

L'importance des libertés garanties par l'art. 2 de la *Charte* a été évoquée dès les premières décisions en la matière, notamment dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où le juge Dickson, se référant à l'expérience américaine, faisait les remarques suivantes, quoique dans le contexte de la liberté de conscience et de religion prévue à l'al. 2*a*) (à la p. 346):

C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le rôle crucial de la liberté d'expression, l'une des libertés fondamentales garanties à l'art. 2, a été souligné à maintes reprises par notre Cour dans des décisions subséquentes portant sur la *Charte*. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, par exemple, le juge Cory a

1991 CanLII 119 (SCC)

more important to a democratic society than freedom of expression" (p. 1336). This has been reemphasized in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, by Dickson C.J. at pp. 726-27.

As this Court has discussed on several prior occasions, notably in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, and *Keegstra*, *supra*, many different theories have been advanced for promoting freedom of expression. Emerson, "Toward a General Theory of the First Amendment" (1963), 72 *Yale L.J.* 877, at pp. 878-79, is often cited for delineating the basic rationales for judiciously preserving freedom of expression:

> The values sought by society in protecting the right to freedom of expression may be grouped into four broad categories. Maintenance of a system of free expression is necessary (1) as assuring individual self-fulfillment, (2) as a means of attaining the truth, (3) as a method of securing participation by the members of the society in social, including political, decision-making, and (4) as maintaining the balance between stability and change in the society.

However, it is evident that many of the distinctions are artificial. As well, reliance on any rationale in isolation is fraught with difficulty. (On this point, see Cory J., *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, paper delivered at the University of Alberta Centre for Constitutional Studies, on April 21, 1990.) Laurence Tribe in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988) (hereinafter "Tribe") states at p. 789:

> No satisfactory jurisprudence of free speech can be built upon such partial or compromised notions of the bases for expressional protection or the boundaries of the conduct to be protected. However tempting it may be to resist governmental claims for restricting speech by retreating to an artificially narrowed zone and then defending it without limit, any such course is likely in the end to sacrifice too much to strategic maneuver: the claims for suppression will persist, and the defense will be no stronger for having withdrawn to arbitrarily constricted territory. Any adequate conception of freedom of speech must instead draw upon several strands of the-

affirmé qu'il serait «difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique» (p. 1336). C'est ce qu'a repris le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 726 et 727.

Comme notre Cour l'a mentionné à plusieurs occasions, notamment dans les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, et *Keegstra*, précité, plusieurs théories différentes ont été avancées comme justification de la liberté d'expression. Emerson, «Toward a General Theory of the First Amendment» (1963), 72 *Yale L.J.* 877, aux pp. 878 et 879, est souvent cité pour avoir esquissé les raisons d'être fondamentales de la protection judicieuse de la liberté d'expression:

> [TRADUCTION] Les valeurs que la société vise à promouvoir par la protection du droit à la liberté d'expression peuvent se grouper en quatre grandes catégories. Le maintien d'un régime de libre expression est nécessaire (1) pour permettre l'épanouissement personnel des individus, (2) pour faciliter la recherche de la vérité, (3) pour obtenir la participation des membres de la société à la prise de décisions d'intérêt social, y compris dans le domaine politique, et (4) pour maintenir un équilibre entre la stabilité et le changement dans la société.

Il est évident, toutefois, que plusieurs de ces distinctions sont artificielles. En outre, se reposer sur quelque fondement que ce soit isolément comporte nombre de difficultés. (À ce sujet, voir le juge Cory, *Freedom of Expression Under the Charter: the Difficulties of Adjudicating*, exposé fait au Centre for Constitutional Studies de l'Université de l'Alberta, le 21 avril 1990.) Laurence Tribe, dans *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), (ci -après «Tribe») affirme, à la p. 789:

> [TRADUCTION] On ne peut établir de jurisprudence convaincante en matière de liberté d'expression à partir de notions aussi partielles ou mitigées de ce que sont les fondements de la protection de la liberté d'expression ou les paramètres de la conduite à protéger. Bien qu'il soit tentant de s'opposer aux revendications du gouvernement pour restreindre la liberté d'opinion en se retranchant dans une zone artificiellement étroite pour ensuite la défendre de manière absolue, cette démarche risque à la fin de faire perdre de vue l'objectif visé au nom des manœuvres stratégiques: les demandes de suppression de la liberté d'expression existeront toujours et la

1991 CanLII 119 (SCC)

ory in order to protect a rich variety of expressional modes.

Frederick Schauer on the other hand, in *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982) focuses on the negative consequences of governmental regulation of expression. At pages 81-86 he remarks:

Freedom of speech is based in large part on a distrust of the ability of government ... determinations of truth and falsity, an appreciation of the fallibility of political leaders, and a somewhat deeper distrust of governmental power in a more general sense . . . .

I might summarize the foregoing . . . by saying that the most persuasive argument for a Free Speech Principle is what may be characterized as the argument from governmental incompetence.

Schauer also avoids ascribing differential value to expression based on its form, thus heeding the warning of Professor Tribe. Any grounds, perhaps otherwise legitimate, put forward for restricting freedom of expression are least compelling when advanced in the political context.

Here the various theories merge to ensure that political participation is concretized through our ability to pronounce upon issues that define the political process governing our lives. Expression is in large part characterized by reference to its purpose. The liberty to comment on and criticize existing institutions and structures is an indispensable component of a "free and democratic society". It is imperative for such societies to benefit from a multiplicity of viewpoints which can find fertile sustenance through various media of communication.

The alternatives are particularly frightening. History is replete with examples of entrenched groups which have sought to maintain their elevated station by suppressing emerging and challenging new thoughts and ideas. Stifling opponents by revoking

défense ne sera pas plus forte après son retrait dans une zone restreinte arbitrairement. Toute conception adéquate de la liberté de parole doit plutôt s'appuyer sur plusieurs éléments théoriques pour protéger une riche variété de modes d'expression.

D'autre part, Frederick Schauer, dans *Free Speech: A Philosophical Enquiry* (1982), met l'accent sur les conséquences négatives de la réglementation de l'expression par le gouvernement. Aux pages 81 à 86, il fait remarquer:

[TRADUCTION] La liberté de parole est fondée en grande partie sur une méfiance quant à la capacité du gouvernement [. . .] de déterminer ce qui est vrai et ce qui est faux, une évaluation de la faillibilité des dirigeants politiques et une méfiance en quelque sorte plus profonde du pouvoir gouvernemental dans un sens plus général . . .

Je pourrais résumer ce qui précède [. . .] en disant que l'argument le plus convaincant en faveur d'un principe de la liberté de parole se fonde sur ce que l'on pourrait appeler l'incompétence du gouvernement.

Schauer évite également d'accorder une valeur différente à l'expression selon sa forme, tenant ainsi compte du *caveat* du professeur Tribe. Les raisons invoquées pour restreindre la liberté d'expression, raisons qui peuvent par ailleurs être légitimes, sont encore moins convaincantes lorsqu'elles sont avancées dans un contexte politique.

Ici, les diverses théories convergent pour veiller à ce que la participation politique se concrétise par notre capacité à nous exprimer sur des questions qui définissent le processus politique régissant nos vies. L'expression est, en grande partie, qualifiée par rapport à son objet. La liberté de faire des commentaires sur les institutions et structures existantes et de les critiquer est un élément indispensable d'une «société libre et démocratique». Il est impératif que de telles sociétés bénéficient d'une multitude d'opinions qui peuvent trouver des appuis solides grâce à divers moyens de communication.

L'alternative est particulièrement inquiétante. L'histoire foisonne d'exemples de groupes privilégiés qui ont tenté de conserver leur position supérieure en supprimant les pensées et idées nouvelles et stimulantes. La répression des opposants, par la révocation

1991 CanLII 119 (SCC)

their right to express dissent and disenchantment may have produced desired results in the short run, but ultimately all such attempts led to insurrection and rebellion. As Brandeis J. proclaimed in *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), at pp. 375-76, such oppressive endeavours are incompatible with the democratic vision which inspired the United States Constitution and the rights enunciated therein:

Those who won our independence believed that the final end of the State was to make men free to develop their faculties .... They valued liberty both as an end and as a means. They believed liberty to be the secret of happiness and courage to be the secret of liberty .... Believing in the power of reason as applied through public discussion, they eschewed silence coerced by law—the argument of force in its worst form. Recognizing the occasional tyrannies of governing majorities, they amended the Constitution so that free speech and assembly should be guaranteed.

The United States Supreme Court has long recognized:

. . . a profound national commitment to the principle that debate on public issues should be uninhibited, robust, and wide-open, and that it may well include vehement, caustic, and sometimes unpleasantly sharp attacks on government and public officials.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), at p. 270.)

Free debate has often been perceived as the optimal means to discover "truth"—through the "marketplace of ideas" in which truth will ultimately prevail. A well-known judicial formulation is found in Holmes J.'s dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

. . . the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market ....

Furthermore the process will proliferate an abundance of varied perceptions which will expose the weaknesses of certain ideas and the strengths of others. However, as John Stuart Mill argued in *On*

de leur droit d'exprimer leur dissidence et leur désapprobation, a pu produire les résultats souhaités à court terme, mais, en dernier ressort, ces tentatives ont toutes conduit à des insurrections et à des rébellions. Comme le juge Brandeis l'a affirmé dans l'arrêt *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927), aux pp. 375 et 376, ces efforts d'oppression sont incompatibles avec la vision démocratique à l'origine de la Constitution des États-Unis et des droits qui y sont consacrés:

[TRADUCTION] Ceux qui ont acquis notre indépendance croyaient que le but ultime de l'État était de permettre aux hommes de s'épanouir [. . .] Ils privilégiaient la liberté à la fois comme une fin et comme un moyen. Ils croyaient que la liberté était le secret du bonheur et le courage, le secret de la liberté [. . .] Parce qu'ils croyaient au pouvoir de la raison dans les discussions publiques, ils refusaient le silence imposé par la loi—la pire forme d'exercice de la force. Reconnaissant les tyrannies occasionnelles de la majorité au pouvoir, ils ont modifié la Constitution pour garantir la liberté de parole et de réunion.

Il y a longtemps que la Cour suprême des États-Unis reconnaît:

[TRADUCTION] ... un engagement national profond à l'égard du principe portant que les débats sur les questions publiques devraient être illimités, solides et ouverts, et qu'ils peuvent comprendre des attaques violentes, caustiques et parfois désagréablement cinglantes envers le gouvernement et les fonctionnaires.

(*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), à la p. 270.)

On a souvent cru que le débat public était le meilleur moyen de parvenir à la «vérité»—par le [TRADUCTION] «marché des idées» qui permet à la vérité de triompher en dernier ressort. Une formulation judiciaire bien connue est celle du juge Holmes, dissident, dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

[TRADUCTION] ... le meilleur test de la vérité est le pouvoir de la pensée de se faire accepter dans la compétition du marché . . .

En outre, le processus donnera lieu à une multitude de perceptions diverses qui feront ressortir les faiblesses de certaines idées et les forces des autres. Cependant, comme John Stuart Mill l'a souligné dans

1991 CanLII 119 (SCC)

Liberty and Considerations on Representative Government (1946), at p. 16:

Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

The argument is appealing in that it acknowledges that one generation's truth is another generation's fallacy—and there is an underlying optimism in the evolution of ideas. However, especially in the realm of political debate, it is the idea itself that must be encouraged, regardless of its apparent veracity. In fact, there can be no "political truth"—assertions to the contrary may be welcome in the context of campaign literature, but not as a basis for repression of political challengers.

Freedom of expression, like freedom of religion, serves to anchor the very essence of our democratic political and societal structure. As expressed by Jackson J., in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 642, "[i]f there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion, or other matters of opinion or force citizens to confess by word or act their faith therein". Robert J. Sharpe explains the futility of basing this axiom merely upon some yearning for ultimate truth, in "Commercial Expression and the Charter" (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, at p. 236:

The essence of the market-place of ideas argument is that control and regulation of expression is intolerable because we can trust no government to know the truth. Those who purport to legislate the truth invariably turn out to be tyrants. The market-place of ideas argument

On Liberty and Considerations on Representative Government (1946), à la p. 16:

[TRADUCTION] Il est toutefois évident en soi, autant qu'après de longues discussions, qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions généralement acceptées maintenant seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'argument est attrayant parce qu'il reconnaît que ce qui est vrai pour une génération est faux pour l'autre—et il existe un optimisme sous-jacent à l'évolution des idées. Cependant, surtout dans le domaine du débat politique, c'est l'idée elle-même qui doit être encouragée, sans égard à son exactitude apparente. Dans les faits, il ne peut y avoir de [TRADUCTION] «vérité politique»—des affirmations contraires peuvent être bienvenues dans la propagande écrite distribuée dans le cadre d'une campagne, mais non servir de fondement à la répression des contestataires politiques.

La liberté d'expression, comme la liberté de religion, sert à ancrer l'essence même de la structure politique et sociale de notre démocratie. À l'instar du juge Jackson dans l'arrêt *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 642 [TRADUCTION] «[s]'il existe chez nous un principe constitutionnel intangible c'est celui-ci: nul fonctionnaire, peu importe son rang, ne peut prescrire l'orthodoxie en matière de politique, de nationalisme ou de religion ou dans d'autres affaires d'opinion, ni forcer les citoyens à avouer par des paroles ou par des gestes leur croyance à cette orthodoxie.» Le professeur Robert J. Sharpe explique la futilité de fonder cet axiome sur le seul désir de parvenir en dernier ressort à la vérité dans «Commercial Expression and the Charter» (1987), 37 *U.T.L.J.* 229, à la p. 236:

[TRADUCTION] L'essence de l'argument du marché des idées est que le contrôle et la réglementation de l'expression sont intolérables parce qu'on ne saurait avoir confiance qu'un gouvernement puisse savoir la vérité. Ceux qui prétendent faire des lois sur la vérité s'avèrent invariablement des tyrans. L'argument du marché des idées fait appel à un processus ouvert justement parce

1991 CanLII 119 (SCC)

prescribes an open process precisely because we cannot agree on what is the truth. [Emphasis added.]

Hence the justification for the widest freedom of political speech stems not only from some abstract search for truth, but also from the tangible goal of preserving democracy. As this Court stated in *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 145-46, where Cannon J. held that freedom of expression was beyond provincial competence since expression is necessary to the functioning of a democracy:

Freedom of discussion is essential to enlighten public opinion in a democratic State; it cannot be curtailed without affecting the right of the people to be informed through sources independent of the government concerning matters of public interest. There must be an untrammelled publication of the news and political opinions of the political parties contending for ascendancy . . . . Democracy cannot be maintained without its foundation: free public opinion and free discussion throughout the nation of all matters affecting the State within the limits set by the criminal code and the common law.

And Duff C.J. stated, at p. 133, that "it is axiomatic that the practice of this right of free public discussion of public affairs, notwithstanding its incidental mischiefs, is the breath of life for parliamentary institutions".

In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, the Court restricted the scope of the crime of sedition, holding that nothing short of an intention to incite the people to violence, public disorder, or unlawful conduct against the government suffices to support a conviction. Rand J. held, at p. 288:

Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality . . . . Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in morals;

que nous ne pouvons nous entendre sur ce qu'est la vérité. [Je souligne.]

De là se justifie la forme la plus étendue de liberté d'opinion politique qui découle non pas d'une recherche abstraite de la vérité, mais plutôt de l'objectif concret de protection de la démocratie. Dans *Reference Re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 145 et 146, le juge Cannon a conclu que la liberté d'expression ne relevait pas de la compétence provinciale puisque l'expression est nécessaire au fonctionnement d'une démocratie:

[TRADUCTION] La liberté de discussion est essentielle, dans un État démocratique, pour éclairer l'opinion publique; on ne peut la restreindre sans toucher au droit du peuple d'être informé, en ce qui concerne des matières d'intérêt public, grâce à des sources indépendantes du gouvernement. Les nouvelles, ainsi que les opinions politiques des partis politiques qui luttent pour le pouvoir, doivent être publiées sans entraves [. . .] La démocratie ne peut se maintenir sans son fondement: une opinion publique libre et la libre discussion, de par toute la nation et dans les limites que fixent le Code criminel et la common law, de toutes les affaires qui intéressent l'État.

Le juge en chef Duff, pour sa part, écrivait, à la p. 133, [TRADUCTION] «qu'il est évident que l'usage de ce droit de libre discussion des affaires publiques, malgré les difficultés qu'il peut causer à l'occasion, est au cœur même de nos institutions parlementaires.»

Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, la Cour a restreint la portée du crime de sédition, affirmant que rien de moins qu'une intention d'inciter le peuple à la violence, au désordre public ou à la conduite illégale contre le gouvernement ne saurait justifier une déclaration de culpabilité. Le juge Rand affirme, à la p. 288:

[TRADUCTION] La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés [. . .] Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie

1991 CanLII 119 (SCC)

but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and deeper uniformities as bases of social stability.

In *Switzman v. Elbling*, *supra*, the Court reviewed the Quebec "padlock law", which made it illegal for any owner or tenant to use or allow the use of premises "to propagate communism or bolshevism by any means whatsoever". It was also an offence to print, publish, or distribute any materials tending to have the same effect. Striking down the law, Rand J., at pp. 304-5, again advocated an extensive scope for expression:

That the scene of study, discussion or dissemination of views or opinions on any matter has ever been brought under legal sanction in terms of nuisance is not suggested. For the past century and a half in both the United Kingdom and Canada, there has been a steady removal of restraints on this freedom, stopping only at perimeters where the foundation of the freedom itself is threatened. Apart from sedition, obscene writings and criminal libels, the public law leaves the literary, discursive and polemic use of language, in the broadest sense, free.

Since the advent of the *Charter*, this Court has discussed the values and principles underlying the freedom of expression. These were admirably reviewed by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, where he stated (at pp. 727-28), referring to a passage from *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712:

As is evident from the quotation just given, the reach of s. 2(*b*) is potentially very wide, expression being deserving of constitutional protection if "it serves individual and societal values in a free and democratic society". In subsequent cases, the Court has not lost sight of this broad view of the values underlying the freedom of expression, though the majority decision in *Irwin Toy* perhaps goes further towards stressing as primary the "democratic commitment" said to delineate the protected sphere of liberty (p. 971). Moreover, the Court has attempted to articulate more precisely some of the

tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un puritanisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre.

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, précité, la Cour a examiné la «loi du cadenas» du Québec. Celle-ci prévoyait qu'il était illégal pour toute personne qui possédait ou occupait une maison de l'utiliser ou de permettre qu'elle soit utilisée pour [TRADUCTION] «propager le communisme ou le bolchevisme par quelque moyen que ce soit». Il était également illégal d'imprimer, de publier ou de distribuer des documents de même tendance. En déclarant la loi illégale, le juge Rand a de nouveau plaidé en faveur d'une portée étendue de l'expression, aux pp. 304 et 305:

[TRADUCTION] On ne suggère pas que le théâtre d'études, de discussions ou de propagation d'opinions sur n'importe quel sujet ait jamais été soumis à des sanctions légales au titre des nuisances. Depuis un siècle et demi, tant au Royaume-Uni qu'au Canada, il y a eu un constant recul des contraintes imposées à cette liberté, recul qui ne s'est arrêté que là où les fondements mêmes de cette liberté étaient menacés. La sédition, la littérature obscène et le libelle criminel mis à part, le droit public permet librement l'utilisation littéraire, philosophique et polémique du langage, conçu dans son sens le plus large.

Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a discuté des valeurs et des principes sous-jacents à la liberté d'expression. Ceux-ci ont été admirablement analysés par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, où il affirme (aux pp. 727 et 728), au sujet d'un passage de l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712:

Il se dégage nettement de l'extrait précité que la portée de l'al. 2*b*) peut être très large puisque l'expression mérite une protection constitutionnelle si elle sert à «promouvoir certaines valeurs individuelles et collectives dans une société libre et démocratique». Dans ses arrêts subséquents, la Cour n'a pas perdu de vue cette conception large des valeurs sous-tendant la liberté d'expression, quoique la décision de la majorité dans l'affaire *Irwin Toy* insiste peut-être plus fortement sur le caractère primordial de «l'engagement démocratique» qui délimite la sphère de liberté protégée (p. 971). De

1991 CanLII 119 (SCC)

convictions fueling the freedom of expression, these being summarized in *Irwin Toy* (at p. 976) as follows: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making is to be fostered and encouraged; and (3) diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

Before embarking on an analysis of our *Charter* provisions and their application to the present case, I wish to stress at this point that the above discussion is not designed to carve out "political expression" as a distinct category to be analysed apart from freedom of expression considerations generally. Rather, the political nature of the speech at issue merely focuses on the competing interests that must be balanced on the constitutional scales. The characterization of the particular speech at issue, as political, commercial or otherwise, will merely be among the many factors to be taken into account. These concerns will be explored in greater detail when assessing the constitutionality of the provision itself.

Section 2(*b*) of the *Charter*

When reviewing the ambit of protected expression this Court has often referred to American decisions. The United States Supreme Court has long been grappling with the formulation of an appropriate test, and in the process it has created a whole series of standards that have been applied somewhat unpredictably over the years. We must recognize the differences in approach which result from our distinctive constitutional documents. In *Keegstra*, *supra*, Dickson C.J. addressed this at p. 740:

Canada and the United States are not alike in every way, nor have the documents entrenching human rights in our two countries arisen in the same context. It is only common sense to recognize that, just as similarities will justify borrowing from the American experience, differences may require that Canada's constitutional vision depart from that endorsed in the United States.

plus, la Cour a tenté d'arriver à une formulation plus exacte de certaines convictions dont procède la liberté d'expression, résumées ainsi dans l'arrêt *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche et la découverte de la vérité est une activité qui est bonne en soi; (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée; et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante, tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

Avant d'entreprendre un examen des dispositions de notre *Charte* et de leur application en l'espèce, je veux souligner immédiatement que la discussion qui précède ne vise pas à identifier «l'expression politique» comme catégorie distincte qu'on doit analyser indépendamment des considérations générales sur la liberté d'expression. Au contraire, la nature politique de l'expression, ici en cause, ne fait que mettre l'accent sur les intérêts divergents qui doivent être soupesés selon les normes constitutionnelles. La qualification d'un discours particulier de politique, commercial ou autrement, n'est qu'un facteur parmi tous ceux dont on doit tenir compte. Ces questions seront examinées plus en détail lorsqu'il s'agira de déterminer la constitutionnalité de la disposition elle-même.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte*

Lorsqu'elle a eu à examiner la portée de l'expression protégée, notre Cour s'est souvent référée aux décisions américaines. La Cour suprême des États-Unis a longtemps eu de la difficulté à formuler un test approprié et, ce faisant, elle a créé toute une série de normes qui ont été appliquées de façon plutôt imprévisible au fil des ans. Nous devons reconnaître que nous avons une approche différente qui découle de nos documents constitutionnels distincts. Dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a traité de cette question à la p. 740:

Le Canada et les États-Unis ne sont pas en tous points pareils et les documents consacrant les droits de la personne dans nos deux pays n'ont pas pris naissance dans des contextes identiques. Le simple bon sens nous oblige à reconnaître que, de même que les similitudes justifieront des emprunts à l'expérience américaine, de même les différences pourront exiger que la vision constitutionnelle canadienne s'écarte de la vision américaine.

1991 CanLII 119 (SCC)

Notwithstanding our differences, it may be helpful here to look at the American experience, not with a view to applying their decisions blindly but rather to learn from the process through which they were derived.

The First Amendment reads as follows:

Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a redress of grievances.

The fundamental nature of this set of guarantees is underscored by its primacy—this is the first amendment. However, the different structures of our two constitutional documents require that the balancing tests be undertaken at different stages of the analysis. In the United States any limitations on the First Amendment, to the extent that any limitations exist, must be internal to the provision itself. The U.S. Constitution does not contain a s. 1. For these and other reasons A. Wayne MacKay cautions, in "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 713, at p. 719, that:

What if anything should Canadian courts do with these various rationales evolved in the United States? As a first preliminary matter, account should be taken of the significant political and social differences between the two countries and how this has been reflected in their historical approaches to freedom of expression and the press. As a second preliminary matter, the linguistic differences between the respective guarantees of freedom of expression should be considered, and in particular the European roots of the Canadian provision—section 2(b) of the Charter.

On a more substantive basis the American rationales should only be used to the extent that they are useful for advancing the purposes and values of the Canadian document. [Emphasis added.]

And, as Professor MacKay points out at p. 730:

While the Americans must do their balancing in the context of the definition of the right, Canadians can take

En dépit de nos différences, il peut être utile de se pencher sur l'expérience américaine, non pas en vue d'appliquer aveuglément leurs décisions, mais plutôt pour tirer profit du processus dont elles sont le fruit.

Le Premier amendement est ainsi rédigé:

[TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts.

Le caractère fondamental de cette série de garanties est souligné par sa prépondérance: il s'agit du premier amendement. Cependant, les structures différentes de nos deux documents constitutionnels font que l'évaluation des intérêts en jeu doit être entreprise à un stade différent de l'analyse. Aux États-Unis, les restrictions au Premier amendement, dans la mesure où il en existe, doivent être prévues à l'intérieur même de la disposition. La Constitution américaine n'a pas de disposition équivalente à notre article premier. Pour ces raisons ainsi que pour d'autres, A. Wayne MacKay met en garde dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?» (1989), 68 *R. du B. can.* 713, à la p. 719:

[TRADUCTION] Le cas échéant, que devraient faire les tribunaux canadiens de ces diverses décisions rendues aux États-Unis? En premier lieu, de façon préliminaire, il faudrait tenir compte des différences importantes d'ordre politique et social qui séparent les deux pays et de la façon dont elles ont teinté leur point de vue traditionnel de la liberté d'expression et de la liberté de la presse. En second lieu, toujours de façon préliminaire, les différences linguistiques entre les garanties respectives de la liberté d'expression doivent être étudiées et notamment, l'origine européenne de la disposition canadienne—l'al. 2b) de la Charte.

Quant au fond, les décisions américaines ne devraient être employées que dans la mesure où elles peuvent servir à la promotion des valeurs et des objectifs du document canadien. [Je souligne.]

Et, comme le professeur MacKay le souligne, à la p. 730:

[TRADUCTION] Tandis que les Américains doivent faire leur évaluation dans le contexte de la définition du droit,

1991 CanLII 119 (SCC)

advantage of the existence of section 1. *A priori* exclusions of whole categories of free expression are not necessary in Canada.

Hence we should be particularly vigilant to formulate a "made in Canada" standard, that is sensitive to the legal, sociological, and political characteristics which inspired the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and its subsequent development.

The pre-*Charter* decisions appreciated that rights are not absolute. See *e.g. Reference Re Alberta Statutes*, *supra*; *Boucher v. The King*, *supra*; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; and *Switzman v. Elbling*, *supra*. Another example of this recognition can be found in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, the last pre-*Charter* case on freedom of expression, where Dickson C.J. wrote, at pp. 467-68:

> . . . our democratic system is deeply rooted in, and thrives on, free and robust public discussion of public issues. As a general rule, all members of society should be permitted, indeed encouraged, to participate in that discussion.
>
> . . .
>
> On the other side, however, it is equally obvious that free speech or expression is not an absolute, unqualified value. Other values must be weighed with it. Sometimes these other values supplement, and build on, the value of speech. But in other situations there is a collision. When that happens the value of speech may be cut back if the competing value is a powerful one. Thus, for example, we have laws dealing with libel and slander, sedition and blasphemy. We also have laws imposing restrictions on the press in the interests of, for example, ensuring a fair trial or protecting the privacy of minors or victims of sexual assaults.

The parameters of freedom of expression have been explored more expansively since the promulgation of the *Charter*, and these decisions have shed fresh light on venerable principles as well as illumi-

les Canadiens bénéficient de l'existence de l'article premier. Au Canada, l'exclusion a priori d'entières catégories de libre expression n'est pas nécessaire.

Nous devrions donc veiller particulièrement à formuler une norme purement canadienne, qui soit sensible aux caractéristiques juridiques, sociologiques et politiques qui ont inspiré la *Charte canadienne des droits et libertés* et son évolution subséquente.

Les arrêts rendus avant l'adoption de la *Charte* reconnaissaient que les droits ne sont pas absolus. Voir notamment *Reference Re Alberta Statutes*, précité, *Boucher v. The King*, précité, *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, et *Switzman v. Elbling*, précité. Dans un autre exemple de cette reconnaissance, *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, la dernière décision rendue au sujet de la liberté d'expression avant la proclamation de la *Charte*, le juge en chef Dickson écrivait, aux pp. 467 et 468:

> . . . notre système démocratique est profondément ancré sur une discussion libre et franche des questions d'intérêt public et profite de cette discussion. En règle générale, tous les membres de la société devraient être autorisés à participer à cette discussion et même encouragés à le faire.
>
> . . .
>
> Toutefois, il est par ailleurs également évident que la liberté de parole ou d'expression n'est pas une valeur absolue et inconditionnelle. Il faut tenir compte de certaines autres valeurs. Quelquefois ces autres valeurs viennent compléter la liberté de parole et ajouter à celle-ci. Toutefois, dans d'autres situations elles sont en conflit. Lorsque cela se produit, la liberté de parole peut être réduite si la valeur qui est en conflit avec elle est puissante. Ainsi, par exemple, nous avons des lois qui traitent de la diffamation écrite et verbale, des propos séditieux et du blasphème. Nous avons également des lois qui imposent des restrictions à la presse afin, par exemple, d'assurer un procès équitable ou de protéger la vie privée des mineurs ou des victimes d'agressions sexuelles.

Les paramètres de la liberté d'expression ont été examinés plus en profondeur depuis l'adoption de la *Charte* et ces décisions donnent un nouvel éclairage à des principes vénérables et tracent une voie nouvelle

1991 CanLII 119 (SCC)

nating a new path for the development of this fundamental liberty.

A threshold question which must first be addressed is whether or not the *Charter* created new rights or whether it codified pre-existing rights. This debate has focused on the *Canadian Bill of Rights*, under which the scope of an invoked freedom was often limited by government property rights. However, the difference in approach has been eloquently presented by Judge Rosalie Abella in "The Social and Legal Paradigms of Equality" (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, at p. 6, where she explores the background of equality provisions and its entrenchment in the *Charter*:

> Most of the *Charter*'s rights, including equality, had been substantially included in the *Charter*'s statutory ancestor, the *Bill of Rights*. But that statute lacked the stature of constitutional entrenchment, and it tended to suffer from juridical emaciation, starved as it was by a judiciary anxious to keep the *Bill of Rights* on a policy-free diet. [Emphasis added.]

Some courts, such as the British Columbia Court of Appeal in *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, have resisted the cultivation of broader rights under the *Charter*, finding instead that the *Charter* merely enshrined, and essentially froze, existing rights. In *Cromer*, a teachers' federation brought disciplinary charges against Cromer, who was alleged to have breached the Code of Ethics by publicly criticising a fellow teacher. Lambert J.A., for the court, held that the *Charter* contained no new rights, and instead the courts should look to pre-*Charter* jurisprudence. He framed the question to be resolved as follows, at p. 647:

> To adopt Rand J.'s language, the question in this case becomes: whether the phrase "freedom of expression" in s. 2 of the Charter is describing the whole original freedom or the residue within the periphery of countervailing rights. Does it describe an absolute freedom, to be restricted only under s. 1, or does it describe the bundle of civil rights that arise as protection against infringements of free speech?

et éclatante pour l'évolution de cette liberté fondamentale.

Dès le départ, la première question qui se pose est de déterminer si la *Charte* a créé de nouveaux droits ou si elle n'a fait que codifier des droits existants. Ce débat a mis en parallèle la *Déclaration canadienne des droits*, en vertu de laquelle la portée d'une liberté donnée était souvent restreinte par les droits de propriété du gouvernement. Le juge Rosalie Abella a cependant exposé de façon éloquente les différences d'approche dans «The Social and Legal Paradigms of Equality» (1989), 1 *W.R.L.S.I.* 5, à la p. 6. Elle fait l'historique des dispositions relatives à l'égalité et de leur inclusion dans la *Charte*:

> [TRADUCTION] La plupart des droits garantis par la *Charte*, y compris le droit à l'égalité, étaient essentiellement prévus dans le document précédant la *Charte*, la *Déclaration des droits*. Mais cette loi n'avait pas le statut d'un document constitutionnel et elle souffrait souvent d'anorexie juridique, affamée par des tribunaux anxieux de faire suivre à la *Déclaration des droits* une diète dépourvue de toute question d'ordre politique. [Je souligne.]

Certains tribunaux, comme la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Cromer v. B.C. Teachers' Federation*, [1986] 5 W.W.R. 638, ont hésité à reconnaître des droits plus généreux dans la *Charte*, concluant plutôt que celle-ci n'a fait que consacrer et essentiellement cristalliser les droits existants. Dans *Cromer*, une association de professeurs avait porté des accusations d'ordre disciplinaire contre Cromer, lui reprochant d'avoir contrevenu à un code de déontologie en critiquant publiquement un collègue de travail. Le juge Lambert a conclu, au nom de la cour, que la *Charte* ne formulait aucun droit nouveau et que les tribunaux devraient s'en tenir à la jurisprudence existante avant l'adoption de la *Charte*. Il a formulé ainsi la question à résoudre, à la p. 647:

> [TRADUCTION] Selon les termes utilisés par le juge Rand, la question posée en l'espèce est la suivante: la «liberté d'expression» prévue à l'art. 2 de la Charte décrit-elle toute la liberté garantie au départ ou ce qu'il en reste dans le contexte des autres droits qui servent de contrepoids? S'agit-il d'une liberté absolue, restreinte uniquement par l'application de l'article premier ou s'agit-il de l'ensemble des droits civils qui servent de protection contre les violations de la liberté de parole?

1991 CanLII 119 (SCC)

Lambert J.A. answered, at pp. 652 and 657, that:

> ... the content and scope of the substantive rights and freedoms is to be found in the description of the rights and freedoms themselves ...
>
> . . .
>
> The Charter does not purport to confer new freedoms. It gives a constitutional guarantee to the old freedoms and, in so doing, it protects them. But, in my opinion, it did not transform them. Section 1 merely places limits on the extent of the constitutional guarantee. The freedom of expression itself remains the same freedom as existed before the adoption of the Charter, and it remains subject to the same balancing process against other important and often compelling values.

However, it is now incontrovertible that the *Charter*, in order to be capable of adapting to the social conditions and problems of the present and the future, must be given a purposive and expansive interpretation. As Dickson J. articulated in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 342-44:

> The basis of the majority's interpretation in *Robertson and Rosetanni*, *supra*, is the fact that the language of the *Canadian Bill of Rights* is merely declaratory: by s. 1 of the *Canadian Bill of Rights*, certain existing freedoms are "recognized and declared", including freedom of religion. For Ritchie J. this language dramatically narrowed the possible interpretation of the rights and freedoms enunciated by the *Canadian Bill of Rights*:
>
> . . .
>
> I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. [Emphasis added.]

Cory J.A., now of this Court, offered a resonating endorsement of freedom of expression in *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Mr. Kopyto was convicted of scandalizing the court for suggesting that the police and the courts were not independent of one

Le juge Lambert a répondu en ces termes, aux pp. 652 et 657:

> [TRADUCTION] ... le contenu et la portée des droits et libertés se trouvent dans la description de ces droits et libertés ...
>
> . . .
>
> La Charte n'a pas pour but de conférer de nouvelles libertés. Elle assure une garantie constitutionnelle des anciennes libertés et les protège par le fait même. J'estime cependant qu'elle ne les a pas transformées. L'article premier a simplement apporté des restrictions à la portée de la garantie constitutionnelle. La liberté d'expression demeure la même liberté qui existait avant l'adoption de la Charte, et elle demeure assujettie au même processus d'évaluation en fonction d'autres valeurs importantes et souvent impérieuses.

Il est maintenant toutefois indéniable que la *Charte* doit recevoir une interprétation large et libérale, capable de s'adapter aux conditions et aux problèmes sociaux actuels et futurs. Comme l'affirmait le juge Dickson dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 342 à 344:

> L'interprétation de la Cour à la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, se fonde sur le fait que le langage utilisé dans la *Déclaration canadienne des droits* est purement déclaratoire: à l'article 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, il est «reconnu et déclaré» que certaines libertés déjà existantes, notamment la liberté de religion, continuent d'exister. Selon le juge Ritchie, ce langage restreint sensiblement la façon dont il est possible d'interpréter les droits et libertés énoncés dans la *Déclaration canadienne des droits*:
>
> . . .
>
> Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. [Je souligne]

Le juge Cory, alors juge à la Cour d'appel, a endossé avec ferveur cette conception de la liberté d'expression dans *R. v. Kopyto* (1987), 24 O.A.C. 81. Monsieur Kopyto a été reconnu coupable d'avoir scandalisé la cour en suggérant que la police et les

1991 CanLII 119 (SCC)

another. Cory J.A. announced that "the rights granted by the **Charter** were not frozen at the moment of its enactment; the **Charter** does more than recognize and declare pre-existing rights" (p. 89). The critical role of free speech in the political context was specifically underscored (at pp. 90-91):

> . . . it is difficult to imagine a more important guarantee of freedom to a democratic society than that of freedom of expression. A democracy cannot exist without the freedom to express new ideas and to put forward opinions about the functioning of public institutions. These opinions may be critical of existing practices in public institutions and of the institutions themselves. However, change for the better is dependent upon constructive criticism. Nor can it be expected that criticism will always be muted by restraint. Frustration with outmoded practices will often lead to vigorous and unpropitious complaints. Hyperbole and colourful, perhaps even disrespectful language, may be the necessary touchstone to fire the interest and imagination of the public, to the need for reform, and to suggest the manner in which that reform may be achieved.
>
> The concept of free and uninhibited speech permeates all truly democratic societies. Caustic and biting debate is, for example, often the hallmark of election campaigns, parliamentary debates and campaigns for the establishment of new public institutions or the reform of existing practices and institutions. The exchange of ideas on important issues is often framed in colourful and vitriolic language. So long as comments made on matters of public interest are neither obscene nor contrary to the laws of criminal libel, citizens of a democratic state should not have to worry unduly about the framing of their expression of ideas. The very lifeblood of democracy is the free exchange of ideas and opinions. If these exchanges are stifled, democratic government itself is threatened.
>
> History has repeatedly demonstrated that the first step taken by totalitarian regimes is to muzzle the media and then the individual in order to prevent the dissemination of views and opinions that may be contrary to those of the government. The vital importance of freedom of expression cannot be overemphasized. It is important in this context to note that s. 2(b) of the **Charter** is framed in absolute terms, which distinguishes it, for example, from s. 8 of the **Charter**, which guarantees the qualified

tribunaux n'étaient pas indépendants les uns des autres. Le juge Cory a statué que [TRADUCTION] «les droits conférés par la **Charte** n'ont pas été figés au moment de l'adoption de celle-ci; la **Charte** fait bien plus que reconnaître et déclarer les droits déjà existants» (p. 89). L'importance du rôle que joue la liberté de parole dans un contexte politique y est soulignée de façon particulière (aux pp. 90 et 91):

> [TRADUCTION] . . . il est difficile d'imaginer une garantie de liberté qui soit plus importante dans une société démocratique que la liberté d'expression. Aucune démocratie ne peut exister sans la liberté d'exprimer de nouvelles idées et de proposer des opinions sur le fonctionnement des institutions publiques. Ces opinions peuvent critiquer les pratiques existantes dans les institutions publiques et les institutions elles-mêmes. Cependant, il n'y a pas d'amélioration sans critique constructive. Et il ne faudrait pas non plus croire que la contrainte contribuera toujours à atténuer la critique. La frustration qu'entraînent les méthodes dépassées donnera souvent lieu à des plaintes vigoureuses et inappropriées. Un discours hyperbolique et coloré, parfois même irrespectueux, peut être la pierre de touche nécessaire pour stimuler l'intérêt et l'imagination du public à l'endroit du besoin de réforme, et pour suggérer la façon dont il est possible de procéder à la réforme.
>
> La notion de liberté de parole illimitée pénètre toute société vraiment démocratique. Les débats mordants et acerbes sont souvent, par exemple, l'apanage des campagnes électorales, des débats parlementaires et des campagnes en faveur de la création de nouvelles institutions publiques ou de la réforme d'institutions ou de méthodes déjà en place. Tant que les commentaires formulés sur des questions d'ordre public ne sont ni obscènes ni contraires aux règles régissant le libellé diffamatoire, les citoyens d'un État démocratique ne devraient pas s'inquiéter indûment au sujet du cadre de l'expression de leurs idées. L'âme même de la démocratie repose sur le libre échange d'idées et d'opinions. Si ces échanges sont réprimés, le gouvernement démocratique même est menacé.
>
> L'histoire en a fait la preuve à maintes reprises: le premier geste des régimes totalitaires est de museler les médias d'information puis les citoyens afin d'empêcher la dissémination d'opinions qui pourraient être contraires à celles du gouvernement. On ne saurait trop insister sur l'importance vitale de la liberté d'expression. Dans ce contexte, il importe de souligner que l'al. 2b) de la **Charte** est rédigé en des termes absolus, ce qui le distingue notamment de l'art. 8 de la **Charte** qui

1991 CanLII 119 (SCC)

right to be secure from unreasonable search. The rights entrenched in s. 2(b) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Cory J.A.'s comments also address another controversy regarding the interpretation of s. 2(*b*): should it be construed narrowly, thus avoiding the need to resort to s. 1 as fewer *Charter* violations will be established; or should it be read broadly, thus requiring that most limitations must be anchored within s. 1, with the burden of proof resting upon the government? I prefer the latter approach. As Professor MacKay writes in "Freedom of Expression: Is it All Just Talk?", op. cit, at p. 730:

> Because the burden is on the state rather than on the applicant under section 1, a decision to balance interests there, rather than in the right itself, would be one in favour of expanding freedom of expression.

While I may not go as far as MacGuigan J. at the Court of Appeal, who found that the lack of internal modifiers renders the s. 2(*b*) guarantee "absolute", I do believe that it should be given a large and liberal application. This appears to be consistent with the approach embraced by this Court in its prior interpretations of the provision.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, the Court examined the issue of secondary picketing. On the issue of freedom of expression, McIntyre J. stressed the continuity with pre-*Charter* principles, at p. 583:

> Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection. [Emphasis added.]

garantit le droit relatif à la protection contre les fouilles et les perquisitions abusives. Les droits consacrés à l'al. 2b) ne devraient donc être restreints que dans les circonstances les plus claires.

Les commentaires du juge Cory touchent également à un autre aspect controversé de l'interprétation de l'al. 2*b*): cet alinéa devrait-il être interprété restrictivement, évitant ainsi de recourir à l'article premier puisque moins de violations de la *Charte* seraient établies ou devrait-il recevoir une interprétation large et libérale de sorte que la plupart des restrictions devront être fondées sur l'article premier, le fardeau de la preuve en incombant au gouvernement? Je préfère cette dernière approche. Comme l'écrit le professeur MacKay dans «Freedom of Expression: Is it All Just Talk?», *loc. cit.*, à la p. 730:

> [TRADUCTION] Puisqu'en vertu de l'article premier, le fardeau incombe à l'État plutôt qu'au requérant, la décision d'apprécier les intérêts à cette étape-là plutôt qu'au niveau du droit lui-même, aurait pour effet d'élargir la liberté d'expression.

Même si je ne puis aller aussi loin que le juge MacGuigan, de la Cour d'appel fédérale, qui a conclu que l'absence de qualificatifs internes rendait «absolue» la garantie conférée par l'al. 2*b*), je crois tout de même qu'elle devrait recevoir une interprétation large et libérale. Cela semble compatible avec la position adoptée par notre Cour jusqu'ici lorsqu'il s'est agi d'interpréter ces dispositions.

Dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, la Cour a examiné la question du piquetage secondaire. Au sujet de la liberté d'expression, le juge McIntyre a insisté sur la continuité par rapport aux principes en vigueur avant la proclamation de la *Charte*, à la p. 583:

> La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté. [Je souligne.]

1991 CanLII 119 (SCC)

In *Ford v. Quebec (Attorney General)*, *supra*, this Court held that a ban on commercial signs in languages other than French infringed s. 2(*b*) and was not justified under s. 1. The decision made it clear that commercial expression fell within the rubric of s. 2(*b*). After addressing several philosophical justifications for protecting freedom of expression, the Court, at pp. 765-66, acknowledged the value of these contributions, yet stressed the importance of developing a "made in Canada" test, sensitive to the nuances and subtleties of our *Charter* and the rights secured therein:

> While these attempts to identify and define the values which justify the constitutional protection of freedom of expression are helpful in emphasizing the most important of them, they tend to be formulated in a philosophical context which fuses the separate questions of whether a particular form or act of expression is within the ambit of the interests protected by the value of freedom of expression and the question whether that form or act of expression, in the final analysis, deserves protection from interference under the structure of the Canadian *Charter* . . .

Perhaps the most extensive examination of the freedom of expression guarantee was undertaken in *Irwin Toy*. There the Court reviewed a ban on advertising directed at children. Though ultimately upheld under s. 1, the ban was found to constitute an infringement of s. 2(*b*). At pages 968-69, the majority set out the proper approach in freedom of expression issues:

> [T]he first step to be taken in an inquiry of this kind is to discover whether the activity which the plaintiff wishes to pursue may properly be characterized as falling within "freedom of expression".
>
> . . .
>
> "Expression" has both a content and a form, and the two can be inextricably connected. Activity is expressive if it attempts to convey meaning. That meaning is its content. Freedom of expression was entrenched in our Constitution . . . so as to ensure that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection is, in the words of both the Canadian and Quebec Charters, "fun-

Dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, précité, notre Cour a conclu que l'interdiction des affiches commerciales écrites en d'autres langues que le français était contraire à l'al. 2*b*) et n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. Cette décision porte clairement que l'expression commerciale est visée par l'al. 2*b*). Après avoir examiné plusieurs raisons d'ordre philosophique motivant la protection de la liberté d'expression, la Cour, tout en reconnaissant, aux pp. 765 et 766, la valeur de ces apports, a souligné l'importance de critères purement canadiens, sensibles aux nuances et aux subtilités de notre *Charte* et aux droits qui y sont garantis:

> Ces tentatives de définition des valeurs qui justifient la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ont leur utilité pour mettre en relief les plus importantes d'entre elles. Toutefois, elles sont, d'une manière générale, formulées dans un contexte philosophique qui soude la question de savoir si tel mode ou telle forme d'expression fait partie des intérêts protégés par la valeur qu'est la liberté d'expression, à celle de savoir si, en dernière analyse, ce mode ou cette forme d'expression mérite, sous le régime de la *Charte* canadienne [. . .] une protection . . .

L'arrêt *Irwin Toy* a peut-être entrepris l'étude la plus complète de la garantie de la liberté d'expression. La Cour y a examiné l'interdiction de la publicité destinée aux enfants. Même si, en dernier ressort, l'interdiction a été maintenue en vertu de l'article premier, elle a été reconnue comme une violation de l'al. 2*b*). La majorité a énoncé la méthode appropriée d'aborder les questions de liberté d'expression, aux pp. 968 et 969:

> [D]ans ce genre d'examen, la première étape consiste à déterminer si l'on peut dire que l'activité que souhaite poursuivre la demanderesse relève de la «liberté d'expression».
>
> . . .
>
> L'«expression» possède à la fois un contenu et une forme et ces deux éléments peuvent être inextricablement liés. L'activité est expressive si elle tente de transmettre une signification. Le message est son contenu. La liberté d'expression a été consacrée par notre Constitution [. . .] pour assurer que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protec-

1991 CanLII 119 (SCC)

damental" because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual.

. . .

We cannot, then, exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee . . .

Since *Irwin Toy*, this Court has had several opportunities to examine the *Charter* right of freedom of expression and apply the *Irwin Toy* approach. See for example *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 (the *"Prostitution Reference"*), in *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, and in *Keegstra*, *supra*. It should be noted that in *Keegstra*, Dickson C.J. emphasized that the content of expression should not be a relevant consideration in the interpretation of s. 2(*b*) of the *Charter*. Any activity which conveys or attempts to convey a meaning has expressive content, and whether the meaning expressed is "invidious and obnoxious is beside the point" (p. 730).

Application to the Present Case

At the outset, I should point out that it seems to me obvious that s. 32 of the *Charter* applies to Regulation 7 inasmuch as it emanates from government and that such regulation does qualify as law for the purpose of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Moreover, I do not believe that there is any dispute that airport administrators constitute government officials. These officials also admitted that they had an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising except perhaps for the sale of poppies by veterans in November. Furthermore, government personnel did forbid the respondents from exercising their activities on government premises, constituting government action. Therefore the refusal of the airport authorities in this case to allow the respondents to distribute publications to

tion est, selon les Chartes canadienne et québécoise, «fondamentale» parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu.

. . .

Nous ne pouvons donc écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

Depuis l'arrêt *Irwin Toy*, notre Cour a, à maintes reprises, eu l'occasion d'examiner le droit à la liberté d'expression reconnu par la *Charte* et d'appliquer l'approche proposée par cet arrêt. Voir, par exemple, le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (le «*Renvoi sur la prostitution*»), *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, et *Keegstra*, précité. À noter que, dans *Keegstra*, le juge en chef Dickson a souligné que le contenu de l'expression ne devrait pas être un facteur pertinent pour interpréter l'al. 2*b*) de la *Charte*. Toute activité qui transmet ou tente de transmettre un message a un contenu expressif, et «il est dès lors sans intérêt que» le message y exprimé «soit odieu[x] ou désobligeant [. . .]» (p. 730).

Application aux faits de l'instance

Dès le départ, il me semble évident que l'art. 32 de la *Charte* s'applique à l'art. 7 du Règlement dans la mesure où celui-ci émane du gouvernement et que ce genre de règlement constitue une règle de droit aux fins de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En outre, je ne crois pas que le fait que les administrateurs d'aéroports soient des fonctionnaires fasse l'objet d'un débat. Ces fonctionnaires ont également admis qu'ils avaient, depuis longtemps, une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité, à l'exception peut-être de la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. De plus, des employés du gouvernement ont bel et bien empêché les intimés d'exercer leurs activités dans les locaux du gouvernement, ce qui constitue une activité du gouvernement. Par conséquent, le

1991 CanLII 119 (SCC)

members of the public, and to discuss with them their political beliefs, must be assessed in the light of the *Charter*. To establish whether s. 2(*b*) is infringed, the analysis set out in *Irwin Toy* applies.

According to the scheme set out in that case, the first step is to decide whether the activity being limited is "expressive activity". That question presents no difficulty in the present case, as it is clear that the respondents' conduct conveyed or attempted to convey a meaning. Secondly, it must be asked whether the expressive activity takes an unprotected form, such as violence or threats of violence. No objection can be taken to the form of the expressive activity in this case, as it consisted merely of peaceful attempts to gain adherents through distribution of literature and accompanying conversations.

The next stage of the *Irwin Toy* inquiry is to ask whether the purpose of the challenged governmental action is to limit expression. The following passages from *Irwin Toy*, at pp. 974-75, imply that the purpose of the governmental action here, whether it arises from the Regulation, the blanket exclusionary policy of the airport regarding such expression, or the actions of the R.C.M.P. officer and the manager, may be said to curtail expression:

If the government's purpose is to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed, it necessarily limits the guarantee of free expression. If the government's purpose is to restrict a form of expression in order to control access by others to the meaning being conveyed or to control the ability of the one conveying the meaning to do so, it also limits the guarantee. On the other hand, where the government aims to control only the physical consequences of certain human activity, regardless of the meaning being conveyed, its purpose is not to control expression. . . .

. . .

Thus, for example, a rule against handing out pamphlets is a restriction on a manner of expression and is "tied to

refus par les autorités de l'aéroport, en l'espèce, de permettre aux intimés de distribuer leurs publications aux membres du public et de discuter avec eux de leurs croyances politiques doit être évalué à la lumière de la *Charte*. L'analyse proposée dans l'arrêt *Irwin Toy* s'applique donc pour déterminer s'il y a eu violation de l'al. 2*b*).

Selon ce que prescrit cet arrêt, la première étape consiste à déterminer si l'activité ainsi restreinte constitue une «activité expressive». Cette question ne pose aucun problème en l'espèce, puisqu'il est clair que, par leur conduite, les intimés transmettaient ou tentaient de transmettre un message. Deuxièmement, il faut se demander si l'activité expressive emprunte une forme non protégée, comme la violence ou les menaces de violence. La forme de l'activité expressive en l'espèce ne peut soulever d'objection puisqu'il s'agissait simplement de tentatives pacifiques de recruter des membres par la distribution de documents et les conversations qui s'ensuivent.

L'étape suivante de l'approche recommandée dans *Irwin Toy* est de se demander si l'acte gouvernemental contesté a pour objet de restreindre l'expression. Des extraits suivants, tirés des pp. 974 et 975 de l'arrêt *Irwin Toy*, l'on peut conclure que l'action gouvernementale, ici en question, qui découle du règlement, de la politique générale d'exclusion de ce genre d'expression à l'aéroport ou des actes accomplis par l'agent de la GRC et le directeur, avait pour objet de restreindre l'expression:

Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis, il restreint nécessairement la garantie de la liberté d'expression. Si l'objet que poursuit le gouvernement est de restreindre une forme d'expression en vue de contrôler l'accès au message transmis ou de contrôler la possibilité pour quelqu'un de transmettre le message, il restreint également la garantie. En revanche, lorsque le gouvernement vise seulement à contrôler les conséquences matérielles de certaines activités humaines, indépendamment du message transmis, l'objet qu'il poursuit n'est pas de contrôler l'expression . . .

. . .

Ainsi, par exemple, une règle qui interdit la distribution de tracts restreint un mode d'expression et est «liée au

1991 CanLII 119 (SCC)

content", even if that restriction purports to control litter. The rule aims to control access by others to a meaning being conveyed as well as to control the ability of the pamphleteer to convey a meaning. To restrict this form of expression, handing out pamphlets, entails restricting its content. By contrast, a rule against littering is not a restriction "tied to content". It aims to control the physical consequences of certain conduct regardless of whether that conduct attempts to convey meaning. To restrict littering as a "manner of expression" need not lead inexorably to restricting a content.

However, even if the purpose itself is not primarily to restrict freedom of expression, which may well be the case here, the *Irwin Toy* majority also recognized that the *Charter* breach will still obtain if the "effect" restricts freedom of expression:

> Even if the government's purpose was not to control or restrict attempts to convey a meaning, the Court must still decide whether the effect of the government action was to restrict the plaintiff's free expression.

. . .

> If the activity falls within the protected sphere of conduct, the second step in the analysis is to determine whether the purpose or effect of the government action in issue was to restrict freedom of expression. If the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee.

. . .

> If the government's purpose was not to restrict free expression, the plaintiff can still claim that the effect of the government's action was to restrict her expression. To make this claim, the plaintiff must at least identify the meaning being conveyed and how it relates to the pursuit of truth, participation in the community, or individual self-fulfillment and human flourishing. *Irwin Toy*, at pp. 976-79.

There is no doubt that if the purpose of the Regulation here in question is not to restrict political expression, then the effect most certainly is. Therefore, s.

contenu», même si cette restriction a pour but de préserver la propreté d'un lieu public. La règle vise à contrôler l'accès à un message transmis ainsi qu'à contrôler la possibilité pour l'auteur du tract de transmettre un message. Restreindre le mode d'expression, c'est-à-dire la distribution de tracts, emporte une restriction sur son contenu. Par contre, une règle qui interdit de jeter des déchets dans la rue n'est pas une restriction «liée au contenu». Elle vise à régir les conséquences matérielles d'une activité que cette activité vise ou non à transmettre une signification. Restreindre les déchets dans les rues, en tant que «mode d'expression», ne revient pas toujours à restreindre un contenu.

Cependant, même si on devait conclure que le but poursuivi n'était pas principalement de restreindre la liberté d'expression, ce qui peut bien être le cas en l'espèce, la majorité a également reconnu, dans *Irwin Toy*, qu'il y avait quand même atteinte à la *Charte* si l'«effet» était de restreindre la liberté d'expression:

> Même si le but poursuivi par le gouvernement n'était pas de contrôler ou restreindre la transmission d'une signification, la Cour doit encore décider si l'action du gouvernement a eu pour effet de restreindre la liberté d'expression de la demanderesse.

. . .

> Si l'activité fait partie du champ des activités protégées, la deuxième étape de l'analyse consiste à déterminer si l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale en cause était de restreindre la liberté d'expression. Si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'une signification soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie.

. . .

> Si le gouvernement n'avait pas pour objet de restreindre la liberté d'expression, le demandeur peut encore prétendre que l'effet de l'action du gouvernement était de restreindre son expression. Pour établir cette prétention, le demandeur doit au moins décrire la signification transmise et son rapport avec la recherche de la vérité, la participation au sein de la société ou l'enrichissement et l'épanouissement personnels. *Irwin Toy*, aux pp. 976 à 979.

Il est indéniable que si, en l'espèce, le règlement n'a pas pour objet de restreindre l'expression politique, il en a certainement l'effet. Par conséquent, il y

1991 CanLII 119 (SCC)

2(*b*) of the *Charter* has been breached. The provision categorically excludes advertising and solicitation, and is applied to all such activity except, we are told, veterans selling poppies in November. Hence, aside from that exception, the Regulation is invoked uniformly; it reflects an invariable practice of prohibiting all means of expression, and thus constitutes a restriction of the guaranteed freedom according to the criteria enunciated above.

However, this case also raises an additional element in the equation. The events in question here occurred on government property. How does this affect the right of freedom of expression and prospective limitations with respect to that right? The government has argued that its proprietary rights are no different from private property rights generally, and thus it should be allowed to control all activity and exclude others as it sees fit. The respondents have argued that because certain types of government property have a public function and character—streets, squares, and parks are notable examples—the properties should therefore be completely open to public manifestations of free expression.

In the United States, a "public forum" has traditionally been construed as a place where all persons have a *prima facie* right to express their views by any means at their disposal, subject only to reasonable "time, place and manner" restrictions. The respondents have urged this Court to adopt the "public forum" doctrine, and to include airports within its scope. The implications of both the doctrine itself and the analysis of time, place, and manner restrictions will be considered in greater detail when evaluating the effect of s. 1 on the disputed regulations.

The Attorney General for Ontario ("A.G.O."), an intervener in this appeal, has recommended a middle ground. It has also introduced the term "public arena" to avoid confusion with the American taxonomy where the term "public forum" has caused some confusion, especially regarding the application of formulaic tests from which this Court, in my view, ought to steer clear. What constitutes a "public arena", and its appropriate role in interpreting our

a eu atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le règlement exclut catégoriquement la publicité et la sollicitation et s'applique à toute activité de ce genre sauf, nous dit-on, à la vente de coquelicots par les anciens combattants, en novembre. À part cette exception, le règlement est donc appliqué de façon uniforme; il reflète une pratique invariable de prohibition de tous les moyens d'expression et constitue donc une restriction de la liberté garantie, selon le test énoncé ci-dessus.

Toutefois, l'équation comporte en l'espèce un élément additionnel. Les événements se sont produits sur la propriété du gouvernement. En quoi cela affecte-t-il le droit à la liberté d'expression et les restrictions possibles de ce droit? Le gouvernement a prétendu que son droit de propriété ne diffère aucunement du droit d'un propriétaire privé en général et qu'il devrait donc pouvoir contrôler toute activité et en exclure d'autres comme bon lui semble. Les intimés ont soutenu que, puisque certains types de propriété gouvernementale ont une fonction et un caractère publics—notamment les rues, les places publiques et les parcs—ces propriétés devraient donc être entièrement ouvertes aux manifestations publiques de libre expression.

Aux États-Unis, on a traditionnellement considéré comme «forum public» un endroit où quiconque a le droit *prima facie* d'exprimer ses opinions par les moyens dont il dispose, sous réserve de restrictions raisonnables relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Les intimés nous ont pressés d'adopter la théorie du «forum public» et d'inclure les aéroports dans son champ d'application. Les implications de cette théorie ainsi que l'analyse des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression seront examinés plus à fond lors de l'évaluation de l'effet de l'article premier sur le règlement contesté.

Le procureur général de l'Ontario («P.G.O.»), intervenant en l'espèce, a recommandé une solution de compromis. Il a également introduit l'expression [TRADUCTION] «tribune publique» afin d'éviter toute confusion avec la classification américaine où l'expression «forum public» a suscité une certaine ambiguïté, surtout en ce qui a trait à l'application de tests formalistes dont notre Cour, à mon avis, devrait se dissocier. On discutera plus loin de ce qui constitue

1991 CanLII 119 (SCC)

own *Charter*, will be explored below. (The A.G.O. took no position as to the outcome of this particular case. He has intervened because of the implications this case could have on the management of provincially owned property in the government of Ontario and for provincial civil trespass law.) The A.G.O. maintains that s. 2(*b*) is infringed only where a restriction on expressive activity in a public arena is:

(i) content-based in purpose;

(ii) content-based in effect; or

(iii) content-neutral, but not a reasonable restriction on the time, place or manner of expression.

The first two criteria have been discussed in *Irwin Toy* and *Ford*, and are referred to above. Only the third component concerns us here. In this connection, it was argued before the Court that before a breach of s. 2(*b*) can be established, it must first be shown that a regulation can be characterized as an unreasonable time, place, and manner restriction.

Thus, a variety of perspectives were offered on the "public forum" doctrine, its evolution in the United States, and suggested ways in which it can be incorporated into our own jurisprudence. I found these submissions helpful. Suffice it to say for the moment that, in my view, certain governmental restrictions cannot be automatically excised from the s. 2(*b*) guarantee strictly on the basis that they do not apply to locations traditionally associated with public expression. While such limitations may prove reasonable, it is a burden that the government must discharge under s. 1. Were a group of demonstrators to choose our own Chambers as a forum for their protestations, the government may legitimately prohibit such activity. However, the attempt to do so would abridge the freedom of expression, albeit in a manner that would likely be demonstrably justified under s. 1.

une «tribune publique» et du rôle que doit jouer ce concept dans l'interprétation de notre *Charte*. (Le P.G.O. ne s'est pas prononcé sur l'issue du litige. Il est intervenu par suite des implications possibles de cette décision sur la gestion des propriétés appartenant au gouvernement de l'Ontario et sur les lois civiles provinciales relatives à la violation de propriété.) Le P.G.O. soutient qu'il n'y a contravention à l'al. 2*b*) que lorsque la restriction des activités expressives dans une tribune publique est:

(i) liée au contenu par son objet;

(ii) liée au contenu par son effet; ou

(iii) non liée au contenu, mais ne constitue pas une restriction raisonnable quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Les deux premiers critères ont été examinés dans les arrêts *Irwin Toy* et *Ford* et je m'y suis déjà référée. Seul le troisième élément nous intéresse ici. À cet égard, on a soutenu devant nous qu'avant de pouvoir établir qu'il y a eu violation de l'al. 2*b*), il faut d'abord démontrer qu'un règlement constitue une restriction abusive quant aux heures, au lieu ou au mode d'expression.

Ainsi, différents points de vue ont été soumis sur la théorie du «forum public», son évolution aux États-Unis et les façons de l'introduire dans notre propre jurisprudence. Ces suggestions m'ont été utiles. Qu'il suffise de dire, pour l'instant, qu'à mon avis certaines restrictions gouvernementales ne sauraient se soustraire automatiquement à la garantie prévue à l'al. 2*b*) pour l'unique raison qu'elles ne s'appliquent pas à des endroits associés traditionnellement à l'expression publique. Même si ces restrictions peuvent s'avérer raisonnables, la preuve en incombe au gouvernement en vertu de l'article premier. Si un groupe de manifestants devait choisir nos propres cabinets comme forum pour y exprimer leurs protestations, il serait légitime pour le gouvernement d'interdire ce genre d'activité. Cependant, cela restreindrait la liberté d'expression, mais d'une façon dont la justification pourrait facilement se démontrer en vertu de l'article premier.

1991 CanLII 119 (SCC)

As for time, place, and manner restrictions generally, in *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), at p. 431, Tarnopolsky J.A. held that:

> Mere regulation as to time and place, however, cannot be considered an infringement of freedom of expression, unless there is evidence that such regulation in intent or effect adversely impacts upon content or adversely interferes with production, availability and use or determines who can be involved in these.

Under the aforementioned circumstances "mere regulation" may survive a *Charter* challenge, yet such survival, in my view, will hinge on the determination under s. 1. Even when the regulation is content-neutral, both on its face and in its application, it will be up to the government to prove what constitutes reasonable time, place, and manner limitations.

Those arguing for the contrary position have asked rhetorically whether this means that the government's regulation of resources such as CBC radio and television constitutes a restriction on freedom of expression, and hence violates s. 2(*b*) of the *Charter*. In fact, such restrictions, along with the Judges' Chambers example, are paradigmatic illustrations of (usually) content-neutral, reasonable time, place, and manner regulation. However, as they constitute violations of s. 2(*b*), they must also be demonstrably justifiable under s. 1 before they can successfully withstand a constitutional challenge.

The public forum discussion alluded to earlier is an important one. It is almost indispensable when evaluating what is a reasonable restriction on "place" in the review of a time, place, and manner regulation. Nevertheless, on the basis of our *Charter*'s drafting, structure, and subsequent interpretation, such review belongs under s. 1, and I will treat it there. This accords well with the approach taken by this Court in *Irwin Toy*, *supra*, and with the opinion of Dickson C.J. in *R. v. Keegstra*, *supra*, particularly at p. 729. Whatever internal limitations may be properly read

Quant aux restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression en général, le juge Tarnopolsky affirme dans *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395 (C.A.), à la p. 431:

> [TRADUCTION] De simples règlements portant sur l'heure et le lieu ne peuvent toutefois être considérés comme une atteinte à la liberté d'expression, à moins que le but ou l'effet de ce règlement ne soit défavorable au contenu de l'expression ou n'entrave la production, la disponibilité et l'emploi, ou ne détermine qui peut participer à ces activités.

Dans ces circonstances, un «simple règlement» pourrait être confirmé s'il était contesté en vertu de la *Charte*, mais cette confirmation dépendra, à mon avis, de la démonstration qui pourra être faite en vertu de l'article premier. Même lorsque le règlement n'est pas lié au contenu, tant à sa face même que dans son application, il incombera au gouvernement de démontrer ce qui constitue des restrictions raisonnables quant aux heures, au lieu et au mode d'expression.

Ceux qui prétendent le contraire ont demandé si, en théorie, cela signifiait que le contrôle des ressources du gouvernement, comme la radio et la télévision de Radio-Canada, constitue une restriction à la liberté d'expression et porte donc atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. De fait, ce genre de restrictions, ainsi que celles portant sur les cabinets des juges, sont des exemples typiques de réglementation raisonnable des heures, du lieu et du mode d'expression qui ne sont (habituellement) pas liées au contenu. Cependant, puisqu'elles constituent des violations de l'al. 2*b*), leur justification doit pouvoir se démontrer en vertu de l'article premier pour pouvoir résister à une contestation constitutionnelle.

La discussion relative au forum public, à laquelle je viens de faire allusion, est importante. Elle est presque indispensable lorsqu'il s'agit d'évaluer ce qui constitue une restriction raisonnable du «lieu» dans le cadre de l'examen d'un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d'expression. Néanmoins, d'après la formulation de la *Charte*, sa structure et l'interprétation qui en a été donnée, cet examen doit s'effectuer en vertu de l'article premier et c'est ce que je ferai. Cela est tout à fait conforme à l'approche adoptée par notre Cour dans l'arrêt *Irwin Toy*,

1991 CanLII 119 (SCC)

into s. 2(*b*) itself, I am of the view that they do not embrace the proscription of nonviolent expression on government property.

précité, et à l'opinion exprimée par le juge en chef Dickson dans *R. c. Keegstra*, précité, particulièrement à la p. 729. Quelles que soient les limites internes propre à l'interprétation de l'al. 2*b*), j'estime qu'elles ne comprennent pas l'interdiction de l'expression pacifique sur la propriété du gouvernement.

If we examine the traditional standards implemented to evaluate the reasonableness of time, place, and manner restrictions in other jurisdictions (notably the United States), we find that generally the burden of proof lies on the government and the criteria are remarkably similar to the s. 1 language. In Canada, no other approach would be consistent with the broad construction of s. 2(*b*). If the government wants to impose time, place, and manner limitations on the ambit of nonviolent expression, it must bear the burden of justifying these encumbrances. Such interdiction may be rational, but the government must substantiate its legitimacy.

Si l'on examine les normes traditionnellement utilisées ailleurs (notamment aux États-Unis) pour évaluer le caractère raisonnable des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression, il appert que, de façon générale, le fardeau de preuve incombe au gouvernement et les critères employés sont remarquablement semblables au texte de l'article premier. Au Canada, toute autre approche serait incompatible avec l'interprétation large de l'al. 2*b*). Si le gouvernement désire imposer des restrictions quant aux heures, au lieu et au mode d'expression pacifique, il doit supporter le fardeau de justifier ces limites. Ces interdictions peuvent être tout à fait rationnelles, mais le gouvernement doit faire la preuve de leur légitimité.

Having concluded that a breach of s. 2(*b*) of the *Charter* has been established here, can the regulations be upheld as a reasonable limit prescribed by law, "demonstrably justified in a free and democratic society"?

Ayant conclu qu'en l'espèce il y a bel et bien eu atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*, il convient maintenant de déterminer si le règlement en litige peut être confirmé pour le motif qu'il constitue une restriction raisonnable prescrite par une règle de droit et «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Section 1 of the *Charter*

L'article premier de la *Charte*

Different justifications have been advanced by the appellant for the analysis under s. 1. Primarily the appellant relies on the fact that the events took place on government property; this, it is argued, gives the government rights incidental to property ownership which allow the limitation of freedom of expression. Further, the appellant suggests that the limits on the expression were reasonable in time, place and manner. I will discuss these in turn as well as other factors bearing on the section 1 issues.

L'appelante a soumis différents arguments dans le cadre de l'analyse fondée sur l'article premier. L'appelante fait essentiellement appel au fait que les événements en cause se sont produits sur la propriété du gouvernement; elle allègue que cela confère au gouvernement des droits accessoires au droit de propriété lui permettant de restreindre la liberté d'expression. En outre, l'appelante soutient que les restrictions imposées quant aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables. Je vais analyser ces questions à tour de rôle ainsi que d'autres facteurs pertinents à l'article premier.

1991 CanLII 119 (SCC)

A: *Government Property*

The appellant takes a hard line in urging this Court to allow the appeal, submitting that as owner of property, the government has the right to exclude whomever it wants, and to impose conditions on invitees to its property without limitation by the *Charter*:

[TRANSLATION] It is therefore accurate, in our view, to state that the Charter did not have the effect of reducing in any way the government's rights and prerogatives as an owner.

Taken to their extreme, the consequences of such a determination would undermine the crucial function of government and the responsibility it bears to its constituents. If the government had complete discretion to treat its property as would a private citizen, it could differentiate on the basis of content, or choose between particular viewpoints, and grant access to sidewalks, streets, parks, the courthouse lawn, and even Parliament Hill only to those whose message accorded with the government's preferences. Such a standard would be antithetical to the spirit of the *Charter*, and would stultify the true import of freedom of expression.

When calibrating the s. 1 barometer, the political quality of the stifled expression must be weighed against whatever governmental arguments are raised in opposition. Unlike the American system whereby delineated tests are required for the various "types" of expression, our s. 1 is flexible enough to accommodate all these types, the result depending on what objectives are put forward by the government, and what means are selected to advance these objectives. This enables us to construct a contextual rather than a categorical approach, focusing not only on the scope of the right, but also on the setting in which the freedom of expression claim is made. As Wilson J. explained in *Edmonton Journal v. Alberta*, *supra*, at pp. 1355-56:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context. It may be, for example, that freedom of expression has

A: *Propriété du gouvernement*

L'appelante argumente avec fermeté qu'il y a lieu pour notre Cour d'accueillir le pourvoi, alléguant qu'à titre de propriétaire, le gouvernement a le droit d'exclure qui il veut et d'imposer des conditions à ceux qu'il invite dans sa propriété, sans aucune restriction, indépendamment de la *Charte*:

Il nous apparaît donc juste d'affirmer que la Charte n'a pas eu pour effet de diminuer de quelque façon que ce soit les droits et prérogatives du gouvernement à titre de propriétaire.

Poussé à l'extrême, ce genre d'affirmation aurait pour conséquence de miner la fonction cruciale du gouvernement et ses responsabilités envers ses citoyens. Si le gouvernement avait le pouvoir discrétionnaire de traiter sa propriété comme le ferait un particulier, il pourrait adopter des normes différentes sur la base du contenu ou privilégier certains points de vue, donner accès aux trottoirs, aux rues, aux parcs, à la pelouse d'un palais de justice et même à la Colline parlementaire, aux seules personnes dont le message serait conforme aux préférences du gouvernement. Pareille norme serait tout à fait contraire à l'esprit de la *Charte* et enlèverait toute valeur au concept même de la liberté d'expression.

Dans le calibrage du baromètre que constitue l'article premier, le caractère politique de l'expression réprimée doit être évalué en fonction des arguments soulevés à son encontre par le gouvernement. Contrairement au régime américain où des critères bien déterminés sont requis pour les différents «types» d'expression, notre article premier est assez souple pour convenir à tous ces types, le résultat dépendant des objectifs avancés par le gouvernement et des moyens choisis pour les atteindre. Cela nous permet d'adopter une méthode contextuelle plutôt qu'une méthode fondée sur la classification, en insistant non seulement sur la portée du droit mais également sur le cadre dans lequel la liberté d'expression est alléguée. Comme l'expliquait le juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta*, précité, aux pp. 1355 et 1356:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte. Par exemple, il se peut que la liberté d'expression

1991 CanLII 119 (SCC)

greater value in a political context than it does in the context of disclosure of the details of a matrimonial dispute. The contextual approach attempts to bring into sharp relief the aspect of the right or freedom which is truly at stake in the case as well as the relevant aspects of any values in competition with it. It seems to be more sensitive to the reality of the dilemma posed by the particular facts and therefore more conducive to finding a fair and just compromise between the two competing values under s. 1.

ait une importance plus grande dans un contexte politique que dans le contexte de la divulgation des détails d'une affaire matrimoniale. La méthode contextuelle tente de mettre clairement en évidence l'aspect du droit ou de la liberté qui est véritablement en cause dans l'instance ainsi que les aspects pertinents des valeurs qui entrent en conflit avec ce droit ou cette liberté. Elle semble mieux saisir la réalité du litige soulevé par les faits particuliers et être donc plus propice à la recherche d'un compromis juste et équitable entre les deux valeurs en conflit en vertu de l'article premier.

The specific context of this claim is that the respondents are asserting a right to use inexpensive means of communication—leafletting and solicitation—in a government venue that by its nature concentrates a significant number of persons in one place at one time. Furthermore, many of those persons have time to kill and little to do, and so might be more receptive to information and ideas than they would be in other contexts.

En l'espèce, le contexte pertinent est le suivant: les intimés affirment leur droit d'utiliser des moyens de communication peu coûteux—la distribution de dépliants et la sollicitation—dans un endroit appartenant au gouvernement qui, par sa nature même, rassemble un nombre important de personnes à un moment déterminé. De plus, bon nombre de ces personnes ont peu de choses à faire pour tuer le temps et sont peut-être plus réceptives à certaines idées et informations qu'en d'autres circonstances.

The crux of the Government's attempt to defend the provision at issue relates to its property interest in the airport. It relied heavily on the dissent of Pratte J. at the Federal Court of Appeal, who held at p. 74 that:

L'essentiel des arguments du gouvernement, à l'appui de la disposition en cause, porte sur ses droits de propriété afférents à l'aéroport. Il se fonde en grande partie sur l'opinion dissidente du juge Pratte de la Cour d'appel fédérale qui, à la p. 74, a maintenu:

Dorval airport belongs to the federal government. The government has the same rights as any owner with respect to its property. Its ownership right, therefore, is exclusive like that of any individual. The only qualification to this rule arises from the fact that the property owned by the government is frequently intended for use by the public, which then has a right to use it for the purposes for which the government intends it.

L'aérogare de Dorval appartient au gouvernement fédéral. Le gouvernement possède, à l'égard de ses biens, les mêmes droits que tout propriétaire. Son droit de propriété est donc exclusif comme celui des individus. Le seul tempérament dont soit assortie cette règle vient de ce que, très souvent, les biens qui appartiennent à l'État sont destinés à être utilisés par le public qui, alors, a le droit de s'en servir pour les fins auxquelles l'État les a destinés.

Hence, the s. 1 analysis in this case must be sensitive to the unique relationship between Government and its property. This will be instrumental as well in establishing criteria for what constitutes a "public" place, and what effect that has on the rationalization of freedom of expression limitations.

L'analyse fondée sur l'article premier en l'espèce doit donc être sensible aux liens uniques qui existent entre le gouvernement et sa propriété. Cette analyse nous permettra également de formuler un test pour définir ce qui constitue un lieu «public» et ses effets sur la rationalisation des restrictions de la liberté d'expression.

1991 CanLII 119 (SCC)

Freedom of Expression and its Relationship to Public Property

This Court has long recognized that freedom of expression could be affected by governmental regulation of public property. In *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police was struck down as (in the opinion of three justices) *ultra vires* the province. Rand J. stated at p. 332, with respect to the arbitrary discretion of municipal officers and the need to use public property to disseminate ideas:

> What is proposed before us is that a newspaper, just as a religious, political or other tract or handbill, for the purposes of sale or distribution through use of streets, can be placed under the uncontrolled discretion of a municipal officer; that is, that the province, while permitting all others, could forbid a newspaper or any other writing of a particular colour from being so disposed of. That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem"; and a more objectionable interference, short of complete suppression, with that dissemination which is the "breath of life" of the political institutions of this country than that made possible by the by-law can scarcely be imagined.

Kellock J. stressed that a by-law prohibiting all distribution in the streets would raise "entirely different considerations", but this one was objectionable because it allowed the Chief of Police to decide between viewpoints.

An example of how public property is to be contrasted with private property can be found in articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada*:

La liberté d'expression et la propriété publique

Notre Cour reconnaît depuis longtemps que la liberté d'expression peut être touchée par la réglementation gouvernementale de la propriété publique. Dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville, sans l'autorisation du chef de police, a été annulé pour le motif que (de l'avis de trois juges) il était *ultra vires* de la province. Voici ce qu'a affirmé le juge Rand, à la p. 332, au sujet des décisions arbitraires des fonctionnaires municipaux et de la nécessité de faire appel à la propriété publique pour la dissémination des idées:

> [TRADUCTION] Ce que l'on veut nous faire admettre, c'est que l'on puisse placer un journal, tout comme un fascicule ou prospectus d'ordre religieux ou politique destiné à être vendu ou distribué sur la voie publique, sous le pouvoir totalement discrétionnaire d'un fonctionnaire municipal; autrement dit que la province, tout en autorisant la distribution de tous les autres, puisse interdire que l'on distribue de cette manière un journal ou écrit d'une nuance particulière. La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6e verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem». Il est difficile d'imaginer, à moins d'une suppression totale, une immixtion plus répréhensible dans cette diffusion, qui constitue le «cœur même» de nos institutions politiques, que celle que rend possible ce règlement.

Le juge Kellock a souligné qu'un règlement interdisant toute distribution de documents dans les rues soulèverait [TRADUCTION] «des questions tout à fait différentes», mais celui-ci était inadmissible parce qu'il permettait au chef de police de faire un choix parmi différentes opinions.

Les articles 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* nous offrent un exemple de la façon dont la propriété publique peut être opposée à la propriété privée:

1991 CanLII 119 (SCC)

399. Property belongs either to the Crown, or to municipalities or other corporations, or to individuals.

That of the first kind is governed by public or administrative law.

That of the second is subject, in certain respects as to its administration, its acquisition and its alienation, to certain rules and formalities which are peculiar to it.

As to individuals, they have the free disposal of the things belonging to them, under the modifications established by law.

400. Roads and public ways maintained by the state, navigable and floatable rivers and streams and their banks, the sea-shore, lands reclaimed from the sea, ports, harbours and roadsteads and generally all those portions of territory which do not constitute private property, are considered as being dependencies of the crown domain.

The same rule applies to all lakes and to all non-navigable and non-floatable rivers and streams and their banks, bordering on lands alienated by the Crown after the 9th of February, 1918.

The combined effect of articles 399 and 400 of the *Civil Code of Lower Canada* is that all lands belong to someone. If property rights alone can be invoked to limit, restrain, or abridge a fundamental freedom on any given place of public property, the *Charter*'s guarantees lose all meaning—only those holding the property-owner's permission could express themselves.

The obvious negative implications of such a standard have motivated the United States Supreme Court to hold that in some extreme circumstances, such as a company town, even technically private ownership may be tantamount to public ownership for the purposes of expression and debate:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506).

But in *Harrison v. Carswell*, [1976] 2 S.C.R. 200, a pre-*Charter* decision, the majority of this Court

399. Les biens appartiennent ou à l'état, ou aux municipalités et autres corporations, ou enfin aux particuliers.

Ceux de la première espèce sont régis par le droit public ou par les lois administratives.

Ceux de la seconde sont soumis à certains égards pour leur administration, leur acquisition et aliénation, à des règles et formalités qui leur sont propres.

Quant aux particuliers, ils ont la libre disposition des biens qui leur appartiennent sous les modifications établies par la loi.

400. Les chemins et routes à la charge de l'état, les fleuves et rivières navigables et flottables et leurs rives, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres et les rades et généralement toutes les portions de territoire qui ne tombent pas dans le domaine privé, sont considérées comme des dépendances du domaine public.

Il en est de même de tous lacs et des rivières et cours d'eau non navigables et flottables et de leurs rives bordant les terrains aliénés par l'État après le 9 février, 1918.

Lus conjointement, les art. 399 et 400 du *Code civil du Bas Canada* signifient que tout bien-fonds appartient à quelqu'un. Si les droits de propriété pouvaient à eux seuls être invoqués pour limiter, restreindre ou réduire une liberté fondamentale dans un lieu donné constituant une propriété publique, les garanties conférées par la *Charte* perdraient toute signification: seules les personnes autorisées par le propriétaire pourraient s'exprimer.

Les inconvénients évidents d'une telle norme ont poussé la Cour suprême des États-Unis à conclure qu'en certaines circonstances extrêmes, comme dans le cas d'une ville fermée, même la propriété privée en théorie est assimilable à la propriété publique aux fins d'expression et de discussion:

[TRADUCTION] La propriété ne signifie pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété. (*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506.)

Dans l'arrêt *Harrison c. Carswell*, [1976] 2 R.C.S. 200, rendu avant la proclamation de la *Charte*, notre

1991 CanLII 119 (SCC)

held that an employee of a tenant in a shopping centre had no right to picket on the shopping centre sidewalk. The centre, as a matter of policy, had never permitted the distribution of pamphlets or leaflets, or the carrying of placards, within the mall. As Dickson J. wrote for the majority at p. 219:

Anglo-Canadian jurisprudence has traditionally recognized, as a fundamental freedom, the right of the individual to the enjoyment of property and the right not to be deprived thereof, or any interest therein, save by due process of law. The Legislature of Manitoba has declared in *The Petty Trespasses Act* that any person who trespasses upon land, the property of another, upon or through which he has been requested by the owner not to enter, is guilty of an offence. If there is to be any change in this statute law, if A is to be given the right to enter and remain on the land of B against the will of B, it would seem to me that such a change must be made by the enacting institution, the Legislature, which is representative of the people and designed to manifest the political will, and not by the Court.

Chief Justice Laskin dissented, holding at pp. 207-8 that:

The considerations which underlie the protection of private residences cannot apply to the same degree to a shopping centre in respect of its parking areas, roads and sidewalks. Those amenities are closer in character to public roads and sidewalks than to a private dwelling. All that can be urged from a theoretical point of view to assimilate them to private dwellings is to urge that if property is privately owned, no matter the use to which it is put, trespass is as appropriate in the one case as in the other, and it does not matter that possession, the invasion of which is basic to trespass, is recognizable in the one case but not in the other. There is here, on this assimilation, a legal injury albeit no actual injury. This is a use of theory which does not square with economic or social fact under the circumstances of the present case.

In *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), one appellant was a private shopping center which had a policy of not permitting visitors to "engage in any publicly expressive activity" while on the premises. The respondents were soliciting signa-

Cour a toutefois conclu à la majorité qu'un employé d'un locataire d'un centre commercial n'avait pas le droit de faire du piquetage sur le trottoir du centre commercial. Selon sa politique, le centre n'avait jamais autorisé la distribution de dépliants ou de brochures, ni le port de pancartes, à l'intérieur du centre. Le juge Dickson a affirmé ce qui suit au nom de la majorité, à la p. 219:

La jurisprudence anglo-canadienne reconnaît traditionnellement comme une liberté fondamentale le droit de l'individu à la jouissance de ses biens et le droit de ne s'en voir privé, même partiellement, si ce n'est par l'application régulière de la loi. La législature du Manitoba a édicté dans le *Petty Trespasses Act* que quiconque entre illégalement dans un terrain appartenant à une autre personne malgré l'interdiction du propriétaire d'y entrer ou d'y passer, est coupable d'une infraction. Si cette loi doit être modifiée, si l'on doit permettre à A d'entrer sur le terrain de B et d'y rester contre la volonté de ce dernier, j'estime qu'il revient à l'institution qui l'a édictée, c'est-à-dire à la législature qui représente le peuple et est constituée pour exprimer sa volonté politique, et non au tribunal, d'apporter la modification voulue.

Le juge en chef Laskin a émis l'opinion dissidente suivante, aux pp. 207 et 208:

Les considérations qui sont à la base de la protection des maisons privées ne peuvent pas s'appliquer dans la même mesure à un centre commercial en raison des aires de stationnement, des rues et des trottoirs. Ces installations ressemblent davantage par leur nature aux rues et aux trottoirs publics qu'à une résidence privée. Tout ce que l'on peut théoriquement avancer pour les assimiler à des résidences privées, c'est que si une propriété appartient à quelqu'un, quelle qu'en soit l'utilisation, dans un cas comme dans l'autre il peut y avoir intrusion illicite, et peu importe que la possession, dont la violation constitue le fondement de l'intrusion illicite, existe dans un cas et non dans l'autre. Dans cette hypothèse, on peut conclure à l'existence d'un préjudice en droit, mais pas en fait. Cette théorie ne correspond pas aux données économiques et sociales des circonstances en l'espèce.

Dans *PruneYard Shopping Center v. Robins*, 447 U.S. 74 (1980), une des appelantes exploitait un centre commercial privé qui avait pour politique de ne pas permettre aux visiteurs de [TRADUCTION] «participer à quelque activité d'expression en public» pen-

1991 CanLII 119 (SCC)

tures for a political cause. The case was essentially about the right of the appellant to control the use of its property and its right to exclude others, versus the right of the respondents to engage in expressive activity on the shopping mall property. The Court upheld the decision of the California Supreme Court, which interpreted the State Constitution as protecting "speech and petitioning, reasonably exercised, in shopping centers even when the centers are privately owned." The United States Supreme Court held, at p. 87, that:

> Most important, the shopping center by choice of its owner is not limited to the personal use of appellants. It is instead a business establishment that is open to the public to come and go as they please. The views expressed by members of the public in passing out pamphlets or seeking signatures for a petition thus will not likely be identified with those of the owner. Second, no specific message is dictated by the State to be displayed on appellants' property. There consequently is no danger of governmental discrimination for or against a particular message. Finally, as far as appears here appellants can expressly disavow any connection with the message by simply posting signs in the area where the speakers or handbillers stand. Such signs, for example, could disclaim any sponsorship of the message and could explain that the persons are communicating their own messages by virtue of state law.

However, this distinction is not at issue in this appeal. For our present purposes it is only necessary to consider the *Charter*'s impact on the distribution of leaflets on government property. The *Charter*'s effect on leafletting on private property, as well as whether it gives the media a right of access to public property for the purpose of gathering news, are better left for another day. It would be inappropriate to address these issues here, since the facts of the case at bar do not require their consideration, and because substantially affected interests (such as private property owners) are not represented on this appeal. For a discussion of freedom of expression in the context of

dant qu'ils étaient sur les lieux. Les intimés ont fait signer une pétition en faveur d'une cause politique. Le litige portait essentiellement sur le droit de l'appelante de contrôler l'utilisation de sa propriété ainsi que son droit d'exclure d'autres personnes, au regard du droit des intimés de participer à une activité expressive sur la propriété du centre commercial. La cour a confirmé la décision rendue par la Cour suprême de la Californie qui avait conclu que la constitution de l'État protégeait [TRADUCTION] «la parole et la présentation de pétitions, exercées de façon raisonnable, dans les centres commerciaux, même si les centres appartiennent à des intérêts privés.» La Cour suprême des États-Unis a affirmé ce qui suit à la p. 87:

> [TRADUCTION] Il est encore plus important de souligner que le centre commercial, par choix de son propriétaire, n'est pas restreint à l'usage personnel qu'en font les appelants. Il s'agit plutôt d'un établissement commercial ouvert au public qui peut y aller et venir comme bon lui semble. Les opinions exprimées par les membres du public qui distribuent des brochures ou demandent de signer une pétition ne sont donc pas susceptibles d'être identifiées à celles des propriétaires. Deuxièmement, l'État n'ordonne pas qu'un message précis soit affiché sur la propriété des appelants. Il n'y a donc aucune possibilité de discrimination gouvernementale en faveur ou à l'encontre d'un message en particulier. Enfin, en l'espèce du moins, les appelants peuvent nier expressément qu'il existe des liens entre eux et le message transmis en accrochant tout simplement des affiches dans le secteur où se trouvent les orateurs ou les solliciteurs. Ces affiches pourraient prévoir, par exemple, que le propriétaire n'est aucunement responsable du message diffusé et que les personnes disséminent leurs propres messages conformément aux lois de l'État.

Cette distinction ne fait toutefois pas l'objet du présent pourvoi. Aux fins de la présente instance, il suffit de déterminer l'effet de la *Charte* sur la distribution de brochures dans une propriété gouvernementale. Il y a lieu de reporter à plus tard l'étude des effets de la distribution de brochures sur la propriété privée et la question de savoir si cela donne aux médias un droit d'accès à la propriété publique afin de recueillir la nouvelle. Il serait inopportun de soulever ces questions en l'espèce puisque les faits ne l'exigent pas et que les groupes d'intérêts les plus touchés (comme les propriétaires privés) ne sont pas représentés dans ce pourvoi. Pour une étude de la

1991 CanLII 119 (SCC)

public and private ownership of property, see Richard Moon, "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression" (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339 and "Freedom of Expression and Property Rights" (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243 by the same author.

If members of the public had no right whatsoever to distribute leaflets or engage in other expressive activity on government-owned property (except with permission), then there would be little if any opportunity to exercise their rights of freedom of expression. Only those with enough wealth to own land, or mass media facilities (whose ownership is largely concentrated), would be able to engage in free expression. This would subvert achievement of the *Charter*'s basic purpose as identified by this Court, i.e., the free exchange of ideas, open debate of public affairs, the effective working of democratic institutions and the pursuit of knowledge and truth. These eminent goals would be frustrated if for practical purposes, only the favoured few have any avenue to communicate with the public.

On the other hand, the *Charter*'s framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter*'s purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

The logical compromise then is to recognize that some, but not all, government-owned property is constitutionally open to the public for engaging in expressive activity. Restrictions on expression in particular places will be harder to defend than in others.

liberté d'expression dans le contexte du droit de propriété public et privé, voir Richard Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression» (1988), 20 *Ottawa L. Rev.* 339, et «Freedom of Expression and Property Rights» (1988), 52 *Sask. L. Rev.* 243, du même auteur.

Si les membres du public n'avaient absolument pas le droit de distribuer des brochures ou de participer à une autre activité expressive sur la propriété du gouvernement, sauf avec son autorisation, ils auraient très peu d'occasions d'exercer leur droit à la liberté d'expression. Seuls ceux qui sont assez fortunés pour être propriétaires fonciers ou qui ont accès à d'importants médias (dont la propriété est en grande partie concentrée) pourraient bénéficier de la liberté d'expression. Cela irait à l'encontre des objectifs fondamentaux de la *Charte* qu'a identifiés notre Cour, c'est-à-dire le libre échange des idées, la discussion ouverte des affaires publiques, le fonctionnement efficace des institutions démocratiques et la recherche de la connaissance et de la vérité. Ces objectifs éminemment louables seraient contrecarrés si, pour des raisons d'ordre pratique, seuls de rares privilégiés avaient la possibilité de communiquer avec le public.

D'un autre côté, les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliants ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Pour en venir à un compromis logique, il convient de reconnaître que certaines propriétés gouvernementales, mais non la totalité, sont ouvertes au public, en vertu de la Constitution, afin que le public puisse participer à des activités expressives. Les restrictions

1991 CanLII 119 (SCC)

In some places the justifiability of the restrictions is immediately apparent. As Dickson C.J. explained in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 138:

I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

Certain criteria, while not themselves dispositive, can assist in determining what locations are appropriately open for public expression, and bear the earmarks of "public arenas". The status of airports can then be determined in light of these standards.

"Public Forums", "Public Arenas", and Airports

In *Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, Beetz J. for the majority expressed the opinion, at p. 797, that "[f]ar from being the object of a right, the holding of a public meeting on a street or in a park may constitute a trespass against the urban authority in whom the ownership of the street is vested", and that freedom of expression could not be relied upon to strike down a by-law prohibiting all demonstrations for one month. However, this was before the *Charter*, and the case is evidence of, if nothing else, an understanding that the law of trespass may act as a legal limit on freedom of expression.

But the distinctive nature of government property whittles away at the application of trespass law. As the United States Supreme Court held in *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and public places has, from ancient times, been a part of the privileges, immunities, rights, and liberties of citizens. The privilege of a citizen of the United States to use the streets and parks for communication of

imposées à l'expression seront plus difficilement justifiables en certains lieux qu'en d'autres. Que des restrictions soient justifiées à certains endroits est l'évidence même. Comme l'expliquait le juge en chef Dickson dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 138:

Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Sans être déterminants en soi, certains critères peuvent nous aider à identifier les endroits qui sont appropriés à l'expression publique et qui sont caractéristiques des «tribunes publiques». La situation des aéroports pourra alors être décidée à la lumière de ces normes.

«Forums publics», «tribunes publiques» et aéroports

Dans l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, le juge Beetz a émis l'opinion, à la p. 797, au nom de la majorité, que «[l]oin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue» et que la libre expression ne saurait servir de fondement à l'annulation d'un règlement municipal interdisant toute manifestation pendant un mois. Cet arrêt a toutefois été rendu avant la proclamation de la *Charte* et offre tout au moins la preuve qu'on peut comprendre que les règles de droit relatives à la violation de propriété peuvent constituer une restriction légale de la liberté d'expression.

Mais le caractère distinct de la propriété gouvernementale restreint l'application des règles de droit relatives à la violation de propriété. Comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis dans *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés

1991 CanLII 119 (SCC)

views on national questions may be regulated in the interest of all; it is not absolute, but relative, and must be exercised in subordination to the general comfort and convenience, and in consonance with peace and good order; but it must not, in the guise of regulation, be abridged or denied.

And as Harry Kalven, Jr. stated in "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, at pp. 11-12:

> . . . in an open democratic society the streets, the parks, and other public places are an important facility for public discussion and political process. They are in brief a public forum that the citizen can commandeer; the generosity and empathy with which such facilities are made available is an index of freedom.

However, even the right of political self-expression is not completely unfettered, and as the U.S. Supreme Court explained in *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), at p. 554:

> The rights of free speech and assembly, while fundamental in our democratic society, still do not mean that everyone with opinions or beliefs to express may address a group at any public place and at any time. The constitutional guarantee of liberty implies the existence of an organized society maintaining public order, without which liberty itself would be lost in the excesses of anarchy. [Emphasis added.]

In order to delineate what measures are consistent with and reasonable for the preservation of public order, American courts have enunciated the "public forum" doctrine, mentioned above. Tribe illustrates at p. 987:

> The "public forum" doctrine holds that restrictions on speech should be subject to higher scrutiny when, all other things being equal, that speech occurs in areas playing a vital role in communication—such as in those places historically associated with first amendment activities, such as streets, sidewalks, and parks—especially because of how indispensable communication in these places is to people who lack access to more elaborate (and more costly) channels. Public forum

des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Et selon Harry Kalven, Jr. dans «The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana», [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12:

> [TRADUCTION] . . . dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d'autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

Cependant, même le droit à l'expression de ses opinions politiques n'est pas absolu comme l'a expliqué la Cour suprême des États-Unis dans *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), à la p. 554:

> [TRADUCTION] Même si les droits de parole et de réunion sont fondamentaux dans notre société démocratique, il ne faut quand même pas conclure que toute personne désireuse d'exprimer des opinions ou des croyances peut prendre la parole en public n'importe où et n'importe quand. La liberté garantie par la constitution suppose l'existence d'une société organisée, capable de maintenir l'ordre public sans lequel cette même liberté serait perdue dans les excès de l'anarchie. [Je souligne.]

Afin de déterminer quelles mesures sont raisonnables et compatibles avec l'objectif de maintien de l'ordre public, les tribunaux américains ont élaboré la théorie du «forum public», déjà mentionnée. Tribe en donne une illustration, à la p. 987:

> [TRADUCTION] La théorie du «forum public» prévoit que les restrictions à la liberté de parole devraient faire l'objet d'un examen très serré lorsque, en toute égalité, cette parole est prononcée dans des endroits jouant un rôle vital de communication—notamment les lieux traditionnellement associés à des activités prévues dans le Premier amendement, comme les rues, les trottoirs et les parcs—surtout parce que la communication d'idées dans ces lieux est indispensable à ceux qui n'ont pas accès à

1991 CanLII 119 (SCC)

analysis adds a frequently significant location-specific dimension—or at least a location-specific *label* —to the threshold inquiry of whether the values of free expression are involved in a given case. In some places, some activities are said to be entitled to greater first amendment protection than the same activities might claim in other places. The designation "public forum" thus serves as shorthand for the recognition that a particular context represents an important channel of communication in the system of free expression. [Emphasis in original.]

The American approach has been severely criticized as being too lenient, heavily result-oriented, and insufficiently sensitive to the subtle opportunities for government suppression of unpopular views through seemingly neutral regulations. See Farber and Nowak, "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, "Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression", op. cit.; Post, "Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum" (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, "The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis" (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, "Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression" (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

As Farber and Nowak point out at p. 1224:

Our objection to public forum analysis is not that it invariably yields wrong results (although it sometimes does), but that it distracts attention from the first amendment values at stake in a given case. It almost certainly will hinder lower court judges from focusing on those values or from making sense of Supreme Court precedent. Classifying a medium of communication as a public forum may cause legitimate governmental interests to be thoughtlessly brushed aside; classifying it as something other than a public forum may lead courts to

des modes de communication plus élaborés (et plus coûteux). L'analyse du forum public ajoute une dimension souvent importante liée à un lieu donné—ou du moins à une *catégorie* de lieux donnés—à la question de savoir si les valeurs et la libre expression sont visés dans un cas donné. En certains lieux, certaines activités ont apparemment droit à une plus grande protection en vertu du Premier amendement que celle à laquelle ces mêmes activités pourraient avoir droit en d'autres lieux. L'expression «forum public» sert donc à dire sommairement qu'il est reconnu qu'un contexte particulier représente un mode de communication important dans le régime de la libre expression. [En italique dans l'original.]

La vision américaine a été sévèrement critiquée pour le motif qu'elle était trop tolérante, largement liée au résultat et trop peu sensible aux occasions subtiles qui s'offrent au gouvernement de réprimer des opinions impopulaires par l'entremise de règlements apparemment neutres. Voir Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219; Moon, «Access to Public and Private Property Under Freedom of Expression», *loc. cit.*; Post, «Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum» (1987), 34 *U.C.L.A. L. Rev.* 1713; Dienes, «The Trashing of the Public Forum: Problems in First Amendment Analysis» (1986), 55 *Geo. Wash. L. Rev.* 109; Lee, «Lonely Pamphleteers, Little People, and the Supreme Court: The Doctrine of Time, Place, and Manner Regulations of Expression» (1986), 54 *Geo. Wash. L. Rev.* 757.

Comme Farber et Nowak l'ont souligné, à la p. 1224:

[TRADUCTION] Nous nous opposons à l'analyse du forum public non pas parce qu'elle donne invariablement lieu à des résultats erronés (bien que ce soit parfois le cas), mais parce qu'elle détourne l'attention des valeurs consacrées dans le Premier amendement qui sont en jeu dans un litige donné. Elle empêchera presque certainement les juges des tribunaux inférieurs de se concentrer sur ces valeurs ou de comprendre la jurisprudence de la Cour suprême. Classer un mode de communication comme forum public peut entraîner la mise à l'écart par mégarde d'intérêts gouvernementaux légitimes; la classification dans une autre catégorie que celle du forum public peut mener les tribunaux à ne pas tenir compte de l'incompatibilité qui existe entre le règlement

1991 CanLII 119 (SCC)

ignore the incompatibility of the challenged regulations with first amendment values. [Emphasis added.]

After reviewing several decisions implicating the public forum doctrine, Tribe concluded at pp. 992-93 that:

... whether or not a given place is deemed a "public forum" is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction ... even where property does *not* constitute a public forum, the Court has said that government regulation must ordinarily be content-neutral, and must still be reasonable as to time, place, and manner. To be sure, what the Court views as content-neutral, and what it sees as reasonable, could in theory depend on whether it regards a particular forum as public, or at least semi-public. But since the cases provide scant support for that supposition, and instead suggest that the Court uses "public forum" talk to signal conclusions it has reached on other grounds, it might be considerably more helpful if the Court were to focus more directly and explicitly on the degree to which the regulation at issue impinges on the first amendment interest in the free flow of information; translating this inquiry into public forum language may simply "confuse [ ] the development of first amendment principles." [Emphasis added.]

I agree. An overly rigid categorization focusing exclusively on place would tend to lose sight of the forest for the trees. The First Amendment as well as the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were designed to protect people, not places. While certain areas can acquire a distinctive character, and people's expectations may be affected by where they find themselves, the rights and freedoms do not extend to the locations, but rather to the people occupying them.

The Federal Court of Appeal refused to recognize the American "public forum" approach. Applying such a broad prohibition here would virtually deny the government any power to regulate expressive activities at airports, and go beyond the jurisprudence of the U.S. Supreme Court to date. Furthermore, too broad a holding might have far-reaching conse-

contesté et les valeurs consacrées dans le Premier amendement. [Je souligne.]

Après avoir passé en revue plusieurs décisions portant sur la théorie du forum public, Tribe conclut, aux pp. 992 et 993:

[TRADUCTION] ... la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole [. . .] même lorsque la propriété *ne* constitue *pas* un forum public, la cour a conclu que les règlements gouvernementaux doivent habituellement être non liés au contenu et être raisonnables quant aux restrictions qu'elle impose aux heures, au lieu et au mode d'expression. Il est certain que ce que la cour considère comme «non lié au contenu» et ce qu'elle juge raisonnable pourrait, en théorie, dépendre de son opinion, à savoir si un forum donné est public ou du moins semi-public. Mais puisque la jurisprudence offre peu d'appui à cette hypothèse, et suggère plutôt que la cour parle de «forum public» pour annoncer les conclusions auxquelles elle est parvenue pour d'autres motifs, il serait peut-être beaucoup plus utile de voir la cour se concentrer plus directement et expressément sur la mesure dans laquelle le règlement en cause porte atteinte à la libre circulation de l'information garantie par le Premier amendement; la transformation de cet examen en termes de forum public risque de confondre tout simplement l'évolution des principes fondés sur le Premier amendement. [Je souligne.]

J'en conviens. Une classification trop rigide portant exclusivement sur le lieu équivaudrait à ne voir que les arbres et non la forêt. Le Premier amendement, tout comme la *Charte canadienne des droits et libertés*, a été conçu pour protéger les gens et non les lieux. Bien que certains endroits puissent acquérir un caractère distinct et que les gens puissent avoir des attentes différentes selon le lieu où ils se trouvent, les droits et libertés ne s'appliquent pas aux endroits mais bien aux gens qui s'y trouvent.

La Cour d'appel fédérale a refusé d'adopter le concept américain de «forum public». Appliquer ici un concept aussi large nierait virtuellement au gouvernement tout pouvoir de réglementer les activités expressives aux aéroports et irait encore plus loin que la Cour suprême américaine ne l'a fait jusqu'à maintenant, en plus d'avoir des conséquences considérables

1991 CanLII 119 (SCC)

quences for regulation of expressive activities on public property generally.

With this in mind, when designing "made in Canada" criteria for determining what places are to be considered public, I am of the view that we should selectively draw upon some of the American specifications, without importing them wholesale. As stated, the A.G.O. has suggested that we employ the term "public arena" to avoid confusion with the American terminology, and has also offered certain factors to be considered when inquiring as to whether a given place qualifies. The proposed determinants include:

1. The traditional openness of such property for expressive activity.

   This criterion is not a *sine qua non* as in the U.S. Absence of tradition would not preclude the declaration of a public arena, as the other factors may very well yield the same conclusion.

2. Whether the public is ordinarily admitted to the property as of right.

3. The compatibility of the property's purpose with such expressive activities.

   If the activity interfered with the property's purpose, it would be less likely to be justified. Properties with multiple purposes would be problematic under this criterion.

4. The impact of the availability of such property for expressive activity on the achievement of s. 2(*b*)'s purposes.

5. The symbolic significance of the property for the message being communicated.

   This is a contextual criterion, linking the property with the purpose or cause of the demonstration.

6. The availability of other public arenas in the vicinity for expressive activities.

   A property would be more open to activities if no other property was available.

pour la réglementation d'activités expressives dans les propriétés publiques en général.

Compte tenu de ce qui précède, j'estime que nous devrions être sélectifs dans l'adoption des normes américaines et non les importer en vrac, afin d'établir des critères purement canadiens pour déterminer quels lieux doivent être considérés comme publics. Comme je l'ai déjà mentionné, le P.G.O. a préconisé l'emploi de l'expression «tribune publique» afin d'éviter toute confusion avec la terminologie américaine; il a également proposé certains facteurs servant à évaluer si un endroit donné peut être considéré comme public. Il s'agit notamment des facteurs suivants:

1. La disponibilité traditionnelle de ce genre de propriété à des fins d'activité expressive.

   Ce critère n'est pas une condition essentielle comme c'est le cas aux États-Unis. L'absence de tradition n'empêchera pas la classification d'un endroit comme tribune publique, si les autres facteurs justifient cette conclusion.

2. L'accès du public à la propriété est ordinairement considéré ou non comme un droit.

3. La compatibilité de l'objet de la propriété avec ces activités expressives.

   Si l'activité entrave l'objet de la propriété, elle est moins susceptible d'être justifiée. Les propriétés ayant plusieurs objets risquent de poser des problèmes dans l'application de ce critère.

4. Les conséquences de l'accessibilité de cette propriété, à des fins d'activité expressive, sur la réalisation des objets de l'al. 2*b*).

5. La signification symbolique de la propriété aux fins du message transmis.

   Il s'agit d'un critère contextuel, liant la propriété à l'objet ou à la cause de la manifestation.

6. L'accessibilité d'autres tribunes publiques, dans les environs, à des fins d'activité expressive.

   Il est plus probable que les activités puissent avoir lieu dans une propriété donnée si aucune autre propriété n'est disponible.

1991 CanLII 119 (SCC)

I find these criteria very valuable. While they are not meant to be dispositive in any given case, they do provide useful guidelines. It was submitted that it should be up to the claimant, as part of demonstrating a case of infringement, to show that the property is a "public arena". If so, then the onus would shift to the government to justify the limitation under s. 1. I disagree for the reasons discussed above. As stated, whether a location qualifies as a "public arena" is simply the "place" component when considering the constitutionality of time, place, and manner regulations generally. Therefore, such place's classification for constitutional purposes should be evaluated under s. 1.

J'estime que ces critères sont très valables. Bien qu'ils ne soient pas censés être déterminants dans une situation donnée, ils constituent un guide utile. On a allégué qu'il devrait incomber au requérant de démontrer que la propriété en question constitue une «tribune publique», dans le cadre de sa preuve qu'il y a eu atteinte à la liberté d'expression. Dans ce cas, le fardeau de preuve retomberait sur le gouvernement qui devrait justifier la restriction en vertu de l'article premier. Je ne suis pas d'accord pour les raisons susmentionnées. Comme je l'ai déjà dit, la question de savoir si un endroit constitue une «tribune publique» ne représente que l'élément de «lieu» dans l'étude de la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression en général. Par conséquent, la classification d'un tel lieu à des fins constitutionnelles devrait être évaluée lors de l'analyse fondée sur l'article premier.

1991 CanLII 119 (SCC)

Balancing the Interests at Stake

While the United States Supreme Court has declined to pronounce on whether the "public forum" label should attach to airports, lower courts have held that an airport is a public forum: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). The logic of these cases is that airports have become "contemporary crossroads"; they are functionally equivalent to other public thoroughfares, and should therefore be on the same constitutional footing as streets and parks.

Lehman v. City of Shaker Heights, 418 U.S. 298 (1974) involved a challenge by a candidate for political office against an ordinance prohibiting political placards on all buses and streetcars. The Court upheld the regulation. As Douglas J., concurring, expressed at pp. 306-7:

. . . if we are to turn a bus or streetcar into either a newspaper or a park, we take great liberties with people who

Évaluation des intérêts en jeu

Bien que la Cour suprême des États-Unis ait refusé de se prononcer sur la question de savoir si les aéroports devraient être qualifiés de «forum public», les tribunaux inférieurs ont conclu qu'un aéroport constituait un forum public: *Chicago Area Military Project v. City of Chicago*, 508 F.2d 921 (7th Cir. 1975); *Rosen v. Port of Portland*, 641 F.2d 1243 (9th Cir. 1981); *U.S. Southwest Africa/Namibia Trade & Cultural Council v. United States*, 708 F.2d 760 (D.C. Cir. 1983). Ces décisions sont fondées sur le raisonnement suivant: les aéroports sont devenus les carrefours des temps modernes; de par leurs fonctions, ils sont l'équivalent d'autres voies publiques et devraient donc être sur le même pied constitutionnel que les rues et les parcs.

Dans *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), il s'agissait de la contestation par un candidat politique d'une ordonnance interdisant l'affichage politique sur tous les autobus et les tramways. La Cour a confirmé le règlement. Comme le juge Douglas l'a affirmé, dans son opinion concordante, aux pp. 306 et 307:

[TRADUCTION] . . . si nous devions transformer un autobus ou un tramway en un journal ou en un parc, nous prendrions beaucoup de liberté avec des gens qui, par nécessité, empruntent les transports en commun et

because of necessity become commuters and at the same time captive viewers or listeners.

In asking us to force the system to accept his message as a vindication of his constitutional rights, the petitioner overlooks the constitutional rights of the commuters. While petitioner clearly has a right to express his views to those who wish to listen, he has no right to force his message upon an audience incapable of declining to receive it. In my view the right of the commuters to be free from forced intrusions on their privacy precludes the city from transforming its vehicles of public transportation into forums for the dissemination of ideas upon this captive audience.

Similarly airplanes, even if publicly owned, could not be characterized as a public forum. People who find certain political expression unpleasant or disquieting in a park or on a street can easily move elsewhere. On planes the costs of premature exit are too high. However, bus stations and airports have much more in common with streets and parks than they do with the buses or airplanes which they service. These locations are "contemporary crossroads" or "modern thoroughfares", and thus should be accessible to those seeking to communicate with the passing crowds.

In order to assess whether airport terminals are properly considered public arenas, we must explore their function in contemporary society. Airport terminals are freely accessible to all members of the public. However, the terminals themselves can be divided broadly into security zones—such as Customs, check-in counters, metal detector surveillance areas, and baggage inspection; and non-security zones—such as lounges, waiting areas, restaurants, gift and cigar shops, newsstands, and the connecting halls and foyers. Certain expressive activity is clearly more compatible within the latter areas than within the former.

Airports also draw a tremendous number of travellers over the course of a day. The Dorval operations manager testified that about 20,000 passengers use the airport daily, often accompanied by other persons. Few locations can parallel this reliable concentration of people. Bus, train and airport terminals are

deviennent par le fait même des spectateurs ou des auditeurs captifs.

Lorsqu'il nous demande d'obliger le système à accepter son message par respect pour ses droits garantis par la Constitution, le requérant oublie les droits constitutionnels des passagers. Bien que le requérant ait bel et bien le droit de faire part de ses opinions à ceux qui veulent bien l'entendre, il n'a aucunement le droit de l'imposer à un auditoire incapable de le refuser. À mon avis, le droit des passagers d'être protégés contre des ingérences forcées dans leur vie privée empêche la ville de transformer ses véhicules en forum destiné à la dissémination d'idées au sein de cet auditoire captif.

De même, les avions ne sauraient être considérés comme un forum public, même s'ils appartiennent à une société publique. Les gens qui trouvent que certaines expressions politiques sont déplaisantes ou gênantes dans un parc ou dans la rue peuvent facilement aller ailleurs. En avion, une sortie prématurée se paie cher. Cependant, les terminus d'autobus et des aéroports ont beaucoup plus de choses en commun avec les rues et les parcs, qu'avec les autobus et les avions qu'ils desservent. Ces endroits sont des carrefours des temps modernes ou des voies contemporaines, et devraient donc être accessibles à ceux qui désirent communiquer avec la foule qui y circule.

Afin d'établir si les aérogares doivent être considérées comme des tribunes publiques, nous devons examiner leur fonction dans la société moderne. Toute la population a libre accès aux aérogares. Cependant, celles-ci peuvent être divisées globalement en zones de sécurité, comme les douanes, les comptoirs d'enregistrement, les secteurs de détection métallique et de contrôle des bagages, et en zones ouvertes, comme les salons, les salles d'attente, les restaurants, les boutiques de cadeaux et de tabac, les kiosques à journaux ainsi que les halls et les foyers qui les relient. Certaines activités expressives sont nettement plus compatibles avec la dernière catégorie qu'avec la première.

Les aéroports attirent également une quantité énorme de voyageurs au cours d'une journée. Le directeur des services de l'aéroport de Dorval a témoigné qu'environ 20 000 passagers empruntent l'aéroport chaque jour, souvent accompagnés d'autres personnes. Peu d'endroits sont susceptibles

1991 CanLII 119 (SCC)

indeed modern boulevards, extensions of Main Street. The list of sites traditionally associated with public expression is not static. As means of locomotion progress, people shall begin to gather in areas heretofore unknown. Hence the "traditional" component of the public arena analysis must appreciate the "type" of place historically associated with public discussion, and should not be restricted to the actual places themselves.

This same reasoning applies when assessing the symbolic significance of the property. While the symbolism of a courthouse lawn or Parliament Hill is self-evident, streets and parks have also acquired special significance as places where one can have access to and address his or her fellow citizens on any number of matters. This distinctive attribute does not accrue to a street or a park merely because of its designation. A park has no intrinsic value as a public arena; it only obtains this characteristic because the public chooses to frequent parks. Whether a tree falling in an uninhabited park makes a sound is not a constitutional question. To what extent impediments may be placed upon a person addressing passers-by in a park is.

The same holds true for airport terminals. Respondents did not select the airport in order to convey their message to planes, but rather chose the airport for the people who would be present within it. While airport terminals do not have a monopoly on high concentrations of passers-by, few locations offer similar opportunities to encounter such a wide cross-section of the community. For the aforementioned reasons, and upon consideration of the above factors, the non-security zones within airport terminals, in my view, are properly regarded as public arenas. Therefore, the government cannot simply assert property rights, or claim that expression is unrelated to an airport's function, in order to justify the restriction.

d'offrir une telle concentration de gens. Les terminus d'autobus, les gares et les aérogares constituent de véritables boulevards modernes, la prolongation de la rue principale. La liste des emplacements associés traditionnellement avec l'expression publique n'est pas statique. Au fur et à mesure que les moyens de transport évolueront, les gens commenceront à se rassembler dans des endroits jusque-là inconnus. L'élément «traditionnel» de l'analyse de la tribune publique doit donc s'attarder au «type» d'endroits associés historiquement à la discussion publique, et non pas se restreindre à des endroits en particulier.

Le même raisonnement s'applique à l'évaluation de la signification symbolique d'une propriété. Le symbolisme de la pelouse d'un palais de justice ou de la Colline parlementaire va de soi; cependant, les rues et les parcs ont également acquis une signification particulière: ce sont des endroits accessibles où l'on peut s'adresser à ses concitoyens sur différents sujets. Cette caractéristique distinctive n'est pas rattachée à une rue ou à un parc simplement à cause de leur désignation comme telle. Un parc n'a pas en soi la valeur d'une tribune publique; il ne l'acquiert que parce que la population choisit de fréquenter les parcs. La question de savoir si un arbre fait du bruit en tombant dans un parc désert ne pose pas de question constitutionnelle. Par contre, la question de savoir dans quelle mesure on peut faire obstacle à la personne qui s'adresse aux passants en est une.

Ceci s'applique également aux aérogares. Les intimés n'ont pas choisi l'aéroport afin de transmettre leur message aux avions, mais l'ont plutôt choisi pour les gens qui s'y trouvent. Même si les aéroports n'ont pas le monopole de concentration d'un grand nombre de passants, peu d'endroits offrent autant d'occasions de rencontrer un segment aussi varié de la collectivité. Pour les motifs susmentionnés et après avoir étudié les facteurs qui précèdent, j'estime que les zones non affectées à la sécurité dans les aérogares sont considérées avec raison comme des tribunes publiques. Par conséquent, le gouvernement ne peut pas se contenter d'affirmer ses droits de propriété ou de prétendre que l'expression n'est aucunement liée aux fonctions d'un aéroport pour justifier les restrictions qu'il y impose.

1991 CanLII 119 (SCC)

B: *Regulation 7: A Limit Prescribed By Law?*

Before addressing the "demonstrably justified" and "reasonable limits" components of the s. 1 test, I would like to point out that this case raises the preliminary concern of whether the limit at issue is "prescribed by law". Sections 7(*a*) and (*b*) of the regulations are potentially implicated, and are reproduced for convenience:

> **7.** Subject to section 8, except as authorized in writing by the Minister, no person shall
>
> (*a*) conduct any business or undertaking, commercial or otherwise, at an airport;
>
> (*b*) advertise or solicit at an airport on his own behalf or on behalf of any person; . . .

The term "prescribed by law" in s. 1 has been examined by this Court in *R. v. Thomsen*, [1988] 1 S.C.R. 640. At pages 650-51, Le Dain J. followed his own reasons in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645, in formulating this test:

> The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

More recently in *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151, this Court has applied this test. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038.

As indicated above, Regulation 7 and the actions of the airport officials constitute "law" for the purposes of s. 32 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Do they also constitute "law" for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

In *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, Wilson J. considered the different uses of the word "law" in the Constitution and, referring to

B: *L'article 7 du Règlement: Est-ce une limite prescrite par une règle de droit*?

Avant d'étudier deux des critères prévus à l'article premier («dont la justification puisse se démontrer» et «dans des limites qui soient raisonnables»), j'aimerais souligner que le présent pourvoi soulève la question préalable de savoir si la restriction en cause est «prescrite par une règle de droit». Puisque les al. 7*a*) et *b*) du Règlement risquent d'être concernés, je les reproduis par souci de commodité:

> **7.** Sous réserve de l'article 8, à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut
>
> *a*) se livrer à une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre, à un aéroport;
>
> *b*) faire, à un aéroport, de la publicité ou de la sollicitation pour son propre compte ou pour celui d'autrui; . . .

Notre Cour a étudié l'expression «prescrite par une règle de droit» au sens de l'article premier, dans l'arrêt *R. c. Thomsen*, [1988] 1 R.C.S. 640. Aux pages 650 et 651, le juge Le Dain a repris les motifs qu'il avait rédigés dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645, pour énoncer les critères suivants:

> Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Plus récemment, notre Cour a appliqué ces critères dans *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038.

Tel que déjà souligné, l'art. 7 du Règlement et les gestes accomplis par les fonctionnaires de l'aéroport constituent une «règle de droit» aux fins de l'art. 32 de la *Charte* et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Constituent-ils également une «règle de droit» aux fins de l'article premier de la *Charte*?

Dans l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge Wilson a examiné les différents emplois de l'expression «règle de droit»

1991 CanLII 119 (SCC)

two different interpretations of the word in the case law, remarked at p. 386:

These two definitions of "law" are obviously quite different. Their difference springs from the fact that s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982* serve two very different purposes. Section 52 is animated by the doctrine of constitutional supremacy. As such, a wide view of "law" under that provision is mandated so that all exercises of state power, whether legislative or administrative, are caught by the *Charter*. Section 1, on the other hand, serves the purpose of permitting limits to be imposed on constitutional rights when the demands of a free and democratic society require them. These limits must, however, be expressed through the rule of law. The definition of law for such purposes must necessarily be narrow. Only those limits on guaranteed rights which have survived the rigours of the law-making process are effective. Just as the meaning of "law" in s. 1 of the *Charter* and s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, depends on the purpose those sections were meant to achieve, so also does the meaning of "law" in s. 15(1). [Emphasis added.]

Does then Regulation 7 here in debate involve a limit "prescribed by law" of the respondents' s. 2(*b*) freedom of expression? The Regulation forbids the respondents from exercising their constitutionally entrenched freedom: soliciting support for their groups by distributing leaflets. *Prima facie*, the Regulation appears to limit freedom of expression, here political expression. Does it, however, pass the tests of vagueness and overbreadth? If the law is too vague, it may not constitute a limit "prescribed by law", while if it is overbroad it may not survive the s. 1 *Oakes* analysis.

While vagueness and overbreadth are two distinct concepts, they are often blurred together. A statutory provision may be vague because it is uncertain or imprecise, so that a "citizen of common intelligence must necessarily guess at its meaning" (Carol Rogerson, "The Judicial Search for Appropriate Remedies

dans la Constitution et, renvoyant à deux interprétations différentes de l'expression en jurisprudence, elle a fait les remarques suivantes à la p. 386:

Ces deux définitions de la «règle de droit» sont évidemment très différentes. Leur différence découle du fait que l'article premier de la *Charte* et l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* visent deux objets très différents. L'article 52 s'inspire de la théorie de la suprématie constitutionnelle. À ce titre, une interprétation large de la «règle de droit», dont il est question dans cette disposition est requise de sorte que tous les exercices d'un pouvoir de l'État, de nature législative ou administrative, soient visés par la *Charte*. Par ailleurs, l'article premier vise à permettre que des limites soient imposées aux droits constitutionnels lorsque cela s'avère nécessaire dans une société libre et démocratique. Ces limites doivent cependant être formulées au moyen d'une règle de droit. À cette fin, la définition de l'expression «règle de droit» doit nécessairement être restreinte. Seules les limites aux droits garantis qui ont franchi les rigueurs du processus législatif sont valables. Comme le sens de l'expression «règle de droit» à l'article premier de la *Charte* et à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* dépend de l'objet visé par ces dispositions, il en est de même du sens du terme «loi» au par. 15(1). [Je souligne.]

L'article 7 du Règlement faisant l'objet du présent litige impose-t-il une restriction «prescrite par une règle de droit» de la liberté d'expression des intimés, en vertu de l'al. 2*b*)? Ce règlement empêche les intimés d'exercer leur liberté garantie par la Constitution, c'est-à-dire la sollicitation d'appui envers leur groupe par la distribution de brochures. À première vue, il semble que le règlement restreint la liberté d'expression, de l'expression politique en l'occurrence. Cependant, répond-t-il aux tests de l'imprécision et de la portée excessive d'une loi? Si la règle de droit est trop imprécise, il est possible qu'elle ne constitue pas une limite «prescrite par une règle de droit», tandis que si sa portée est excessive, elle ne résistera peut-être pas à l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*.

Bien que l'imprécision et la portée excessive soient deux concepts distincts, on les confond souvent. Une disposition législative peut être considérée comme imprécise parce qu'elle est vague ou incertaine, de sorte qu'un [TRADUCTION] «citoyen d'intelligence moyenne doive nécessairement en deviner le sens»

1991 CanLII 119 (SCC)

Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness" in R. J. Sharpe, ed., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, at p. 242). When laws are vague, one cannot tell easily whether one's conduct falls inside or outside the proscribed range of activities. Overbroad laws, on the other hand, are drafted too widely, so that in Rogerson's words, "if applied literally, [they] have the potential to catch more conduct than the government is constitutionally permitted in the pursuit of its legitimate goals" (p. 241). In my view a vague law that infringes a guaranteed freedom under the *Charter* does not constitute a limit prescribed by law and must be struck for that reason alone as unconstitutional. I propose to discuss Regulation 7 in this context now.

(Carol Rogerson, «The Judicial Search for Appropriate Remedies Under the Charter: The Examples of Overbreadth and Vagueness» dans R. J. Sharpe, éd., *Charter Litigation* (1987), ch. 10, p. 233, à la p. 242). Lorsque les règles de droit sont imprécises, il n'est pas facile de savoir si sa conduite est prévue ou non dans l'éventail d'activités interdites. Par contre, les règles de droit ayant une portée excessive sont rédigées de façon trop libérale de sorte que, selon Rogerson, [TRADUCTION] «si elles étaient appliquées littéralement, [elles] pourraient viser un plus grand nombre de conduites que celles qui, suivant la Constitution, relèvent du gouvernement, dans la poursuite de ses objectifs légitimes» (p. 241). À mon avis, une règle de droit imprécise qui porte atteinte à une liberté garantie par la *Charte* ne constitue pas une restriction prescrite par une règle de droit et doit être annulée pour cette seule raison, puisqu'elle est inconstitutionnelle. Je vais examiner l'art. 7 du Règlement dans ce contexte.

Vagueness

I approach this issue minding the words of the majority in *Irwin Toy*, *supra*. In that case, the company had argued that the Regulations there in question created an inordinately wide discretion to decide whether advertising was aimed at children. The majority stated, at p. 983:

> Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law". [Emphasis added.]

The "void-for-vagueness" doctrine and the related idea of overbreadth are relatively new to Canadian constitutional law, but are strangers neither to the American constitutional jurisprudence nor to European law. Importantly, the roots of the concepts can

L'imprécision

J'aborde cette question en tenant compte des propos de la majorité dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité. Dans cet arrêt, la société commerciale avait prétendu que le règlement en litige créait un pouvoir discrétionnaire excessivement large pour déterminer si un message publicitaire était destiné aux enfants. La majorité a affirmé ce qui suit, à la p. 983:

> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit». [Je souligne.]

La théorie de la «nullité pour cause d'imprécision» et le concept connexe de la portée excessive d'une loi sont relativement nouveaux en droit constitutionnel canadien, ce qui n'est pas le cas en jurisprudence constitutionnelle américaine ou en droit européen. Il

1991 CanLII 119 (SCC)

be traced back to the fundamental principle of the rule of law. Before the *Charter*, as Rogerson notes, *supra*, at pp. 242-44, vagueness was not a part of Canadian constitutional law; however, examples of the application of the vagueness doctrine exist in our criminal and administrative law. See for example, *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368, and *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498 (Ont. C.A.). Interestingly, Rogerson notes that vagueness does creep into a Canadian division of powers case, in the opinion of Rand J. in *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, at p. 333.

In the context of the *Charter*, this Court has had occasion to consider the concept of vagueness recently in the *Prostitution Reference*, *supra*. In his reasons, Lamer J. (now Chief Justice) stated at p. 1155 that a vagueness analysis could arise under either s. 7 or s. 1 of the *Charter*, and I would limit my comments on vagueness and overbreadth to the context of s. 1.

The doctrine of vagueness finds its sources in the rule of law. See Gary T. Trotter, "LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine" (1988), 62 C.R. (3d) 183, at p. 188; J. C. Jeffries, Jr., "Legality, Vagueness, and the Construction of Penal Statutes" (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. There appear to be two specific concerns underlying the vagueness concept: the citizen should be given proper notice of the law, and no room for arbitrary government action should exist under that law. While these principles find their application mainly in penal matters, it offends neither common sense nor logic that a law which infringes a fundamental right or freedom guaranteed by the *Charter* must also be clear, understandable and not subject to arbitrary application.

Interpreting Article 10 of the European Convention on Human Rights in the *Sunday Times* case, judgment

importe de souligner que le fondement de ces concepts peut être retracé jusqu'au principe fondamental de la suprématie du droit. Avant la proclamation de la *Charte*, comme le souligne Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 242 à 244, la notion d'imprécision n'existait pas en droit constitutionnel canadien; il existe toutefois des exemples de l'application de la théorie de l'imprécision en droit criminel et en droit administratif. Voir notamment *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, et *Re Hamilton Independent Variety & Confectionery Stores Inc. and City of Hamilton* (1983), 143 D.L.R. (3d) 498, (C.A. Ont.). Il est intéressant de noter que, selon Rogerson, la notion d'imprécision s'est glissée dans un arrêt canadien portant sur le partage des compétences, soit dans l'opinion du juge Rand dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, précité, à la p. 333.

Dans le contexte de la *Charte*, notre Cour a eu l'occasion récemment d'étudier le concept de l'imprécision dans le *Renvoi sur la prostitution*, précité. Dans ses motifs, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a affirmé à la p. 1155 qu'une analyse du critère de l'imprécision pouvait être faite en vertu tant de l'art. 7 que de l'article premier de la *Charte*. Mes commentaires porteront sur l'imprécision et la portée excessive d'une loi dans le seul contexte de l'article premier.

La thèse de l'imprécision tire son origine de la théorie de la primauté du droit. Voir Gary T. Trotter, «LeBeau: Toward A Canadian Vagueness Doctrine» (1988), 62 C.R. (3d) 183, à la p. 188; J. C. Jeffries, Jr., «Legality, Vagueness and the Construction of Penal Statutes» (1985), 71 *Va. L. Rev.* 189. Deux préoccupations particulières semblent être sous-jacentes à la notion d'imprécision: le citoyen doit être avisé en bonne et due forme des règles de droit et ces règles ne devraient laisser aucune place à l'arbitraire dans les mesures gouvernementales. Bien que ces principes s'appliquent surtout en matière pénale, il n'est contraire ni au bon sens ni à la logique qu'une règle de droit qui porte atteinte à un droit fondamental ou à une liberté fondamentale garantis par la *Charte* doive être également claire, compréhensible et d'application non arbitraire.

Appelée à interpréter l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, dans l'affaire

1991 CanLII 119 (SCC)

of 26 April 1979, Series A, No. 30, at p. 31, the European Court of Human Rights said:

In the Court's opinion, the following are two of the requirements that flow from the expression "prescribed by law". First, the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate in the circumstances of the legal rules applicable to a given case. Secondly, a norm cannot be regarded as a "law" unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able—if need be with appropriate advice—to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail.

In Canada, various courts have now considered the void for vagueness doctrine. While some pre-*Charter* challenges to by-laws have been successful on grounds of vagueness, the first post-*Charter* challenge on this point appears to have been brought before the Ontario Divisional Court in *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, aff'd 45 O.R. (2d) 80 (C.A.) (leave to appeal granted [1984] 1 S.C.R. xi, but appeal discontinued). See also *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (B.C.C.A.); *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.); and *R. v. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595, 27 C.C.C. (3d) 77 (Sup. Ct.).

The vagueness principle and its rationale were well expressed by Hugessen J.A. for the court in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), at pp. 89-90:

In my opinion, one of the first characteristics of a reasonable limit prescribed by law is that it should be expressed in terms sufficiently clear to permit a determination of where and what the limit is. A limit which is vague, ambiguous, uncertain, or subject to discretionary determination is, by that fact alone, an unreasonable limit. If a citizen cannot know with tolerable certainty the extent to which the exercise of a guaranteed freedom may be restrained, he is likely to be deterred from conduct which is, in fact, lawful and not prohibited. Uncertainty and vagueness are constitutional vices when they are used to restrain constitutionally protected rights and

Sunday Times, arrêt du 26 avril 1979, Série A, nº 30, la Cour européenne des droits de l'Homme a affirmé ce qui suit, à la p. 31:

Aux yeux de la Cour, les deux conditions suivantes comptent parmi celles qui se dégagent des mots «prévues par la loi». Il faut d'abord que la «loi» soit suffisamment accessible: le citoyen doit pouvoir disposer de renseignements suffisants, dans les circonstances de la cause, sur les normes juridiques applicables à un cas donné. En second lieu, on ne peut considérer comme une «loi» qu'une norme énoncée avec assez de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite; en s'entourant au besoin de conseils éclairés, il doit être à même de prévoir, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences de nature à dériver d'un acte déterminé.

Au Canada, divers tribunaux ont étudié la théorie de la nullité pour cause d'imprécision. Bien que certains règlements municipaux aient été contestés avec succès pour motif d'imprécision avant la proclamation de la *Charte*, le premier litige, qui a porté sur cette question depuis, semble avoir été soumis à la Cour divisionnaire de l'Ontario, dans *Re Ontario Film and Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1983), 41 O.R. (2d) 583, conf. par 45 O.R. (2d) 80 (C.A.), (autorisation de pourvoi accordée [1984] 1 R.C.S. xi, mais pourvoi abandonné). Voir également *R. v. Red Hot Video Ltd.* (1985), 45 C.R. (3d) 36 (C.A.C.-B.), *R. v. Cohn* (1984), 48 O.R. (2d) 65 (C.A.), et *R. c. Pelletier*, [1986] R.J.Q. 595 (C.S.).

Le juge Hugessen a bien exprimé le principe de l'imprécision et sa raison d'être, au nom de la cour, dans *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), aux pp. 89 et 90:

À mon avis, l'une des caractéristiques primordiales d'une limite raisonnable imposée par une règle de droit est qu'elle doit être exprimée avec suffisamment de clarté pour qu'on puisse l'identifier et la situer. Le seul fait qu'une limite soit vague, ambiguë, incertaine ou assujettie à l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire suffit à en faire une limite déraisonnable. Si un citoyen ne peut déterminer avec un degré de certitude tolérable dans quelle mesure l'exercice d'une liberté garantie peut être restreint, il est probable que cela le dissuadera d'adopter certaines conduites qui, en fait, n'étant pas interdites, sont licites. L'incertitude et l'imprécision

1991 CanLII 119 (SCC)

freedoms. While there can never be absolute certainty, a limitation of a guaranteed right must be such as to allow a very high degree of predictability of the legal consequences.

The same point is made in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), at p. 158.

Lamer J. expanded, at p. 1152, of his reasons in the *Prostitution Reference*:

It is essential in a free and democratic society that citizens are able, as far as possible, to foresee the consequences of their conduct in order that persons be given fair notice of what to avoid, and that the discretion of those entrusted with law enforcement is limited by clear and explicit legislative standards.

For an analysis of the cases up to the *Prostitution Reference*, see Don Stuart, "The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth" (1990), 77 C.R. (3d) 101; see also Professor Stuart's *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2nd ed. 1987), at pp. 16-25; Trotter's comment, op. cit., on *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

The American jurisprudence provides some insight in this area. While the original cases dealt with vagueness only in the context of due process, the United States Supreme Court has more recently considered vagueness in the challenge of laws invasive of fundamental freedoms. Indeed, the U.S. Supreme Court has accorded stringent scrutiny to cases involving fundamental freedoms such as speech in the First Amendment, which my colleague Lamer J. has examined in the *Prostitution Reference*. Although I do not find it necessary here to repeat this exercise, the case of *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), is of interest. It dealt with an anti-noise statute invoked to prohibit disturbances of the peace. The United States Supreme Court expressed the doctrine in these terms, at pp. 108-9:

sont des vices d'ordre constitutionnel lorsqu'elles servent à restreindre des droits et libertés garantis par la Constitution. Bien qu'il ne puisse jamais y avoir de certitude absolue, une limite imposée à un droit garanti doit être telle qu'il sera très facile d'en prévoir les conséquences sur le plan juridique.

Des remarques similaires ressortent de *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129 (C.A.), à la p. 158.

Le juge Lamer a développé ce raisonnement, à la p. 1152, de ses motifs dans le *Renvoi sur la prostitution*:

Il est essentiel dans une société libre et démocratique que les citoyens soient le mieux possible en mesure de prévoir les conséquences de leur conduite afin d'être raisonnablement prévenus des conduites à éviter et pour que le pouvoir discrétionnaire des responsables de l'application de la loi soit limité par des normes législatives claires et explicites.

Pour une analyse de la jurisprudence antérieure au *Renvoi sur la prostitution*, voir Don Stuart, «The Canadian Void for Vagueness Doctrine Arrives With No Teeth» (1990), 77 C.R. (3d) 101; voir également professeur Stuart, *Canadian Criminal Law: A Treatise* (2e éd. 1987), aux pp. 16 à 25, et le commentaire de Trotter, *op. cit.*, sur *R. v. LeBeau* (1988), 62 C.R. (3d) 157 (C.A.).

Dans ce domaine, la jurisprudence américaine est d'une certaine utilité. Même si, à l'origine, les arrêts portaient sur l'imprécision dans le seul contexte du *due process*, la Cour suprême des États-Unis a récemment tenu compte du principe de l'imprécision dans le cas de contestation de lois portant atteinte à des libertés fondamentales. De fait, la Cour suprême des États-Unis a utilisé un critère très exigeant dans des affaires portant sur les libertés fondamentales comme la liberté de parole garantie par le Premier amendement dont mon collègue le juge Lamer a fait état dans le *Renvoi sur la prostitution*. Bien que je ne croie pas nécessaire de répéter ici l'exercice, l'arrêt *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972), est intéressant. Il portait sur une loi antibruit interdisant de troubler la paix. La Cour suprême des États-Unis a énoncé la théorie de la façon suivante, aux pp. 108 et 109:

1991 CanLII 119 (SCC)

It is a basic principle of due process that an enactment is void for vagueness if its prohibitions are not clearly defined. Vague laws offend several important values. First, because we assume that man is free to steer between lawful and unlawful conduct, we insist that laws give the person of ordinary intelligence a reasonable opportunity to know what is prohibited, so that he may act accordingly .... Second, if arbitrary and discriminatory enforcement is to be prevented, laws must provide explicit standards for those who apply them. A vague law impermissibly delegates basic policy matters to policemen, judges, and juries for resolution on an *ad hoc* and subjective basis, with the attendant dangers of arbitrary and discriminatory application. Third, but related, where a vague statute "abut[s] upon sensitive areas of basic First Amendment freedoms," it "operates to inhibit the exercise of [those] freedoms." Uncertain meanings inevitably lead citizens to " 'steer far wider of the unlawful zone' ... than if the boundaries of the forbidden areas were clearly marked." [Emphasis added.]

[TRADUCTION] C'est un principe fondamental de l'application régulière de la loi qu'une loi est nulle pour cause d'imprécision si les interdictions qu'elle contient ne sont pas définies clairement. Les lois imprécises portent atteinte à plusieurs valeurs importantes. Premièrement, parce que nous tenons pour acquis que l'homme est libre d'agir légalement ou illégalement, nous tenons à ce que les lois permettent à la personne d'intelligence moyenne d'avoir une possibilité raisonnable de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence. [...] Deuxièmement, si l'on veut prévenir l'application arbitraire et discriminatoire des lois, celles-ci doivent prévoir des normes explicites à l'intention de ceux qui les appliquent. Une loi imprécise délègue de façon inadmissible aux policiers, aux juges et aux jurys qui y répondent de façon ponctuelle et subjective avec les risques que comporte l'application arbitraire et discriminatoire de la loi. Troisièmement, de façon connexe, lorsqu'une loi imprécise «s'attaque à des secteurs délicats des libertés fondamentales garanties par le Premier amendement», elle «a pour effet d'interdire l'exercice de [ces] libertés.» L'incertitude de la règle pousse inévitablement les citoyens à « «s'éloigner beaucoup plus de la zone illégale» [. . .] que si les limites des zones interdites étaient démarquées clairement.» [Je souligne.]

The same rationale applies in Canada, although our analysis need not be encumbered by the American difficulties because s. 1 of our *Charter* provides the necessary framework.

Le même raisonnement s'applique au Canada, bien que notre analyse ne soit pas grevée des difficultés américaines puisque l'article premier de notre *Charte* offre un cadre pertinent.

Applying these basic notions to Regulation 7 here in question, the Regulation does not, in my opinion, meet the standards necessary to defeat a challenge for vagueness. It has failed to offer an "intelligible standard" that would enable a citizen to regulate his or her conduct: see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 983. Upon reading the Regulation, one cannot tell even on careful reflection whether one's conduct would fall inside or outside the conduct proscribed. Confusion necessarily follows. This is demonstrated by s. 7(*a*), which prohibits "any business or undertaking, commercial or otherwise" from the airport. What kind of non-commercial undertakings are permitted? Which are not? Clearly poppy sales are allowed, but we know nothing of other exceptions. When a law can be read, in effect, as an attempt to eradicate all types of expression, and at the same time be read more narrowly to exclude only certain types of expression, the citizen does not know what to do. In all likelihood, the person will exercise caution. This does not create

Appliquant ces notions fondamentales à l'art. 7 du Règlement ici en litige, j'estime que cette disposition ne répond pas aux normes nécessaires pour faire échec à une contestation fondée sur l'imprécision. Elle ne prévoit pas de «norme intelligible» qui permettrait au citoyen de régler sa conduite; voir *Irwin Toy*, précité, à la p. 983. À la lecture de la disposition, et même après mûre réflexion, il n'est pas possible de savoir si sa conduite correspond ou non à la conduite interdite, ce qui est nécessairement source de confusion. L'alinéa 7*a*), qui interdit «une activité ou à une entreprise, commerciale ou autre» dans un aéroport, en est la preuve. Quel genre d'entreprise non commerciale est permise? Lesquelles sont interdites? De toute évidence, la vente de coquelicots est permise, mais nous ne connaissons aucune autre exception. Lorsque, de fait, on peut interpréter une loi comme étant une tentative d'exclure tout genre d'expression, et qu'en même temps on peut l'interpréter plus restrictivement de façon à exclure seulement certains

1991 CanLII 119 (SCC)

circumstances in which fundamental freedoms are fully exercised—far from it. While one must be mindful of certain restrictions of language which necessitate a degree of interpretation by the courts and various government officials, when a fundamental freedom is encroached by vague statutory language, the result is that the freedom is not fostered. The specific wording of s. 1 of the *Charter* should be heeded, because s. 1 not only allows government to limit reasonably the rights and freedoms in the *Charter*, it also provides the guarantee of these rights and freedoms. Dickson C.J. points out in *Keegstra*, *supra*, at p. 736:

> As this Court has said before, the premier article of the *Charter* has a dual function, operating both to activate *Charter* rights and freedoms and to permit such reasonable limits as a free and democratic society may have occasion to place upon them . . . .

Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

In addition, the Regulation provides that "except as authorized in writing by the Minister, no person shall. . . ". It is clear that the Minister is given a "plenary discretion to do whatever seems best". That in itself may create a standard which is so vague as to be incomprehensible. In any event, vagueness by virtue of the lack of a comprehensible standard does not accord with the requirement that a limit on a right or freedom be "prescribed by law."

It could be argued that in a scheme of prior permission, as in the present appeal, the standard is not vague. The reasoning is that such provisions enable citizens to regulate their conduct by making it clear that any person wishing to solicit or advertise must first go to the Minister for permission. However, this merely shifts the problem of arbitrariness from the

types d'expressions, le citoyen ne sait que faire. Selon toute probabilité la personne fera preuve de prudence. Cela ne crée pas un cadre dans lequel les libertés fondamentales sont pleinement exercées, bien au contraire. Même en tenant compte de certaines limites de langage qui nécessitent jusqu'à un certain point l'interprétation des tribunaux et de divers fonctionnaires, lorsqu'une liberté fondamentale est consacrée dans un texte législatif imprécis, elle n'est plus protégée. Le texte de l'article premier de la *Charte* doit avoir préséance, car en plus de permettre au gouvernement de restreindre de façon raisonnable les droits et libertés prévus dans la *Charte*, cet article garantit ces droits et libertés. Le juge en chef Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 736:

> Comme l'a déjà dit notre Cour, l'article premier de la *Charte* a la double fonction de rendre effectifs les droits et libertés garantis par la *Charte* et de permettre toute limite raisonnable qu'une société libre et démocratique peut avoir à y imposer . . .

Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En outre, le règlement prévoit que «à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut . . .». Il est clair que le Ministre dispose de «pleins pouvoirs discrétionnaires de faire ce qui lui semble le mieux». En soi, cela peut créer une norme imprécise au point d'être incompréhensible. De toute façon, l'imprécision imputable à l'absence d'une norme compréhensible n'est pas conforme aux principes portant que la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être «prescrite par une règle de droit».

On pourrait prétendre que, dans un régime d'autorisation préalable, comme en l'espèce, la norme n'est pas imprécise. On pourrait alléguer que ce genre de dispositions permet aux citoyens de régler leur conduite parce qu'elle établit clairement que quiconque désire faire de la sollicitation ou de la publicité doit d'abord obtenir l'autorisation du Ministre. Cepen-

1991 CanLII 119 (SCC)

"prescribed by law" to the "means" branch of the s. 1 test.

Although in my opinion Regulation 7, which clearly restricts freedom of expression, is too vague to constitute a reasonable limit prescribed by law for the purposes of the s. 1 analysis, I prefer to rest my opinion on the reasonableness analysis as explained in *Oakes*. In so doing, and for the particular purposes of the following discussion, I will assume without deciding that the objectives pursued by the government are sufficiently pressing and that the Regulation is rationally connected to those objectives, since I believe that Regulation 7 is overbroad and consequently does not pass the means analysis of *Oakes*.

C: *Overbreadth*

As I indicated earlier, there is considerable overlap between the overbreadth and vagueness concepts, as the American jurisprudence amply demonstrates. While the topics are nearly always dealt with together, they are distinct. The conceptual distinction was recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Zundel*, *supra*, at pp. 157-58:

> Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad. Vagueness or overbreadth, for the purpose of determining the permissibly regulated area of conduct, and whether freedom of expression under s. 2(*b*) of the Charter has been breached, may be different from vagueness or overbreadth for the purpose of applying the criteria in *Oakes* as to the application of s. 1 of the Charter.

The American approach considers the degree to which the overbroad law encroaches on the ambit of protected freedoms. Tribe makes the following

dant, cela ne fait que déplacer le problème de l'arbitraire de l'élément «prescrit par une règle de droit» à l'élément «moyens» des critères d'application de l'article premier.

Bien qu'à mon avis l'art. 7 du Règlement, qui restreint nettement la liberté d'expression, soit trop imprécis pour constituer une limite raisonnable prescrite par une règle de droit aux fins de l'analyse de l'article premier, je préfère fonder mon opinion sur l'analyse du caractère raisonnable tel que l'édicte l'arrêt *Oakes*. À cette fin et aux fins précises de l'analyse qui suit, je présumerai, sans pour autant en décider, que les objectifs visés par le gouvernement sont suffisamment urgents et que la disposition a un lien rationnel avec ces objectifs, puisque je crois que la portée de l'art. 7 du Règlement est excessive et qu'en conséquence, cet article ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*.

C: *La portée excessive*

Comme je l'ai déjà souligné, il existe un recoupement important entre les notions de portée excessive et d'imprécision, tel que l'expose amplement la jurisprudence américaine. Bien que ces sujets soient presque toujours traités ensemble, ils demeurent distincts. La Cour d'appel de l'Ontario a reconnu cette distinction conceptuelle dans *R. v. Zundel*, précité, aux pp. 157 et 158:

> [TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large. L'examen de la nature imprécise d'une loi ou de sa portée excessive en vue de déterminer la sphère de conduite qui peut être réglementée, et de décider s'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la Charte, peut être différent de l'examen de la nature imprécise ou de la portée excessive d'une loi en vue de l'application des critères de l'arrêt *Oakes* à l'article premier de la Charte.

La vision américaine tient compte de la mesure dans laquelle la règle de droit de portée excessive porte atteinte au champ d'application des libertés

1991 CanLII 119 (SCC)

remarks to introduce the concept of overbreadth, at p. 1022:

> Such overbreadth analysis ordinarily compares the *statutory* line defining burdened and unburdened conduct with the *judicial* line specifying activities protected and unprotected by the first amendment; if the statutory line includes conduct which the judicial line protects, the statute is overbroad and becomes eligible for invalidation on that ground. [Emphasis in original.]

Having already made reference to a general definition of overbreadth, I would only note that the American jurisprudence is replete with issues and various types of overbreadth have been created: see Rogerson, op. cit., at pp. 259-69, and Tribe, op. cit., beginning at p. 1022. Certain remedial alternatives correspond to the various "kinds" of overbreadth, and these options may be relevant to our jurisprudence in an appropriate case. In addition to the Rogerson and Tribe references above, see P.-A. Côté, "La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés" (1984), 18 *R.J.T.* 105, at pp. 124-29.

In the *Prostitution Reference*, Lamer J. (as he then was) discussed vagueness and overbreadth in relation to s. 7 of the *Charter*. When dealing however with s. 1 of the *Charter*, the approach is somewhat different. It is against the background of the usual s. 1 analysis that the issue of overbreadth in Regulation 7 should be undertaken. This accords well with the reasoning of Wilson J. in the *Prostitution Reference*, at pp. 1212-15, where my colleague found that the provisions of the *Criminal Code* impugned in that case were too broad in scope to pass the second part of the *Oakes* analysis.

The notion of overbreadth is therefore not foreign to Canadian constitutional law, even if it is currently in a thinly disguised form. The concern is already found in the analysis arising under s. 1 from *Oakes*, *supra*. After considering the importance of the objectives of the impugned law, the analysis goes on to the means chosen to achieve such objectives; the ques-

protégées. Tribe fait les remarques suivantes lorsqu'il introduit la notion de portée excessive à la p. 1022:

> [TRADUCTION] Une telle analyse de la portée excessive compare habituellement le processus *législatif* qui définit les conduites visées et celles qui ne le sont pas au processus *judiciaire* qui précise les activités protégées et celles qui ne le sont pas par le Premier amendement; si le processus législatif comprend des conduites protégées par le processus judiciaire, la loi a une portée excessive et peut être invalidée pour cette raison. [En italique dans l'original.]

Ayant déjà fait référence à une définition générale du concept de la portée excessive, j'aimerais seulement souligner ici que la jurisprudence américaine foisonne de litiges en la matière et que différentes notions de portée excessive ont été élaborées: voir Rogerson, *op. cit.*, aux pp. 259 à 269, et Tribe, *op. cit.*, à partir de la p. 1022. Différents remèdes correspondent à ces différentes «notions» et ces différentes options pourraient être utiles à notre jurisprudence, en temps et lieu. En plus de Rogerson et Tribe cités ci-dessus, voir P.-A. Côté, «La préséance de la Charte canadienne des droits et libertés» (1984), 18 *R.J.T.* 105, aux pp. 124 à 129.

Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a analysé les concepts d'imprécision et de portée excessive en rapport avec l'art. 7 de la *Charte*. Cependant, lorsqu'il est question de l'article premier de la *Charte*, l'approche est quelque peu différente. C'est sous l'éclairage de l'analyse habituelle de l'article premier que la question de la portée excessive de l'art. 7 du Règlement doit être examinée. Cela est tout à fait conforme au raisonnement du juge Wilson dans le *Renvoi sur la prostitution*, aux pp. 1212 à 1215, où ma collègue a conclu que les dispositions du *Code criminel* attaquées dans cette affaire avaient une portée trop large pour satisfaire à la deuxième partie du test de l'arrêt *Oakes*.

Le concept de portée excessive n'est donc pas nouveau en droit constitutionnel canadien, même si, à l'heure actuelle, il y est légèrement déguisé. Ce concept est déjà présent dans l'analyse fondée sur l'article premier, prévue dans l'arrêt *Oakes*, précité. Après avoir tenu compte de l'importance des objectifs visés par la règle de droit attaquée, l'analyse

1991 CanLII 119 (SCC)

tion becomes whether such means are properly tailored to impair minimally the citizen's right or freedom. It is in the latter analysis that overbreadth is considered.

Does Regulation 7 "cast the net too widely"? Section 7(*a*) appears to target businesses or similar undertakings within the airports. However, while it may seem merely to restrict commercial activities, the adjectives which follow, "commercial or otherwise", modify the nouns "business or undertaking" and thus tend to preclude such a stringent interpretation. The provision is so broad, especially given the terms "undertaking" and "otherwise", that it can include just about any activity. It certainly can encompass handing out leaflets for a political party. On its face, and certainly in its application, the Regulation reflects a governmental policy administered in a manner that is excessively broad, and hence unconstitutionally invasive of the freedom of expression guarantee.

The words "solicit" and "advertise" in s. 7(*b*) can similarly cover just about any communication. These terms are neither qualified nor restricted to the commercial setting. In fact, here the respondents were advertising their political party, and were soliciting prospective members. The only element in favour of holding that the Regulation does not apply to this activity is the title, *Government Airport Concession Operations Regulations*, yet that in and of itself cannot be dispositive, particularly in light of the provisions which follow.

Therefore, the problem is not only that the Regulation applies to the activity at issue, but that it applies to virtually all conceivable activity involving freedom of expression at airports. There is evidence that exceptions are made for veterans selling poppies in November, but such selective application of the Regulation should not alone result in a determination that it is not overbroad. Quite the contrary: the fact that the Regulation has application to such an unnecessarily broad range of activity is determinative of the

porte ensuite sur les moyens choisis pour atteindre ces objectifs; il s'agit alors de savoir si ces moyens ont été conçus de façon à porter le moins possible atteinte aux droits ou libertés des citoyens. C'est dans cette deuxième étape que la portée excessive d'une loi ou d'un règlement est examinée.

L'article 7 du Règlement a-t-il une portée trop large? L'alinéa 7*a*) semble viser les entreprises commerciales ou semblables à l'intérieur des aéroports. Cependant, bien qu'ils semblent restreindre uniquement les activités commerciales, les adjectifs qui suivent, «commerciale ou autre», viennent modifier les mots «activité ou [. . .] entreprise» et empêchent donc une interprétation aussi stricte. La disposition est rédigée de façon tellement large, compte tenu des termes «activité» et «autre» surtout, qu'elle pourrait comprendre pratiquement n'importe quelle activité. Elle comprend certainement la distribution de brochures pour un parti politique. À sa face même, et par son application, le règlement traduit une politique gouvernementale administrée de façon extrêmement large, empiétant donc de façon inconstitutionnelle sur la garantie de liberté d'expression.

Les mots «sollicitation» et «publicité», à l'al. 7*b*), peuvent également s'appliquer à presque toutes sortes de communications. Ces expressions ne sont ni précisées ni restreintes au domaine commercial. De fait, en l'espèce, les intimés faisaient de la publicité pour leur parti politique et sollicitaient l'adhésion de membres potentiels. Le seul élément qui pourrait permettre de conclure que la disposition du Règlement ne s'applique pas à ce genre d'activités est son titre, *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, qui ne saurait être déterminant, surtout à la lumière des dispositions qui suivent.

Par conséquent, le problème ne résulte pas uniquement du fait que le Règlement s'applique à l'activité en question mais qu'il s'applique à pratiquement toute activité imaginable liée à la liberté d'expression dans les aéroports. La preuve a démontré qu'une exception était faite pour la vente de coquelicots par les anciens combattants en novembre, mais ce genre d'application sélective du Règlement ne devrait pas, à lui seul, nous faire conclure qu'il n'a pas une portée excessive. Au contraire: le fait que le Règlement

1991 CanLII 119 (SCC)

overbreadth issue in this case. In her s. 1 analysis in the *Prostitution Reference*, *supra*, Wilson J. (with whom I concurred) considered the overinclusive scope of the prohibition on communication in s. 195.1 of the *Criminal Code*. It is instructive to review my colleague's comments at pp. 1213-14:

I believe, with respect, that the Attorney General has overlooked a number of significant aspects of the impugned legislation which go directly to the question of its proportionality. The first is that it criminalizes communication or attempted communication for the prohibited purpose in any public place or place open to public view. "Public place" is then expanded in subs. (2) to include any place to which the public have access as of right or by invitation express or implied. In other words, the prohibition is not confined to places where there will necessarily be lots of people to be offended or inconvenienced by it. The prohibited communication may be taking place in a secluded area of a park where there is no-one to see or hear it. It will still be a criminal offence under the section. *Such a broad prohibition as to the locale of the communication would seem to go far beyond a genuine concern over the nuisance caused by street solicitation in Canada's major centres of population. It enables the police to arrest citizens who are disturbing no-one solely because they are engaged in communicative acts concerning something not prohibited by the Code. It is not reasonable, in my view, to prohibit all expressive activity conveying a certain meaning that takes place in public simply because in some circumstances and in some areas that activity may give rise to a public or social nuisance.* [Underlining in original; italics added.]

The identical concerns may be raised about Regulation 7 in the case at bar. The Regulation prohibits all expressive activity in the airport, simply because some activities may be disruptive. It may be that a parade is inappropriate in the airport; that is no reason to prohibit legitimate expression such as private conversation. But that is what this Regulation does.

s'applique à un éventail inutilement large d'activités est déterminant en ce qui concerne la question de la portée excessive en l'espèce. Dans le cadre de l'analyse qu'elle fait de l'article premier, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge Wilson (à l'opinion de laquelle j'ai souscrit) a examiné le champ d'application trop large de l'interdiction de communication prévue à l'art. 195.1 du *Code criminel*. Il convient de revoir les commentaires formulés par ma collègue aux pp. 1213 et 1214:

Avec égards, je crois que le procureur général a négligé plusieurs aspects importants de la loi constatée qui touchent directement la question de sa proportionnalité. En premier, elle criminalise la communication ou la tentative de communication en vue de l'objet interdit dans tout endroit public ou tout endroit situé à la vue du public. Le paragraphe (2) élargit ensuite la définition d'«endroit public» pour y inclure tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou implicite. En d'autres termes, l'interdiction ne se limite pas aux endroits où il y aura nécessairement beaucoup de gens qui seront choqués ou gênés par la communication. La communication interdite peut avoir lieu dans un endroit retiré d'un parc où personne ne peut voir les parties ni entendre la communication. Celle-ci sera néanmoins considérée une infraction criminelle en vertu de l'article. *Une interdiction de portée si large quant au lieu de la communication semble dépasser les limites d'une véritable préoccupation quant à la nuisance créée par la sollicitation de rue dans les principaux centres urbains du Canada. Elle permet aux policiers d'arrêter des citoyens qui ne gênent personne pour la seule raison qu'ils se livrent à des actes de communication concernant quelque chose qui n'est pas interdit par le Code. À mon avis, il n'est pas raisonnable d'interdire toute activité d'expression qui transmet un certain message et se déroule dans un endroit public simplement parce que dans certaines circonstances et dans certains endroits cette activité peut donner lieu à une nuisance publique ou sociale.* [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Les mêmes préoccupations peuvent se soulever à l'encontre de l'art. 7 du Règlement en litige. Il interdit toute activité expressive dans les aéroports, tout simplement parce que certaines activités pourraient être gênantes. Il est possible qu'un défilé soit inapproprié dans un aéroport; ce n'est pas une raison pour interdire une expression légitime comme les conversations privées. Mais c'est ce que ce règlement fait.

1991 CanLII 119 (SCC)

As a result I would conclude for the purposes of this discussion that Regulation 7 is too broad to constitute a reasonable limit on the freedom of expression. I propose now to address the next arguments made by the appellant in attempting to justify the restrictions on the respondents' freedom of expression.

D: *Time, Place and Manner Restrictions*

In spite of my conclusion that Regulation 7 is both vague and overbroad and as such does not pass the s. 1 analysis, I would like to discuss the time, place, and manner restrictions on expressive activity which the appellant has urged us to consider as reasonable limits in a free and democratic society under s. 1.

This "time, place, and manner" terminology has been used extensively in the American jurisprudence, and is described as follows by Farber and Nowak, op. cit., at p. 1237:

Time, place, and manner regulations involve governmental restrictions on the physical impact of all speech, regardless of content. So long as the governmental regulation is uniformly applied, regulation of the physical attributes of speech poses relatively little threat to first amendment values; the first amendment's central prohibition on censorship is not strongly implicated. Although some people may be unable to express themselves in the exact physical manner, location, or time they find most satisfying, this inconvenience hardly seems a radical intrusion into individual autonomy. Furthermore, so long as a time, place, and manner regulation does not effectively prohibit all communication of a message, but instead affects only one channel of communication, there is only a slight loss in the social, or "marketplace," values inherent in the first amendment.

American courts now fastidiously adhere to a three-part test to determine the constitutionality of time, place, and manner regulations, stated succinctly

Par conséquent, je suis d'avis de conclure qu'aux fins de cette analyse, l'art. 7 du Règlement a une portée trop large pour pouvoir constituer une limite raisonnable à la liberté d'expression. Je vais maintenant me pencher sur les autres arguments qu'a fait valoir l'appelante pour justifier les restrictions apportées à la liberté d'expression des intimés.

D: *Restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression*

Malgré ma conclusion que l'art. 7 du Règlement est à la fois imprécis et de portée excessive et qu'à ce titre il ne satisfait pas au test de l'article premier, j'aimerais traiter des restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression que l'appelante nous a demandé de considérer comme des limites raisonnables dans une société libre et démocratique, en vertu de l'article premier.

Cette terminologie afférente «aux heures, au lieu et au mode d'expression» a maintes fois été utilisée dans la jurisprudence américaine, comme le décrivent Farber et Nowak, *loc. cit.*, à la p. 1237:

[TRADUCTION] Les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression constituent des restrictions gouvernementales sur les effets physiques de toute expression verbale, peu importe son contenu. Tant que les règlements gouvernementaux sont appliqués de façon uniforme, la réglementation des aspects physiques de l'expression verbale constitue une menace relativement minime pour les valeurs véhiculées par le Premier amendement; l'interdiction de censure prévue dans le Premier amendement n'est pas vraiment en cause. Bien que certaines personnes puissent être incapables de s'exprimer à l'heure, à l'endroit et de la façon qui leur plairaient, cet inconvénient ne saurait constituer une ingérence radicale dans l'autonomie de l'individu. En outre, dans la mesure où les règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression n'ont pas pour effet d'interdire toute communication d'un message mais ne font que toucher un mode de communication, il n'y a qu'une légère atteinte aux valeurs sociales, ou de «marché», inhérentes au Premier amendement.

Les tribunaux américains adoptent maintenant, et sans exception, un test en trois volets en vue de déterminer la constitutionnalité des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, test énoncé brièvement par la Cour suprême des États-Unis dans

1991 CanLII 119 (SCC)

by the United States Supreme Court in *United States v. Grace*, 461 U.S. 171 (1983), at p. 177:

> . . . the government may enforce reasonable time, place, and manner regulations as long as the restrictions are "content-neutral, are narrowly tailored to serve a significant government interest, and leave open ample alternative channels of communication."

This language resembles the criteria for evaluating the justification of *Charter* limitations under the s. 1 test. This correlation serves two purposes: it gives greater weight to the assessment of the reasonableness of time, place, and manner regulations under s. 1 rather than under s. 2(*b*), and it provides a welcome podium from which we can amplify our own standard.

Counsel for the A.G.O. suggested several guidelines to determine the reasonableness of content-neutral time, place, and manner restrictions. First, the measure's purpose must be considered. The more significant the purpose, the greater will be the latitude for regulating time, place and manner of expression. Second, the restriction should be tailored to its objectives, such that it did not overreach its purpose. Third, the courts should consider whether the restrictions are designed in a manner which tends to be free from excessive official discretion or undue arbitrariness. Fourth, courts should assess whether in the circumstances, adequate alternative avenues for expression are left open. Fifth, courts should evaluate the extent to which the restriction ensures that the property at issue can be effectively used by the government and the public for the governmental function or activity for which it was intended, apart from its use as a public arena for expression.

While at first this may appear to derogate from the *Oakes* analysis, in reality it merely restates the qualified *Oakes* test as described by Dickson C.J. in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 768-69:

l'arrêt *United States v. Grace* , 461 U.S. 171 (1983), à la p. 177:

> [TRADUCTION] . . . le gouvernement peut imposer, par règlement, des heures, un lieu particulier et un mode d'expression raisonnables pourvu que les restrictions «ne soient pas liées au contenu, qu'elles soient strictement conçues pour servir un intérêt gouvernemental important et qu'elles permettent l'exercice de plusieurs autres modes d'expression.»

Ce langage se rapproche du test utilisé pour évaluer la justification des restrictions apportées à la *Charte*, en vertu de l'article premier. Cette corrélation sert à deux fins: elle donne plus de poids à l'évaluation du caractère raisonnable des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression faite en vertu de l'article premier plutôt qu'en vertu de l'al. 2*b*), et elle nous donne l'occasion opportune d'élaborer nos propres normes.

L'avocat du P.G.O. a proposé plusieurs critères pour établir le caractère raisonnable de restrictions relatives aux heures, au lieu et au mode d'expression qui ne soient aucunement liées au contenu. Premièrement, il y a lieu de tenir compte de l'objet de la mesure. Plus l'objet visé est important, plus grande sera la latitude de réglementer les heures, le lieu et le mode d'expression. Deuxièmement, la restriction devra être formulée en fonction de ses objectifs, de façon à ne pas aller au-delà du but visé. Troisièmement, les tribunaux devraient se demander si les restrictions sont formulées de façon à minimiser le plus possible les pouvoirs discrétionnaires ou arbitraires excessifs qui sont conférés aux fonctionnaires. Quatrièmement, les tribunaux devraient déterminer si, dans les circonstances, d'autres moyens d'expression adéquats sont disponibles. Cinquièmement, les tribunaux devraient se demander dans quelle mesure la restriction garantit que la propriété en cause peut servir aux fonctions gouvernementales et aux activités prévues pour la population, en plus de son rôle de tribune publique d'expression.

Bien qu'à prime abord ces propositions semblent déroger au test de l'arrêt *Oakes*, en réalité elles ne sont qu'une confirmation des critères y énoncés et précisés par le juge en chef Dickson dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 768 et 769:

1991 CanLII 119 (SCC)

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the proportionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards. [Emphasis added.]

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. [Je souligne.]

More recently in *Keegstra*, *supra*, Dickson C.J. noted at p. 735 that, notwithstanding that the *Oakes* framework has been continually reaffirmed by this Court, it would be "dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision, offering nothing more than a last chance for the state to justify incursions into the realm of fundamental rights." Later at p. 738, Dickson C.J. asserted that a formalistic approach to the *Oakes* analysis must be avoided and that courts should heed the following advise, taken from *United States of America v. Cotroni*, [1989] 1 S.C.R. 1469, *per* La Forest J. at pp. 1489-90:

Plus récemment, dans l'arrêt *Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson soulignait à la p. 735, que, même si notre Cour a maintes fois approuvé le cadre analytique établi dans l'arrêt *Oakes*, on s'induit «dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme n'offrant rien d'autre qu'une dernière chance à l'État de justifier des incursions dans le domaine des droits fondamentaux.» Plus loin, à la p. 738, le juge en chef Dickson affirmait qu'il faut éviter une approche formaliste du test de l'arrêt *Oakes* et que les tribunaux devraient tenir compte des conseils suivants, formulés par le juge La Forest dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469, aux pp. 1489 et 1490:

In the performance of the balancing task under s. 1, it seems to me, a mechanistic approach must be avoided. While the rights guaranteed by the *Charter* must be given priority in the equation, the underlying values must be sensitively weighed in a particular context against other values of a free and democratic society sought to be promoted by the legislature.

Il me semble qu'en effectuant cette évaluation en vertu de l'article premier il faut éviter de recourir à une méthode mécaniste. Bien qu'il faille accorder priorité dans l'équation aux droits garantis par la *Charte*, les valeurs sous-jacentes doivent être, dans un contexte particulier, évaluées délicatement en fonction d'autres valeurs propres à une société libre et démocratique que le législateur cherche à promouvoir.

1991 CanLII 119 (SCC)

These comments strongly suggest that the *Oakes* approach, especially the second component, is not a talisman or incantation which is dutifully recited in every case. Rather, its purpose is to concentrate the inquiry into reasonableness with sharper resolution. If all restrictions relating to noise, litter, orderliness, and access to property, which may obliquely impinge upon the freedom of expression, had to be predicated upon momentous governmental objectives under the *Oakes* test, government would hardly ever be able to legislate effectively with respect to these matters. In addition, what may be applied strictly in the context of criminal law may warrant more relaxed implementation with respect to social issues.

If the purposes are legitimate, and the measures taken are reasonable having regard to all the circumstances, the standard of absolute minimal impairment need not be applied. If the government was left to prove that it could not have chosen any less intrusive method in every case in which a s. 2(*b*) breach is advanced, legislative efforts would be hopelessly stultified, and the balancing inherent in s. 1 would be subverted by indefensibly rigorous demands.

Applying even the most relaxed standard of analysis, the question remains as to whether these time, place, and manner regulations were reasonable in the context and circumstances of this particular case. Ignoring the selective application with respect to poppy vendors, does the wording of the provision qualify as a rational means of preserving the government's objectives and purposes? For the reasons stated with respect to the unique character of government property, the purposes would have to extend beyond the mere preservation of the government's property interest and the invocation of the right to control all activity thereon.

The objective would have to relate to the nature of the airport itself, and the need to ensure that it operates safely and efficiently. To that end, the government can impose restrictions regarding who may congregate in specific areas, especially those security

Ces commentaires suggèrent fortement que la théorie avancée dans l'arrêt *Oakes*, surtout dans son deuxième volet, ne constitue pas une prière ou un talisman à invoquer respectueusement dans chaque cas. Elle a plutôt pour but de mettre l'accent sur l'examen du caractère raisonnable pour en faciliter la solution. Si toutes les restrictions relatives au bruit, aux détritus, à l'ordre et à l'accès à la propriété, qui peuvent indirectement porter atteinte à la liberté d'expression, devaient être confirmées en fonction des objectifs gouvernementaux du moment, en vertu des critères énoncés dans *Oakes*, le gouvernement ne pourrait presque jamais légiférer de façon efficace dans ces domaines. De plus, ce qui peut s'appliquer de façon stricte en droit criminel peut nécessiter une application plus libérale en matière sociale.

Si les objectifs sont légitimes et les mesures prises raisonnables, compte tenu des circonstances, il ne sera pas nécessaire d'appliquer la norme de l'atteinte minimale absolue. Si, dans chaque cas où une violation de l'al. 2*b*) est alléguée, le gouvernement était tenu de démontrer qu'il n'aurait pas pu choisir une méthode moins importune, tous les efforts législatifs seraient rendus vains et l'équilibre inhérent à l'article premier serait renversé par des exigences d'un rigorisme indéfendable.

Même en appliquant ici les critères d'analyse les plus souples, la question se pose de savoir si ces règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression étaient raisonnables dans le contexte et les circonstances particulières de la présente affaire. Abstraction faite de l'application sélective de la règle à l'égard des vendeurs de coquelicots, le texte de la disposition constitue-t-il un moyen rationnel d'atteindre les objectifs et les fins recherchés par le gouvernement? Pour les motifs déjà mentionnés au regard du caractère unique de la propriété gouvernementale, il faudrait pour cela que les objectifs en question aillent bien au-delà de la simple préservation du droit de propriété du gouvernement et de l'invocation du droit de contrôler toutes les activités qui s'y déroulent.

L'objectif doit porter sur la nature de l'aéroport lui-même et sur le besoin d'assurer son exploitation sécuritaire et efficace. À cette fin, le gouvernement peut imposer des restrictions en ce qui concerne les personnes qui sont autorisées à s'assembler dans des

1991 CanLII 119 (SCC)

type zones identified above. Airports and planes are recurrent targets of terrorist activity. Precautions are necessary to combat these persistent threats and to minimize their potential repercussions. Ingress and egress to and from the various sectors of the airport should not be unnecessarily obstructed. Access to certain quarters can be limited to specific persons.

These objectives are not only reasonable, but in many instances necessary. Hence, these purposes can clearly anchor content-neutral time, place, and manner regulations to achieve those goals. However, the restrictions imposed by the impugned provision bear no rational connection to the aforementioned objectives. They are broad to the point of being unintelligible. Such a blanket exclusion on any type of activity is clearly violative of the requirements set out above. The case of *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), involved a ban on all "First Amendment activities" in the airport (which would include not only solicitation and demonstrations, but also reading, thinking, believing, private conversation, etc.). The Court deliberately avoided the public forum question, because, at p. 2572:

> We think it obvious that such a ban cannot be justified even if LAX [Los Angeles Airport] were a nonpublic forum because no conceivable governmental interest would justify such an absolute prohibition of speech. [Underlining omitted.]

Furthermore, it was held that even if the ban was in practice meant to apply only to certain types of activity that interfered with the operation of the airport, it was so broadly worded that it would give the airport officials unfettered discretion in administering it.

The provision at issue suffers from the same infirmities. The Minister's discretion seems absolute. The Regulation itself extends to every area of the airport

endroits donnés, notamment les zones de sécurité déjà identifiées. Les aéroports et les avions demeurent des cibles de prédilection pour les terroristes. Il est nécessaire de prendre des précautions pour combattre ces menaces incessantes et en réduire les répercussions possibles. Il ne faudrait pas non plus faire obstacle inutilement aux droits d'entrée et de sortie relatifs aux différents secteurs de l'aéroport. L'accès à certains «secteurs» peut être restreint à des personnes précises.

Ces objectifs sont non seulement raisonnables mais dans bien des cas essentiels. Ils peuvent donc certainement servir de fondement à des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, qui ne soient aucunement liés au contenu, afin d'atteindre ces buts. Cependant, les restrictions que contient la disposition en litige n'ont aucun lien rationnel avec les objectifs susmentionnés. Elles sont tellement générales qu'elles deviennent inintelligibles. Pareille exclusion globale de tout genre d'activité va nettement à l'encontre des exigences susmentionnées. Dans l'affaire *Board of Airport Commissioners of the City of Los Angeles v. Jews for Jesus, Inc.*, 107 S.Ct. 2568 (1987), il s'agissait d'une interdiction de toute «activité visée par le Premier amendement» dans l'aéroport (ce qui comprendrait non seulement la sollicitation et les manifestations, mais également la lecture, la réflexion, la foi, les conversations privées, etc.). La cour a délibérément évité de se prononcer sur la question du forum public parce que (à la p. 2572):

> [TRADUCTION] Il nous semble évident qu'une telle interdiction ne peut se justifier même si LAX (l'aéroport de Los Angeles) était un forum non public parce qu'aucun intérêt imaginable du gouvernement pourrait justifier une telle interdiction absolue de la liberté de parole. [Soulignement omis.]

De plus, elle a conclu que même si, en pratique, l'interdiction visait seulement certains types d'activités qui entravaient le bon fonctionnement de l'aéroport, elle était rédigée de façon tellement large qu'elle donnerait aux responsables de l'aéroport pleins pouvoirs discrétionnaires de l'administrer.

La disposition ici en litige souffre des mêmes carences. Le pouvoir discrétionnaire du Ministre semble absolu. Le Règlement s'applique à tous les

1991 CanLII 119 (SCC)

and to virtually all types of activities. To the extent that one may think that the provision is not overbroad, i.e., if one endeavoured to delineate precisely what "business or undertaking, commercial or otherwise" was designed to comprehend, or what types of advertising and solicitation were implicated, the very attempt would expose the provision's unintelligible nature. Such ambiguity is wholly irreconcilable with a regulation suppressing freedom of expression.

Needless to say, besides this overbreadth, the contested provision does not, for the same reason, pass the proportionality test. Its impairment, far from being minimal, could not be greater. In my view then, the contested regulation, s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, cannot be saved by s. 1 of the *Charter*.

Even if I were of the view that the Regulation is restricted to commercial activity, I would still conclude that s. 2(*b*) of the *Charter* was infringed. The policy of the government, as demonstrated by its own interpretation of the Regulation and by its action in this particular case, was clearly that practically no form of expression would be permitted on the Dorval Airport premises. As is the case with the jurisprudence of the United States Supreme Court, constitutional protection is not limited to the legislature context (see *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). This accords with the decision rendered by this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*, which, although rendered in the context of s. 15 of the *Charter* , is applicable as well to s. 32. Here, the RCMP officers clearly were government agents when they forbade respondents from distributing their pamphlets. Therefore, be it a regulation or a policy, government action is clearly involved here, attracting *Charter* review, and the analysis under s. 1 applies.

secteurs de l'aéroport et pratiquement à tous les types d'activités. Dans la mesure où on pourrait croire que la disposition n'a pas une portée excessive, c'est-à-dire si on tentait de définir précisément ce que signifie «activité ou [. . .] entreprise, commerciale ou autre», ou quel genre de publicité et de sollicitation sont visées, cet exercice mettrait en évidence le caractère inintelligible de la disposition. Pareille ambiguïté est tout à fait inacceptable dans le cas d'un règlement supprimant la liberté d'expression.

Inutile de dire qu'en plus de la portée excessive de la disposition contestée, celle-ci ne répond pas au critère de proportionnalité, et ce, pour les mêmes raisons. L'atteinte qu'elle porte n'est pas minimale; au contraire, elle ne saurait être plus grave. À mon avis, l'article premier de la *Charte* ne saurait sauvegarder la disposition contestée, l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*.

Même si j'estimais que cette disposition s'applique uniquement à l'activité commerciale, je conclurais quand même qu'elle porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Comme le démontre la façon dont il interprète le Règlement et comment il a agi en l'espèce, le gouvernement avait nettement l'intention d'exclure toute forme d'expression dans les locaux de l'aéroport de Dorval. Comme c'est le cas dans la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis, la protection constitutionnelle ne s'applique pas uniquement au contexte législatif (voir *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957); *Regents of the University of California v. Bakke*, 438 U.S. 265 (1978)). Cette règle est conforme à l'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précité, qui, bien que rendu dans le contexte de l'art. 15 de la *Charte*, s'applique également à l'art. 32. En l'espèce, les agents de la GRC étaient bel et bien des représentants du gouvernement lorsqu'ils ont interdit aux intimés de distribuer leurs brochures. Par conséquent, que ce soit sous forme de règlement ou de politique, il s'agit clairement en l'espèce d'un acte du gouvernement, susceptible d'être examiné en vertu de la *Charte*, et l'analyse fondée sur l'article premier lui est applicable.

1991 CanLII 119 (SCC)

Conclusion

The impugned regulation, on its face and as applied to the activity of the respondents, as well as government policy and action in prohibiting distribution of pamphlets by the respondents at Dorval Airport did have the effect of restricting freedom of expression, and therefore constituted a breach of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In assessing its potential justification under s. 1, on account of its vagueness, Regulation 7 does not constitute a limit prescribed by law. Similarly, because of its overbreadth, Regulation 7 does not pass the means analysis of *Oakes*. In addition to vagueness and overbreadth, the guidelines as to the scope of content-neutral time, place, and manner regulations put this particular attempt outside the boundaries of constitutional permissibility.

While I do not entirely endorse the "public forum" doctrine which has found favour in the American jurisprudence, the qualified definition of "public arenas" is helpful to appraise the reasonableness of any "place" restrictions within contested time, place, and manner regulations. While clearly not dispositive, those areas traditionally associated with, or resembling, sites where all persons have a right to express their views by any means at their disposal should be vigilantly protected from legislative restrictions on speech. That is not to say that no encumbrances of any kind can be imposed, but simply that any prospective conditions will have to be reasonable having regard to all the circumstances.

This particular provision does not even come close to meeting that standard. As a result of its vagueness and overbreadth, there is no foreseeability as to what activity is in fact being proscribed. Furthermore, the unfettered discretion vested in the Minister itself undermines the reasonableness and predictability of the provision's application. Those affected by the Regulation cannot be left to speculate or surmise how or in what circumstances it will be implemented. Such conjecture is incompatible with the spirit, purposes and goals of our *Charter*, and will not pass

Conclusion

La disposition contestée, à sa face même et par son application à l'activité des intimés, ainsi que les politiques et les actes du gouvernement visant à interdire aux intimés de distribuer des brochures à l'aéroport de Dorval ont eu pour effet de restreindre la liberté d'expression et constituent donc une violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Du fait de son imprécision, l'art. 7 ne constitue pas une limite prescrite par une règle de droit et, à ce titre, il ne saurait se justifier en vertu de l'article premier. De même, par sa portée excessive, l'art. 7 ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*. En plus de l'imprécision et de la portée excessive de la disposition, les lignes directrices relatives au champ d'application des règlements relatifs aux heures, au lieu et au mode d'expression, qui ne sont aucunement liés au contenu, excluent cet exercice de la sphère de l'acceptabilité constitutionnelle.

Bien que je n'adopte pas entièrement la théorie du «forum public» si populaire dans la jurisprudence américaine, la définition modifiée de «tribune publique» permet d'évaluer le caractère raisonnable des restrictions afférentes au «lieu» dans le cadre d'un règlement relatif aux heures, au lieu et au mode d'expression. Sans être déterminants, les secteurs traditionnellement associés à des endroits où tout le monde a le droit d'exprimer son opinion par quelque moyen que ce soit, ou à des endroits semblables, devraient être protégés vigilamment contre toute restriction législative de la liberté de parole. Cela ne saurait signifier qu'aucune interdiction ne peut être imposée, mais simplement que les conditions éventuelles devront être raisonnables compte tenu de toutes les circonstances.

La disposition visée en l'espèce n'a pas l'ombre d'une chance de répondre à cette norme. En conséquence de son imprécision et de sa portée excessive, il est impossible de déterminer quelles activités sont vraiment interdites. En outre, le pouvoir discrétionnaire absolu dont dispose le Ministre lui-même réduit grandement le caractère raisonnable et la prévisibilité de son application. Les personnes touchées par le Règlement ne devraient pas en être réduites à deviner les cas et circonstances dans lesquels ce règlement sera appliqué. Pareille conjecture est incompatible

1991 CanLII 119 (SCC)

constitutional muster: it has not been demonstrably justified in a free and democratic society.

I would therefore dismiss the appeal, with costs, and answer the constitutional questions presented as follows:

1. Are ss. 7(*a*) and 7(*b*) of the *Government Airport Concession Operations Regulations* inconsistent with s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   Yes.

2. In the affirmative, are the provisions in question to be regarded as a reasonable limit within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

   No.

The following are the reasons delivered by

GONTHIER J.—I have had the benefit of the reasons of Chief Justice Lamer, and Justices L'Heureux-Dubé and McLachlin. While I agree with the several elements put forward by Chief Justice Lamer and L'Heureux-Dubé J. as pertinent to a determination of the extent of freedom of expression on government property according to ss. 1 and 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I would structure their application as outlined by McLachlin J. with whose reasons I concur. I also adopt the reasons of L'Heureux-Dubé J. as to the interpretation of s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, and its application to the conduct of the respondents.

I would dismiss the appeal with costs and answer the constitutional questions as does L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

CORY J.—I am in agreement with the reasons of Chief Justice Lamer in so far as they deal with the use of government-owned property by members of the public for the purposes of expressing themselves on various issues, including his suggested method of

avec l'esprit, le but et les objectifs de notre *Charte* et est tout à fait inacceptable sur le plan constitutionnel: la justification de la restriction n'a pas été démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. Les alinéas 7*a*) et 7*b*) du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement* contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Oui.

2. Dans l'affirmative, leur application est-elle justifiée sur le fondement de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

   Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE GONTHIER—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du juge en chef Lamer et ceux des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Bien que je souscrive aux éléments proposés par le juge en chef Lamer et le juge L'Heureux-Dubé, comme pertinents à la définition de la portée de la liberté d'expression dans une propriété du gouvernement selon l'article premier et l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j'en ferais l'application selon le cadre que propose le juge McLachlin aux motifs de laquelle je souscris. J'adopte également les motifs du juge L'Heureux-Dubé quant à l'interprétation et à l'application de l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, à la conduite des intimés.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles comme le fait le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE CORY—Je suis d'accord avec les motifs du juge en chef Lamer dans la mesure où ils ont trait à l'utilisation d'une propriété du gouvernement par des membres du public afin de s'exprimer sur différentes questions, y compris avec la façon dont il pro-

1991 CanLII 119 (SCC)

balancing the use ordinarily made of the particular government premises against the interests of an individual desirous of expressing in public an opinion on some matter.

However, I am in agreement with the conclusion reached by Justice L'Heureux-Dubé and her findings that the impugned Regulation contravened s. 2(*b*) and could not be saved by the provisions of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J.—This case brings before this Court for the first time the question of the extent of the *Charter* guarantee of free expression on state-owned property. I have had the advantage of reading the reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Chief Justice Lamer. I reach the same conclusion but for different reasons.

I. Section 2(*b*) of the *Charter* and State-Owned Property

Introduction

L'Heureux-Dubé J. takes the position that all expression on public property falls within s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, with the result that any restrictions which are intended to limit, or which have the effect of limiting expression, must be justified by the government under s. 1 if they are to be saved. The only exception would be for violent or other proscribed forms of expression, which would be excluded from s. 2(*b*) pursuant to *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927. Even expression on "private" state-owned property, such as the Prime Minister's office or a judge's private chambers, would fall under the guarantee of free speech found in s. 2(*b*) of the *Charter* on her analysis. This means that the main analysis of entitlement to a public forum for purposes of expression falls to be determined under s. 1 of the *Charter*.

Lamer C.J., on the other hand, takes a narrower view of s. 2(*b*). The guarantee of free expression applies only if the proposed expression does not unduly impair the function of the government propose de soupeser l'utilisation ordinaire de locaux particuliers du gouvernement en fonction des intérêts d'un individu qui souhaite exprimer publiquement une opinion sur un sujet.

Je suis cependant d'accord avec la conclusion tirée par le juge L'Heureux-Dubé et avec ses constatations que le règlement contesté viole l'al. 2*b*) et ne saurait être sauvegardé par les dispositions de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN—Par ce pourvoi, notre Cour est saisie pour la première fois de la question de la portée de la liberté d'expression, garantie par la *Charte*, dans une propriété d'État. J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et du juge en chef Lamer. Je tire la même conclusion, mais pour des motifs différents.

I. L'alinéa 2*b*) de la *Charte* et la propriété d'État

Introduction

Le juge L'Heureux-Dubé est d'avis que toute forme d'expression dans une propriété publique relève de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que, par conséquent, le gouvernement doit justifier, en vertu de l'article premier, toutes les restrictions ayant pour but ou pour effet de limiter l'expression, pour qu'elles soient sauvegardées. Seule l'expression de violence et les autres formes d'expression prohibées, qui seraient exclues de l'al. 2*b*) en vertu de l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, font exception. D'après son analyse, même les propriétés d'État «privées», comme le bureau du Premier ministre ou le cabinet privé d'un juge, feraient l'objet de la garantie de liberté d'expression que l'on trouve à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Cela signifie que la principale analyse du droit à un forum public pour fins d'expression doit être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Par ailleurs, le juge en chef Lamer donne une interprétation plus stricte à l'al. 2*b*). La liberté d'expression n'est garantie que si l'expression projetée ne nuit pas indûment à la fonction de la propriété gouverne-

1991 CanLII 119 (SCC)

erty in question. Under this test, much of the balancing of the conflicting interests of the speaker and the state would take place under s. 2(*b*) of the *Charter*.

I would adopt a position between the two expressed by my colleagues. In my view, the guarantee of free expression in s. 2(*b*) of the *Charter* cannot reasonably be read as conferring a constitutional right to use all government property for purposes of public expression. Only some expression on some government property is protected by s. 2(*b*). Like my colleagues, I find guidance in *Irwin Toy*, *supra*. Unlike them, I cannot conclude that the reasoning in *Irwin Toy* supports either the conclusion that s. 2(*b*) applies to all government property, or the conclusion that it applies only to government property whose function it does not unreasonably impede.

Criteria for the Test Under s. 2(b)

Freedom of expression does not, historically, imply freedom to express oneself wherever one pleases. Freedom of expression does not automatically comport freedom of forum. For example, it has not historically conferred a right to use another's private property as a forum for expression. A proprietor has had the right to determine who uses his or her property and for what purpose. Moreover, the *Charter* does not extend to private actions. It is therefore clear that s. 2(*b*) confers no right to use private property as a forum for expression.

The matter is less clear where public property is involved. Since the *Charter* applies to government action, the government must make its property available as a forum for public expression in so far as the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter* so requires. This poses squarely the question of whether s. 2(*b*) should be read as guaranteeing access to some or all government property for use as a forum for public expression. That is the issue at the heart of this case.

mentale en cause. D'après ce critère, l'évaluation des intérêts opposés de la personne qui s'exprime et de l'État se ferait en grande partie en vertu de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Je suis d'avis d'adopter une position intermédiaire par rapport à celles de mes collègues. J'estime que la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* ne saurait être interprétée raisonnablement comme conférant un droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression publique. Seules certaines formes d'expression dans certaines propriétés gouvernementales sont protégées par l'al. 2*b*). À l'instar de mes collègues, je m'inspire de l'arrêt *Irwin Toy*, précité. Contrairement à ces derniers, je ne puis conclure que le raisonnement employé dans *Irwin Toy* justifie la conclusion que l'al. 2*b*) s'applique à toute propriété gouvernementale ou celle qu'il ne s'applique qu'aux propriétés gouvernementales dont il n'entrave pas la fonction de façon déraisonnable.

Application du critère de l'al. 2b)

D'un point de vue historique, la liberté d'expression n'implique pas la liberté de s'exprimer où bon nous semble. La liberté d'expression ne comprend pas automatiquement la liberté de forum. Historiquement, par exemple, elle n'a pas conféré le droit d'utiliser la propriété privée d'autrui comme forum pour s'exprimer. Le propriétaire a toujours eu le droit de décider quelles personnes utiliseront sa propriété et à quelles fins elles le feront. En outre, la *Charte* ne s'applique pas aux actes privés. Il est donc évident que l'al. 2*b*) ne confère aucun droit d'utiliser la propriété privée comme forum pour s'exprimer.

La question est moins claire lorsqu'il s'agit d'une propriété publique. Puisque la *Charte* s'applique aux actes du gouvernement, ce dernier doit donner accès à sa propriété, à titre de forum pour l'expression publique, dans la mesure où la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* l'exige. Cela soulève directement la question de savoir s'il faut interpréter l'al. 2*b*) comme une garantie d'accès à toutes les propriétés gouvernementales, ou à certaines d'entre elles seulement, à titre de forum pour l'expression publique. C'est là le cœur du présent litige.

1991 CanLII 119 (SCC)

Three distinct approaches to this question have been put forward. The first is the submission of the government of Canada that there is no constitutional right to use any of its property for purposes of public expression. Only with its permission and where it considers it appropriate should individuals and groups be permitted to speak and demonstrate. The government submits that as the owner of all such property, it has the absolute right to exclude the use of the property for public expression if it chooses. It relies on the fact that the owners of property are generally entitled to control who enters on it and how it is used, a right which extends to the right to control expression on their property. The Crown, it contends, should be placed in no worse position than a private property owner.

At the other extreme is the position which L'Heureux-Dubé J. adopts—that s. 2(*b*) gives Canadians a constitutional right to use any and all government property for purposes of expression, subject only to such limitations as may be found to be justified under s. 1 of the *Charter*.

Between these two extremes lie intermediate positions (such as that advocated by the Attorney General for Ontario and adopted by Lamer C.J.), which assert that there is a constitutional right to use some but not all government property for purposes of public expression.

Which of these three general approaches should be adopted? The answer, in my view, must be found by considering the shared values which have historically been associated with the concept of freedom of expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that the rights guaranteed by the *Charter* cannot be confined to the ambit of the rights that preceded them. Thus, the guarantee of free expression may be larger in scope than the rights of free speech which existed before the *Charter*. At the same time, however, it is necessary in my view to have recourse to the historical, philosophical and evaluative purposes underlying *Charter* rights in determining their scope. The protection conferred by a right, even *prima facie*, should not go beyond what can be justified, having regard to

Trois points de vue distincts ont été proposés en réponse à cette question. Premièrement, le gouvernement du Canada prétend qu'il n'existe aucun droit constitutionnel d'utiliser quelqu'une de ses propriétés à des fins d'expression publique. Ce n'est qu'avec sa permission, et où il le juge à propos, que des individus et des groupes seront autorisés à prendre la parole et à manifester. Le gouvernement prétend qu'en sa qualité de propriétaire de ces biens, il a le droit absolu d'en exclure l'utilisation à des fins d'expression publique, s'il le juge bon. Il se fonde sur le fait que les propriétaires ont habituellement le droit de contrôler l'accès à leur propriété et la façon de l'utiliser, ce qui comprend le droit de contrôler l'expression dans leur propriété. Il prétend que l'État ne saurait être placé dans une situation moins favorable que le propriétaire privé.

À l'autre extrême se situe le point de vue du juge L'Heureux-Dubé: l'al. 2*b*) donne aux Canadiens le droit constitutionnel d'utiliser toute propriété gouvernementale à des fins d'expression, sous réserve seulement des restrictions qui peuvent se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Entre ces deux extrêmes, il existe des positions intermédiaires (comme celle préconisée par le procureur général de l'Ontario et adoptée par le juge en chef Lamer) portant qu'en vertu de la Constitution il existe un droit d'employer certaines propriétés gouvernementales, mais pas toutes, à des fins d'expression publique.

Lequel de ces trois points de vue généraux faudrait-il retenir? À mon avis, la réponse se trouve dans l'examen des valeurs communes traditionnellement associées à la notion de liberté d'expression. Tout comme le juge L'Heureux-Dubé, j'estime que les droits garantis par la *Charte* ne sauraient être restreints à l'étendue des droits qui les ont précédés. Ainsi, la garantie de liberté d'expression peut avoir une portée plus grande que les droits de liberté de parole qui existaient avant l'adoption de la *Charte*. J'estime toutefois qu'il est également nécessaire de faire appel aux objectifs historiques, philosophiques et d'appréciation qui sous-tendent les droits garantis par la *Charte* pour en déterminer la portée. La protection conférée par un droit, même à première vue, ne

1991 CanLII 119 (SCC)

the history of the right and the purpose which it serves.

When the right of free expression is viewed in its historical and philosophical context, the result is that neither of the extreme views set out above can prevail. I consider first the Crown's argument that the government *qua* proprietor has the absolute right to prohibit and regulate expression on all property which it owns. This contention is belied by a venerable tradition which supports the view that some types of state-owned property are proper forums for public expression. The right of free speech has traditionally been associated with streets and by-ways and parks—all government property. To accept the Crown's argument would be to restrict the freedom guaranteed by the *Charter* to limits much narrower than those with which it has traditionally been associated. Little would remain of the right. Its purpose—to permit members of society to communicate their ideas and values to others—would be subverted.

The jurisprudence supports the view that the state's property interest in a forum does not give it the absolute right to control expression on that forum. In the ringing terms of *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), at pp. 515-16:

Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions.

Or as stated in *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), at p. 506:

Ownership does not always mean absolute dominion. The more an owner, for his advantage, opens up his property for use by the public in general, the more do his rights become circumscribed by the statutory and constitutional rights of those who use it.

saurait aller au-delà de ce qui peut être justifié compte tenu de l'historique de ce droit et de l'objectif auquel il répond.

Lorsqu'on examine le contexte historique et philosophique du droit à la liberté d'expression, il en ressort qu'aucune des opinions extrêmes susmentionnées ne saurait être retenue. J'examine d'abord l'argument de Sa Majesté selon lequel le gouvernement, à titre de propriétaire, a le droit absolu d'interdire et de réglementer l'expression dans toutes ses propriétés. Cette prétention est démentie par une tradition vénérable portant que certains genres de propriété d'État constituent des forums indiqués pour l'expression publique. Le droit à la liberté de parole a toujours été associé aux rues, aux chemins et aux parcs, qui constituent tous des propriétés gouvernementales. S'il fallait retenir l'argument de Sa Majesté, cela aurait pour effet de restreindre la liberté garantie par la *Charte* à un cadre beaucoup plus étroit que celui auquel elle a été associée dans le passé. Il ne resterait plus grand-chose de ce droit. L'objet visé—permettre aux citoyens de faire part de leurs opinions et de leurs valeurs à autrui—serait contrecarré.

La jurisprudence étaye le point de vue selon lequel le fait que l'État soit propriétaire d'un forum ne lui donne pas le droit absolu d'y contrôler l'expression. Pour reprendre les termes percutants de l'arrêt *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public.

Ou comme on l'affirme dans *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946), à la p. 506:

[TRADUCTION] Le droit de propriété n'emporte pas toujours le contrôle absolu. Plus un propriétaire ouvre sa propriété au public en général, à son avantage, plus ses droits deviennent limités par les droits constitutionnels et légaux de ceux qui utilisent sa propriété.

1991 CanLII 119 (SCC)

In Canada, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, this Court struck down a municipal by-law forbidding the distribution of pamphlets in city streets without the permission of the Chief of Police. Rand J. stated at p. 332:

That public ways, in some circumstances the only practical means available for any appeal to the community generally, have from the most ancient times been the avenues for such communications, is demonstrated by the Bible itself: in the 6th verse of ch. xi of Jeremiah these words appear: "Proclaim all these words in the cities of Judah, and in the streets of Jerusalem". . . .

Notwithstanding Kellock J.'s view that a by-law prohibiting all distribution in the streets (as opposed to selective distribution) might raise different considerations, the principle remains that the state has not historically enjoyed an absolute right to control expression on property which it owns.

I turn then to the other extreme—the view that the s. 2(*b*) guarantee of freedom of speech comprehends the right to use all government property as a forum for public expression. Do the purposes of the right of free expression, viewed in historical and philosophic context, justify conferring on the public the constitutional right to express itself publicly on all public property, regardless of its use and function? To put it another way, did the framers of the *Charter* intend s. 2(*b*) to offer protection to the citizen's speech in even the most private state-owned property? Did they mean it to extend to private government offices, state-owned broadcasting towers and prisons? My conclusion is that they did not. There is no historical precedent, whether in England, the United States or this country, for extending freedom of expression to purely private areas merely because they happen to be on government-owned property. Freedom of expression has not traditionally been recognized to apply to such places or means of communication as internal government offices, air traffic control towers, publicly-owned broadcasting facilities, prison cells and judges' private chambers. To say that the guarantee of free speech extends to such arenas is to surpass

Au Canada, dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, notre Cour a annulé un règlement municipal interdisant la distribution de brochures dans les rues de la ville sans l'autorisation du chef de police. Le juge Rand y a affirmé ce qui suit à la p. 332:

[TRADUCTION] La Bible elle-même démontre que la voie publique, qui est en certains cas le seul moyen commode dont on dispose pour faire appel à la collectivité, constitue depuis les temps les plus reculés le canal de ce genre de communication. On trouve au 6e verset du chapitre XI de Jérémie les mots suivants: «Proclame toutes ces paroles dans les villes de Juda et dans les rues de Jérusalem . . .»

Malgré l'opinion du juge Kellock selon laquelle un règlement interdisant toute distribution dans les rues (par opposition à une distribution sélective) pourrait soulever des questions différentes, il n'en demeure pas moins que, historiquement, l'État n'a pas bénéficié d'un droit absolu de contrôler l'expression sur sa propriété.

Je passe maintenant à l'autre extrême—le point de vue selon lequel la liberté de parole garantie à l'al. 2*b*) comprend le droit d'utiliser toute propriété gouvernementale comme forum à des fins d'expression publique. Les objectifs visés par le droit à la liberté d'expression, pris dans leur contexte historique et philosophique, justifient-ils l'attribution à la population du droit constitutionnel de s'exprimer publiquement dans toute propriété publique, peu importe son utilisation et sa fonction? En d'autres termes, les rédacteurs de la *Charte* ont-ils voulu que l'al. 2*b*) protège la liberté de parole des citoyens dans les propriétés d'État les plus privées? Ont-ils voulu qu'elle s'applique aux bureaux privés du gouvernement, aux tours de radiodiffusion et aux prisons de l'État? Je conclus que non. Il n'existe aucun précédent historique, que ce soit en Angleterre, aux États-Unis ou dans notre pays, qui puisse justifier le prolongement de la liberté d'expression à des secteurs purement privés pour la simple raison qu'ils sont situés dans une propriété gouvernementale. Traditionnellement, il n'a pas été reconnu que la liberté d'expression s'applique aux lieux ou aux moyens de communication comme les bureaux internes du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les installations publiques de radiodiffusion, les cellules de prison et

1991 CanLII 119 (SCC)

anything the framers of the *Charter* could have intended.

Indeed, L'Heureux-Dubé J. appears to concede this at p. 198 in the course of her discussion under s. 1 of the *Charter*:

> . . . the *Charter*'s framers did not intend internal government offices, air traffic control towers, prison cells and Judges' Chambers to be made available for leafletting or demonstrations. It is evident that the right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private. Such a wholesale transformation of all government property is not necessary to fulfil the *Charter*'s purposes, or to avoid a stifling of free expression. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart, supra*, at p. 344, while the *Charter* should be given a broad and generous interpretation, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question".

To say that freedom of expression extends to all state-owned property is to overshoot the actual purpose of the freedom, to extend the protection of the *Charter* to situations where the values underlying the right are absent. Clearly, s. 2(*b*) cannot be held to apply to all expression on all government-owned property.

Pragmatic considerations also support the conclusion that not all expression on state-owned property should be held to fall within s. 2(*b*) of the *Charter*. The state should not be obliged to defend in the courts its restriction of expression which does not raise the values and interests traditionally associated with the free speech guarantee. Indeed, a failure to invest s. 2(*b*) with meaningful content reflective of those principles threatens to trivialize the *Charter* guarantee of free expression. For these reasons a threshold test is required to screen out cases clearly falling outside the free speech guarantee before reaching the s. 1 analysis. The threshold should not be so high that persons with legitimate claims are prevented from establishing them; nevertheless a *prima facie* case is required that the expression on the

les cabinets privés de juge. Affirmer que la garantie de liberté de parole s'applique à de telles tribunes irait au-delà de ce que les rédacteurs de la *Charte* ont pu souhaiter.

D'ailleurs, le juge L'Heureux-Dubé paraît l'admettre, à la p. 198, dans le cadre de son analyse de l'article premier de la *Charte*:

> . . . les rédacteurs de la *Charte* n'avaient sûrement pas l'intention de mettre les bureaux des employés du gouvernement, les tours de contrôle du trafic aérien, les cellules de prison et les cabinets de juge à la disposition des distributeurs de dépliants ou des manifestants. Il est évident que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée. Il n'est pas nécessaire de transformer ainsi toutes les propriétés du gouvernement pour permettre à la *Charte* d'atteindre ses objectifs ou pour éviter la répression de la libre expression. Comme l'a conclu notre Cour dans *R. c. Big M Drug Mart*, précité, à la p. 344, bien que la *Charte* doive être interprétée de façon large et libérale, «il importe de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question.»

Affirmer que la liberté d'expression s'applique à toute propriété d'État irait au-delà de l'objet véritable de cette liberté et aurait pour effet d'étendre la protection de la *Charte* à des situations caractérisées par l'absence des valeurs sous-jacentes à ce droit. De toute évidence, on ne saurait conclure que l'al. 2*b*) s'applique à toute forme d'expression sur toute propriété d'État.

C'est aussi pour des raisons pragmatiques qu'il faut conclure que toute forme d'expression sur une propriété d'État ne saurait relever de l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'État ne devrait pas être tenu de défendre devant les tribunaux les restrictions qu'il impose à l'expression lorsqu'elles ne font pas intervenir les valeurs et les intérêts traditionnellement associés à la garantie de liberté de parole. En fait, l'omission de conférer à l'al. 2*b*) un sens utile qui traduise ces principes menace de banaliser la liberté d'expression garantie par la *Charte*. Pour ces raisons, il est nécessaire d'établir un critère préliminaire pour éliminer les cas qui, de toute évidence, ne sont pas visés par la garantie de liberté de parole, avant de procéder à l'analyse fondée sur l'article premier. Ce critère ne devra pas être sévère au point d'empêcher les per-

1991 CanLII 119 (SCC)

public property in question engages traditional free speech concerns and hence falls within the ambit of s. 2(*b*).

It might be contended that the power of the Crown to restrict access to public property is sufficient to prevent totally unmeritorious claims to free expression on state-owned property being presented for s. 1 analysis. There is a suggestion of this in the reasons of L'Heureux-Dubé J. where she states "the right to freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* does not provide a right of access to all property whether public or private." (p. 198) In my view, the Crown's property interest and the law of trespass cannot be relied on as a means of excluding totally unmeritorious s. 2(*b*) claims. The Crown may in fact limit legitimate free speech by the device of denying access. The question in such a case would be whether that denial of access infringed s. 2(*b*). Thus the notion of access does not advance the analysis, but is itself part of the problem.

I am thus led to conclude that the protection afforded by s. 2(*b*) as to the forum in which public expression may be made, lies somewhere between the extremes of absolute government control of expression on state-owned property on the one hand, and *prima facie* protection for all expression on state-owned property on the other. The "public forum" doctrine in the United States and Lamer C.J.'s concurrent reasons in this case are examples of this intermediate approach.

In the United States, the line has been drawn with the aid of the "public forum" doctrine, which focuses on the characteristics of the government property in question. In *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), the Supreme Court distinguished between public forums which by tradition or express creation have been devoted to assembly and debate, and public property which is not by tradition or designation used for communication. If a forum is classified as "public

sonnes ayant des revendications légitimes d'en faire la preuve; néanmoins, il faudra faire la preuve *prima facie* que l'expression dans la propriété publique en cause soulève des préoccupations traditionnellement liées à la liberté de parole et qu'elle relève par conséquent de l'al. 2*b*).

On pourrait prétendre que le pouvoir de l'État de restreindre l'accès à la propriété publique suffit à empêcher la présentation de revendications nullement fondées de liberté d'expression dans une propriété d'État, aux fins d'une analyse en vertu de l'article premier. Le juge L'Heureux-Dubé le laisse d'ailleurs entendre dans ses motifs lorsqu'elle affirme que «le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère pas un droit d'accès à toute propriété, qu'elle soit publique ou privée.» (p. 198). À mon avis, le droit de propriété de l'État et les règles de droit relatives à l'intrusion ne sauraient être invoqués pour exclure des revendications nullement fondées présentées en vertu de l'al. 2*b*). En fait, il peut arriver que l'État restreigne la liberté de parole légitime en refusant l'accès à sa propriété. Dans ce cas, il s'agirait de déterminer si ce refus porte atteinte à l'al. 2*b*). La notion d'accès ne fait donc pas progresser l'analyse mais fait elle-même partie intégrante du problème.

Je suis donc portée à conclure que la protection accordée par l'al. 2*b*) quant au forum pouvant servir à l'expression publique se situe entre les positions extrêmes du contrôle gouvernemental absolu de l'expression dans les propriétés d'État, d'une part, et de la protection *prima facie* de toutes les formes d'expression dans les propriétés d'État, d'autre part. La théorie américaine du «forum public» et les motifs concordants du juge en chef Lamer en l'espèce illustrent ce point de vue intermédiaire.

Aux États-Unis, la question a été réglée à l'aide de la théorie du «forum public» qui est axée sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause. Dans l'arrêt *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*, 460 U.S. 37 (1983), la Cour suprême a fait une distinction entre les forums publics qui, en vertu de la tradition ou d'une disposition expresse, ont été consacrés aux assemblées et aux débats, et la propriété publique qui, par tradition ou désignation, n'est pas utilisée à des

1991 CanLII 119 (SCC)

lic", speech within it may not ordinarily be abridged unless the regulation is content-neutral, serves a significant governmental interest and leaves open adequate alternative channels for communication: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

As my colleagues note, the public forum doctrine has been much criticized. Many commentators suggest that it has been used less as a test than as a means of justifying conclusions based on other factors. It is criticized for failing to address the values involved in finding the proper balance of interest between the individual and the state. The result, it is suggested, has been doctrinal confusion and distorted results. As Tribe puts it in *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988), at p. 992, "whether or not a given place is deemed a "public forum" is ordinarily less significant than the nature of the speech restriction—despite the Court's rhetoric." See also Farber and Nowak, "The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication" (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Such criticism supports the conclusion adopted by Lamer C.J. that the test should focus on the values at stake rather than rigid concepts related to the nature of the forum.

Lamer C.J. suggests a s. 2(*b*) test based on the compatibility of the speech with the function of the state-owned property in question. He argues, for example, that the protection of freedom of expression afforded by s. 2(*b*) of the *Charter* would not extend to the Parliamentary library because silence is essential to its function. On the other hand, expression in a municipal council chamber would be protected because expression is not incompatible with the function of the council chamber. Limits on expression in such a place would fall to be tested under s. 1. By extension of the reasoning in *Irwin Toy*, Lamer C.J. views expression which is incompatible with the

fins de communication. Si un forum est considéré comme «public», la liberté de parole ne peut habituellement y être réduite à moins que le règlement ne soit pas lié au contenu, qu'il serve un intérêt important du gouvernement et qu'il laisse disponibles d'autres modes de communication appropriés: *Consolidated Edison Co. of New York Inc. v. Public Service Commission of New York*, 447 U.S. 530 (1980).

Comme l'ont souligné mes collègues, la théorie du forum public a fait l'objet de bien des critiques. Nombreux sont ceux qui prétendent qu'elle a moins servi de critère que de moyen de justifier des conclusions fondées sur d'autres facteurs. On lui reproche de ne pas tenir compte des valeurs qui sous-tendent l'atteinte d'un équilibre approprié entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. Il en résulte, laisse-t-on entendre, une confusion dans la doctrine et des résultats biaisés. Comme l'affirme Tribe dans *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), à la p. 992, [TRADUCTION] «la question de savoir si un lieu donné est réputé constituer un «forum public» est habituellement moins importante que la nature même de la restriction imposée à la liberté de parole—malgré la rhétorique des tribunaux.» Voir également Farber et Nowak, «The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication» (1984), 70 *Va. L. Rev.* 1219. Les critiques de ce genre étayent la conclusion du juge en chef Lamer selon laquelle le critère devrait être axé sur les valeurs en jeu plutôt que sur des concepts rigides liés à la nature du forum.

Le juge en chef Lamer propose un critère d'analyse de l'al. 2*b*) fondé sur la compatibilité entre l'expression et la fonction de la propriété d'État en cause. Par exemple, il prétend que la protection de la liberté d'expression conférée par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne s'appliquerait pas à la bibliothèque du Parlement parce que le silence est essentiel à sa fonction. En revanche, la liberté d'expression serait protégée dans les locaux d'un conseil municipal parce que l'expression n'est pas incompatible avec la fonction de la salle du conseil. Les restrictions imposées à l'expression dans pareil endroit devraient donc subir le test de l'article premier. Par analogie avec le raisonnement suivi dans l'arrêt *Irwin Toy*, le juge en chef Lamer estime que l'expression incompatible avec la fonction

1991 CanLII 119 (SCC)

function of the public property as being expression which takes a form that should not be protected.

Reflection leads me to question whether the "compatibility with function" test serves as a useful and appropriate tool for screening out claims which should not be considered to fall within the ambit of free expression. The compatibility of the property's purpose with free expression is doubtless a factor in determining whether a government restriction on that expression is constitutional under s. 1 of the *Charter*. But I question whether it is the only factor and whether it is properly introduced at the stage of s. 2(*b*) of the *Charter*. It could be argued, for example, that the Parliamentary library could function quite well despite the presence of demonstrators holding placards. Moreover, the concept of function presents difficulties. Does it mean normal function? Minimal or essential function? Optimum function? At what point does expression become incompatible with function? Presumably, only if the impairment of function were severe would s. 2(*b*) be held inapplicable, with limitations relating to optimal (as opposed to minimal) function falling to be justified under s. 1. Yet drawing this line may prove difficult in practice.

In short, the concept of function proves on examination to be a relative one. In some cases, the right of free expression might be considered important enough to interfere to some extent with the function of government property. In others, the impairment of function will be so great in comparison with the interest in free expression as to justify exclusion or limitation of the expression. The concept of function is thus seen to involve a balancing of interests which arguably serves better as part of the s. 1 test than as a threshold for screening out claims which raise no *prima facie* free expression interest.

A functional test for s. 2(*b*) suffers from the further difficulty that it might present problems of proof

d'une propriété publique est l'expression qui prend une forme qui ne devrait pas être protégée.

Ma réflexion me porte à me demander si le critère de la «compatibilité avec la fonction» est un moyen utile et indiqué pour éliminer les revendications qui ne devraient pas être considérées comme entrant dans le champ d'application de la liberté d'expression. La compatibilité entre l'objectif d'une propriété et la liberté d'expression est certainement un facteur dont il faut tenir compte pour déterminer si la restriction imposée par un gouvernement à cette forme d'expression est constitutionnelle en vertu de l'article premier de la *Charte*. Mais je me demande si c'est là le seul facteur et si c'est bien au niveau de l'al. 2*b*) de la *Charte* qu'il faut l'introduire. Par exemple, on pourrait prétendre que la bibliothèque du Parlement pourrait très bien fonctionner malgré la présence de manifestants munis de pancartes. En outre, la notion de fonction pose des problèmes. S'agit-il de la fonction normale? De la fonction minimale ou essentielle? De la fonction optimale? À quel moment l'expression devient-elle incompatible avec la fonction? On peut présumer que seule l'entrave grave à la fonction entraînerait l'inapplicabilité de l'al. 2*b*), tandis que les restrictions relatives à la fonction optimale (par rapport à la fonction minimale) devraient être justifiées en vertu de l'article premier. En pratique toutefois, il peut être difficile de faire ces distinctions.

Bref, après examen de la notion de fonction, celle-ci s'avère tout à fait relative. Dans certains cas, le droit à la liberté d'expression pourrait être jugé assez important pour nuire dans une certaine mesure à la fonction de la propriété gouvernementale. Dans d'autres cas, l'entrave à la fonction sera tellement considérable par rapport à l'intérêt qui réside dans la liberté d'expression que l'exclusion ou la restriction de l'expression s'en trouvera justifiée. On considère donc que la notion de fonction comporte une certaine évaluation des intérêts qui, pourrait-on soutenir, est plus utile dans le cadre de l'application du critère de l'article premier que comme moyen préliminaire d'éliminer des revendications qui, à première vue, ne soulèvent aucune question relative à la liberté d'expression.

Un critère d'application de l'al. 2*b*) qui soit fondé sur la fonction de la propriété soulève une autre diffi-

1991 CanLII 119 (SCC)

which would forestall legitimate claims. It is open to the danger that the state by defining function broadly might unduly restrict the class of cases which are *prima facie* entitled to constitutional protection. Moreover, the onus would be on the accused to show that the government function would be unimpaired by his or her expression—a task which might prove difficult given the superior knowledge of the state regarding how the location best functions. Considerations such as these lead me to question whether compatibility with the function of the forum should be the critical factor at the stage of s. 2(*b*).

I have considered a number of options for a s. 2(*b*) test and found them all wanting. The extremes of extending s. 2(*b*) to all government property and denying constitutional protection to expression on any government property are inconsistent with the historical and philosophical underpinning of the right of free expression. But the tests lying between these extremes suffer from their own defects. The American public forum doctrine, with its emphasis on the characteristics of the government property in question, has led to *ad hoc* decision-making and uncertainty. The test proposed by Lamer C.J., while correctly focusing on the values and interests at stake, arguably places under s. 2(*b*) too much of the balancing between conflicting interests which has come to be associated with s. 1 of the *Charter*, and may unnecessarily increase the difficulty of bringing legitimate claims before the courts.

My review of these alternatives leads me to conclude that the test for the constitutional right to use government property for public expression should conform to the following criteria. It should be based on the values and interests at stake and not be confined to the characteristics of particular types of government property. Reflecting the concepts traditionally associated with free expression, it should extend constitutional protection to expression on some but not all government property. The analysis under s. 2(*b*) should focus on determining when, as a general

culté: il pourrait poser des problèmes de preuve qui nuiraient à des revendications légitimes. Il y a danger que l'État, en définissant la fonction de façon large, restreigne ainsi indûment la catégorie de cas qui pourraient, à première vue, être protégés par la Constitution. De plus, il incomberait à l'accusé d'établir que son expression n'entrave aucunement la fonction gouvernementale, une tâche qui pourrait s'avérer difficile étant donné la connaissance supérieure qu'a l'État de la façon dont l'endroit visé fonctionne le mieux. Ce genre de considérations m'amène à me demander si la compatibilité avec la fonction du forum devrait être le facteur critique dans l'analyse fondée sur l'al. 2*b*).

J'ai envisagé un certain nombre d'autres critères d'application de l'al. 2*b*) et je les ai tous trouvés insuffisants. Les solutions extrêmes qui consistent à étendre l'application de l'al. 2*b*) à toute propriété gouvernementale et à refuser toute protection constitutionnelle à l'expression sur quelque propriété gouvernementale que ce soit sont incompatibles avec le fondement historique et philosophique du droit à la libre expression. Mais les critères se trouvant entre ces extrêmes ont leurs propres faiblesses. La théorie américaine du forum public, qui met l'accent sur les caractéristiques de la propriété gouvernementale en cause, a donné lieu à un processus décisionnel ponctuel et à l'incertitude. On peut soutenir que, bien qu'il soit axé à juste titre sur les valeurs et les intérêts en jeu, le critère proposé par le juge en chef Lamer fait indûment appel à l'al. 2*b*) pour l'évaluation d'intérêts opposés qu'on en est venu à associer avec l'article premier de la *Charte*, et peut compliquer inutilement la tâche de ceux qui désirent engager des poursuites légitimes devant les tribunaux.

Après examen de ces solutions, je conclus que le critère d'application du droit constitutionnel d'utiliser une propriété gouvernementale à des fins d'expression publique devrait tenir compte des facteurs suivants. Il devrait être fondé sur les valeurs et les intérêts en jeu et non se limiter aux caractéristiques de différents genres de propriétés gouvernementales. Reflétant les concepts associés traditionnellement à la liberté d'expression, il devrait prévoir la protection constitutionnelle de l'expression non pas dans toutes les propriétés gouvernementales mais dans certaines

1991 CanLII 119 (SCC)

proposition, the right to expression on government property arises. The task at this stage should be primarily definitional rather than one of balancing, and the test should be sufficiently generous to ensure that valid claims are not excluded for want of proof. Once it has been determined that the expression in question at the location in question falls within the scope of s. 2(*b*) thus defined, the further question arises of whether the government's limitation on the property's use for the expression in question is justified under s. 1. At this stage the concern should be primarily one of weighing and balancing the conflicting interests—the individual's interest in using the forum in question for his or her expressive purposes against the state's interest in limiting the expression on the particular property.

Against this background, I turn to the problem of defining what types of government property should *prima facie* be regarded as constitutionally available for forums for public expression.

The Test Under Irwin Toy

In my view, the methodology set out in *Irwin Toy*, *supra*, dictates the test for constitutional protection of expression on a particular state-owned property. *Irwin Toy* distinguished between two classes of restrictions on freedom of expression: restrictions aimed at preventing certain meanings being conveyed, and restrictions which are not directed at content but have the effect of restricting expression. The Court quoted the following passage from Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), at pp. 59-60):

The bold line . . . between restrictions upon publication and regulation of the time, place or manner of expression tied to content, on the one hand, and regulation of time, place, or manner of expression regardless of content, on the other hand, reflects the difference between the state's usually impermissible effort to suppress "harmful" information, ideas, or emotions and the state's often justifiable desire to secure other interests against interference from the noise and the physical

seulement. L'analyse fondée sur l'al. 2*b*) devrait être axée sur la question de savoir dans quelles circonstances, de façon générale, le droit à l'expression dans une propriété gouvernementale est en cause. À ce stade, il s'agirait surtout d'un rôle de définition plutôt que d'évaluation, et le critère devrait être assez large pour que les revendications régulières ne soient pas exclues, faute de preuve. Après avoir conclu que l'expression en cause, à l'endroit en cause, tombe dans le champ d'application de l'al. 2*b*) ainsi défini, il faut alors déterminer si la restriction imposée par le gouvernement à l'utilisation de la propriété aux fins de l'expression en question se justifie en vertu de l'article premier. On devrait alors se préoccuper surtout de soupeser et d'évaluer les intérêts opposés—l'intérêt qu'a le citoyen à utiliser le forum en cause à des fins d'expression par rapport à l'intérêt qu'a l'État à restreindre l'expression dans ladite propriété.

Dans ce contexte, j'aborde maintenant le problème de la définition du genre de propriété gouvernementale qui, à première vue, devrait être considéré comme pouvant servir de forum pour l'expression publique en vertu de la Constitution.

Le critère de l'arrêt Irwin Toy

À mon avis, la méthode énoncée dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, prescrit le critère d'application de la protection constitutionnelle de l'expression dans une propriété d'État donnée. L'arrêt *Irwin Toy* établit une distinction entre deux catégories de restrictions de la liberté d'expression: celles qui ont pour but d'empêcher la transmission de certains messages et celles qui ne visent pas le contenu mais qui ont pour effet de restreindre l'expression. La Cour a cité le passage suivant de l'ouvrage d'Archibald Cox (*Freedom of Expression* (1981), aux pp. 59 et 60):

[TRADUCTION] La ligne de démarcation [. . .] entre les restrictions apportées à la publication et la réglementation quant au temps, au lieu et au mode d'expression liés au contenu, d'une part, et la réglementation du temps, du lieu ou du mode d'expression sans égard au contenu d'autre part, illustre la différence entre l'effort généralement injustifié de l'État de supprimer des informations, des idées ou des émotions «nuisibles» et le désir souvent justifié de l'État de protéger d'autres intérêts contre les

1991 CanLII 119 (SCC)

intrusions that accompany speech, regardless of the information, ideas, or emotions expressed.

As this passage makes clear, limitations on forum may fall into either of the two fundamental categories of restrictions on expression distinguished in *Irwin Toy*. A restriction on the forum for expression may be content-based. For example, a ban on anti-war messages on Parliament Hill might be viewed as essentially content-based. In a place where political messages of all sorts are traditionally tolerated, a restriction is placed on one particular type of message because of its content. To borrow once more the phraseology of Cox, this would be a restriction on place "tied to content." Or to use the language of *Irwin Toy*, the government's main purpose would be to limit the content of speech. On the other hand, many restrictions on forums for public expression are content-neutral. The government's purpose is not, in the words of *Irwin Toy*, "to restrict the content of expression by singling out particular meanings that are not to be conveyed" (p. 974). Its purpose is rather to avoid the "harmful consequence of the particular conduct in question" (*Irwin Toy*, at p. 975); for example, to prevent interference with the proper and orderly functioning of government-owned property.

The test for whether s. 2(*b*) applies to protect expression in a particular forum depends on the class into which the restriction at issue falls. If the government's purpose is to restrict the content of expression through limiting the forums in which it can be made, then this, as Cox says, is "usually impermissible". The result, under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is that s. 2(*b*) applies. If, on the other hand, the restriction is content-neutral, it may well not infringe freedom of expression at all. In this case, the jurisprudence laid down in *Irwin Toy* requires that the claimant establish that the expression in question (including its time, place and manner) promote one of the purposes underlying the guarantee of free expression. These were defined in *Irwin Toy* (at p. 976) as: (1) the seeking and obtaining of truth; (2) participation in social and political decision-making;

effets du bruit et des intrusions physiques qui accompagnent la parole, sans égard aux informations, aux idées ou aux émotions exprimées.

Comme l'illustre clairement ce passage, les restrictions relatives au forum peuvent tomber dans l'une ou l'autre des deux catégories fondamentales de restrictions de l'expression établies dans l'arrêt *Irwin Toy*. Une restriction apportée à l'utilisation du forum à des fins d'expression peut être liée au contenu. Par exemple, l'interdiction de la transmission sur la colline parlementaire de messages contre la guerre pourrait être considérée comme essentiellement liée au contenu. Dans un lieu où les messages politiques de toutes sortes sont traditionnellement tolérés, une restriction est imposée à un genre particulier de message à cause de son contenu. Selon l'expression de Cox, toujours, il s'agirait d'une restriction du lieu «lié[e] au contenu». Ou pour reprendre les propos tenus dans *Irwin Toy*, l'objectif principal du gouvernement serait de restreindre le contenu du message. Par contre, bien des restrictions imposées à l'utilisation de forums à des fins d'expression publique ne sont pas liées au contenu. Le gouvernement n'a pas pour objectif, selon les termes de l'arrêt *Irwin Toy*, «de restreindre le contenu de l'expression en écartant des messages précis qui ne doivent pas être transmis» (p. 974). Il a plutôt pour objectif d'éviter une «conséquence préjudiciable de la conduite visée» (*Irwin Toy*, à la p. 975); par exemple, empêcher que l'on entrave le bon fonctionnement d'une propriété d'État.

Le critère utilisé pour déterminer si l'al. 2*b*) s'applique pour protéger l'expression dans un forum particulier dépend de la catégorie où se trouve la restriction en litige. Si l'objectif du gouvernement est de restreindre le contenu de l'expression en limitant les forums où elle peut avoir lieu, cela est alors [TRADUCTION] «généralement injustifié», comme l'affirme Cox. Il s'ensuit qu'en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'al. 2*b*) est applicable. Par contre, si la restriction n'est pas liée au contenu, il est fort possible qu'elle ne porte aucunement atteinte à la liberté d'expression. Dans ce cas, la jurisprudence établie dans *Irwin Toy* prévoit que le requérant doit démontrer que l'expression en cause (y compris l'heure, le lieu et le mode d'expression) sert à promouvoir l'un des objectifs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression. Ces derniers sont ainsi

1991 CanLII 119 (SCC)

and (3) the encouragement of diversity in forms of individual self-fulfillment and human flourishing by cultivating a tolerant, welcoming environment for the conveyance and reception of ideas. Only if the claimant can establish a link between the use of the forum in question for public expression and at least one of these purposes is the claimant entitled to the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*.

définis dans *Irwin Toy* (à la p. 976): (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique, et (3) l'encouragement de la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels dans une société tolérante et accueillante à l'égard de la transmission et de la réception des idées. Le requérant n'aura droit à la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte* que s'il peut faire la preuve de l'existence d'un lien entre son utilisation du forum en cause, à des fins d'expression publique, et au moins l'un de ces objectifs.

I note in passing that it is at this point that I differ from L'Heureux-Dubé J. who, at p. 187 of her concurrent reasons, concludes that the mere fact that the government limit has the effect of limiting expression means that s. 2(*b*) is violated. As I read *Irwin Toy*, *supra*, a further enquiry into the purpose served by the expression in question must be made before it can be found that s. 2(*b*) applies. In a case where the restriction involves a state-owned property, that examination will focus on whether the forum's relationship with the particular expressive activity invokes any of the values and principles underlying the guarantee. The effect of that inquiry is to screen out many potential claims to the use of government property as the forum for public expression.

Je souligne au passage que c'est ici que je ne souscris plus à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé qui, à la p. 187 de ses motifs concordants, conclut que le simple fait que la restriction imposée par le gouvernement a pour conséquence de limiter l'expression signifie qu'il y a violation de l'al. 2*b*). Suivant mon interprétation de l'arrêt *Irwin Toy*, précité, il faut également procéder à l'examen de l'objectif servi par l'expression en cause avant de conclure à l'application de l'al. 2*b*). Dans le cas où la restriction vise une propriété d'État, l'examen consiste à déterminer si le lien existant entre le forum et l'activité d'expression en cause soulève l'une des valeurs ou des principes qui sous-tendent la garantie. Cet examen a pour effet d'éliminer bien des revendications potentielles du droit d'utiliser une propriété gouvernementale comme forum pour l'expression publique.

I digress briefly on a semantical point. As Cox and this Court in *Irwin Toy* recognized, the true distinction is between limits directed at restricting the content of expression and limits which are directed at the consequences of the expression, both of which are capable of being effected by restrictions which relate to "time, place and manner." However, in much of the American literature, the adjectival phrase "time, place and manner" is often used in contra-distinction to the phrase "content-based", as shorthand for restrictions directed not at the content but at the consequences of expression. I proceed on the basis that restrictions as to forum (i.e. place) may have as their purpose either the controlling of content, or the avoidance of the consequences of expression regardless of its content.

Je m'écarte brièvement du sujet pour soulever une question de sémantique. Comme Cox et notre Cour, dans *Irwin Toy*, l'ont reconnu, ce qu'il faut distinguer ce sont les limites ayant pour but de restreindre le contenu de l'expression et les limites axées sur les conséquences de l'expression, toutes deux pouvant comporter des restrictions relatives «aux heures, au lieu et au mode d'expression». Toutefois, dans une grande partie de la doctrine américaine, l'expression qualificative «aux heures, au lieu et au mode d'expression» est souvent opposée à l'expression «lié au contenu», et ce, pour désigner sommairement des restrictions axées non pas sur le contenu mais sur les conséquences de l'expression. Je tiens pour acquis que les restrictions relatives au forum (c'est-à-dire au lieu) peuvent avoir pour objet soit de contrôler le contenu, soit d'éviter les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

1991 CanLII 119 (SCC)

It follows from what I have said that the first step in determining whether s. 2(*b*) applies is to determine whether the government's purpose in imposing the forum restriction is to regulate content of expression or merely to regulate its consequences, regardless of its content. In distinguishing between the two categories of restrictions in the context of forum, the guidelines set out in *Irwin Toy* are apposite. The Court summarized the test at pp. 975-76:

> . . . the characterization of government purpose must proceed from the standpoint of the guarantee in issue. With regard to freedom of expression, if the government has aimed to control attempts to convey a meaning either by directly restricting the content of expression or by restricting a form of expression tied to content, its purpose trenches upon the guarantee. Where, on the other hand, it aims only to control the physical consequences of particular conduct, its purpose does not trench upon the guarantee. In determining whether the government's purpose aims simply at harmful physical consequences, the question becomes: does the mischief consist in the meaning of the activity or the purported influence that meaning has on the behaviour of others, or does it consist, rather, only in the direct physical result of the activity.

Where the restriction is aimed at the content of speech, the infringement of s. 2(*b*) is established and the analysis proceeds immediately to s. 1 of the *Charter*. Where the restriction is aimed not at content but at avoidance of undesirable consequences of the expression, the claimant may establish a violation by establishing a link between expressing himself or herself in the forum in question and one of the purposes of the guarantee of free speech.

Questions will doubtless arise as to the exact ambit of the pursuit of truth, participation in the community and the conditions necessary for individual fulfillment and human flourishing. It would be wrong to attempt to comprehensively define these values at the outset. Apart from the difficulties of such a venture, there would be a risk of foreclosing constitutional protection for expression which should be protected. As indicated in *Irwin Toy*, "[t]he precise and complete articulation of what kinds of activity promote these principles is . . . a matter for judicial appreciation to be developed on a case by case basis" (p.

Il résulte de ce qui précède que la première chose à faire pour déterminer si l'al. 2*b*) est applicable est de décider si l'objectif poursuivi par le gouvernement, en imposant la restriction relative au forum, est de réglementer le contenu de l'expression ou simplement de réglementer ses conséquences, sans égard au contenu. Les indications de l'arrêt *Irwin Toy* sont pertinentes lorsqu'il s'agit de distinguer les deux catégories de restrictions, dans le contexte du forum. La Cour résume le critère applicable, aux pp. 975 et 976:

> . . . la qualification de l'objet du gouvernement doit se faire du point de vue de la garantie en cause. Pour ce qui concerne la liberté d'expression, si le gouvernement a voulu contrôler la transmission d'un message soit en restreignant directement le contenu de l'expression soit en restreignant une forme d'expression liée au contenu, son objet porte atteinte à la garantie. D'autre part, s'il vise seulement à prévenir les conséquences matérielles d'une conduite particulière, son objet ne porte pas atteinte à la garantie. Pour décider si l'objet du gouvernement est simplement de prévenir des conséquences matérielles préjudiciables, il faut se demander si le méfait est dans le message de l'activité ou dans l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur le comportement des autres, ou encore si le méfait est uniquement dans le résultat matériel direct de l'activité.

Lorsque la restriction vise le contenu du discours, la violation de l'al. 2*b*) est établie et l'analyse passe immédiatement à l'étape de l'article premier de la *Charte*. Lorsque la restriction vise non pas le contenu mais à éviter les conséquences indésirables de l'expression, le requérant peut faire la preuve de la violation en démontrant l'existence d'un lien entre son expression dans le forum en cause et l'un des objectifs visés par la garantie de liberté de parole.

Il y aura certainement des questions quant à la portée exacte de la recherche de la vérité, de la participation au sein de la société et des conditions nécessaires à l'enrichissement et à l'épanouissement personnels. On aurait tort de tenter dès le début de définir ces valeurs de façon détaillée. Outre les difficultés inhérentes à ce genre d'exercice, cela risquerait d'enlever toute protection constitutionnelle à des modes d'expression qui devraient être protégés. Comme on l'a souligné dans *Irwin Toy*, « [l]a délimitation complète et précise des types d'activités qui favorisent ces principes relève [. . .] d'un examen judiciaire qui doit

1991 CanLII 119 (SCC)

977). The result of this process will be an increasingly certain and complete body of law which reflects the experience and emerging judgment of society and the courts on the difficult question of when freedom of expression is violated.

While the periphery of the right to use public property for the purpose of expression may remain uncertain, at least for a time, the central elements of the test are relatively clear and capable of ready application. The pursuit of truth, as that notion has developed in the context of freedom of expression, relates to the function of free and open discussion in arriving at the truth. The encouragement of "social and political decision-making" (*Irwin Toy*, at p. 976), which is the essence of the value of "community participation", recognizes the value of public discussion and debate on social and political matters. Finally, the encouragement of a tolerant and welcoming environment which promotes diversity in forms of self-fulfillment and human flourishing recognizes the role of expression in maximizing human potential and happiness through intellectual and artistic communication.

It would be difficult to contend that these purposes are served by "public" expression in the sanctum of the Prime Minister's office, an airport control tower, a prison cell or a judge's private chambers, to return to examples where it seems self-evident that the guarantee of free expression has no place. These are not places of public debate aimed at promoting either the truth or a better understanding of social and political issues. Nor is expression in these places related to the open and welcoming environment essential to maximization of individual fulfillment and human flourishing.

It is equally clear that the purposes of the guarantee of free expression are served by permitting expression in other forums and that s. 2(*b*) should apply to them. To borrow the language of the American "public forum" doctrine, the use of places which have by tradition or designation been dedicated to public expression for purposes of discussing political

être fait dans chaque cas» (p. 977). Cela donnera lieu à des règles juridiques de plus en plus définitives et complètes, à l'image de l'expérience et du jugement naissant de la société et des tribunaux sur la difficile question de savoir quand y a-t-il atteinte à la liberté d'expression.

Bien que les limites du droit d'utiliser la propriété publique à des fins d'expression puissent demeurer incertaines, du moins pour un certain temps, les éléments principaux du critère sont relativement clairs et susceptibles d'être appliqués promptement. La recherche de la vérité, selon l'évolution de ce concept dans le contexte de la liberté d'expression, porte sur le rôle des discussions libres et ouvertes dans la poursuite de la vérité. L'encouragement de la «prise de décisions d'intérêt social et politique» (*Irwin Toy*, à la p. 976), qui est l'essence de la valeur de «participation au sein de la société», reconnaît l'importance des discussions et des débats publics en matière sociale et politique. Enfin, la promotion d'une société tolérante et accueillante qui encourage la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels reconnaît le rôle de l'expression pour ce qui est de maximiser le potentiel et le bonheur personnels au moyen de la communication intellectuelle et artistique.

Il serait difficile de prétendre que ces objectifs sont servis par l'expression «publique» dans le sanctuaire qu'est le bureau du Premier ministre, une tour de contrôle du trafic aérien, une cellule de prison ou le cabinet privé d'un juge, pour reprendre des exemples où il semble évident en soi que la garantie de liberté d'expression n'a pas sa place. Ce ne sont pas des lieux de débat public ayant pour but de promouvoir la vérité ou une meilleure compréhension des questions sociales et politiques. Dans ces lieux, l'expression n'est pas non plus liée à la société ouverte et accueillante, essentielle à la maximalisation de l'enrichissement et de l'épanouissement personnels.

Il est tout aussi clair que l'on satisfait aux objectifs de la garantie de liberté d'expression lorsqu'on autorise l'expression dans d'autres forums, et que l'al. 2*b*) devrait leur être applicable. Pour reprendre le vocabulaire de la théorie américaine de «forum public», l'utilisation de lieux qui, par tradition ou désignation, ont été consacrés à l'expression publique, aux fins de

1991 CanLII 119 (SCC)

or social or artistic issues would clearly seem to be linked to the values underlying the guarantee of free speech.

I conclude that notwithstanding the need for further definition of the values of free expression in future cases, the test which I have proposed for determining when a right arises to use government property for public expression is sufficiently clear and precise to permit determination of when s. 2(*b*) applies without undue difficulty.

Finally, the test offers sufficient flexibility to permit development of a legal doctrine sensitive to emerging concerns and new situations. The approach I have advocated conforms to the philosophical and doctrinal structures fundamental to free expression which this Court enunciated in *Irwin Toy*. Moreover, it meets the general requirements for a public forum test which I set out earlier in these reasons. It represents a value-based approach to determining the content of the guarantee of freedom of expression, focusing on the interests served by permitting a particular type of expression in a particular place. It strikes a middle ground between the extremes of the right to expression on all government property and the right to expression on none. The line it draws reflects the purpose of the guarantee of free expression. The guarantee extends only so far as can be justified having regard to these purposes, beyond which the Crown is not called upon to justify its legislation or conduct under s. 1. Claims which clearly do not raise the concerns central to the guarantee are eliminated at the start, avoiding the danger that the right may be trivialized while the burden imposed on members of the public seeking to invoke *Charter* protection is not unduly onerous.

Application of the Test to the Case

The first question is whether the purpose of the government officials in refusing the respondents the right to distribute their material and solicit in the airport was to prohibit the expression of particular con-

la discussion de questions politiques, sociales ou artistiques, semblerait nettement liée aux valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté de parole.

Je conclus que, même s'il faudra à l'avenir définir plus précisément les valeurs de la liberté d'expression, le critère que j'ai proposé pour décider dans quels cas il existe un droit d'utiliser la propriété gouvernementale à des fins d'expression publique est assez clair et précis pour permettre de déterminer sans trop de difficulté dans quels cas l'al. 2*b*) est applicable.

Enfin, le critère est assez souple pour permettre de concevoir une théorie juridique qui soit sensible aux préoccupations naissantes et aux situations nouvelles. Le point de vue que je préconise est conforme aux structures philosophiques et doctrinales essentielles à la liberté d'expression que notre Cour a relevées dans *Irwin Toy*. En outre, il respecte les exigences générales du critère du forum public que j'ai déjà formulées dans les présents motifs. Il représente une façon de déterminer le contenu de la garantie de liberté d'expression qui est fondée sur des valeurs et axée sur les intérêts que l'on sert en autorisant un certain genre d'expression dans un endroit particulier. Il s'agit d'un compromis entre les positions extrêmes que sont le droit de s'exprimer dans toute propriété gouvernementale et l'absence de tout droit de s'y exprimer. La solution qu'il comporte reflète l'objet de la garantie de la liberté d'expression. La garantie n'existe que dans la mesure où elle peut se justifier compte tenu de ces objectifs, sinon l'État n'est pas tenu de justifier sa loi ou sa conduite en vertu de l'article premier. Les revendications qui, de toute évidence, ne portent pas sur les préoccupations fondamentales de la garantie sont éliminées dès le départ, ce qui permet d'éviter le risque que le droit à la liberté soit banalisé, sans pour autant imposer un fardeau trop lourd aux citoyens qui cherchent à invoquer la protection de la *Charte*.

Application du critère à l'espèce

Tout d'abord, il s'agit de déterminer si l'objectif poursuivi par les fonctionnaires du gouvernement, en refusant aux intimés le droit de distribuer leur documentation et de faire de la sollicitation à l'aéroport,

1991 CanLII 119 (SCC)

tent, or whether it was directed at consequences of the expression unrelated to its particular content.

The evidence is scant as to the purpose of the airport officials. However, their stated policy was to prohibit all political propaganda. Given that there appears to have been no intention to favour one philosophy or idea over another, I would characterize the restriction as content-neutral, aimed at the consequences of such expression rather than the particular messages communicated.

The next question is whether the restriction in question had the effect of limiting expression. I agree with L'Heureux-Dubé J. that it did. I disagree with her, however, that this establishes that s. 2(*b*) of the *Charter* has been breached. For the reasons expressed earlier, the test enunciated in *Irwin Toy* requires a further step to be taken before it can be said that s. 2(*b*) applies. The limiting effect having been shown, we must ask whether the expression in question promotes any of the purposes of the guarantee of free expression. Is there a link between using airports as a forum for political messages and solicitation, and the values embodied in the pursuit of truth, the participation in political or social issues in the community, or individual self-fulfillment or human flourishing?

It is not necessary to go beyond the second value to answer the question. The respondents in this case were seeking to present political views in a location frequented by many members of the community passing *en route* from one place to another, a location which can be considered to be a modern equivalent of the streets and by-ways of the past. This establishes a relationship between the respondents' use of the airport for expression and one of the purposes of the free expression guarantee. I conclude that the government's action constituted a limitation of the respondents' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*.

At this point, the onus shifts to the Crown to establish that the limitation on expression is demonstrably

était d'interdire l'expression d'un contenu particulier ou s'il était axé sur les conséquences de l'expression, peu importe son contenu.

La preuve présentée relativement à l'objectif visé par les fonctionnaires de l'aéroport est mince. Toutefois, leur politique officielle était d'interdire toute propagande politique. Puisqu'il semble qu'il n'y avait aucune intention de favoriser une philosophie ou une idée au détriment d'une autre, je conclurais que cette restriction n'est aucunement liée au contenu, qu'elle vise les conséquences de l'expression plutôt que les messages transmis.

Ensuite, il s'agit de déterminer si la restriction en cause avait pour effet de limiter l'expression. Je conviens avec le juge L'Heureux-Dubé que c'était le cas. Cependant, contrairement à cette dernière, je ne crois pas que cela prouve qu'il y a eu violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, le critère formulé dans l'arrêt *Irwin Toy* exige que l'on passe à une étape supplémentaire avant de pouvoir conclure à l'application de l'al. 2*b*). L'effet restrictif ayant été démontré, nous devons nous demander si l'expression en cause sert à promouvoir l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression? Y a-t-il un lien entre l'utilisation des aéroports comme forum à des fins de discours et de sollicitation politiques et les valeurs consacrées par la recherche de la vérité, la participation aux questions politiques et sociales dans la société ou l'enrichissement ou l'épanouissement personnels?

Il n'est pas nécessaire d'aller plus loin que la deuxième valeur pour répondre à cette question. Les intimés en l'espèce tentaient de présenter leurs opinions politiques dans un endroit fréquenté par de nombreux membres de la société, en route d'un point à un autre, un endroit qui peut être considéré comme l'équivalent moderne des rues et des chemins d'autrefois. Il y a donc un lien entre l'utilisation de l'aéroport à des fins d'expression par l'intimé et l'un des objectifs de la garantie de liberté d'expression. Je conclus que l'acte du gouvernement constituait une restriction des droits que confère aux intimés l'al. 2*b*) de la *Charte*.

Désormais, il incombe à Sa Majesté de prouver que la justification de la restriction de l'expression

1991 CanLII 119 (SCC)

justifiable in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

II. Section 1 of the *Charter*

Limit Prescribed by Law

Lamer C.J. concludes that s. 7 of the *Government Airport Concession Operations Regulations*, SOR/79-373, does not apply to the conduct of the respondents. This leads him to conclude that there is no limit prescribed by law capable of justification under s. 1 of the *Charter*. L'Heureux-Dubé J., on the other hand, finds that the regulation does apply.

I prefer the view of L'Heureux-Dubé J. on this point. In particular, the words "advertise" and "solicit" in s. 7(*b*) are broad enough to cover non-commercial publicity (for example, the "advertising" of political candidates or beliefs) and non-commercial solicitation. In the case at bar the respondents were advertising their political position and most certainly were soliciting memberships to their organization. I cannot avoid the conclusion that their conduct falls within the regulation. I note in passing that I cannot agree with Lamer C.J. that the presumption of constitutionality supports the view that the regulation does not apply. Interpreting the regulation as applicable does not render it unconstitutional; it may well be saved under s. 1.

Even if the respondents' conduct did not fall within the regulation, I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing them from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises.

The purpose of restricting s. 1 to limits "prescribed by law" is to eliminate from s. 1 purview conduct

peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte*.

II. Article premier de la *Charte*

Limite prescrite par une règle de droit

Le juge en chef Lamer conclut que l'art. 7 du *Règlement sur l'exploitation de concessions aux aéroports du gouvernement*, DORS/79-373, ne s'applique pas à la conduite des intimés. Cela l'amène à conclure qu'il n'existe pas de limite prescrite par une règle de droit qui soit justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. Par contre, le juge L'Heureux-Dubé estime que le règlement est applicable.

Je préfère l'opinion du juge L'Heureux-Dubé sur cette question. Notamment, l'expression «faire [. . .] de la publicité ou de la sollicitation», à l'al. 7*b*), est assez générale pour comprendre la publicité non commerciale (par exemple, la «publicité» relative à des candidats ou à des convictions politiques) et la sollicitation non commerciale. En l'espèce, les intimés affichaient leurs opinions politiques et faisaient très certainement de la sollicitation d'adhésions à leur organisation. Je ne puis que conclure que leur conduite entre dans le champ d'application du règlement en cause. Je souligne au passage que je ne saurais souscrire à l'opinion du juge en chef Lamer selon laquelle la présomption de constitutionnalité étaye le point de vue que le règlement ne s'applique pas. Le fait que le règlement soit jugé applicable ne le rend pas inconstitutionnel; il peut très bien être sauvegardé en vertu de l'article premier.

Même si la conduite des intimés ne tombait pas dans le champ d'application du règlement, je serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui les ont empêchés de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

L'objet de la restriction de l'application de l'article premier aux limites prescrites «par une règle de droit» est de soustraire à la portée de l'article premier la conduite purement arbitraire. Comme l'a affirmé le

1991 CanLII 119 (SCC)

which is purely arbitrary. As Le Dain J. stated in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, at p. 645:

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements. The limit may also result from the application of a common law rule.

On the same approach, a common law rule was subjected to s. 1 in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573,

Under the *Civil Code* of Quebec (or the common law of other provinces) the Crown as property owner is entitled to withdraw permission from an invitee to be present on its property, subject always to the *Charter*. The act of the airport administrator in limiting expression pursuant to that power constitutes the exercise of a discretion conferred on his or her employer by the Code. The limit, in other words, results from the application of the Code. It follows that it is "prescribed by law" within the test set out by Le Dain J. in *Therens*.

From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

The Balance Under s. 1

It is under s. 1 of the *Charter* that the respective interests of the individual in free expression and the state in limiting that expression are addressed. The exercise is one of balancing. The balancing must be done contextually, having regard to the facts and val-

juge Le Dain dans *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, à la p. 645:

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application. La restriction peut aussi résulter de l'application d'une règle de *common law*.

Dans la même veine, l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 a assujetti une règle de common law à l'application de l'article premier.

En vertu du *Code civil* du Québec (ou de la common law des autres provinces), le gouvernement a le droit, à titre de propriétaire, de retirer à un invité la permission de se trouver sur sa propriété, toujours sous réserve de la *Charte*. Le geste accompli par le directeur de l'aéroport lorsqu'il a restreint l'expression conformément à ce pouvoir constitue l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire que le Code confère à son employeur. En d'autres termes, la restriction résulte de l'application du Code. Il s'ensuit qu'elle est «prescrite par une règle de droit» au sens du critère établi par le juge Le Dain dans l'arrêt *Therens*.

D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

L'évaluation en vertu de l'article premier

C'est en vertu de l'article premier de la *Charte* que sont abordés les intérêts respectifs du citoyen en matière de liberté d'expression et de l'État en matière de restriction de cette expression. Il s'agit d'un exercice d'évaluation qui doit se faire selon le contexte,

1991 CanLII 119 (SCC)

ues of the particular case before the Court: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, *per* Wilson J. at pp. 1355-56.

The question is whether the Crown's refusal to permit the respondents to distribute their pamphlets and solicit memberships for their organization from members of the public in Dorval Airport is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society." Thus, onus lies on the Crown of establishing this.

I propose to discuss first the question of how the balancing required by s. 1 can best be achieved in a case such as this. I will then turn to a more specific look at the values and interests to be considered in striking the balance in the case of a limit on the use of state-owned property for public expression.

The *Charter* recognizes that the exercise of constitutional rights inevitably raises conflicts. Sometimes the conflict is with another right. Sometimes the conflict is with another interest, usually public. As a result, rights cannot be viewed as absolute. Sometimes a right must yield to another, conflicting right; sometimes a right must give way to an overriding objective of public importance. The difficult question is where the balance between the conflicting rights or interests should be struck.

It follows from the fact that the right in question is constitutionally guaranteed as fundamental in our society that it should be trenched on no more than is clearly necessary and justified. Only if certain conditions are established can a limit on a fundamental right or freedom be justified. First, the state should be required to demonstrate a compelling reason for the limitation. Second, the limit on the right should not go beyond what is necessary to achieve that objective—it should not be overbroad, and should contain sufficient safeguards to ensure that as the law is applied, the right in fact will not be infringed more than necessary. This latter danger may occur, for example, if too much discretion is granted to admin-

compte tenu des faits et des valeurs en jeu dans le litige soumis au tribunal: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, le juge Wilson, aux pp. 1355 et 1356.

Il s'agit de déterminer si la décision de l'État de refuser aux intimés l'autorisation de distribuer leurs brochures et d'inviter les membres du public présents à l'aéroport de Dorval à adhérer à leur organisation constitue une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». Il incombe donc à Sa Majesté d'en faire la preuve.

Je vais tout d'abord étudier la question de savoir comment l'évaluation requise par l'article premier peut le mieux se faire dans un cas comme celui-ci. J'examinerai ensuite plus spécifiquement les valeurs et les intérêts qu'il faut considérer pour atteindre l'équilibre dans le cas d'une restriction de l'utilisation d'une propriété d'État à des fins d'expression publique.

La *Charte* reconnaît que l'exercice des droits garantis par la Constitution soulève inévitablement des conflits. Il y a conflit parfois avec un autre droit, parfois avec un autre intérêt, habituellement d'ordre public. En conséquence, les droits ne peuvent être considérés comme absolus. Un droit doit parfois céder le pas à un autre qui lui est opposé; un droit doit parfois céder le pas devant un objectif primordial d'importance publique. La question difficile est de savoir où se situe l'équilibre entre les droits ou les intérêts opposés.

Puisque le droit en cause est garanti par la Constitution comme un droit fondamental dans notre société, on ne devrait pouvoir y déroger que dans la mesure où cela est nettement nécessaire et justifié. La restriction d'une liberté ou d'un droit fondamentaux ne peut se justifier qu'à certaines conditions. Premièrement, l'État devrait être tenu de faire la preuve d'une raison sérieuse d'apporter la restriction. Deuxièmement, la restriction imposée au droit ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif—elle ne devrait pas être de portée trop générale et devrait comprendre des garanties suffisantes pour assurer que l'application de la règle de droit ne portera pas atteinte plus que nécessaire au

1991 CanLII 119 (SCC)

istrators charged with applying the limit or law in question.

These concerns are reflected in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, where this Court laid down guidelines to assist judges in determining whether a limit on a *Charter* right or freedom was "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society." It was there held that two conditions must be met if a limit on a right is to be justified. First, the objective which the limit is designed to serve must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right. Second, if such an objective is established, the party invoking s. 1 must show that the means chosen to attain the objective are reasonably and demonstrably justified. It was suggested in *Oakes* that the second condition is met if the Court is satisfied: (1) that the limit is rationally connected to the objective; (2) that the means impairs the right or freedom in question as little as possible; and (3) that the effect of the limit is proportionate to the legislative objective.

Counsel for the Attorney General for Ontario urged us to avoid a mechanical application of the *Oakes* criteria. He expressed concern that the *Oakes* test, applied literally, might preclude virtually all limitations by the state on expression on government property, since it would be difficult if not impossible in most cases to demonstrate that the measure impaired the speaker's rights as little as possible.

I share this concern with an overly mechanical application of the *Oakes* criteria. Without undermining the fundamental requirement that a limit on a right must not be overbroad and must contain sufficient safeguards to prevent unwarranted intrusions on individual rights in the application of the law, the practical limitations of legislation must also be recognized. The reality is that the government must develop rules and policies which apply to many cases. It may be impossible to tailor a rule to fit the

droit en question. Ce dernier risque peut exister, par exemple, si les administrateurs chargés d'appliquer la restriction ou la règle de droit en cause jouissent d'un trop grand pouvoir discrétionnaire.

L'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, traite de ces préoccupations. Notre Cour y a énoncé des lignes directrices pour aider les juges à décider si une restriction imposée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* constituait une limite «raisonnable» «dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». On y a conclu qu'il faut remplir deux conditions pour justifier la restriction d'un droit. Premièrement, l'objectif que vise à servir la restriction doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Deuxièmement, si la preuve de l'existence d'un tel objectif a été faite, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis pour atteindre cet objectif sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. On a dit dans *Oakes* que la deuxième condition est remplie si le tribunal est convaincu (1) qu'il existe un lien rationnel entre la restriction et l'objectif, (2) que les moyens choisis sont de nature à porter le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question, et (3) que l'effet de la restriction est proportionnel à l'objectif visé par la loi.

L'avocat du procureur général de l'Ontario nous exhorte à éviter une application machinale du critère de l'arrêt *Oakes*. Il s'est inquiété du fait que l'application littérale du critère de l'arrêt *Oakes* pourrait pratiquement empêcher l'État de restreindre l'expression sur une propriété gouvernementale puisque, dans la plupart des cas, il serait difficile, voire impossible, d'établir que la mesure adoptée porte le moins possible atteinte aux droits de la personne qui s'exprime.

L'application trop machinale du critère de l'arrêt *Oakes* me préoccupe tout autant. Sans vouloir diminuer l'importance du fait qu'une restriction imposée à un droit ne doit pas avoir une portée trop générale et qu'elle doit contenir des garanties suffisantes pour empêcher les empiétements injustifiés sur les droits individuels dans l'application de la règle de droit, il faut aussi reconnaître les limites pratiques d'une mesure législative. En réalité, le gouvernement doit concevoir des règles et des politiques qui s'appli-

1991 CanLII 119 (SCC)

precise circumstances of each individual case, with the result that with the benefit of hindsight a less restrictive limit can be conceived for a particular situation. As this Court pointed out in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, some deference must be paid to the legislators and the difficulties inherent in the process of drafting rules of general application. A limit prescribed by law should not be struck out merely because the Court can conceive of an alternative which seems to it to be less restrictive. What is required by s. 1 is that the limit be reasonable and justifiable in a free and democratic society. If the limit represents a reasonable legislative choice tailored so as to limit the right in question as little as possible the minimum impairment requirement is met. What must be guarded against are the evils of vagueness and overbreadth, the broad sweep that catches more conduct than is justified by the government's objective.

Against this background, I turn to the values and interests which are engaged by limits on free expression on government property. The state may have either of two dominant objectives in regulating expression on government property. First, its primary aim may be seeking to control the content of the expression, as where particular messages are banned in a public forum. Alternatively, its purpose may be merely to control the consequences of public expression on the property in question, regardless of the meaning conveyed by the expression. In the latter case, the major consideration from the state's point of view is generally the compatibility of the property's purpose or function with the expressive activities in question.

It is sometimes observed that content-neutral restrictions may be easier to justify than content-based restrictions. This follows from the fact that content-neutral restrictions are likely to be (a) more closely tied to the function or purpose of the place in question, and/or (b) less objectionable than content restrictions. Thus the balance will more often fall on

quent à bien des cas. Il peut être impossible de concevoir une règle adaptée aux circonstances particulières de chaque cas, de sorte qu'avec le recul il est possible d'imaginer une restriction moins large dans une situation donnée. Comme notre Cour l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, il convient d'avoir de l'égard pour les législateurs et les difficultés inhérentes au processus de rédaction des règles d'application générale. Il ne faudrait pas annuler une limite prescrite par une règle de droit tout simplement parce que le tribunal peut concevoir une autre solution qui lui semble moins restrictive. L'article premier exige que la limite soit raisonnable et justifiable dans une société libre et démocratique. Si la restriction constitue un choix législatif raisonnable, conçu de façon à limiter le moins possible le droit en question, cela satisfait à l'exigence d'atteinte minimale. Ce contre quoi il faut se prémunir, ce sont les fléaux de l'imprécision et de la portée excessive, ce large éventail qui couvre plus de conduites que ce qui est justifié par l'objectif du gouvernement.

Dans ce contexte, j'examinerai maintenant les valeurs et les intérêts que soulèvent les restrictions imposées à la liberté d'expression dans une propriété gouvernementale. Lorsqu'il décide de réglementer l'expression dans sa propriété, l'État peut viser l'un ou l'autre de deux objectifs principaux. Tout d'abord, il peut avoir pour objectif premier de contrôler le contenu de l'expression, comme c'est le cas lorsque des messages particuliers sont interdits dans un forum public. De façon subsidiaire, il peut tout simplement avoir pour objectif de contrôler les conséquences qu'a l'expression publique sur la propriété en cause, peu importe le message transmis. Dans ce dernier cas, l'État se préoccupe surtout, de façon générale, de la compatibilité de l'objectif ou de la fonction de sa propriété avec les activités d'expression en cause.

On remarque parfois qu'il est plus facile de justifier des restrictions qui ne sont pas liées au contenu que celles qui le sont. Cela découle du fait que les restrictions non liées au contenu sont susceptibles a) d'être associées de plus près à la fonction ou à l'objectif du lieu en cause ou b) d'être moins inacceptables que les restrictions liées au contenu. Ainsi, la

1991 CanLII 119 (SCC)

the side of the state. But care must be taken to avoid the trap of acceding to limits on expression on the basis that they relate to content-neutral consequences rather than content. Denial of a particular time, place or manner of expression regardless of content may effectively mean denial of the right to communicate. Conversely, as abhorrent as arbitrary or unfair content-related limitations may be, it must be conceded that when carefully tailored they may be integrally tied to important government purposes outweighing any interest a speaker may have in communicating a conflicting message. Restrictions on content may be capable of being justified on the basis that certain messages are incompatible with the purpose or function of a particular government institution. Pornography or literature promoting drug use, for example, might be legitimately banned at a school or a children's festival in a government park. The point is that generalizations are of little assistance. What is essential is that the court in each case undertake the process of balancing and weighing the true interests at stake with a view to determining whether the limit on free expression in question is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society."

balance penchera souvent du côté de l'État. Mais il faut prendre soin d'éviter le piège que présente l'acceptation des restrictions imposées à l'expression pour le motif qu'elles ont trait à des conséquences non liées au contenu plutôt qu'au contenu lui-même. L'exclusion de certaines heures, d'un certain lieu ou d'un certain mode d'expression, peu importe le contenu, peut en effet signifier la négation du droit de communiquer. À l'inverse, aussi répugnantes et arbitraires ou injustes que puissent être les restrictions liées au contenu, il faut admettre que, lorsqu'elles sont bien conçues, elles peuvent être intégralement liées à des objectifs gouvernementaux supérieurs à tout intérêt que la personne qui s'exprime peut avoir à communiquer un message discordant. Les restrictions imposées au contenu peuvent se justifier en ce que certains messages sont incompatibles avec l'objectif ou la fonction d'une institution particulière du gouvernement. Il pourrait être légitime, par exemple, d'interdire la pornographie ou la documentation favorisant l'usage de drogues dans une école ou lors d'un festival pour enfants tenu dans un parc gouvernemental. Essentiellement, il est peu utile de généraliser. Ce qui importe, c'est que, dans chaque cas, le tribunal procède à l'évaluation et à l'appréciation des véritables intérêts en jeu, en vue de déterminer si la restriction apportée à la liberté d'expression est une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»

It may be useful to elaborate on the concept of the function or use of government property in the context of the second category, that of content-neutral restrictions. Purpose or function may extend beyond the mechanical aspects of the task to which the location is dedicated, to embrace considerations such as decorum or fairness that affect its overall long-term functioning. For example, political placards might be barred from a courtroom, not because they would be likely to disrupt or influence the judge, but rather because they interfere with the dignity and decorum of the courtroom. In reducing the aura of impartiality which is sought to be maintained in the courtroom, they may in a larger sense detract from its purpose and impact on its function.

Il peut être utile d'approfondir la notion de fonction ou d'utilisation de la propriété gouvernementale dans le contexte de la deuxième catégorie, c'est-à-dire celle des restrictions non liées au contenu. L'objectif ou la fonction peuvent aller au-delà des aspects mécaniques de la vocation de l'endroit en question, pour comprendre d'autres facteurs comme les convenances ou l'équité, qui touchent son fonctionnement global à long terme. Par exemple, il pourrait être interdit d'installer des affiches politiques dans un prétoire, non pas parce qu'elles sont susceptibles de déranger ou d'influencer le juge, mais parce qu'elles nuisent à la dignité et au décorum de la salle d'audience. En réduisant l'impression d'impartialité que l'on cherche à maintenir dans le prétoire, elles peuvent, de façon plus générale, nuire à son objet et influer sur sa fonction.

1991 CanLII 119 (SCC)

I have discussed the government interest in placing restrictions on various forums for public expression. On the other side of the balance lies the interest of the individual in effectively communicating his or her message to members of the public. It is this interest which s. 2(*b*) is aimed at protecting. Considerations include the following. How suitable is the location for the effective communication of the message to the public? Does the property in question have special symbolic significance for the message being communicated? Are there other public arenas in the vicinity in which the expression can be disseminated? In short, what does the claimant lose by being denied the opportunity to spread his or her message in the form and at the time and place asserted?

I return to the facts of this case and the two conditions set out in *Oakes* for justification under s. 1. First, is the state's objective of sufficient importance that it is capable of overriding a *Charter* right? Second, are the means chosen to effect the objective "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society"? In my view, the Crown has failed to establish either of these criteria in the case at bar. I turn first to the objective of the restriction. The government's objective in imposing the limit amounts to little more than the assertion—more as an article of faith than a rationally supported proposition—that an airport is not an appropriate place for this type of communication. The Crown points to nothing in the function or the purpose of an airport which is incompatible with the respondents' conduct. It follows that the Crown has failed to establish an objective of sufficient importance to override a *Charter* right.

Even if the objective were sufficient, the means chosen to implement it would preclude justification of the restriction under s. 1 of the *Charter*. They cannot be described as either reasonable or proportionate to the respondents' interest in conveying their message pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter*. The practice of airport authorities of preventing

J'ai traité de l'intérêt qu'a le gouvernement à imposer des restrictions à l'utilisation de différents forums à des fins d'expression publique. Sur l'autre plateau de la balance se trouve l'intérêt qu'a le citoyen à communiquer efficacement son message au public. C'est cet intérêt que l'al. 2*b*) vise à protéger. Il faut tenir compte notamment des facteurs suivants. Dans quelle mesure l'endroit convient-il à la communication efficace du message au public? La propriété en question a-t-elle une signification symbolique particulière en ce qui a trait au message transmis? Y a-t-il d'autres tribunes publiques dans les environs qui peuvent servir à la dissémination du message? Bref, que perd le requérant s'il est privé de l'occasion de propager son message sous la forme, au moment et à l'endroit choisis?

Je reviens aux faits de l'espèce et aux deux conditions énoncées dans l'arrêt *Oakes* pour qu'une limite soit justifiée en vertu de l'article premier. Premièrement, l'objectif de l'État est-il suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*? Deuxièmement, les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont-ils des moyens «raisonnables» «dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique»? À mon avis, Sa Majesté n'a fait la preuve ni de l'un ni de l'autre de ces critères en l'espèce. Examinons tout d'abord l'objectif de la restriction. Lorsqu'il impose cette restriction, le gouvernement n'a pas vraiment d'autre but que d'affirmer—bien plus sous forme d'article de foi que de proposition logique—qu'un aéroport ne constitue pas un lieu convenable pour ce genre de communication. Sa Majesté n'a indiqué aucun élément de la fonction ou de l'objectif d'un aéroport qui soit incompatible avec la conduite des intimés. Il s'ensuit que Sa Majesté n'a pas fait la preuve de l'existence d'un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*.

Même si l'objectif était suffisant, les moyens choisis pour l'atteindre écarteraient toute justification de la restriction en vertu de l'article premier de la *Charte*. Ils ne sauraient être considérés comme raisonnables ou proportionnels à l'intérêt qu'ont les intimés à transmettre leur message, conformément au droit que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. La pra-

1991 CanLII 119 (SCC)

all "political propaganda activities" constitutes a blanket exclusion of political solicitation in the airport unrelated to concerns for its function and devoid of safeguards to protect against over-reaching application. A broader, less sensitive prohibition is difficult to conceive. The airport policy makes no concession whatever to the convincing reasons which the respondents advance in support of their right to disseminate their message in Dorval Airport. Few places offer as convenient a means for reaching a wide cross-section of the public, especially for groups and individuals lacking the resources to communicate through the established media. In short, the proportionality required to establish that the limit is "reasonable" and "demonstrably justified" is entirely lacking.

I conclude that the limitation in question is overbroad and hence is not saved by s. 1.

III. Conclusion

I would dismiss the appeal and answer the questions as proposed by L'Heureux-Dubé J.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellant: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondents: Gérard Guay, Hull.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General for the province of Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little and Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

tique suivie par les autorités de l'aéroport, interdisant toutes les «activités de propagande politique», constitue une exclusion générale de la sollicitation politique à l'aéroport qui n'a rien à voir avec les préoccupations relatives à sa fonction et ne contient aucune garantie de protection contre une application excessive. Il est difficile de concevoir une interdiction plus large, moins subtile. La politique de l'aéroport ne laisse aucune place aux motifs convaincants qu'avancent les intimés à l'appui de leur droit de transmettre leur message à l'aéroport de Dorval. Peu d'endroits offrent une façon aussi pratique de rejoindre un échantillon aussi varié de la population, surtout pour les groupes et les individus qui n'ont pas les moyens de faire appel aux médias établis. Bref, la proportionnalité requise pour démontrer s'il s'agit d'une limite «raisonnable» «dont la justification puisse se démontrer» n'existe absolument pas.

Je conclus que la restriction en question est trop générale et qu'elle n'est donc pas sauvegardée par l'article premier.

III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre aux questions de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur de l'appelante: John C. Tait, Ottawa.

Procureur des intimés: Gérard Guay, Hull.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général de la province d'Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants Watch Tower Bible and Tract Society of Canada, Kenneth Arthur Little et Thomas Richard Jones: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

1991 CanLII 119 (SCC)

TAB 7

Canadian Broadcasting Corporation, Groupe TVA inc., La Presse ltée and Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Appellants*

v.

Attorney General of Canada, Attorney General of Quebec, the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court, and Barreau du Québec *Respondents*

and

Attorney General of Alberta, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression, Canadian Publishers' Council and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: Canadian Broadcasting Corp. *v.* Canada (Attorney General)

2011 SCC 2

File No.: 32920.

2010: March 16; 2011: January 28.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Freedom of the press — Courthouses — Rules of practice and directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations and prohibiting broadcasting of official audio recordings of hearings — Whether these measures infringe freedom of

Société Radio-Canada, Groupe TVA inc., La Presse ltée et Fédération professionnelle des journalistes du Québec *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada, procureur général du Québec, l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec, et Barreau du Québec *Intimés*

et

Procureur général de l'Alberta, Association canadienne des libertés civiles, Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression, Canadian Publishers' Council et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Répertorié : Société Radio-Canada *c.* Canada (Procureur général)

2011 CSC 2

N° du greffe : 32920.

2010 : 16 mars; 2011 : 28 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Liberté de la presse — Palais de justice — Règles de pratique et directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés et interdisant la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences — Ces mesures portent-elles atteinte à la

2011 SCC 2 (CanLII)

expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 38.1, 38.2 — Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46 (am. SI/2005-19), ss. 8.A, 8.B.

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Directive issued by Ministère de la Justice limiting filming, taking photographs and conducting interviews to predetermined locations in courthouses — Directive infringing freedom of expression — Whether directive meets "prescribed by law" requirement of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The CBC, Groupe TVA, La Presse ltée and the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (the "media organizations") want to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, and they also want to broadcast the official audio recordings of court proceedings. There are rules that limit the places where the first of these activities may take place and that prohibit the second. The media organizations, which submit that these rules unjustifiably infringe the freedom of the press to which they are entitled, applied for a declaration that rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters* and ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002* ("rules of practice"), together with Directive A-10 of Quebec's Ministère de la Justice entitled *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice*, are of no force or effect.

The Superior Court held that the activities were protected by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but that the impugned measures were justified within the meaning of s. 1. The Court of Appeal dismissed the media organizations' appeal, holding unanimously that the protection of s. 2(*b*) of the *Charter* does not give the media an unrestricted right to conduct interviews, film and take photographs in courthouses. On the issue of broadcasting recordings of hearings, the majority of the court found that this method of expression undermined the values that underlie freedom of expression. The dissenting judges considered that the prohibition on broadcasting recordings infringed s. 2(*b*) and could not be justified under s. 1.

Held: The appeal should be dismissed. The constitutionality of the rules of practice and of Directive A-10 is confirmed.

liberté d'expression? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Règlement de procédure civile (Cour supérieure), R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 38.1, 38.2 — Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46 (mod. TR/2005-19), art. 8A, 8B.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Directive du ministère de la justice limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues à des endroits prédéterminés dans les palais de justice — Directive portant atteinte à la liberté d'expression — La directive constitue-t-elle une « règle de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

La SRC, le Groupe TVA, La Presse ltée et la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (les « médias ») veulent, d'une part, recueillir des images et tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice et, d'autre part, diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires. Certaines règles limitent le lieu où la première activité peut être exercée et interdisent la deuxième. Les médias soutiennent que ces règles enfreignent d'une façon injustifiée leur liberté de presse et présentent une requête visant à faire déclarer nuls et inopérants les art. 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)* et les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)* (les « règles de pratique »), ainsi que la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice*.

La Cour supérieure conclut que les activités sont protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais que les mesures contestées sont justifiées au sens de l'article premier. La Cour d'appel rejette le pourvoi des médias. À l'unanimité, elle juge que la tenue d'entrevues et la prise d'images sans restriction par les médias dans les palais de justice ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. En ce qui concerne la diffusion des enregistrements des audiences, la majorité de la Cour est d'avis que ce mode d'expression mine les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression. Pour leur part, les juges dissidents estiment que l'interdiction visant la diffusion des enregistrements porte atteinte à l'al. 2*b*) et ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté. La constitutionnalité des règles de pratique et de la Directive A-10 est confirmée.

2011 SCC 2 (CanLII)

Filming, taking photographs and conducting interviews outside courtrooms have the necessary expressive content to be protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. Neither the location where these journalistic activities would take place nor the method of expression that would be used excludes them from this protection. The method for engaging in the expressive activities — the use of equipment to film, take photographs and record voices — is not in issue here. As for the location, the activities of filming, taking photographs and conducting interviews are not incompatible with the purpose of the public areas of courthouses. Although the primary purpose of a courthouse is to serve as a place to conduct trials and other judicial proceedings, the presence of journalists in the public areas of courthouses has historically been — and still is — authorized. When journalists conduct themselves appropriately, their presence enhances the values underlying s. 2(*b*), namely democratic discourse, self-fulfilment and truth finding. The purpose of the impugned measures is to limit filming, taking photographs and conducting interviews to certain predetermined locations. Since news gathering is an activity that forms an integral part of freedom of the press, these measures infringe s. 2(*b*) of the *Charter*.

Broadcasting the official audio recordings of hearings also has expressive content, thereby bringing this activity, *prima facie*, within the scope of s. 2(*b*) protection. In this case, the location where the activity would take place is not identified. The exercise by the media organizations of their right to freedom of the press is not limited to a specific location. Regarding the method of expression, namely the broadcasting of audio recordings, sound and tone of voice are not always linked to the content, but in the context of a trial, the value they add to the message is such that the content of the message and the method by which the message is conveyed are indissociable. Thus, the location and the method of expression cannot serve as a basis for excluding the expressive activity from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter*. Since the prohibition against broadcasting the official audio recordings of court proceedings imposes a limit that the media organizations must comply with in engaging in their journalistic activities and since that limit affects the expressive content of the activities, the right to freedom of expression is infringed.

The standard of proof applicable to the justification of the infringement under s. 1 of the *Charter* should not entail a level of proof higher than the one required by *Oakes*. The test developed in that case is applicable, since the rules made by the judges of the Superior Court and by the Ministère de la Justice meet the "prescribed by law" requirement of s. 1 of the *Charter*. Directive

La prise d'images et la tenue d'entrevues à l'extérieur des salles d'audience possèdent le contenu expressif nécessaire pour bénéficier de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Ni le lieu d'exercice de ces activités journalistiques ni le mode d'expression utilisé n'ont pour effet d'écarter cette protection. Le mode d'exercice des activités expressives, en l'espèce l'utilisation de matériel pour enregistrer les images et les voix, n'est pas en cause. En ce qui a trait au lieu, la prise d'images et la tenue d'entrevues ne sont pas des activités incompatibles avec la destination des aires publiques des palais de justice. Quoique la destination première des palais de justice soit la tenue de procès et autres procédures judiciaires, la présence des journalistes dans les aires publiques de ces édifices a été historiquement autorisée et l'est encore. Lorsque les journalistes se comportent de façon appropriée, leur présence a pour effet de renforcer les valeurs sous-jacentes de l'al. 2*b*), à savoir le débat démocratique, l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité. L'objet des mesures contestées est de limiter la prise d'images et la tenue d'entrevues à certains endroits prédéterminés. Comme la collecte d'informations est une activité qui fait partie intégrante de la liberté de la presse, ces mesures portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

La diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences possède également un contenu expressif faisant en sorte que cette activité entre à première vue dans le champ d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*). En l'espèce, le lieu d'exercice de l'activité n'est pas déterminé et les médias ne sont pas limités à un endroit particulier pour exercer leur liberté de presse. Quant au mode de communication utilisé, soit la diffusion des bandes sonores, bien que le son ou l'intonation de la voix ne soient pas toujours liés au contenu, dans le contexte d'un procès, la valeur ajoutée au message rend le mode de communication du message indissociable du contenu de celui-ci. Par conséquent, le lieu et le mode d'expression ne peuvent être un motif de retrait de l'activité expressive de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Puisque l'interdiction de diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires impose une limite que doivent respecter les médias dans leurs activités journalistiques et que cette limite affecte le contenu expressif des activités, il y a atteinte au droit à la liberté d'expression.

La norme de preuve applicable à la justification de l'atteinte au regard de l'article premier de la *Charte* ne devrait pas correspondre à un niveau de preuve plus élevé que celui requis par l'arrêt *Oakes*. La grille d'analyse élaborée dans cet arrêt trouve application puisque les normes adoptées par les juges de la Cour supérieure et par le ministère de la Justice constituent des règles

2011 SCC 2 (CanLII)

A-10 imposes standards of behaviour on courthouse users, so its content is normative, not interpretive. It is also accessible and clear. As regards the wording of the relevant passages from the directive, it is almost identical to that of the same passages from the rules of practice, the precision of which is not in dispute.

In this case, the limits imposed on freedom of expression by the rules of practice and by Directive A-10 are reasonable and are justified in a free and democratic society. The objectives of these measures advance concerns that are pressing and substantial. These objectives can be summarized as being to maintain the fair administration of justice by ensuring the serenity of hearings. The fair administration of justice is necessarily dependent on maintaining order and decorum in and near courtrooms and on protecting the privacy of litigants appearing before the courts. There is no question that this objective contributes to maintaining public confidence in the justice system.

It can be seen from the evidence that there is a rational connection between the means used and the legislature's objectives. The increase in the number of journalists together with a greater sophistication of the technologies they used in courthouses had adverse consequences for the administration of justice. In addition, the rules of practice and Directive A-10 form part of a general policy to protect witnesses. It was therefore reasonable to expect that these measures would have a positive effect on the maintenance of the fair administration of justice by fostering the serenity of hearings and decorum and by helping to reduce, as much as possible, the nervousness and anxiety that people naturally feel when called to testify in court.

The solution proposed in the rules of practice and in Directive A-10 with regard to filming, taking photographs and conducting interviews falls within a range of reasonable alternatives, as is required by the minimal impairment stage of the *Oakes* test. The judges and the Ministère de la Justice have opted for a solution that is less intrusive than a total ban on these journalistic activities in courthouses would have been. As for the audio recordings of hearings, they are made to conserve evidence. Journalists have a right to use those recordings to enhance the accuracy of reports they are preparing, but they cannot use them in a way that would have an impact on the testimony itself.

de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. La Directive A-10 impose aux usagers des palais de justice des normes de conduite et son contenu a donc un caractère normatif et non interprétatif. Elle est également accessible et claire. Quant au texte de la directive, ses passages pertinents sont presque identiques à ceux des règles de pratique, dont la précision n'est pas contestée.

En l'espèce, les limites imposées à la liberté d'expression par les règles de pratique et la Directive A-10 sont raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique. Les objectifs poursuivis par ces mesures répondent à des préoccupations qui sont urgentes et réelles. Il convient de résumer ces objectifs comme étant le maintien d'une saine administration de la justice en assurant la sérénité des débats. Une saine administration de la justice repose nécessairement sur le maintien de l'ordre et du décorum à l'intérieur de la salle d'audience et aux abords de celle-ci, de même que la protection de la vie privée des justiciables qui se présentent devant les tribunaux. Cet objectif contribue incontestablement au maintien de la confiance du public dans le système de justice.

La preuve démontre qu'il existe un lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. L'augmentation du nombre de journalistes, conjuguée au raffinement des techniques utilisées par ceux-ci à l'intérieur des palais de justice, a eu des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. En outre, les règles de pratique et la Directive A-10 s'inscrivent dans une politique générale de protection des témoins. Il était donc raisonnable de prévoir que ces mesures auraient un effet positif sur le maintien de la saine administration de la justice, en favorisant la sérénité des débats et le décorum et en aidant à diminuer le plus possible la nervosité et l'angoisse inhérentes que ressentent naturellement les personnes appelées à témoigner devant les tribunaux.

La solution proposée dans les règles de pratique et la Directive A-10 à l'égard de la prise d'images et de la tenue d'entrevues se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, selon le volet de l'atteinte minimale du test de l'arrêt *Oakes*. La magistrature et le ministère de la Justice ont opté pour une solution qui est moins attentatoire que ne l'aurait été l'interdiction complète de ces activités journalistiques dans les palais de justice. En ce qui a trait aux enregistrements sonores des audiences, ils sont établis dans le but de préserver la preuve. Les médias ont le droit d'utiliser ces enregistrements pour préparer leurs reportages de façon à les rendre plus précis, mais ils ne peuvent pas en faire un usage qui aurait des conséquences sur les témoignages eux-mêmes.

2011 SCC 2 (CanLII)

The salutary effects of the rules of practice and of Directive A-10 outweigh their negative effects. The evidence shows that witnesses, parties, members of the public and lawyers can now move about freely near courtrooms without fear of being pursued by the media. Lawyers can hold discussions with their witnesses and with counsel for the opposing party in hallways adjacent to courtrooms without being disturbed. Those who adopted the impugned measures took the vulnerability of participants in the judicial process into consideration and made sure that when such people consent to cooperate with the media, they do so as freely and calmly as possible. The controls on journalistic activities thus facilitate truth finding by not adding to the stress on witnesses. Furthermore, the impugned measures help minimize significantly the violation of privacy. Although the broadcasting of official audio recordings would add value to media reports and make them more interesting, the prohibition against broadcasting them does not adversely affect the ability of journalists to describe, analyse or comment rigorously on what takes place in the courts. The negative effect that broadcasting the audio recordings would have on the proceedings and the real impact it would have both on those participating in the hearing and on the search for the truth are factors that must be taken into account. The recordings are, first and foremost, a means of keeping a record of such proceedings and conserving evidence, and journalists should not use them in a way that would distort that objective. To broadcast them in the name of freedom of the press would undermine the integrity of the judicial process, which the open court principle is supposed to guarantee.

Cases Cited

Applied: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743; *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R.

Les effets positifs des règles de pratique et de la Directive A-10 l'emportent sur les effets négatifs de ces dernières. La preuve montre que les témoins, les parties, les membres du public et les avocats peuvent maintenant circuler librement aux abords des salles d'audience, sans crainte de se faire pourchasser par les médias. Les avocats peuvent discuter en toute quiétude avec leurs témoins et avec les procureurs de la partie adverse dans les corridors adjacents aux salles d'audience. Les mesures contestées tiennent compte de la situation de vulnérabilité des personnes qui participent au processus judiciaire et font en sorte que celles-ci puissent exprimer le plus librement et sereinement possible leur consentement à collaborer avec les médias. La réglementation des activités journalistiques favorise donc la recherche de la vérité, en évitant d'imposer un stress additionnel aux témoins. En outre, les mesures contestées contribuent à atténuer considérablement l'atteinte à la vie privée. Bien que la diffusion des enregistrements sonores officiels ajoute à la valeur des reportages et accroît leur intérêt, l'interdiction de diffuser ne nuit pas à la capacité des médias de décrire, d'analyser ou de commenter avec rigueur ce qui se déroule devant les tribunaux. L'effet négatif de la diffusion des enregistrements sonores sur les débats à l'audience, ainsi que son incidence réelle sur les participants aux audiences et sur la recherche de la vérité sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération. Les enregistrements sont d'abord et avant tout un moyen de consigner ces débats et de préserver la preuve, et les médias ne devraient pas les utiliser de façon à dénaturer cet objectif. Leur diffusion au nom de la liberté de la presse minerait un des objectifs que la publicité des débats est censée garantir : l'intégrité du système judiciaire.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743; *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur*

2011 SCC 2 (CanLII)

927; *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385; *Vilaire v. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609; *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Ministère de la Justice, R.S.Q., c. M-19, s. 3(*c*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*).
Code de procédure pénale (France), art. 308.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 14, 47, 48, 324 *et seq.*
Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, c. 49, s. 9.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 136(1)(a)(iii).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 482(1), (4), 482.1(1), 540, 646, 801.
Criminal Justice Act, 1925 (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 86, s. 41.
Judicature Act, R.S.O. 1980, c. 223, s. 67(2)(*a*)(ii).
Regulation of the Court of Québec, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 1.01.1, s. 12.
Rules of Practice of the Court of Queen's Bench (Crown Side) of the Province of Quebec, SI/74-53, (1974) 108 Can. Gaz. II, 1535, rule 5.
Rules of practice of the Superior Court, (1966) 98 Q.O.G., 4094, rule 16.
Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8, rules 33, 35, 36 [am. (1988) 120 G.O.Q. II, 1941, s. 2; (1998) 130 G.O.Q. II, 4370, s. 2], 38.1 [ad. (2004) 136 G.O.Q. II, 3527, s. 1], 38.2 [*idem*].
Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, SI/76-65, rule 5 [am. SI/89-52, (1989) 123 Can. Gaz. II, 1016, s. 2].

général), [1989] 1 R.C.S. 927; *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385; *Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609; *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 482(1), (4), 482.1(1), 540, 646, 801.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 14, 47, 48, 324 et suiv.
Code de procédure pénale (France), art. 308.
Contempt of Court Act 1981 (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 9.
Criminal Justice Act, 1925 (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 86, art. 41.
Judicature Act, R.S.O. 1980, ch. 223, art. 67(2)*a*)(ii).
Loi sur le ministère de la Justice, L.R.Q., ch. M-19, art. 3*c*).
Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 136(1)a)(iii).
Règlement de la Cour du Québec, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 1.01.1, art. 12.
Règlement de procédure civile (Cour supérieure), R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règles 33, 35, 38.1 [aj. (2004) 136 G.O.Q. II, 5270, art. 1], 38.2 [*idem*].
Règles de pratique de la Cour du Banc de la Reine (juridiction criminelle) du Québec, TR/74-53, (1974) 108 Gaz. Can. II, 1535, règle 5.
Règles de pratique de la Cour Supérieure, (1966) 98 G.O.Q., 4094, règle 16.
Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec, chambre criminelle, TR/76-65, règle 5 [mod. TR/89-52, (1989) 123 Gaz. Can. II, 1016, art. 2].
Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles, (1974) 106 G.O.Q. II, 1955, règle 32.

2011 SCC 2 (CanLII)

Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002, SI/2002-46, ss. 4, 7, 8.A [ad. SI/2005-19, (2005) 139 Can. Gaz. II, 417, s. 1], 8.B [*idem*].

Rules of practice of the Superior Court of the Province of Québec in civil matters, (1974) 106 Q.O.G. II, 1955, rule 32.

Authors Cited

British Columbia. Supreme Court. "Practice Direction: Television Coverage of Court Proceedings". PD – 23, July 1, 2010 (online: http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx).

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*. Ottawa: Conseil canadien de la magistrature, 1980.

Fédération professionnelle des journalistes du Québec. *Professional Code of Ethics for Quebec Journalists*, November 24, 1996 (online: http://www.fpjq.org/index.php?id=97).

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2003.

Greenspan, Edward L. "Comment: Another Argument Against Television in the Courtroom", in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto: Carswell, 1986, 497.

Harte, William J. "Why Make Justice a Circus? The O. J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom" (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379.

Lepofsky, M. David. "Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent" (1996), 6 *N.J.C.L.* 161.

Nova Scotia. Executive Office of the Nova Scotia Judiciary. *Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, December 20, 2008 (online: http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm).

Parent, Georges-André. "Les médias: source de victimisation" (1990), 23:2 *Criminologie* 47.

Québec. Ministère de la Justice. *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*. Québec: Justice Québec, 2005 (en ligne: http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/administ/guide-a.htm).

Québec. Ministère de la Justice. *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice*. Québec: Justice Québec, 2004.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Nuss, Morissette, Doyon and Bich JJ.A.), 2008 QCCA 1910, [2008]

Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8, règle 36 [mod. (1988) 120 G.O.Q. II, 2512, art. 2; (1998) 130 G.O.Q. II, 5894, art. 2].

Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002), TR/2002-46, règles 4, 7, 8A [aj. TR/2005-19, (2005) 139 Gaz. Can. II, 417, art. 1], 8B [*idem*].

Doctrine citée

Colombie-Britannique. Supreme Court. « Practice Direction : Television Coverage of Court Proceedings ». PD – 23, July 1, 2010 (online : http://www.courts.gov.bc.ca/Supreme_Court/practice_and_procedure/civil_practice_directions.aspx).

Fauteux, Gérald. *Le livre du magistrat*. Ottawa : Conseil canadien de la magistrature, 1980.

Fédération professionnelle des journalistes du Québec. *Guide de déontologie des journalistes du Québec*, 24 novembre 1996 (en ligne : http://www.fpjq.org/index.php?id=82).

Ferland, Denis, et Benoît Emery. *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1, 4e éd. Cowansville, Qué. : Yvon Blais, 2003.

Greenspan, Edward L. « Comment : Another Argument Against Television in the Courtroom », in Philip Anisman and Allen M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter*. Toronto : Carswell, 1986, 497.

Harte, William J. « Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom » (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379.

Lepofsky, M. David. « Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent » (1996), 6 *R.N.D.C.* 161.

Nouvelle-Écosse. Executive Office of the Nova Scotia Judiciary. *Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, December 20, 2008 (online : http://www.courts.ns.ca/media_access/media.htm).

Parent, Georges-André. « Les médias : source de victimisation » (1990), 23:2 *Criminologie* 47.

Québec. Ministère de la Justice. *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*. Québec : Justice Québec, 2005 (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/administ/guide.htm).

Québec. Ministère de la Justice. *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice*. Québec : Justice Québec, 2004.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (le juge en chef Robert et les juges Nuss, Morissette, Doyon et Bich), 2008 QCCA 1910,

2011 SCC 2 (CanLII)

R.J.Q. 2303, 62 C.R. (6th) 99, [2008] Q.J. No. 9949 (QL), 2008 CarswellQue 14639, affirming a decision of Lagacé J., 2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826, [2006] Q.J. No. 14255 (QL), 2006 CarswellQue 14112. Appeal dismissed.

Barry Landy and *François Demers*, for the appellants.

Pierre Salois and *Claude Joyal*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Jean-François Jobin, *Marie-Ève Mayer* and *Dominique A. Jobin*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Raynold Langlois, *Q.C.*, and *Marie Cossette*, for the respondent the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court.

Douglas C. Mitchell and *Éric Cadi*, for the respondent Barreau du Québec.

Donald B. Padget, for the intervener the Attorney General of Alberta.

Mahmud Jamal and *Jason MacLean*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Christian Leblanc and *Marc-André Nadon*, for the interveners Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression and Canadian Publishers' Council.

Simon V. Potter and *Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

English version of the judgment of the Court delivered by

[1] Deschamps J. — The open court principle is of crucial importance in a democratic society. It

[2008] R.J.Q. 2303, 62 C.R. (6th) 99, [2008] J.Q. nº 9949 (QL), 2008 CarswellQue 9893, qui a confirmé une décision du juge Lagacé, 2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826, [2006] J.Q. nº 14255 (QL), 2006 CarswellQue 9008. Pourvoi rejeté.

Barry Landy et *François Demers*, pour les appelantes.

Pierre Salois et *Claude Joyal*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Jean-François Jobin, *Marie-Ève Mayer* et *Dominique A. Jobin*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Raynold Langlois, *c.r.*, et *Marie Cossette*, pour l'intimé l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec.

Douglas C. Mitchell et *Éric Cadi*, pour l'intimé le Barreau du Québec.

Donald B. Padget, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Mahmud Jamal et *Jason MacLean*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Christian Leblanc et *Marc-André Nadon*, pour les intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression et Canadian Publishers' Council.

Simon V. Potter et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Le jugement de la Cour a été rendu par

[1] La juge Deschamps — Le principe de la publicité des débats judiciaires revêt une

2011 SCC 2 (CanLII)

ensures that citizens have access to the courts and can, as a result, comment on how courts operate and on proceedings that take place in them. Public access to the courts also guarantees the integrity of judicial processes inasmuch as the transparency that flows from access ensures that justice is rendered in a manner that is not arbitrary, but is in accordance with the rule of law.

[2] The right to freedom of expression is just as fundamental in our society as the open court principle. It fosters democratic discourse, truth finding and self-fulfilment. Freedom of the press has always been an embodiment of freedom of expression. It is also the main vehicle for informing the public about court proceedings. In this sense, freedom of the press is essential to the open court principle. Nevertheless, it is sometimes necessary to harmonize the exercise of freedom of the press with the open court principle to ensure that the administration of justice is fair. In this appeal, this Court must determine whether certain rules are consistent with the delicate balance between this right, this principle and this objective, all of which are essential in a free and democratic society.

[3] The appellants want to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, and they also want to broadcast the official audio recordings of court proceedings. There are rules that limit the places where the first of these activities may take place and that prohibit the second. The appellants submit that these rules unjustifiably infringe the freedom of the press to which they are entitled. For the reasons that follow, I consider that the activities in question are protected by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*"), but that the limits on them are justified. I would therefore dismiss the appeal.

1. Impugned Provisions and Positions of the Parties

[4] In conducting a constitutional analysis, a court must consider the context in which the

importance cruciale dans une société démocratique. Il garantit aux citoyens l'accès aux tribunaux, leur permettant ainsi de commenter le fonctionnement de ces institutions et les procédures qui s'y déroulent. L'accès du public aux tribunaux assure également l'intégrité des procédures judiciaires en ce que la transparence qu'il génère garantit que justice est rendue non pas de manière arbitraire, mais bien conformément à la primauté du droit.

[2] Le droit à la liberté d'expression est tout aussi fondamental dans notre société. Il favorise le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel. La liberté de la presse a depuis toujours incarné la liberté d'expression. Elle constitue d'ailleurs le principal vecteur d'information du public au sujet des débats judiciaires. En ce sens, la liberté de la presse est essentielle au respect du principe de la publicité des débats judiciaires. Néanmoins, il est parfois nécessaire d'harmoniser l'exercice de la liberté de la presse et le principe de la publicité des débats pour assurer une saine administration de la justice. Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à déterminer si certaines règles respectent l'équilibre délicat entre ce droit, ce principe et cet objectif, tous essentiels dans une société libre et démocratique.

[3] En l'espèce, les appelantes veulent, d'une part, recueillir des images et tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice et, d'autre part, diffuser les enregistrements sonores officiels des débats judiciaires. Certaines règles limitent le lieu où la première activité peut être exercée et interdisent la deuxième. Les appelantes soutiennent que ces règles enfreignent d'une façon injustifiée leur liberté de presse. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que ces activités sont protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), mais que les limites restreignant leur exercice sont justifiées. Je rejetterais donc l'appel.

1. Dispositions contestées et thèses des parties

[4] L'analyse constitutionnelle requiert l'examen du contexte de l'adoption des dispositions

2011 SCC 2 (CanLII)

impugned provisions were adopted. I will accordingly review the legislative history of the provisions in these reasons, but I will begin by presenting them and summarizing the positions of the parties.

[5] The appellants, the Canadian Broadcasting Corporation, Groupe TVA, La Presse ltée and the Fédération professionnelle des journalistes du Québec (the "media organizations"), are asking this Court to declare rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8 ("RPC"), ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2002-46, am. SI/2005-19 ("RPCr"), and Directive A-10 of Quebec's Ministère de la Justice entitled *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice* (the "impugned measures") to be of no force or effect. Rules 38.1 and 38.2 RPC, the wording of which is almost identical to that of ss. 8.A and 8.B RPCr, read as follows:

38.1 Interviews and use of cameras. In order to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses, interviews and the use of cameras in a courthouse shall only be permitted in the areas designated for such purposes by directives of the chief justices.

38.2 Broadcasting prohibited. Any broadcasting of a recording of a hearing is prohibited.

Directive A-10 sets out not only the rule to be followed, but also certain contextual information. I quote it here in its entirety:

[TRANSLATION]

June 23, 2005

Increased media interest in judicial activities and the excesses that have occurred in recent years have led the Ministère de la Justice, taking the views of the judiciary in this respect into account, to review its practices with a view to establishing more effective rules to govern situations in which judicial proceedings generate public and media interest in courthouses.

As a result, the Direction générale des services de justice, as the main occupant of and authority responsible for the courthouses, adopts the following rules to ensure the fair administration of justice, the serenity of

[5] La Société Radio-Canada, le Groupe TVA, La Presse ltée et la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (les « médias ») demandent à notre Cour de déclarer nuls et inopérants les règles 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile (Cour supérieure)*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8 (« RPC »), les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2002-46, mod. TR/2005-19 (« RPCr »), et la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice* (les « mesures contestées »). Les règles 38.1 et 38.2 RPC, dont le libellé est presque identique à celui des art. 8A et 8B RPCr, sont rédigées ainsi :

38.1 Prise d'entrevues et usage de caméras. Afin d'assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins, la prise d'entrevues et l'usage de caméras dans un palais de justice ne sont permis que dans les lieux prévus à cette fin par directives des juges en chef.

38.2 Diffusion interdite. La diffusion de l'enregistrement d'une audience est interdite.

La Directive A-10 comporte non seulement la norme pertinente, mais aussi des informations contextuelles. Je la reproduis intégralement :

23 juin 2005

L'intérêt accru des médias pour l'activité judiciaire et les débordements survenus au cours des dernières années ont amené le ministère de la justice, en tenant compte des orientations de la magistrature à cet égard, à revoir ses pratiques en vue d'encadrer davantage les événements à caractère judiciaire qui suscitent l'intérêt du public et des médias dans les palais de justice.

En conséquence, la Direction générale des services de justice, à titre de principal occupant et de responsable des palais de justice, adopte les règles suivantes, afin d'assurer la saine administration de la justice, la

2011 SCC 2 (CanLII)

judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses.

In public areas that fall under the authority of the Direction générale des services de justice, and in the context of court hearings,

- Although free movement of courthouse users is the rule, general or specific safety instructions must be complied with (e.g., cordoned-off areas and security zones);
- obstructing or hindering the free movement of users or blocking their passage is prohibited;
- harassing or following persons in and in front of courthouses, including with cameras and microphones, is prohibited;
- subject to the rules applicable in courtrooms, audio or visual recording of a person is permitted only in front of a courthouse and, inside a courthouse, only, unless otherwise expressly authorized by the director of the courthouse, in areas designated by pictograms;
- it is permitted to request an interview from a person, but not to block the person's passage or to prevent him or her from moving about freely;
- if a person consents to give an interview involving audio or visual recording, the interview must take place in the area of the courthouse designated for this purpose, as identified by pictograms; and
- all persons to whom the above rules apply must comply with them, and failure to do so may result in action up to and including expulsion by the special constables and security officers responsible for enforcing the rules.

The locations of pictograms are to be determined, after consultation with the judiciary and with officials from the Ministère de la Sécurité publique, on the basis of the following criteria:

- access to courtrooms and free movement of persons involved in court proceedings;
- public and media access to judicial information;

sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins.

Dans les lieux publics qui relèvent de la Direction générale des services de justice, et dans le contexte des audiences judiciaires :

- Bien que la libre circulation des usagers des palais de justice soit la règle, les consignes de sécurité générales ou ponctuelles doivent être respectées. (ex. : cordon de sécurité, périmètre de sécurité);
- il est interdit d'entraver, de gêner la libre circulation des usagers ou de leur obstruer le passage;
- il est interdit de harceler ou de pourchasser des personnes dans les palais de justice et sur les parvis, y compris avec des caméras et des microphones;
- sous réserve des règles applicables dans les salles d'audience des tribunaux, l'enregistrement sonore ou visuel d'une personne n'est permis que sur les parvis et, sauf autorisation expresse du directeur du palais, qu'à l'intérieur des zones désignées par des pictogrammes dans le palais de justice;
- par contre, il est permis de demander à une personne de donner une entrevue, sans toutefois lui obstruer le passage ni l'empêcher de circuler librement;
- lorsqu'une personne consent à donner une entrevue impliquant un enregistrement sonore ou visuel, celle-ci doit se tenir à l'endroit du palais de justice prévu à cette fin et désigné par pictogramme;
- toute personne visée par les règles énoncées plus haut doit s'y conformer sous peine de mesures pouvant aller jusqu'à l'expulsion par les constables spéciaux et les agents de sécurité chargés de les faire respecter.

L'emplacement des pictogrammes est déterminé, après consultation de la magistrature et des responsables de la Sécurité publique, en fonction des critères suivants :

- l'accès aux salles d'audience et la libre circulation des personnes impliquées dans les affaires judiciaires;
- l'accès du public et des médias à l'information judiciaire;

2011 SCC 2 (CanLII)

- order, serenity and decorum in places where justice is administered; and
- no line of sight to courtroom interiors is authorized.

(Ministère de la Justice du Québec, *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* (2005), appendix 4)

[6] The media organizations submit that the impugned measures limit their right to freedom of the press under s. 2(*b*) of the *Charter* and that the limits in question cannot be justified under s. 1 thereof. Where filming, taking photographs and conducting interviews are concerned, the media organizations argue that these activities are not incompatible with the location in which they would be undertaken, namely courthouses. They argue that these activities have always taken place in Quebec courthouses and that there is no evidence that such activities have disrupted court proceedings. As for the broadcasting of recordings of hearings, the media organizations submit that the chosen method of expression, in and of itself, conveys a meaning and must therefore be protected. They also argue that the respondents have failed to submit cogent evidence that the adoption of the impugned measures was justified.

[7] The respondents do not dispute that the activities in issue have expressive content and that they fall *prima facie* within the scope of s. 2(*b*). However, they submit that these activities cannot be protected by the *Charter*, since the location of the activities is incompatible with the values underlying freedom of expression in the case of filming, taking photographs and conducting interviews, as is the method of expression in the case of the broadcasting of recordings. The respondents assert that even if the Court were to find that freedom of expression had been infringed, the infringement would be justified, as the prohibited journalistic activities have an adverse effect on decorum, on the serenity of hearings, on truth finding and on the privacy of participants in the justice system.

- l'ordre, la sérénité et le décorum des lieux où la justice est administrée;
- aucun accès visuel à l'intérieur des salles d'audience n'est autorisé.

(Ministère de la Justice du Québec, *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* (2005), annexe 4)

[6] Les médias soutiennent que les mesures contestées limitent la liberté de presse que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte* et que ces limites ne peuvent être justifiées au regard de l'article premier de ce texte. Pour ce qui est de la prise d'images et de la tenue d'entrevues, les médias avancent que ces activités ne sont pas incompatibles avec le lieu de leur exercice, soit les palais de justice. Selon eux, les palais de justice du Québec ont toujours été le lieu de telles activités et aucune preuve n'a démontré que celles-ci auraient perturbé les affaires judiciaires. Pour ce qui est de la diffusion des enregistrements des audiences, les médias prétendent que le mode d'expression choisi est, en lui-même, porteur de signification et doit donc être protégé. En outre, les médias affirment que les intimés n'ont présenté aucune preuve de nature à établir de façon convaincante que l'adoption des mesures contestées était justifiée.

[7] Les intimés ne contestent pas que les activités visées ont un contenu expressif et qu'elles relèvent à première vue du champ d'application de l'al. 2*b*). Cependant, ils soutiennent qu'elles ne peuvent bénéficier de la protection de la *Charte*, puisque le lieu des activités (en ce qui concerne la prise d'images et la tenue d'entrevues) et le mode d'expression (en ce qui concerne la diffusion des enregistrements) sont incompatibles avec les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression. Les intimés affirment que, si la Cour devait conclure à une atteinte à la liberté d'expression, cette atteinte serait néanmoins justifiée, parce que les activités journalistiques prohibées ont une incidence négative sur le décorum, la sérénité des débats, la recherche de la vérité et la vie privée des participants au système de justice.

2011 SCC 2 (CanLII)

2. Judicial History

[8] After a hearing that lasted 17 days, at which many lay and expert witnesses were heard and extensive documentary evidence was adduced, Lagacé J. of the Superior Court dismissed the application of the media organizations (2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826). Conducting the analysis proposed by this Court in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141, he found that the activities prohibited by the impugned measures had expressive content and that neither the method of expression nor the location in which the activities would be undertaken conflicted with the purposes s. 2(*b*) of the *Charter* was intended to serve. On that basis, he found that the activities were protected by s. 2(*b*), but he held that the measures were justified within the meaning of s. 1 of the *Charter*. His judgment was appealed.

[9] The Court of Appeal dismissed the appeal, holding unanimously that the protection of s. 2(*b*) of the *Charter* does not give the media an unrestricted right to conduct interviews, film and take photographs in courthouses (2008 QCCA 1910 (CanLII), [2008] R.J.Q. 2303). Robert C.J.Q., writing for the court, concluded that allowing photographers and journalists to move about freely to film, take photographs or conduct interviews will always be likely to disturb the tranquility and decorum that are essential in light of the purpose of the place (para. 65). The five judges accordingly found that although the prohibited journalistic activities were expressive in nature, they were incompatible with the purpose of a courthouse (para. 66).

[10] On the issue of broadcasting recordings of hearings, the majority of the Court of Appeal (Robert C.J.Q. and Morissette and Doyon JJ.A.) found that this method of expression undermined the values that underlie freedom of expression, since [TRANSLATION] "unrestricted re-transmission of the voices of parties, judges, and lawyers in the media is [not] compatible with a proper administration of justice" (para. 67). According to the majority, "freedom of the press [does] not include the right to the best image or the most penetrating reporting" (para. 72).

2. Historique judiciaire

[8] Au terme de 17 jours d'audience, pendant lesquels de nombreux témoins ordinaires et experts ont été entendus et une abondante preuve documentaire a été produite, le juge Lagacé de la Cour supérieure rejette la demande des médias (2006 QCCS 5274, [2006] R.J.Q. 2826). Appliquant l'analyse proposée par notre Cour dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, il estime que les activités prohibées par les mesures contestées possèdent un contenu expressif et que ni le mode d'expression ni le lieu d'exercice des activités ne vont à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) de la *Charte* est censé favoriser. Par conséquent, il est d'avis que les activités sont protégées par l'al. 2*b*), mais que les mesures sont justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*. Ce jugement est porté en appel.

[9] La Cour d'appel rejette le pourvoi (2008 QCCA 1910, [2008] R.J.Q. 2303). À l'unanimité, elle juge que la tenue d'entrevues et la prise d'images sans restriction par les médias dans les palais de justice ne bénéficient pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Sous la plume du juge en chef Robert, la Cour d'appel conclut que le fait de permettre aux photographes et aux journalistes de se déplacer librement à la recherche d'images ou d'entrevues est toujours susceptible d'affecter la quiétude et le décorum essentiels à la vocation des lieux (par. 65). Par conséquent, quoique expressives, les activités journalistiques prohibées sont, selon les cinq juges, incompatibles avec la destination des palais de justice (par. 66).

[10] En ce qui concerne la diffusion des enregistrements des audiences, la majorité de la Cour d'appel (le juge en chef Robert et les juges Morissette et Doyon) est d'avis que ce mode d'expression mine les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression, puisqu'il n'est pas « compatible avec une bonne administration de la justice que la voix des justiciables, des juges et des avocats soit retransmise sans restriction dans les médias » (par. 67). Selon la majorité, « la liberté de presse n'inclu[t] pas le droit à la meilleure image ni au reportage le plus percutant » (par. 72).

2011 SCC 2 (CanLII)

[11] Nuss and Bich JJ.A., dissenting on the issue of broadcasting recordings, considered that the prohibition on broadcasting recordings infringed s. 2(*b*) of the *Charter* and could not be justified under s. 1. They found that the impugned measures were overbroad in that they prohibited audio broadcasts not only of the testimony of ordinary witnesses, but also of what was said by judges and counsel. To remedy this infringement, Nuss J.A. suggested that the impugned provisions be read down, whereas Bich J.A. would have left it to the Superior Court judges to establish new rules.

3. Issues

[12] The Chief Justice stated six constitutional questions on May 28, 2009. They can be summarized as follows:

1. Do rules 38.1 and 38.2 of the *Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q., c. C-25, r. 8, ss. 8.A and 8.B of the *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2005-19, and Directive A-10 of the Ministère de la Justice du Québec entitled *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice* infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. Analysis

[13] This case concerns two activities, each of which is governed by specific provisions. Although the analyses to determine whether the two impugned measures are constitutional require the consideration of distinct factors, the applicable principles are, for the most part, the same in both cases.

4.1 *Context of the Adoption of the Impugned Measures*

[14] The statutory provisions that authorize the judges of the Superior Court to make rules of

[11] Pour leur part, les juges Nuss et Bich, dissidents sur la question de la diffusion des enregistrements, estiment que l'interdiction visant la diffusion des enregistrements porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte* et ne peut être justifiée au regard de l'article premier. Ils concluent que les mesures contestées ont une portée trop vaste, en ce qu'elles interdisent non seulement la diffusion sonore des témoignages ordinaires, mais également celle des propos des juges et des avocats. Comme réparation à cette atteinte, le juge Nuss suggère d'appliquer le principe de l'interprétation atténuante, alors que la juge Bich laisserait aux juges de la Cour supérieure la responsabilité d'établir de nouvelles règles.

3. Questions en litige

[12] Le 28 mai 2009, la Juge en chef a formulé six questions constitutionnelles qui peuvent être résumées ainsi :

1. Les règles 38.1 et 38.2 du *Règlement de procédure civile*, R.R.Q., ch. C-25, r. 8, les art. 8A et 8B des *Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2005-19, et la Directive A-10 du ministère de la Justice du Québec, intitulée *Le maintien de l'ordre et du décorum dans les palais de justice*, contreviennent-ils à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Analyse

[13] Deux activités sont visées, chacune étant régie par des dispositions particulières. Quoique l'analyse de la validité constitutionnelle des mesures contestées requière la prise en considération de facteurs distincts, les principes applicables sont, pour la plupart, les mêmes dans les deux cas.

4.1 *Contexte d'adoption des mesures contestées*

[14] L'habilitation législative des juges de la Cour supérieure à adopter des règles de pratique se trouve

2011 SCC 2 (CanLII)

practice are art. 47 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25 ("*C.C.P.*"), and ss. 482(1) and 482.1(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46 ("*Cr. C.*"). The purpose of the rules of practice applicable in civil matters is to ensure the "proper carrying out" of the *C.C.P.* (art. 47 *C.C.P.*), while one of the purposes of the rules of practice applicable in criminal matters relates to "the determination of any matter that would assist the court in effective and efficient case management" (s. 482.1(1)(*a*) *Cr. C.*) (see *Lac d'Amiante du Québec Ltée v. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 SCC 51, [2001] 2 S.C.R. 743, at paras. 36-38, and D. Ferland and B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (4th ed. 2003), at p. 112). The rules of practice applicable in civil matters are published in the *Gazette officielle du Québec* (art. 48 *C.C.P.*), while those applicable in criminal matters are published in the *Canada Gazette* (s. 482(4) *Cr. C.*).

[15] The rules of practice of course contain more than just the impugned measures. They establish a code of conduct for users of courtrooms. For example, they provide that all persons attending a hearing must rise when the judge enters the courtroom and remain standing until the judge is seated (rule 33 RPC and s. 4 RPCr), and that everyone must be suitably attired (rule 35 RPC and s. 7 RPCr). Article 14 *C.C.P.* provides that "[p]ersons present at sittings of the courts must maintain a respectful attitude, remain silent and refrain from showing their approval or disapproval of the proceedings". It is clear from these rules that courtrooms are places with a specific purpose, and that purpose requires that special attention be paid to the proceedings taking place in courtrooms and to the people who participate in those proceedings.

[16] The original rule applicable to the activities of journalists in civil courtrooms was rule 16 of the 1966 *Rules of practice of the Superior Court*, (1966) 98 Q.O.G., 4094, which prohibited reading newspapers and taking photographs in courtrooms. In 1974, rule 16 was amended to prohibit, at hearings, "[a]nything that interferes with the decorum and good order of the court", as well as

à l'art. 47 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25 (« *C.p.c.* »), et aux par. 482(1) et 482.1(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46 (« *C. cr.* »). Les règles de pratique applicables en matière civile ont pour objet d'assurer la bonne exécution de la procédure civile (art. 47 *C.p.c.*), et celles applicables en matière criminelle ont notamment pour objet de « régler toute question qui [. . .] aiderait [le tribunal] à gérer les instances de manière efficiente et efficace » (al. 482.1(1)*a*) *C. cr.*) (voir *Lac d'Amiante du Québec Ltée c. 2858-0702 Québec Inc.*, 2001 CSC 51, [2001] 2 R.C.S. 743, par. 36-38, et D. Ferland et B. Emery, *Précis de procédure civile du Québec*, vol. 1 (4e éd. 2003), p. 112). Les règles de pratique en matière civile sont publiées dans la *Gazette officielle du Québec* (art. 48 *C.p.c.*) et celles applicables en matière criminelle dans la *Gazette du Canada* (par. 482(4) *C. cr.*).

[15] Les règles de pratique vont évidemment au-delà des mesures contestées. Elles établissent un code régissant la conduite des usagers des salles d'audience. Par exemple, elles précisent que toute personne présente à l'audience doit se lever quand le juge entre dans la salle d'audience et demeurer debout jusqu'à ce qu'il ait pris place dans son siège (règle 33 RPC et art. 4 RPCr), et que tous doivent être convenablement vêtus (règle 35 RPC et art. 7 RPCr). L'article 14 *C.p.c.* prévoit que « [c]eux qui assistent aux audiences doivent s'y comporter avec respect, garder le silence et s'abstenir de manifester leur approbation ou leur désapprobation de ce qui s'y passe ». Il ressort de ces règles que les salles d'audience sont des lieux destinés à une fin précise, laquelle requiert qu'on accorde une attention particulière au processus s'y déroulant et aux personnes participant à celui-ci.

[16] À l'origine, les activités journalistiques dans les salles d'audiences civiles étaient régies par la règle 16 des *Règles de pratique de la Cour Supérieure*, (1966) 98 G.O.Q., 4094. Cette règle prohibait la lecture de journaux et la prise de photographies dans les salles d'audience. En 1974, elle a été modifiée pour interdire à l'audience « tout ce qui porte atteinte au décorum et au bon ordre de la

2011 SCC 2 (CanLII)

"[t]he reading of newspapers [and] the practice of photography, cinematography, broadcasting or television" (*Rules of practice of the Superior Court of the Province of Québec in civil matters*, (1974) 106 Q.O.G. II, 1955, rule 32). It was also in 1974 that the first rules of practice applicable in criminal matters — rule 5 of which reproduced the words of the rule applicable in civil matters — were made (*Rules of Practice of the Court of Queen's Bench (Crown Side) of the Province of Quebec*, SI/74-53, (1974) 108 Can. Gaz. II, 1535). In the 1981 revision of Quebec's regulations, rule 32 became rule 36 (*Rules of practice of the Superior Court of Québec in civil matters*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8).

[17] Then, in 1988, the rules of practice — both those applicable in civil matters and those applicable in criminal matters — were amended to add the following provision: "Sound recording of the proceedings and of the decision, as the case may be, by the media, shall be permitted unless the judge decides otherwise. Such recordings shall not be broadcast" (*Amendments to the Rules of Practice of the Superior Court of Québec in Civil Matters*, (1988) 120 G.O.Q. II, 1941, s. 2; *Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, amendment*, SI/89-52, (1989) 123 Can. Gaz. II, 1016, s. 2). The evidence shows that this permission to record proceedings was granted to the media to facilitate their work and foster reporting accuracy (Sup. Ct., at para. 16).

[18] The prohibition against broadcasting their own recordings led some media organizations to broadcast excerpts from the courts' official audio recordings (Sup. Ct., at para. 59; R.F. HFR, at para. 9; A.F., at para. 13). In the opinion of the Superior Court judges, the purpose of the prohibition in the 1988 rule was to prevent the broadcasting of any recordings, and using official recordings was simply a way to circumvent that prohibition (R.F. HFR, at paras. 8-9). They then adopted rule 38.2 RPC and s. 8.A RPCr, which expressly prohibit the broadcasting of official recordings, as a corrective measure.

Cour » ainsi que « la lecture des journaux, la photographie, la cinématographie, la radiodiffusion et la télévision » (*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, (1974) 106 G.O.Q. II, 1955, règle 32). C'est également en 1974 qu'ont été adoptées les premières règles de pratique en matière criminelle, dont la règle 5, qui reprenait le libellé de la règle applicable en matière civile (*Règles de pratique de la Cour du Banc de la Reine (juridiction criminelle) du Québec*, TR/74-53, (1974) 108 Gaz. Can. II, 1535). Lors de la refonte des règlements du Québec en 1981, la règle 32 est devenue la règle 36 (*Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 8).

[17] Puis, en 1988, les règles de pratique — tant en matière civile qu'en matière criminelle — ont été modifiées par l'ajout de la disposition suivante : « L'enregistrement sonore par les médias des débats et de la décision, le cas échéant, est permis, sauf interdiction du juge. La diffusion sonore d'un tel enregistrement est interdite » (*Modifications aux Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matières civiles*, (1988) 120 G.O.Q. II, 2512, art. 2; *Règles de pratique de la Cour Supérieure du Québec, chambre criminelle – Modification*, TR/89-52, (1989) 123 Gaz. Can. II, 1016, art. 2). La preuve révèle que la permission d'enregistrer les débats a été accordée aux médias afin de faciliter leur travail et de favoriser l'exactitude de leurs comptes rendus (C.S., par. 16).

[18] Comme les médias ne pouvaient diffuser leurs propres enregistrements, certains d'entre eux diffusaient des extraits des enregistrements sonores officiels des palais de justice (C.S., par. 59; m.i. HFR, par. 9; m.a., par. 13). Selon les juges de la Cour supérieure, l'interdiction prévue par la règle adoptée en 1988 avait pour but de prévenir la diffusion de tout enregistrement et l'utilisation des enregistrements officiels n'était qu'une façon de contourner cette interdiction (m.i. HFR, par. 8-9). Pour corriger la situation, la règle 38.2 RPC et l'art. 8A RPCr — qui prohibent expressément la diffusion des enregistrements officiels — ont par la suite été adoptés par les juges.

2011 SCC 2 (CanLII)

[19] Before the impugned measures were adopted, journalists could move about freely in the public areas of Quebec courthouses, with or without equipment for recording sound, filming or taking photographs. According to the evidence accepted by the motion judge, "on-the-spot" interviews make journalists' reports more interesting. However, as a result of the way journalists went about their work, crowds would form in front of courtroom doors, it would be difficult to get through doorways and there would be crushes, races down hallways and jostling. The evidence also shows that media representatives did not always comply with special security measures implemented by courthouse administrators (Sup. Ct., at paras. 46, 62 and 66).

[20] In addition to affecting the serenity of hearings and decorum, the increased presence of journalists in courthouses was a source of great stress for witnesses and their families. Some participants even refused to appear in court for this reason. Some lawyers testified that they had been forced to adopt a strategy of making a brief statement prepared in advance in order to [TRANSLATION] "negotiate their right of passage" (Sup. Ct., at paras. 68-69 and 74).

[21] In June 2004, in response to certain incidents, the associate deputy minister and the director general of the Direction générale des services de justice set up a working group to study the problems related to the increased presence of journalists in Quebec courthouses and to propose possible solutions. In a report submitted on October 19, 2004 (the "Report"), the working group made the following observations:

[TRANSLATION]

- Incidents of jostling involving media representatives are not uncommon. They can take all kinds of turns. . . .

- All too frequently as well, journalists and camera operators harass witnesses, victims and accused persons or their families by following them in courthouse hallways, escalators or elevators, or outside to parking lots and cars . . . .

[19] Jusqu'à l'adoption des mesures contestées, les journalistes pouvaient circuler librement dans toutes les aires publiques des palais de justice du Québec, munis ou non d'appareils leur permettant d'enregistrer des sons ou des images. Selon la preuve retenue en première instance, les entrevues « à chaud » rehaussent l'intérêt des reportages des médias. Cependant, les pratiques des journalistes entraînaient des attroupements devant les portes des salles d'audiences, gênaient l'utilisation des portes et donnaient lieu à des cohues, à des courses dans les corridors et à des bousculades. La preuve révèle également que les mesures spéciales de sécurité mises en place par les administrateurs des palais de justice n'étaient pas toujours respectées par les représentants des médias (C.S., par. 46, 62 et 66).

[20] En plus d'affecter la sérénité des débats et le décorum, la présence accrue des journalistes dans les palais de justice créait un stress important pour les témoins et leur famille. Certains participants refusaient même, pour ce motif, de se présenter à la Cour. Des avocats ont témoigné avoir dû adopter comme stratégie de faire une brève déclaration préparée à l'avance afin de « négocier leur droit de passage » (C.S., par. 68-69 et 74).

[21] Par suite de certains événements, la sous-ministre associée et directrice générale des services de justice a constitué, en juin 2004, un groupe de travail auquel elle a confié le mandat d'examiner les problèmes reliés à la présence accrue des journalistes dans les palais de justice du Québec et de proposer des pistes de solution. Dans un rapport déposé le 19 octobre 2004 (le « Rapport »), le groupe de travail a fait les constatations suivantes :

- Les incidents de bousculade avec les représentants des médias ne sont pas rares. Ils peuvent prendre toutes sortes de tournures. . .

- Trop fréquemment aussi, journalistes et caméramans harcèlent des témoins, des victimes et des accusés ou leur famille en les poursuivant dans le hall du palais, les escaliers mobiles, les ascenseurs ou à l'extérieur jusque dans les stationnements et les automobiles . . .

2011 SCC 2 (CanLII)

- Lawyers, both those for the prosecution and those for the defence, must also go through scrums, which are crushes that take place regularly at courtroom exits in which they are forced to answer a myriad of questions on the spot . . . .

. . .

- Because the hallways are often narrow, jostling can entail a risk of injuries. . . .

- When the jostling becomes particularly unruly, it can cause damage to equipment.

- The conduct and the serenity of hearings can be disrupted, with all the inconveniences, or even pernicious consequences, that this entails.

. . .

- The public, participants' families and friends, and members of the media are frustrated when they have trouble getting into courtrooms or when there is not enough room for them inside, which often leads to disturbances and commotions around and even inside the rooms.

(Ministère de la Justice du Québec, *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice* (2004), at pp. 7-8)

[22] The Report convinced the judges of the Superior Court that they had to act to restore order. At a general meeting convened for that purpose, they adopted rules 38.1 and 38.2 RPC and ss. 8.A and 8.B RPCr (*Regulation (2005) amending the Rules of practice in civil matters*, (2004) 136 G.O.Q. II, 3527, s. 1; *Rules Amending the Rules of Practice of the Superior Court of the Province of Quebec, Criminal Division, 2002*, SI/2005-19, (2005) 139 Can. Gaz. II, 417, s. 1). After these rules had been adopted, the Chief Justice of the Superior Court made the *Rules governing filming, picture taking and interviewing*, which applied to cases heard by the Superior Court in courthouses of the Montréal Division (the *Rules governing filming, picture taking and interviewing* are reproduced in the Appendix).

[23] Since the Superior Court's rules of practice did not apply to all judicial activities in Quebec,

- Les avocats, tant de la poursuite que de la défense, doivent eux aussi subir les « scrum », ces bousculades qui surviennent régulièrement à la sortie des salles d'audience et lors desquelles les avocats sont contraints de répondre sur-le-champ à une myriade de questions . . .

. . .

- L'espace souvent restreint dans les corridors fait encourir, dans les cas de bousculade, des risques de blessure. . .

- Lors de bousculades vigoureuses, il peut survenir des bris de matériel.

- Le déroulement et la sérénité des audiences peuvent se trouver perturbés, avec tous les inconvénients voire les effets pervers que cela entraîne.

. . .

- La difficulté d'accéder à la salle d'audience ou le manque de place pour eux à l'intérieur sont source de frustration pour le public, les proches des personnes impliquées et les médias et engendrent souvent l'agitation et la cohue aux abords et même à l'intérieur de la salle.

(Ministère de la Justice du Québec, *Rapport du Groupe de travail sur les relations avec les médias dans les palais de justice* (2004), p. 7-8)

[22] Le Rapport a convaincu les juges de la Cour supérieure de la nécessité d'agir pour rétablir l'ordre. À une assemblée générale convoquée à cette fin, les juges ont adopté les règles 38.1 et 38.2 RPC et les art. 8A et 8B RPCr (*Règlement (2005) modifiant le Règlement de procédure civile*, (2004) 136 G.O.Q. II, 5270, art. 1; *Règles modifiant les Règles de procédure de la Cour supérieure du Québec, chambre criminelle (2002)*, TR/2005-19, (2005) 139 Gaz. Can. II, 417, art. 1). Après l'adoption de ces règles, le Juge en chef de la Cour supérieure a établi les *Directives concernant la prise d'images et la tenue d'entrevues*, applicables aux affaires procédant devant la Cour supérieure dans les palais de justice relevant de la division de Montréal (ces directives sont reproduites en annexe).

[23] Subséquemment, comme les règles de pratique de la Cour supérieure ne s'appliquaient pas

2011 SCC 2 (CanLII)

Directive A-10 was subsequently issued to ensure consistency (R.F. AGQ, at para. 14). This directive sets out rules for the use of certain public areas of all courthouses. It is not a measure of internal management. Rather, its purpose is to regulate certain aspects of the use by the public and by journalists of spaces located inside courthouses, thereby establishing a framework for the relations of the public and of journalists with the government. The enabling provision for this directive is s. 3(*c*) of the *Act respecting the Ministère de la Justice*, R.S.Q., c. M-19, which provides that the Minister of Justice exercises superintendence over "all matters connected with the administration of justice in Québec except those assigned to the Minister of Public Security". The management of courthouses and the adoption of rules governing access to courthouses and to judicial information clearly relate to the administration of justice. Paragraph 2 of Directive A-10 states that the directive was issued by the Ministère de la Justice [TRANSLATION] "to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses".

à l'ensemble des activités judiciaires au Québec, la Directive A-10 a été adoptée pour assurer cette uniformité (m.i. PGQ, par. 14). La directive établit ainsi des règles relatives à l'usage de certains espaces publics dans tous les palais de justice. Il ne s'agit pas d'une mesure de régie interne. La directive vise plutôt à encadrer certains aspects de l'utilisation par le public et par les journalistes des espaces situés à l'intérieur des palais de justice et à organiser ainsi les rapports entre ces personnes et l'administration publique. L'habilitation législative à établir cette directive se trouve à l'al. 3*c*) de la *Loi sur le ministère de la Justice*, L.R.Q., ch. M-19, qui prévoit que le ministre de la Justice surveille « toutes les matières qui concernent l'administration de la justice au Québec à l'exception de celles qui sont attribuées au ministre de la Sécurité publique ». La gestion des palais de justice ainsi que l'adoption de normes régissant l'accès à ces lieux et à l'information judiciaire relèvent clairement de l'administration de la justice. Au paragraphe 2 de la Directive A-10, on peut d'ailleurs lire que cette dernière a été adoptée par le ministère de la Justice « afin d'assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins ».

[24] Directive A-10 was published, *inter alia*, as an appendix to the *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* in November 2005.

[24] La Directive A-10 a notamment été publiée en annexe au *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* en novembre 2005.

[25] After the impugned measures were adopted, pictograms and floor markings were placed in courthouses to indicate the areas where interviews, filming and taking photographs would be permitted. The locations of these areas vary from one courthouse to another. Certain changes were made in response to requests from journalists.

[25] Suivant l'adoption des mesures contestées, on a délimité au moyen de pictogrammes et de pastilles au sol les zones où la tenue d'entrevues et la prise d'images sont permises dans les palais de justice. Ces zones varient d'un palais de justice à l'autre. Certaines modifications ont été apportées à la suite de demandes en ce sens de la part de journalistes.

[26] This brief overview paints a general picture of the context of the adoption of the impugned measures. This brings me to an analysis of the validity of each of these measures under s. 2(*b*) of the *Charter.*

[26] Ce bref survol brosse un portrait global du contexte entourant l'adoption des mesures contestées. Cela m'amène à l'analyse de la validité de chacune de ces mesures au regard de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

2011 SCC 2 (CanLII)

4.2 *Protection of Journalistic Activities*

[27] The case law on the right to freedom of expression and the open court principle is extensive. Since my analysis will be based on those authorities, it will be helpful to summarize the key principles. I will then apply these principles to the review of the impugned measures.

[28] In *Attorney General of Nova Scotia v. MacIntyre*, [1982] 1 S.C.R. 175, at p. 183, Dickson J. (as he then was) quoted the following passage from Bentham: "'In the darkness of secrecy, sinister interest and evil in every shape have full swing. Only in proportion as publicity has place can any of the checks applicable to judicial injustice operate. Where there is no publicity there is no justice.' 'Publicity is the very soul of justice. It is the keenest spur to exertion and the surest of all guards against improbity. . . .'" Thus, openness fosters the fair administration of justice and, like a watchdog, protects citizens from arbitrary state action (*Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 1; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 22). It therefore helps to maintain and to enhance public confidence in, and serves in a way as a guarantee of, the integrity of the court system. To be able to provide adequate support for this multifaceted role of openness, journalists must have access to information relating to the courts and must be able to broadcast it as freely as possible.

[29] Openness not only guarantees the integrity of the judicial system, but also makes it possible for the public to obtain information, and to express opinions and criticisms, regarding the administration of justice. In *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1340, Cory J. pointed out that "[i]t is only through the press that most individuals can really learn of what is transpiring in the courts" (see also *New Brunswick*, at para. 23). In saying this, he was echoing Fauteux C.J.'s comment that [TRANSLATION] "[o]penness would be a myth if the media were not

4.2 *Protection des activités journalistiques*

[27] Le droit à la liberté d'expression et le principe de la publicité des débats judiciaires ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence. Comme mon analyse s'appuie sur ces acquis, il est utile d'en rappeler les principaux fondements. J'appliquerai ensuite ces principes à l'examen des mesures contestées.

[28] Comme le rappelait le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *Procureur général de la Nouvelle-Écosse c. MacIntyre*, [1982] 1 R.C.S. 175, p. 183, en citant Bentham, « "[d]ans l'ombre du secret, de sombres visées et des maux de toutes formes ont libre cours. Les freins à l'injustice judiciaire sont intimement liés à la publicité. Là où il n'y a pas de publicité, il n'y a pas de justice." "La publicité est le souffle même de la justice. Elle est l'aiguillon acéré de l'effort et la meilleure sauvegarde contre la malhonnêteté. . ." » Ainsi, la publicité des débats favorise la saine administration de la justice et, tel un chien de garde, protège les citoyens contre l'action arbitraire de l'État (*Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 1; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 22). La publicité des débats aide donc à maintenir et à renforcer la confiance du public dans la probité du système judiciaire et constitue en quelque sorte une garantie de cette probité. Pour être en mesure d'appuyer adéquatement le rôle à multiples volets de la publicité des débats, les journalistes doivent avoir accès à l'information judiciaire et pouvoir la diffuser le plus librement possible.

[29] Non seulement la publicité des débats garantit-elle la probité du système judiciaire, mais elle permet aussi à la population d'être informée sur la façon dont la justice est administrée et d'émettre des opinions et des critiques à cet égard. Dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1340, le juge Cory rappelle que « [c]'est par l'intermédiaire de la presse seulement que la plupart des gens peuvent réellement savoir ce qui se passe devant les tribunaux » (voir aussi *Nouveau-Brunswick*, par. 23). Il faisait ainsi écho aux propos du juge en chef Fauteux, qui

2011 SCC 2 (CanLII)

given legitimate access to the courts in order to witness all stages of proceedings, and the freedom to make accurate and honest reports of those proceedings" (G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), at p. 70, quoted in *R. v. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307 (C.A.), at p. 312).

[30] It is clear from the multifaceted role of openness that this principle has a direct relationship with the freedom of expression of the public — including freedom of the press — and with other rights — such as those to a fair trial, to liberty and to privacy — at stake in court proceedings. Freedom of the press and the principle of the proper administration of justice are therefore closely interrelated in several respects, but care must nevertheless be taken not to confuse them with one another.

[31] In the instant case, it is freedom of expression, including freedom of the press, that the media organizations are relying on first. The media organizations argue that courthouses are places where the protection of freedom of expression is strong and where there are no restrictions on the ability of the media to employ the means available to them to prepare more accurate reports.

[32] This Court has noted on numerous occasions that the protection of s. 2(*b*) of the *Charter* is not without limits and that governments should not be required to justify every exclusion or regulation of a form of expression — whether it concerns the location or the means of employing that form of expression — under s. 1 (*City of Montréal*, at para. 79; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, at para. 20; *Greater Vancouver Transportation Authority v. Canadian Federation of Students — British Columbia Component*, 2009 SCC 31, [2009] 2 S.C.R. 295, at para. 28; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815, at para. 30). This is just as true in the context of freedom of the press. Therefore, what must be determined in the case at bar is whether the activities the media organizations want to engage in are protected by s. 2(*b*) and, if so, whether the limits on

avait écrit que « [l]a publicité des débats judiciaires serait un mythe, si on ne reconnaissait pas aux médias un droit d'accès légitime aux tribunaux, pour y être témoins de toutes les étapes des débats, et la liberté d'en faire un reportage fidèle et honnête » (G. Fauteux, *Le livre du magistrat* (1980), p. 70, cité dans *R. c. Southam Inc.*, [1988] R.J.Q. 307 (C.A.), p. 312).

[30] Ce rôle multiple de la publicité des débats fait bien ressortir le lien direct entre ce principe et la liberté d'expression du public, y compris celle de la presse, et d'autres droits comme le droit à un procès équitable, le droit à la liberté et le droit à la vie privée qui entrent en jeu dans les instances judiciaires. La liberté de la presse et le principe de la saine administration de la justice sont donc à plusieurs égards intimement liés, mais il faut néanmoins se garder de les confondre.

[31] Dans la présente affaire, c'est la liberté d'expression, y compris la liberté de la presse, que les médias invoquent en premier lieu. Ils avancent que les palais de justice sont des lieux privilégiés d'exercice de la liberté d'expression et qu'ils peuvent y utiliser sans contrainte les moyens à leur disposition pour réaliser des reportages plus fidèles.

[32] Notre Cour a maintes fois rappelé que la protection garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* n'est pas illimitée et que les gouvernements ne devraient pas être tenus de justifier au regard de l'article premier chaque exclusion ou réglementation d'une forme d'expression, qu'il s'agisse du lieu ou mode d'exercice de cette forme d'expression (*Ville de Montréal*, par. 79; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, par. 20; *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, par. 28; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815, par. 30). Cette observation vaut tout autant pour la liberté de la presse. Par conséquent, il s'agit en l'espèce de déterminer si les activités que les médias veulent exercer sont protégées par l'al. 2*b*) et, dans l'affirmative, si les

2011 SCC 2 (CanLII)

engaging in those activities that are imposed by the impugned provisions are justified.

[33] In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ. proposed a two-step analysis for determining whether a given expressive activity is protected by the *Charter*. The court must first ask whether the activity falls within a sphere protected by freedom of expression, and if the answer is yes, it must then inquire into the purpose or effect of the government action in issue so as to determine whether freedom of expression has been restricted (pp. 967 and 971).

[34] Where the first step of the analysis is concerned, *Irwin Toy* lay the groundwork for a large and liberal interpretation of freedom of expression. *Prima facie*, freedom of expression protects all expressive activity (p. 970). For an expressive activity to be protected, the plaintiff must show not that the activity actually conveyed a message with a meaning, but simply "that it was performed to convey a meaning" (p. 969).

[35] It was also recognized in *Irwin Toy* that an expressive activity has both form and content and that certain forms of expression — where, for example, violence is the method of expression — may cause the activity to be excluded from the scope of the constitutional protection (*Irwin Toy*, at pp. 968-70; see also *Libman v. Quebec (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 569, at para. 31; *Greater Vancouver*, at para. 28; *City of Montréal*, at para. 60; *Baier*, at para. 20; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 105). This approach to freedom of expression was clarified in *City of Montréal*. Although the Court confirmed that all expressive content is, *prima facie*, worthy of protection, it then added that an expressive activity may be excluded from s. 2(*b*) protection because of how it is undertaken — the *method* of expression — or because of the *location* where it would take place.

[36] The *method* of expression is one aspect of the form of a message, regardless of the content being

limites imposées à l'exercice de celles-ci par les dispositions contestées sont justifiées.

[33] Dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson ont suggéré une analyse en deux temps afin de déterminer si une activité expressive est protégée par la *Charte*. Le tribunal se demande d'abord si l'activité fait partie d'une sphère protégée par la liberté d'expression et, si c'est le cas, il examine l'objet ou l'effet de l'action gouvernementale visée pour déterminer s'il y a restriction à la liberté d'expression (p. 967 et 971).

[34] À la première étape de l'analyse, l'arrêt *Irwin Toy* a jeté les bases d'une conception large et libérale de la liberté d'expression. Celle-ci protège *a priori* toute activité expressive (p. 970). Pour que de telles activités soient protégées, le demandeur n'a pas à établir qu'elles ont effectivement transmis un message possédant une signification, mais bien seulement « qu'elles avaient pour but de transmettre un message » (p. 969).

[35] L'arrêt *Irwin Toy* a également reconnu qu'une activité expressive possède à la fois une forme et un contenu, et que certaines formes d'expression peuvent avoir pour effet d'exclure l'activité du champ d'application de la protection constitutionnelle — c'est le cas lorsque la violence est le mode d'expression utilisé (*Irwin Toy*, p. 968-970; voir aussi *Libman c. Québec (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 569, par. 31; *Greater Vancouver*, par. 28; *Ville de Montréal*, par. 60; *Baier*, par. 20; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 105). La portée de cette conception de la liberté d'expression a été explicitée dans l'arrêt *Ville de Montréal*. Confirmant d'abord que tout contenu expressif mérite *a priori* d'être protégé, la Cour a toutefois précisé qu'une activité expressive peut se voir refuser le bénéfice de la protection de l'al. 2*b*) en raison de la façon dont elle est exercée — le *mode* d'expression — ou du *lieu* où elle se déroule.

[36] Le *mode* d'expression est un aspect de la forme que prend un message, sans égard au contenu

2011 SCC 2 (CanLII)

conveyed (*R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 729; *Irwin Toy*, at p. 968; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 488). In some circumstances, however, the form and the content of the message can be inextricably connected and inseparable (*Irwin Toy*, at p. 968; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 748).

[37] For either the method or the location of the conveyance of a message to be excluded from *Charter* protection, the court must find that it conflicts with the values protected by s. 2(*b*), namely self-fulfilment, democratic discourse and truth finding (*City of Montréal*, at para. 72). The following factors are relevant in this respect: (a) the historical or actual function of the location of the activity or the method of expression; and (b) whether other aspects of the location of the activity or the method of expression suggest that expression at that location or using that method would undermine the values underlying free expression (*City of Montréal*, at para. 74). However, the analysis must not be limited to the primary function of the method of expression or the location of the activity. For example, in *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, *City of Montréal* and *Greater Vancouver*, this Court found that airports, hydro poles, city streets and buses are locations where engaging in certain expressive activities is not inconsistent with the other values s. 2(*b*) is meant to foster even though their primary function is not expression. Although conveying messages was not of course the primary purpose of these locations, the fact that they were historically used for expression showed that neither aspects of them nor their functions made them unsuitable for exercising the right to freedom of expression.

[38] In sum, to determine whether an expressive activity is protected by the *Charter*, we must answer three questions: (1) Does the activity in question have expressive content, thereby bringing it, *prima facie*, within the scope of s. 2(*b*) protection? (2) Is

qu'il véhicule (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 729; *Irwin Toy*, p. 968; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 488). Cependant, il arrive que dans certaines circonstances la forme et le contenu du message soient inextricablement liés et ne puissent être dissociés l'un de l'autre (*Irwin Toy*, p. 968; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748).

[37] Pour que le mode ou lieu de communication d'un message soit exclu de la protection de la *Charte*, le tribunal doit arriver à la conclusion que l'un ou l'autre est en dissonance avec les valeurs protégées par l'al. 2*b*), c'est-à-dire l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité (*Ville de Montréal*, par. 72). Pour trancher cette question, les facteurs suivants sont suggérés : a) la fonction historique ou réelle du lieu de l'activité ou du mode d'expression; b) les autres caractéristiques du lieu de l'activité ou du mode d'expression qui tendent à indiquer que le fait de s'exprimer à cet endroit ou d'utiliser ce mode d'expression minerait les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression (*Ville de Montréal*, par. 74). L'analyse ne doit toutefois pas seulement s'attacher à la fonction première du mode d'expression ou du lieu de l'activité. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, *Ville de Montréal* et *Greater Vancouver*, notre Cour a jugé qu'un aéroport, un poteau électrique, une voie publique et un autobus sont des lieux où l'exercice de certaines activités expressives n'est pas incompatible avec les autres valeurs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, en dépit du fait que leur fonction première n'est pas l'expression. En effet, la destination première de ces lieux n'était certes pas la communication de messages, mais leur utilisation historique à des fins expressives démontrait que leurs caractéristiques ou fonctions ne les rendraient pas impropres à l'exercice de la liberté d'expression.

[38] En résumé, pour déterminer si une activité expressive bénéficie de la protection de la *Charte*, nous devons répondre à trois questions : (1) L'activité en question a-t-elle un contenu expressif faisant en sorte qu'elle entre à première vue dans le champ

2011 SCC 2 (CanLII)

the activity excluded from that protection as a result of either the location or the method of expression? (3) If the activity is protected, does an infringement of the protected right result from either the purpose or the effect of the government action? (*Criminal Lawyers' Association*, at para. 32, summarizing the test developed in *City of Montréal*, at para. 56).

[39] I will now apply these rules to the activities in which the media organizations in the instant case wish to engage. The media organizations submit that they have a right to film, take photographs and conduct interviews in the public areas of courthouses, as well as a right to broadcast court proceedings using the official audio recordings. These two activities engage the two aspects referred to in the *City of Montréal* test, namely the location of the activity and the method of expression. I will begin by considering the issue of filming, taking photographs and conducting interviews in the public areas of courthouses — which involves the analysis of the location of the activity — after which I will discuss the prohibition against broadcasting recordings of hearings — which involves the analysis of the method of expression.

4.2.1 Filming, Taking Photographs and Conducting Interviews

[40] At the first step of the analysis developed by this Court in *City of Montréal*, it must be asked whether the activity in question has the necessary expressive content to be protected by s. 2(*b*).

[41] Both the Superior Court and the Court of Appeal concluded that filming, taking photographs and conducting interviews outside courtrooms are activities that have the necessary expressive content. The respondents do not dispute this conclusion, with which I agree.

[42] At the second step, it must be determined whether the activities in question are excluded from s. 2(*b*) protection as a result of either the *location* where the journalistic activities would take place or the *method* of expression that would be used.

d'application de la protection offerte par l'al. 2*b*)? (2) Le lieu ou mode d'expression utilisé écarte-t-il cette protection? (3) Si l'activité est protégée, la mesure prise par l'État porte-t-elle atteinte, par son objet ou par son effet, au droit protégé? (*Criminal Lawyers' Association*, par. 32, résumant l'analyse élaborée dans *Ville de Montréal*, par. 56).

[39] Je vais maintenant appliquer ces règles aux activités que les médias veulent exercer en l'espèce. Les médias avancent qu'ils ont le droit de saisir des images et de tenir des entrevues dans les aires publiques des palais de justice, ainsi que le droit de diffuser ce qui se déroule en salle d'audience en utilisant les enregistrements sonores officiels. Ces deux activités font appel aux deux aspects évoqués dans la grille d'analyse établie dans *Ville de Montréal*, soit le lieu de l'activité et le mode d'expression. Je traiterai d'abord de la prise d'images et de la tenue d'entrevues dans les aires publiques des palais de justice, c'est-à-dire l'analyse du lieu de l'activité, puis de l'interdiction de diffusion des enregistrements des audiences, c'est-à-dire l'analyse du mode d'expression utilisé.

4.2.1 Prise d'images et tenue d'entrevues

[40] La première étape de l'analyse élaborée par notre Cour dans *Ville de Montréal* consiste à se demander si l'activité en question possède le contenu expressif nécessaire pour bénéficier de la protection de l'al. 2*b*).

[41] Tant la Cour supérieure que la Cour d'appel ont conclu que la prise d'images et la tenue d'entrevues à l'extérieur des salles d'audience constituent des activités possédant le contenu expressif requis. D'ailleurs, les intimés ne contestent pas cette conclusion, à laquelle je souscris.

[42] La deuxième étape commande que l'on détermine si le *lieu* d'exercice des activités journalistiques ou encore le *mode* d'expression utilisé a pour effet de priver les activités en question du bénéfice de la protection de l'al. 2*b*).

2011 SCC 2 (CanLII)

[43] The Court of Appeal, relying on the trial judge's findings, concluded that crowds, pushing and shoving, and pursuing possible subjects in order to interview, film or photograph them were incompatible with the purposes of a courthouse, namely, *inter alia*, to provide an ordered environment so as to ensure the serenity of judicial proceedings (paras. 65-66). Quite obviously, if the activities the media organizations wish to engage in were defined solely by reference to crowds and pushing and shoving, it would be easy to conclude that they are incompatible with the function of a courthouse and that the method used to engage in them cannot be consistent with the standards of conduct that must be met to ensure the serenity of judicial hearings. But these are not the activities the media organizations say they want to engage in. They rightly point out that they [TRANSLATION] "are not claiming the right to cause or participate in what the Respondents referred to as 'excesses'. Obviously, there is no right to prevent access to courtrooms or to jostle people in hallways" (A.F., at para. 99). As the Court clearly stated in *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 38, not all news gathering techniques are protected by s. 2(*b*) of the *Charter.* In focussing uniquely on the excesses that led to the adoption of the impugned measures, the Court of Appeal was describing the loss of control the judges want to avoid, not the activities the media organizations wish to engage in. In my view, with all due respect for the Court of Appeal, its characterization of the activities in issue is too narrow. What the media organizations want to do is instead to film, take photographs and conduct interviews outside courtrooms. The expressive activities in question must therefore be clearly distinguished from any excesses that may result from them.

[44] The method for engaging in the expressive activities — the use of equipment to film, take photographs and record voices — is not in issue here. In fact, this method of expression has been authorized for a long time and continues to be expressly authorized in designated areas. Since the use of this method of expression has a historical basis and

[43] S'appuyant sur les conclusions du juge de première instance, la Cour d'appel a jugé que les attroupements, bousculades et chasses aux entrevues et aux images sont incompatibles avec la destination des palais de justice, qui est notamment de fournir un cadre ordonné dans lequel la sérénité des débats judiciaires peut être assurée (par. 65-66). Il va de soi que si les activités que veulent exercer les médias étaient définies uniquement en fonction des attroupements et bousculades, on pourrait facilement conclure qu'elles sont inconciliables avec la vocation des palais de justice et que le mode d'exercice de ces activités ne saurait être compatible avec les normes de comportement requises pour assurer la sérénité des débats judiciaires. Cependant, il ne s'agit pas là des activités auxquelles les médias disent vouloir se livrer. Comme ils le soulignent à juste titre, ils « ne revendiquent pas le droit de causer ou de participer à ce qui a été identifié par les Intimés comme des "débordements". Il n'existe évidemment aucun droit d'empêcher l'accès aux salles d'audience ni de bousculer les gens dans les corridors » (m.a., par. 99). Ainsi que l'a clairement exprimé la Cour dans *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 38, les techniques de collecte d'information ne sont pas toutes protégées par l'al. 2*b*) de la *Charte*. En s'attachant uniquement aux débordements qui ont provoqué l'adoption des mesures contestées, la Cour d'appel s'est trouvée à décrire les dérapages que les juges veulent éviter et non les activités que les médias veulent exercer. Avec égards pour l'opinion exprimée par la Cour d'appel, j'estime que sa caractérisation des activités visées est trop étroite. Ce que les médias veulent, c'est plutôt prendre des images et tenir des entrevues à l'extérieur des salles d'audience. Il faut donc bien distinguer les activités expressives visées et les débordements auxquels celles-ci peuvent donner lieu.

[44] Le mode d'exercice des activités expressives, en l'espèce l'utilisation de matériel pour enregistrer les images et les voix, n'est pas en cause. En fait, ce mode d'expression a depuis longtemps été autorisé et il l'est encore aujourd'hui de façon expresse dans des endroits désignés. Puisque le recours à ce mode d'expression revêt un caractère historique et qu'il

2011 SCC 2 (CanLII)

is not precluded by the impugned rules and directive, it would be difficult to conclude that the activities are excluded from s. 2(*b*) protection as a result of the method itself. It must therefore be asked whether they are excluded as a result of the location where the activities would take place, namely the public areas of courthouses.

[45] Although the primary purpose of a courthouse is to serve as a place to conduct trials and other judicial proceedings, the presence of journalists in the public areas of courthouses has historically been — and still is — authorized (see the testimony of P.-C. Jobin, A.R., vol. IV, at pp. 10-11). As I mentioned above, the presence of journalists in courthouses is essential. When they conduct themselves appropriately, their presence, far from undermining the values underlying s. 2(*b*), generally enhances those values. Without it, the public's ability to understand our justice system would depend on the tiny minority of the population who attend hearings, and the inevitable result would be to erode democratic discourse, self-fulfilment and truth finding. Moreover, for journalists, the public areas serve not only as spaces they pass through to enter courtrooms, but also as places where they can gather information that may enhance the public's understanding of trials. It is therefore my opinion that the activities of filming, taking photographs and conducting interviews are not incompatible with the purpose of the public areas of courthouses.

[46] At the third step of the *City of Montréal* analysis, it must be determined whether an infringement of the protected right results from either the purpose or the effect of the measures adopted by the government. The evidence shows that the purpose of the impugned measures was to limit filming, taking photographs and conducting interviews to certain predetermined locations. These measures limit news gathering techniques even when those techniques are used in a way that is compatible with the function of a courthouse and that ensures the serenity of hearings. Since news gathering is an activity that forms an integral part of freedom of

n'est pas écarté par les règles et directive contestées, on peut difficilement conclure qu'il a en lui-même pour effet d'exclure les activités de la protection de l'al. 2*b*). Il faut donc se demander si les lieux d'exercice de ces activités — en l'occurrence les aires publiques des palais de justice — entraînent ce résultat.

[45] Quoique la destination première des palais de justice soit la tenue de procès et autres procédures judiciaires, la présence des journalistes dans les aires publiques de ces édifices a été historiquement autorisée et l'est encore (voir le témoignage de P.-C. Jobin, d.a., vol. IV, p. 10-11). Comme je l'ai mentionné plus tôt, leur présence dans les palais de justice est essentielle. Lorsque les journalistes se comportent de façon appropriée, loin de miner les valeurs sous-jacentes de l'al. 2*b*), leur présence a au contraire généralement pour effet de renforcer ces valeurs. Effectivement, si les journalistes n'étaient pas présents, la possibilité pour la population de comprendre notre système de justice dépendrait de l'infime minorité du public qui assiste aux audiences, ce qui éroderait forcément le débat démocratique, l'épanouissement personnel et la recherche de la vérité. Par ailleurs, les aires publiques sont non seulement des espaces permettant aux journalistes d'accéder aux salles d'audience, mais également des endroits où ceux-ci peuvent glaner des informations susceptibles d'aider à améliorer la compréhension des procès. Par conséquent, je suis d'avis que la prise d'images et la tenue d'entrevues ne sont pas des activités incompatibles avec la destination des aires publiques des palais de justice.

[46] La troisième étape de l'analyse proposée dans *Ville de Montréal* requiert que nous déterminions si les mesures prises par l'État portent atteinte, par leur objet ou par leur effet, au droit protégé. Selon la preuve, l'objet des mesures contestées était de limiter la prise d'images et la tenue d'entrevues à certains endroits prédéterminés. Ces mesures limitent les techniques de cueillette d'information, même lorsque ces techniques sont utilisées de façon à respecter la fonction des palais de justice et à assurer la sérénité des débats. Comme la collecte d'informations est une activité qui fait partie intégrante de la liberté de la presse, je conclus que les mesures

2011 SCC 2 (CanLII)

the press, I find that the measures that limit filming, taking photographs and conducting interviews infringe s. 2(*b*) of the *Charter*. I will now discuss whether this is also true of the prohibition against broadcasting the audio recordings of hearings.

4.2.2 Broadcasting the Audio Recordings of Hearings

[47] The media organizations are contesting the validity of the prohibition pursuant to which they may not broadcast the official audio recordings of hearings. To assess the merits of their challenge, the three questions of the *City of Montréal* test must be answered.

[48] The first question is whether the activity has expressive content. The answer to it is not in doubt, since the official recordings are made available to the media to foster accuracy in their reporting, and reporting constitutes an expressive activity.

[49] The second question concerns both the method of expression, namely the broadcasting of audio recordings, and the location where the activity would be undertaken. In the instant case, that location is not identified. The exercise by the media organizations of their right to freedom of the press is not limited to a specific location. Since no specific location is at issue, the activity is not excluded from constitutional protection as a result of this factor.

[50] The method of expression requires a more careful analysis. The problem that arises in the case at bar flows from the fact that the method of expression and the expressive content are inseparable, not from how the Court applies the criteria for analysing the method of expression.

[51] The media organizations submit that the choice of a method of expression itself conveys a message (A.F., at para. 32). For this proposition, they rely on *Ford*, in which this Court recognized that language is inextricably related to oral expression and that "[l]anguage is not merely a means or

restreignant la prise d'images et la tenue d'entrevues portent atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Je vais maintenant examiner ce qu'il en est de la diffusion des enregistrements sonores des audiences.

4.2.2 Diffusion des enregistrements sonores des audiences

[47] Les médias contestent la validité de l'interdiction qui leur est faite de diffuser les enregistrements sonores officiels des audiences. Pour évaluer le bien-fondé de leur contestation, il y a lieu de reprendre les trois questions de la grille d'analyse élaborée dans l'arrêt *Ville de Montréal*.

[48] La première requiert de déterminer si l'activité possède un contenu expressif. La réponse à cette question ne fait pas de doute. C'est d'ailleurs pour favoriser l'exactitude des reportages des médias — lesquels constituent une activité expressive — que les enregistrements officiels sont mis à leur disposition.

[49] La deuxième question a trait au mode de communication utilisé, soit la diffusion des bandes sonores, et au lieu d'exercice de l'activité. En l'espèce, le lieu d'exercice de l'activité n'est pas déterminé et les médias ne sont pas limités à un endroit particulier pour exercer leur liberté de presse. Comme aucun lieu précis n'est en cause, ce facteur n'a pas pour effet de retirer à l'activité le bénéfice de la protection constitutionnelle.

[50] Le mode de communication requiert une analyse plus attentive. La difficulté qui se pose en l'espèce découle du caractère indissociable du mode de communication et du contenu expressif, et non de l'application des critères d'analyse du mode d'expression.

[51] Les médias soutiennent que le choix d'un mode de communication est, en lui-même, porteur d'un message (m.a., par. 32). Ils invoquent à cet égard l'arrêt *Ford* dans lequel notre Cour a reconnu que la langue est inextricablement liée à l'expression orale et que « [l]e langage n'est pas seulement

2011 SCC 2 (CanLII)

medium of expression; it colours the content and meaning of expression" (p. 748).

[52] I cannot accept that the choice of a method of expression always conveys a message. The method used to convey the message is not always related to the content of the message. Moreover, as can be seen from *City of Montréal*, it is possible for the medium of a message not to be protected even though its content is. For example, the content of a protest message conveyed by putting a poster in the middle of a street would not be affected by a limit prohibiting the obstruction of public streets. In the instant case, however, the argument based on *Ford* is sound. The content of the message the media organizations wish to convey consists of testimony, examinations, submissions, judgments and other sounds captured by courthouse equipment during hearings. This content can be conveyed in many different ways, whether by broadcasting the official audio recordings of hearings, by publishing written reports, by transcribing what is said at hearings or by broadcasting oral reports by journalists. But it must be conceded that the message conveyed by broadcasting the official audio recordings of hearings is not the same as one conveyed using another method of expression. In the case at bar, I agree with Bich J.A. that the informative content conveyed by the method of expression the media organizations wish to use is not the same as when a transcript is used or even when the most accurate possible description is given.

[53] Indeed, it is the privileged position of the trial judge, who is able to see and hear the witnesses while they testify, that justifies the deference shown him or her by appellate courts. Sound and tone of voice are not always linked to the content, but I must find that in the context of a trial, the value they add to the message is such that the content of the message and the method by which the message is conveyed are indissociable. Thus, on the facts of this case, the method of expression cannot be considered separately from the content and cannot serve as a basis for excluding the expressive activity from the protection of s. 2(*b*) of the *Charter.*

un moyen ou un mode d'expression. Il colore le contenu et le sens de l'expression » (p. 748).

[52] Je ne puis accepter que le choix du mode de communication soit toujours porteur de message. D'ailleurs, le mode d'expression du message et le contenu de celui-ci ne sont pas toujours liés. J'ajouterais que, suivant l'arrêt *Ville de Montréal*, le moyen ou la façon de transmettre un message peuvent ne pas être protégés alors que son contenu l'est. Par exemple, le contenu d'un message de protestation transmis en installant une affiche au milieu d'une rue ne serait pas affecté par une limite interdisant d'obstruer les voies publiques. Cependant, en l'espèce, l'argument fondé sur l'arrêt *Ford* est sérieux. Le contenu du message que les médias veulent transmettre est constitué des témoignages, interrogatoires, observations, jugements et autres sons captés par l'équipement des palais de justice lors des audiences. Ce contenu peut être transmis de multiples façons, que ce soit par la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences, par un reportage écrit, par la transcription écrite des audiences ou par la voix des journalistes. Il faut cependant reconnaître que le message transmis par la diffusion des enregistrements sonores officiels des audiences n'est pas le même que celui transmis par un autre mode de communication. En l'espèce, je suis d'accord avec la juge Bich de la Cour d'appel pour dire que le contenu informatif transmis par le mode d'expression que souhaitent utiliser les médias n'est pas le même qu'en cas de transcription écrite ou même de description la plus fidèle possible.

[53] C'est d'ailleurs la situation privilégiée du juge de première instance, qui a la possibilité de voir et d'entendre les témoins lorsqu'ils déposent, qui justifie la déférence dont font montre les tribunaux d'appel à son égard. Le son ou l'intonation de la voix ne sont pas toujours liés au contenu, mais je dois conclure, dans le contexte d'un procès, que la valeur ajoutée au message rend le mode de communication du message indissociable du contenu de celui-ci. Par conséquent, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, le mode d'expression ne peut être considéré de façon indépendante du contenu et ne peut être un motif de retrait de l'activité expressive de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

2011 SCC 2 (CanLII)

[54] At the final step of the analysis, it must be determined whether either the purpose or the effect of the measures results in an infringement of the protected right. In the case at bar, the impugned measures impose a limit that the media organizations must comply with in engaging in their journalistic activities. That limit affects the expressive content of the activities. I can only conclude that the right to freedom of expression is infringed.

4.3 *Justification of the Impugned Measures*

[55] Since I find that the impugned measures infringe freedom of expression, I must now determine whether they are justified under s. 1 of the *Charter*. To do so, I must consider the three arguments raised by the media organizations in this regard: the standard of proof, the fact that in their opinion Directive A-10 does not meet the "prescribed by law" requirement, and a lack of justification for the impugned measures.

4.3.1 Standard of Proof

[56] The media organizations argue that the standard of proof applicable to the justification of the infringement should correspond to [TRANSLATION] "a very high degree of probability", that is, in their view, to a degree of proof similar to the one required for discretionary orders, in respect of which the courts apply the test from *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *R. v. Mentuck*, 2001 SCC 76, [2001] 3 S.C.R. 442 ("*Dagenais/Mentuck*"). What would be required is a level of proof higher than that of a rational connection required by the test from *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. This argument must fail. The *Dagenais/Mentuck* rule requires neither more nor less than the one from *Oakes*. In fact, it incorporates a rule equivalent to the one from *Oakes* into a discretionary decision where the openness of court proceedings is in issue (*Mentuck*, at para. 23). This rule requires "consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights" (*Dagenais*, at p. 878).

[54] La dernière étape de l'analyse consiste à déterminer si les mesures portent atteinte, par leur objet ou par leur effet, au droit protégé. En l'espèce, les mesures contestées imposent une limite que doivent respecter les médias dans leurs activités journalistiques. Cette limite affecte le contenu expressif des activités. Je ne peux que conclure à une atteinte au droit à la liberté d'expression.

4.3 *Justification des mesures contestées*

[55] Comme je conclus que les mesures contestées portent atteinte à la liberté d'expression, je dois me demander si elles sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Pour ce faire, il me faut examiner les trois arguments que soulèvent les médias à cet égard : la norme de preuve, le fait que la Directive A-10 ne constituerait pas une règle de droit et l'absence de justification des mesures contestées.

4.3.1 Norme de preuve

[56] Les médias prétendent que la norme de preuve applicable à la justification de l'atteinte devrait correspondre à « un niveau très élevé de probabilité », soit, selon eux, un degré de preuve similaire à celui utilisé pour les ordonnances discrétionnaires auxquelles les tribunaux appliquent l'analyse établie dans les arrêts *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *R. c. Mentuck*, 2001 CSC 76, [2001] 3 R.C.S. 442 (« *Dagenais/Mentuck* »). Il s'agirait d'un niveau de preuve plus élevé que celui de la rationalité requis par l'analyse établie dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Cet argument doit être rejeté. La norme des arrêts *Dagenais/Mentuck* n'est ni plus exigeante ni moins exigeante que celle de l'arrêt *Oakes*. En réalité, elle incorpore à une décision discrétionnaire prise dans le contexte de la publicité des débats une norme équivalente à celle de l'arrêt *Oakes* (*Mentuck*, par. 23). En effet, elle exige « l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte* » (*Dagenais*, p. 878).

2011 SCC 2 (CanLII)

[57] If a measure meets the "prescribed by law" requirement of s. 1 of the *Charter* and if it limits a right protected by the *Charter*, the test developed by Dickson C.J. in *Oakes* will be applied.

4.3.2 Prescribed by Law

[58] In this Court, the media organizations are no longer disputing that the rules of practice adopted by the judges of the Superior Court meet the "prescribed by law" requirement of s. 1 of the *Charter*. However, they argue that Directive A-10 is merely a rule of internal management that is not binding on its maker and is not sufficiently accessible and precise to constitute "law". In my opinion, these arguments must fail. I have already discussed the enabling provision under which the Minister of Justice issued the directive (para. 23), but it is not the source of the authority that is in issue here so much as the nature of the directive and the form chosen to establish the rule.

[59] The directive in question was issued by the government to ensure consistency with the rules of practice applicable in the Superior Court. Insofar as the function of a courthouse does not vary depending on what jurisdiction is responsible for hearing a case in respect of which a litigant or a user is on the premises, the rules made by the Ministère de la Justice must be similar to those made by the judges of the Superior Court. In this sense, the directive is related to the rules of practice, and its content cannot differ at the whim of its author. As a result, it is a rule that has characteristics similar to those of the rules of practice, the form of which is not being challenged.

[60] It seems clear to me from the content of Directive A-10 that this directive directly targets courthouse users. It imposes standards of behaviour on the users themselves by placing limits on information-gathering methods and ensuring that respect is shown to individuals who are participating in the judicial process in one capacity or another. It is not an interpretive tool to guide

[57] Si une mesure constitue une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte* et si elle limite un droit protégé par celle-ci, la grille d'analyse élaborée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes* sera utilisée.

4.3.2 Règle de droit

[58] Devant nous, les médias ne contestent plus que les règles de pratique adoptées par les juges de la Cour supérieure constituent des règles de droit au sens de l'article premier de la *Charte*. Cependant, ils affirment que la Directive A-10 n'est qu'une règle administrative interne qui ne lie pas son auteur et qui n'est pas suffisamment accessible et précise pour constituer une règle de droit. À mon avis, ces arguments ne peuvent être retenus. J'ai examiné plus tôt l'habilitation législative permettant au ministre de la Justice de prendre la directive (par. 23). D'ailleurs, ce n'est pas vraiment l'habilitation qui est contestée en l'espèce, mais la nature de la directive et la forme choisie pour l'établissement de la norme.

[59] La directive en question a été adoptée par le gouvernement pour assurer une uniformité avec les règles de pratique applicables en Cour supérieure. En effet, dans la mesure où la fonction d'un palais de justice ne varie pas suivant l'identité de la juridiction chargée de l'affaire amenant un justiciable ou un usager dans ce lieu, les normes adoptées par le ministère de la Justice et par les juges de la Cour supérieure doivent être semblables. En ce sens, la directive est liée aux règles de pratique et son contenu ne peut pas varier au gré des caprices de son auteur. Il s'agit donc d'une norme qui présente des caractéristiques semblables à celles des règles dont la forme n'est pas contestée.

[60] De plus, en raison de son contenu, il me paraît évident que la Directive A-10 vise directement les usagers des palais de justice. Elle impose aux usagers eux-mêmes des normes de conduite en prescrivant des limites applicables aux modes de collecte de l'information et en veillant au respect des personnes qui, à un titre ou à un autre, participent au processus judiciaire. Elle ne constitue pas un outil

2011 SCC 2 (CanLII)

courthouse employees in performing their duties. Its content is normative, not interpretive.

[61] Moreover, Directive A-10 was initially published by the Ministère de la Justice as an appendix to the *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque*, and it can be consulted on the Internet. And the pictograms and floor markings provided for were placed in all courthouses. I therefore find it hard to agree that the directive is inaccessible or unclear.

[62] As regards the wording of the relevant passages from Directive A-10, it is almost identical to that of the same passages from the rules of practice, and no one is disputing the precision of the latter passages. On this issue, this Court stressed in *Greater Vancouver*, at para. 54, quoting *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 94, that "[u]nless the impugned law 'is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools', it will be deemed to have met the 'prescribed by law' requirement". I do not believe, as the media organizations contend, that the words [TRANSLATION] "harassing" and "following" are too vague to enable members of the public to understand their obligations. Thus, the wording of Directive A-10 is sufficiently precise for it to meet the "prescribed by law" requirement.

[63] I therefore conclude that Directive A-10 meets the "prescribed by law" requirement of s. 1 of the *Charter.*

4.3.3 Justification of the Measures

[64] The test developed by Dickson C.J. in *Oakes* is well known. When a protected right is infringed, the government must justify the limit by identifying a pressing and substantial objective, demonstrating that there is a rational connection between the objective and the infringement of the right, and showing that the chosen means interferes as little as possible with the right and that the salutary effects of the measure outweigh its deleterious effects.

d'interprétation fourni aux employés des palais de justice pour les aider dans leurs fonctions. Son contenu a un caractère normatif et non interprétatif.

[61] Par ailleurs, la Directive A-10 a d'abord été publiée en annexe au *Guide des relations avec les médias et de la gestion des événements d'envergure et à risque* par le ministère de la Justice et elle peut être consultée par toute personne sur Internet. De plus, les pictogrammes et marques sur le sol ont été placés dans tous les palais de justice. Il me semble donc difficile de soutenir que la directive n'est pas accessible ou claire.

[62] Quant au texte de la Directive A-10, ses passages pertinents sont presque identiques à ceux des règles de pratique, dont personne ne conteste la précision. Sur cette question, notre Cour souligne dans *Greater Vancouver*, au par. 54, reprenant à cet égard l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94, qu'« [à] moins qu'elle ne "soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte", la loi contestée est réputée constituer "une règle de droit" ». Contrairement aux prétentions des médias, je ne crois pas que les termes « harceler » et « pourchasser » sont trop vagues pour permettre au public de bien saisir les obligations auxquelles il est tenu. Le libellé de la Directive A-10 est en conséquence suffisamment précis pour constituer une règle de droit.

[63] Je conclus donc que la Directive A-10 est une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte.*

4.3.3 Justification des mesures

[64] La grille d'analyse développée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes* est connue. Lorsqu'il y a atteinte à un droit protégé, l'État doit justifier la règle de droit en énonçant un objectif urgent et réel, en démontrant l'existence d'un lien rationnel entre cet objectif et l'atteinte portée à ce droit en question en montrant que le moyen choisi porte le moins possible atteinte à ce droit et que les effets bénéfiques de la mesure prise l'emportent sur ses effets préjudiciables.

2011 SCC 2 (CanLII)

[65] To constitute a justifiable limit to a right or a freedom, the objective of the impugned measure must advance concerns that are pressing and substantial in a free and democratic society (*New Brunswick*, at para. 45). On the issue of filming, taking photographs and conducting interviews, Lagacé J. expressed the opinion that the impugned measures had the following objectives:

[TRANSLATION]

- To maintain the integrity of and public confidence in the administration of justice;

- To ensure the impartiality of trials and the serenity of judicial hearings;

- To ensure the safety of litigants and their families and friends, and respect for their dignity and privacy;

- To maintain order and decorum in and near courtrooms; and

- To ensure that all users of courthouses have safe access to courtrooms and that they can move about freely and testify calmly and without fearing that members of the media will catch them off guard, invade their privacy and follow or even chase after them. [para. 177]

[66] The Court of Appeal agreed with Lagacé J.'s conclusion. The media organizations contend that this conclusion is the result of nothing more than supposition and extrapolation, since the respondents failed to produce any direct evidence that these various objectives were pressing and substantial concerns. I disagree.

[67] The evidence adduced at first instance, including the Report, shows that allowing journalists to film, take photographs and conduct interviews in courthouses without restrictions had many adverse consequences for the administration of justice. For example, these activities accentuated the anxiety and stress witnesses felt when compelled to testify in court, which in the long run undermined the search for the truth. The prohibition on broadcasting audio recordings of hearings also had preserving the integrity of testimony as an objective. As M. D. Lepofsky says,

[a]ny new pressure introduced into the courtroom's subtly pressured environment can well affect what the

[65] Pour constituer une limite justifiable à un droit ou à une liberté, l'objectif de la mesure contestée doit répondre à des préoccupations qui sont urgentes et réelles dans une société libre et démocratique (*Nouveau-Brunswick*, par. 45). En ce qui concerne la prise d'images et la tenue d'entrevues, le juge Lagacé a exprimé l'avis que les mesures contestées visaient les objectifs suivants :

- Maintenir l'intégrité et la confiance du public en l'administration de la justice;

- Assurer la tenue de procès impartiaux et la sérénité des débats judiciaires;

- Assurer la sécurité, la dignité et la vie privée des justiciables et de leurs proches;

- Maintenir l'ordre et le décorum des salles d'audiences et à proximité de celles-ci;

- Permettre à tous les usagers des palais de justice d'avoir accès en toute sécurité aux salles d'audiences, de circuler librement et de pouvoir témoigner sereinement sans crainte d'être surpris, envahis, suivis et même pourchassés par les médias. [par. 177]

[66] La Cour d'appel a accepté la conclusion du juge Lagacé. Les médias prétendent que cette conclusion repose uniquement sur des suppositions et des extrapolations, puisque les intimés n'auraient pas apporté de preuve directe que ces divers objectifs constituaient des préoccupations urgentes et réelles. Je ne partage pas cet avis.

[67] La preuve déposée en première instance, notamment le Rapport, démontre que la prise d'images et la tenue d'entrevues sans restriction dans les palais de justice ont eu plusieurs conséquences néfastes sur l'administration de la justice. Entre autres, ces activités accentuaient l'angoisse et le stress inhérents à l'obligation de témoigner en cour, ce qui, en bout de ligne, minait la recherche de la vérité. L'objectif de préservation de l'intégrité des témoignages ressort aussi de l'interdiction de diffusion des enregistrements sonores des audiences. Comme le mentionne l'auteur M. D. Lepofsky,

[TRADUCTION] [t]oute tension supplémentaire venant s'ajouter au subtil climat de tension qui règne

2011 SCC 2 (CanLII)

witness says in the stand, how he or she says it, and how he or she looks while testifying. This in turn can influence how the judge or jury perceives the witness as he or she gives evidence. Every jury is instructed by the presiding judge that to assess a witness's credibility they should take into account the witness's testimonial demeanour. Juries and judges routinely interpret a witness's nervousness or reluctance as a possible sign of dishonesty, or dubious credibility.

("Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent" (1996), 6 *N.J.C.L.* 161, at p. 178)

[68] Thus, the evidence shows that the presence and the conduct of journalists outside courtrooms had a negative effect on the decorum and serenity of hearings. "When the testimony of a victim or witness is compromised in any way, it not only hurts the defendant's case, but also the structure of our judiciary in its search for the truth" (W. J. Harte, "Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom" (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379, at p. 404).

[69] The objectives of the impugned measures can be summarized as being to maintain the fair administration of justice by ensuring the serenity of hearings. The fair administration of justice is necessarily dependent on maintaining order and decorum in and near courtrooms and on protecting the privacy of litigants appearing before the courts, which are measures needed to ensure the serenity of hearings. There is no question that this objective contributes to maintaining public confidence in the justice system. It is therefore my opinion that the objective of the government and the judges of the Quebec Superior Court was pressing and substantial.

[70] At the second stage of the *Oakes* analysis, the court must determine whether there is a rational connection between the means used and the legislature's objectives. Here, the defendant must

déjà dans la salle d'audience peut fort bien avoir une incidence sur les propos du témoin lorsqu'il se trouve à la barre, sur la manière dont il s'exprime et sur son attitude. À leur tour, ces éléments peuvent influer sur la manière dont le juge perçoit le témoin lorsqu'il dépose. Tous les jurys reçoivent comme instruction de la part du juge qui préside l'instance que, pour apprécier la crédibilité d'un témoin, ils doivent tenir compte du comportement de ce dernier à la barre. Les jurys et les juges interprètent habituellement la nervosité ou la réticence dont fait preuve un témoin comme un indice possible de malhonnêteté ou de crédibilité douteuse.

(« Cameras in the Courtroom — Not Without My Consent » (1996), 6 *R.N.D.C.* 161, p. 178)

[68] La preuve démontre donc que la présence et le comportement de journalistes à l'extérieur des salles d'audience nuisaient au décorum et à la sérénité des débats. Or, [TRADUCTION] « [l]orsque le témoignage d'une victime ou d'un témoin est compromis de quelque façon que ce soit, cela nuit non seulement à la cause du défendeur, mais également à la structure de notre magistrature dans sa recherche de la vérité » (W. J. Harte, « Why Make Justice a Circus? The O.J. Simpson, Dahmer and Kennedy-Smith Debacles Make the Case Against Cameras in the Courtroom » (1996), 39 *Trial Lawyer's Guide* 379, p. 404).

[69] Il convient de résumer les objectifs poursuivis par les mesures contestées comme étant le maintien d'une saine administration de la justice en assurant la sérénité des débats. Une saine administration de la justice repose nécessairement sur le maintien de l'ordre et du décorum à l'intérieur de la salle d'audience et aux abords de celle-ci, de même que la protection de la vie privée des justiciables qui se présentent devant les tribunaux, autant de mesures nécessaires pour permettre des débats sereins. Cet objectif contribue incontestablement au maintien de la confiance du public dans le système de justice. Je suis donc d'avis que l'objectif poursuivi par le gouvernement et les juges de la Cour supérieure du Québec était urgent et réel.

[70] Dans le second volet de l'analyse établie dans l'arrêt *Oakes*, le tribunal doit se demander s'il existe un lien rationnel entre les moyens utilisés et les objectifs poursuivis par le législateur. À cette

2011 SCC 2 (CanLII)

establish a connection between the infringement and the benefit that was sought in adopting the means, and this is to be done either by providing concrete evidence or, where it is impossible to provide such evidence, on the basis of reason or logic (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 48; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 153-54). "The government must show that it is reasonable to suppose that the limit may further the goal, not that it will do so" (*Hutterian*, at para. 48).

[71] Where filming, taking photographs and conducting interviews are concerned, the evidence shows that at the time the measures were adopted, the courts were dealing with a proliferation of communication technologies, which led to an increase in the number of journalists in courthouses. For example, during certain trials that attracted extensive media coverage, there could be as many as 30 or 40 journalists at the Montréal courthouse.

[72] According to the evidence, this increase in the number of journalists together with a greater sophistication of the technologies they used in courthouses had adverse consequences for the administration of justice. For example, photographers and camera operators climbed onto furniture to take photographs or to film. Some journalists filmed courtroom interiors through glass doors or doors left ajar. Some accused persons or family or friends of accused persons had to be escorted by special constables because they were unable to enter or exit courtrooms.

[73] The increased presence of journalists also appears to have created great stress for witnesses and their family members. Witnesses refused to testify or to continue to testify after having been filmed or photographed by media representatives. At first instance, an expert witness, Michel Sabourin, presented a report about a study he had

étape, le défendeur est tenu d'établir un lien entre la violation et l'avantage recherché par les moyens mis en œuvre, et ce, soit en apportant une preuve concrète soit, lorsque cela n'est pas possible, en se fondant sur la raison ou la logique (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 48; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153-154). « Le gouvernement doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement » (*Hutterian*, par. 48).

[71] En ce qui a trait à la prise d'images et la tenue d'entrevues, la preuve démontre que, au moment de l'adoption des mesures, les tribunaux assistaient à une multiplication des techniques de communication, ce qui entraînait une augmentation du nombre de journalistes dans les palais de justice. Par exemple, lors de certains procès très médiatisés, le nombre de journalistes présents au palais de justice de Montréal pouvait s'élever à 30 ou même 40.

[72] Cette augmentation du nombre de journalistes, conjuguée au raffinement des techniques utilisées par ceux-ci à l'intérieur des palais de justice, a, selon la preuve, eu des conséquences néfastes pour l'administration de la justice. Par exemple, des photographes et des caméramans ont grimpé sur le mobilier pour prendre des images. Certains journalistes filmaient l'intérieur des salles d'audience à travers les portes vitrées ou par des portes entrouvertes. Des accusés ou leurs proches ont dû être escortés par des constables spéciaux parce qu'il leur était impossible d'accéder aux salles d'audience ou d'en sortir.

[73] De même, il appert que la présence accrue des journalistes créait un stress important pour les témoins et les membres de leur famille. Des témoins ont refusé de témoigner ou de poursuivre leur témoignage après avoir été filmés ou photographiés par des représentants des médias. En première instance, un témoin expert, Michel

2011 SCC 2 (CanLII)

conducted in which participants had expressed the opinion that the presence of journalists outside courtrooms could be disturbing for witnesses or could cause them stress, and that these effects could be quite serious and lasting. Although he conceded that his study was affected by methodological constraints, he warned against positing that the activities of journalists have no impact on trials. He also testified that a person's [TRANSLATION] "performance" declines considerably when he or she is subjected to a significant increase in stress, which can cause memory loss, confusion or poor thought structure.

Sabourin, a présenté un rapport faisant état d'une étude qu'il avait menée et qui révélait que les participants étaient d'avis que la présence des journalistes à l'extérieur des salles d'audience pouvait entraîner des effets perturbateurs ou stressants sur les témoins, effets qui pouvaient être relativement sérieux et d'une certaine durée. Tout en signalant les contraintes méthodologiques de son étude, il a fait une mise en garde contre tout postulat voulant que les activités des journalistes n'aient pas d'incidence sur les procès. Il a aussi témoigné que la « performance » d'un sujet chute de façon significative lorsqu'il est soumis à une forte augmentation du stress, ce qui peut entraîner une perte de mémoire, de la confusion ou une mauvaise structuration de la pensée.

[74] Where the establishment of a rational connection between the objective and the infringing measure is concerned, the evidence presented with respect to filming, taking photographs and conducting interviews is relevant to the broadcasting of recordings of hearings, but other evidence was also adduced on this point. The motion judge's findings as regards the context relevant to his decision are clear. By far most participants in a judicial proceeding feel nervous and anxious (para. 87). Moreover, [TRANSLATION] "the growing media coverage of judicial proceedings . . . in light of the vulnerability of many of those involved, brings considerable pressure to bear on the management of order and decorum in, and the serenity of, hearings in courthouses" (para. 176) (see also E. L. Greenspan, "Comment: Another Argument Against Television in the Courtroom", in P. Anisman and A. M. Linden, eds., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 497, at p. 498).

[74] La preuve présentée à l'égard de la prise d'images et de la tenue d'entrevues est utile pour établir le lien rationnel entre l'objectif visé et la mesure attentatoire dans le cas de la diffusion des enregistrements des audiences, mais une preuve distincte a également été présentée à ce sujet. Les conclusions de fait du juge de première instance en ce qui a trait au contexte pertinent à sa décision sont claires. La très grande majorité des personnes participant au processus judiciaire ressentent de la nervosité et de l'anxiété (par. 87). De plus, « l'accentuation de la médiatisation des affaires judiciaires, [. . .] compte tenu de la vulnérabilité de nombreuses parties impliquées, exerce une pression importante sur la gestion de l'ordre, du décorum et de la sérénité des audiences dans les palais [de] justice » (par. 176) (voir aussi E. L. Greenspan, « Comment : Another Argument Against Television in the Courtroom », dans P. Anisman et A. M. Linden, dir., *The Media, the Courts and the Charter* (1986), 497, p. 498).

[75] The impugned measures form part of a general policy to protect witnesses. In this respect, the Ministère de la Justice, together with representatives of the judiciary and the Barreau du Québec, had issued the "Statement of Principle regarding Witnesses" (1998), in which the signatories recognized "the importance of maintaining the primacy of the person in the administration of justice" and stated that they were committed to take "appropriate action . . . to protect the rights of witnesses and

[75] Les mesures contestées s'inscrivent dans une politique générale de protection des témoins. Ainsi, le ministère de la Justice, de concert avec la magistrature et le Barreau du Québec, a adopté la « Déclaration de principe concernant les témoins » (1998), qui reconnaît « l'importance d'assurer la primauté de la personne dans l'administration de la justice » et traduit l'engagement à prendre « les mesures appropriées pour protéger les droits des témoins et minimiser les inconvénients qu'entraîne

2011 SCC 2 (CanLII)

to minimize inconvenience to witnesses" (online: http://www.justice.gouv.qc.ca/english/publications/generale/declar-a.htm).

[76] In my opinion, it was therefore reasonable to expect that the measures would have a positive effect on the maintenance of the fair administration of justice by fostering the serenity of hearings and decorum and by helping to reduce, as much as possible, the nervousness and anxiety that people naturally feel when called to testify in court. Moreover, this Court acknowledged in *Dagenais* that publication bans may "maximize the chances that witnesses will testify because they will not be fearful of the consequences of publicity" (p. 883).

[77] McLachlin J. (as she then was) summarized the third stage of the *Oakes* analysis as follows in *RJR-MacDonald*, at para. 160:

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . .

[78] In its report, in seeking a solution tailored to the context, the working group set up by the Ministère de la Justice proposed six options to resolve the problems resulting from media activities in courthouses: (1) to enter into negotiations with the Fédération professionnelle des journalistes du Québec ("FPJQ") to establish guidelines; (2) to either adopt a legislative provision that might designate certain areas in courthouses where filming, taking photographs and conducting interviews would be permitted, prohibit those activities in courthouses, or adopt the same rules as Ontario; (3) to leave it up to the judiciary to make rules of procedure to regulate the conduct of journalists; (4) to leave it up to the Ministère de la Justice to establish operating rules; (5) to maintain the *status quo*;

leur témoignage » (en ligne : http://www.justice.gouv.qc.ca/francais/publications/generale/declar.htm).

[76] À mon avis, il était donc raisonnable de prévoir que les mesures auraient un effet positif sur le maintien de la saine administration de la justice, en favorisant la sérénité des débats et le décorum et en aidant à diminuer le plus possible la nervosité et l'angoisse inhérentes que ressentent naturellement les personnes appelées à témoigner devant les tribunaux. D'ailleurs, dans *Dagenais* notre Cour a reconnu que les interdictions de publication peuvent « accroître au maximum les chances que des personnes témoignent du fait qu'elles se sentent à l'abri des conséquences de la publicité » (p. 883).

[77] Le troisième volet de l'analyse de l'arrêt *Oakes* a été résumé ainsi par la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald*, par. 160 :

> La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation . . .

[78] À la recherche d'une solution adaptée au contexte, le groupe de travail constitué par le ministère de la Justice proposait dans son rapport six avenues pour résoudre les problèmes découlant des activités des médias dans les palais de justice : (1) entamer des négociations avec la Fédération professionnelle des journalistes du Québec (« FPJQ ») afin d'établir des principes directeurs; (2) adopter une disposition législative qui pourrait soit désigner certains endroits dans les palais de justice où la prise d'images et la tenue d'entrevues seraient permises, soit interdire ces activités dans les palais de justice, ou encore adopter les règles de l'Ontario; (3) laisser à la magistrature le soin de contrôler les agissements de la presse par des règles de procédure; (4) laisser au Ministère le soin d'établir

2011 SCC 2 (CanLII)

and (6) to prepare a guide for organizing trials in the media spotlight (Report, at p. 20).

[79] In my opinion, the solution proposed in the impugned measures with regard to filming, taking photographs and conducting interviews falls "within a range of reasonable alternatives". The judges and the Ministère de la Justice have opted for a solution that is less intrusive than a total ban on these journalistic activities in courthouses would have been. Furthermore, since journalists do not belong to a professional order and since only a fraction of the people who say that they work as journalists in courthouses are members of the FPJQ (for example, of the six journalists who testified for the appellants at first instance, only three were FPJQ members), it would have been impossible to reach the desired result by negotiating with the FPJQ. The *Professional Code of Ethics for Quebec Journalists* (1996), which was adopted at a general meeting of the FPJQ, expressly states in its preamble that it is not compulsory (online). For this same reason and for the others given above, preparing a "guide" would not have been effective.

[80] I should point out that the impugned measures that limit filming, taking photographs and conducting interviews do not preclude all expressive activities. In *R. v. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385, the Ontario Court of Appeal heard an appeal concerning the validity of s. 67(2)(*a*)(ii) of the *Judicature Act*, R.S.O. 1980, c. 223, which provided for a ban that was similar to the one in issue in the case at bar, but that prohibited taking photographs or motion pictures "of any person entering or leaving the room in which the judicial proceeding is to be or has been convened". Unlike the measure in the instant case, which authorizes filming, taking photographs and conducting interviews at certain locations within courthouses, the ban in *Squires* applied everywhere inside courthouses. Houlden J., writing for the majority of the Court of Appeal, nonetheless upheld the validity of s. 67(2)(*a*)(ii) and reached the following conclusions:

des règles de fonctionnement; (5) maintenir le statu quo; (6) mettre au point un guide pour l'organisation des procès hautement médiatisés (Rapport, p. 20).

[79] À mon avis, la solution proposée dans les mesures contestées à l'égard de la prise d'images et de la tenue d'entrevues se situe « à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables ». La magistrature et le ministère de la Justice ont opté pour une solution qui est moins attentatoire que ne l'aurait été l'interdiction complète de ces activités journalistiques dans les palais de justice. De plus, comme les journalistes ne font pas partie d'un ordre professionnel et que la FPJQ ne regroupe qu'une fraction des personnes qui disent exercer le journalisme dans les palais de justice (par exemple, des six journalistes ayant témoigné pour les appelantes en première instance, seulement trois étaient membres de la FPJQ), entamer des négociations avec la FPJQ n'aurait pas permis d'atteindre l'objectif poursuivi. En outre, le *Guide de déontologie des journalistes du Québec* (1996), adopté à une assemblée générale de la FPJQ, reconnaît expressément dans son préambule qu'il n'a aucun pouvoir coercitif (en ligne). Pour cette raison et pour celles exprimées précédemment, l'élaboration d'un « guide » n'aurait pas non plus été efficace.

[80] Je souligne que les mesures contestées limitant la prise d'images et la tenue d'entrevues n'empêchent pas pour autant toute activité expressive. Dans l'affaire *R. c. Squires* (1992), 11 O.R. (3d) 385, la Cour d'appel de l'Ontario était saisie d'une contestation de la validité du sous-al. 67(2)*a*)(ii) de la loi intitulée *Judicature Act*, R.S.O. 1980, ch. 223, qui établissait une interdiction semblable à celle qui nous intéresse, mais prohibait toute photographie ou tout film [TRADUCTION] « d'une personne qui entre dans la salle où se tient ou doit se tenir l'audience, ou en sort ». Je note que, contrairement à la présente espèce, où les journalistes peuvent prendre des images et tenir des entrevues à certains endroits dans les palais de justice, l'interdiction dans *Squires* s'appliquait partout à l'intérieur des palais de justice. Le juge Houlden, qui s'exprimait pour la majorité de la Cour d'appel, a néanmoins maintenu la validité du sous-al. 67(2)*a*)(ii) et tiré les conclusions suivantes :

2011 SCC 2 (CanLII)

Section 67(2)(*a*)(ii) does not absolutely prohibit the taking of photographs or televising of participants in court proceedings. Such activities can and do take place outside the courthouse.

The fair and impartial administration of justice requires a calm, dignified atmosphere. If photographing and televising is permitted of persons entering or leaving the courtroom, that atmosphere will, I believe, be disrupted.

Furthermore, the taking of photographs of persons entering or leaving the courtroom, can, in my opinion, lead to "wolf-pack" journalism in which photographers and cameramen descend *en masse* on the person that they wish to photograph. Without s. 67(2)(*a*)(ii), the photographers would be able to stalk the hallways of the courthouse, waiting to pounce on participants as they move in and out of the courtroom. This can lead to shoving and shouting outside the courtroom door and the consequent disruption of proceedings in the courtroom. [p. 394]

[81] Under the measures adopted in the case at bar, journalists are expressly authorized to ask a person who is heading toward or exiting a courtroom if he or she would agree to give an interview while being photographed or filmed in an area provided for that purpose. Such areas are designated on every floor, near places participants must go through in order to enter and exit the courthouse (R.F. BQ, at para. 26). And journalists remain free to go anywhere in the courthouse and report on what they see. The impugned measures are a way to assure courthouse users that they will not be taken by surprise or harassed by journalists and that they will be interviewed, photographed or filmed only with their full consent.

[82] I must also reject the media organizations' argument that the objective could be attained by having judges make *ad hoc* orders. Such a mechanism would not offer those who might be filmed or photographed or whose words might be recorded sufficient certainty that their rights would be respected (*Toronto Star*, at para. 43). Furthermore,

[TRADUCTION] Le sous-alinéa 67(2)*a*)(ii) n'interdit pas de manière absolue que l'on photographie ou que l'on filme les participants aux instances judiciaires. De telles activités peuvent se tenir — et d'ailleurs se tiennent — à l'extérieur des palais de justice.

L'administration équitable et impartiale de la justice requiert une atmosphère empreinte de calme et de dignité. S'il est permis de photographier et de filmer des personnes qui entrent dans les salles d'audience ou en sortent, cette atmosphère sera selon moi perturbée.

De plus, le fait de photographier des personnes qui entrent dans les salles d'audience ou en sortent peut, à mon avis, donner lieu à du journalisme « de meute », à des situations où les photographes et les caméramans se précipitent en masse sur la personne qu'ils veulent photographier ou filmer. Si le sous-alinéa 67(2)*a*)(ii) n'existait pas, les photographes pourraient rôder dans les couloirs des palais de justice et fondrent sur les participants lorsque ceux-ci entrent dans les salles d'audience ou en sortent. De telles activités pourraient occasionner des bousculades et des éclats de voix à l'extérieur des salles d'audience, ce qui aurait pour effet de perturber les audiences se déroulant à l'intérieur de celles-ci. [p. 394]

[81] Suivant les mesures qui ont été prises en l'espèce, il est expressément permis aux médias de demander à une personne qui se dirige vers une salle d'audience ou qui en sort si elle consent à accorder une entrevue devant un photographe ou un caméraman à un endroit prévu à cette fin. De tels lieux ont été désignés à chaque étage, près des endroits où tous les participants doivent passer pour pouvoir entrer et sortir du palais de justice (m.i. BQ, par. 26). Par ailleurs, les journalistes demeurent libres de circuler partout dans le palais de justice et de rapporter ce qu'ils constatent. Les mesures contestées constituent un moyen d'assurer aux usagers des palais de justice qu'ils ne seront pas surpris ou harcelés par les journalistes et que la tenue d'entrevues et la prise d'images se dérouleront sur une base pleinement consensuelle.

[82] Je rejetterais aussi l'argument des médias selon lequel des ordonnances *ad hoc* rendues par les juges permettraient d'atteindre l'objectif visé. De telles ordonnances n'offriraient pas à ceux dont l'image ou la voix pourraient être captées une certitude aussi grande que leurs droits seraient respectés (*Toronto Star*, par. 43). De plus, on souligne

2011 SCC 2 (CanLII)

the authors of the Report noted that [TRANSLATION] "[t]he diversity of the media and the variety in the profiles and specialties of journalists necessarily mean that they do not all have the same needs", adding that "trials that attract media coverage are not all the same" (Report, at p. 5). It is as a result not always possible to foresee which hearings will attract the attention of journalists (Sup. Ct., at paras. 179 and 199). What is more, [TRANSLATION] "excesses" may occur outside courtrooms prior to the trial itself, at the time of the appearance, for example, so harm may be sustained by participants long before they appear before the trial judge. Finally, witnesses other than the parties to proceedings are rarely represented by counsel, which means that any mechanism based on making an application to the court for an order limiting the activities of journalists would be impracticable.

dans le Rapport que « [l]a diversité des médias, la variété des profils et des spécialités des journalistes font nécessairement en sorte que les besoins des uns et des autres sont différents » et que « les procès sujets à médiatisation ne présentent pas tous les mêmes particularités » (Rapport, p. 5). Par conséquent, il n'est pas toujours possible de prévoir quelles audiences retiendront l'attention des journalistes (C.S., par. 179 et 199). En outre, des « débordements » peuvent survenir à l'extérieur des salles d'audience avant le procès lui-même, par exemple lors de la comparution. De ce fait, le préjudice subi par les participants peut s'être cristallisé bien avant que ces personnes ne se présentent devant le juge chargé de présider le procès. Enfin, hormis les parties à l'instance, les autres personnes appelées à témoigner sont rarement représentées par des avocats, situation qui rendrait impraticable tout mécanisme reposant sur la présentation au tribunal d'une demande visant à faire limiter les activités des journalistes.

[83] The official audio recordings of hearings reproduce the words of people who have participated in court proceedings and were compelled, either morally or legally, to do so. Such people are not free to refuse to appear. A person, whether a party or a witness, who is summoned to testify in court must address his or her testimony to the court, in the courtroom, not to the media's audience outside the room. To broadcast the audio recordings of hearings would be to alter the forum in which the testimony is given. Of course, except in cases involving *in camera* hearings and publication bans, journalists may — and even must — broadcast or print information they gather during hearings. However, courtrooms have always been heavily regulated. This regulation ensures, *inter alia*, that witnesses can participate as calmly as possible in the truth finding process. Possession of a copy of the recording of a hearing does not authorize the holder to alter the environment in which the hearing takes place.

[83] Les enregistrements sonores officiels des audiences reproduisent les voix de personnes qui ont participé aux débats devant le tribunal, sous contrainte morale ou légale. Ces personnes ne sont pas libres de refuser de comparaître. La personne — partie ou témoin — convoquée pour déposer devant le tribunal doit adresser son témoignage à celui-ci, dans la salle d'audience, non pas à l'auditoire des médias, à l'extérieur de cette salle. La diffusion des enregistrements sonores des audiences changerait le forum devant lequel le témoignage est donné. Il est certain que, sauf lorsqu'il y a huis clos ou interdiction de publication, les médias peuvent — et même doivent — diffuser les informations qu'ils recueillent lors des audiences. Toutefois, les salles d'audience ont de tout temps été des lieux hautement réglementés. Cette réglementation garantit notamment que les témoins pourront participer le plus sereinement possible à la recherche de la vérité. Le fait d'avoir en main une copie de l'enregistrement d'une audience n'autorise pas à modifier l'environnement dans lequel celle-ci se déroule.

[84] Audio recordings of hearings are made to conserve evidence. This method of capturing and

[84] Les enregistrements sonores des audiences sont établis dans le but de préserver la preuve. Ce

2011 SCC 2 (CanLII)

conserving testimony is the modern alternative to having stenographers take notes in the courtroom. The recording method used in courtrooms must be authorized by the government and may be used only by staff members designated by the court or its clerk (R.F. AGQ, at para. 35; arts. 324 *et seq. C.C.P.*; ss. 540, 646 and 801 *Cr. C.*; *Vilaire v. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609 (C.A.)). Journalists have a right to use those recordings to enhance the accuracy of reports they are preparing, but they cannot use them in a way that would have an impact on the testimony itself.

[85] This Court recently confirmed that freedom of the press does not protect all journalistic activities (*National Post*, at para. 38). More specifically, not all techniques or methods are protected. If, in the final analysis, the broadcasting of recordings is protected by the *Charter* when the government makes a particular method of expression available to the media to foster freedom of the press, this implies that the government can also adopt measures to ensure that trials take place peacefully, that is, that it can act to ensure that journalists do not appropriate or use such recordings in a way that compromises the very objectives being pursued in making them available.

[86] It is therefore my opinion that the measures are "carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary" (*RJR-MacDonald*, at para. 160).

[87] The first three stages of the *Oakes* analysis are anchored in the assessment of the impugned law's purpose. "Only the fourth branch takes full account of the 'severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups'" (*Hutterian*, at para. 76). At this stage, therefore, it is necessary to assess the consequences of the impugned measure (*Toronto Star*, at para. 50).

[88] In the case at bar, the negative effects of the measures have of course been proven. Even when

mode de captation et de conservation des témoignages est une solution de rechange moderne à leur notation sténographique dans la salle d'audience. Le mécanisme d'enregistrement employé dans les salles d'audience doit être autorisé par le gouvernement et son utilisation est réservée au personnel désigné par le tribunal ou le greffier (m.i. PGQ, par. 35; art. 324 et suiv. *C.p.c.*; art. 540, 646 et 801 *C. cr.*; *Vilaire c. Association professionnelle des sténographes officiels du Québec*, [1999] R.J.Q. 1609 (C.A.)). Les médias ont le droit d'utiliser ces enregistrements pour préparer leurs reportages de façon à les rendre plus précis, mais ils ne peuvent pas en faire un usage qui aurait des conséquences sur les témoignages eux-mêmes.

[85] Notre Cour a confirmé récemment que la liberté de presse ne protège pas toute activité journalistique (*National Post*, par. 38). Plus particulièrement, ce ne sont pas toutes les techniques ou méthodes qui sont protégées. Or, si en dernière analyse la diffusion des enregistrements bénéficie de la protection de la *Charte* lorsque le gouvernement met à la disposition des médias un mode d'expression particulier dans le but de favoriser la liberté de la presse, cela implique que celui-ci peut aussi prendre des mesures propres à assurer le déroulement paisible des procès, c'est-à-dire qu'il peut intervenir pour éviter que les médias ne s'approprient ou n'utilisent ces enregistrements d'une façon qui compromet les fins poursuivies par leur remise.

[86] Par conséquent, je suis d'avis que les mesures sont « soigneusement adaptée[s] de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire » (*RJR-MacDonald*, par. 160).

[87] Les trois premières étapes de l'analyse proposée dans *Oakes* se rattachent à l'appréciation de l'objectif de la mesure législative contestée. « Seule la quatrième étape tient pleinement compte de "la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes" » (*Hutterian*, par. 76). Ainsi, cette étape requiert l'évaluation des conséquences de la mesure contestée (*Toronto Star*, par. 50).

[88] En l'espèce, les effets négatifs des mesures contestées ont été certes prouvés. Même lorsque les

2011 SCC 2 (CanLII)

journalists act in a manner that is compatible with the function of the courthouse, the proceeding under way in it and the rights of users, the measures limit news gathering. Moreover, the rules of practice and Directive A-10 prohibit holding interviews, filming and taking photographs at many locations in courthouses where journalistic activities were formerly permitted.

[89] However, a review of the consequences of the impugned measures reveals numerous salutary effects. The evidence shows that witnesses, parties, members of the public and lawyers can now move about freely near courtrooms without fear of being pursued by the media. Lawyers can hold discussions with their witnesses and with counsel for the opposing party in hallways adjacent to courtrooms without being disturbed (Sup. Ct., at paras. 75 and 184-85). Those who adopted the impugned measures took the vulnerability of participants in the judicial process into consideration and made sure that when such people consent to co-operate with the media, they do so as freely and calmly as possible. The controls on journalistic activities thus facilitate truth finding by not adding to the stress on witnesses who must participate in a process that, for most of them, is already distressing enough.

[90] Another salutary effect of the impugned measures relates to the privacy of participants. The following comment by La Forest J. is relevant here: "The court's power to regulate the publicity of its proceedings serves, among other things, to protect privacy interests, especially those of witnesses and victims" (*New Brunswick*, at para. 39). When litigants participate in the justice system, they do not waive their right to privacy (*Lac d'Amiante*, at para. 72; see also G.-A. Parent, "Les médias: source de victimisation" (1990), 23:2 *Criminologie* 47, at p. 54). In the instant case, the impugned measures help minimize significantly the violation of privacy.

journalistes agissent dans le respect de la fonction des palais de justice, du processus qui s'y déroule et des droits des usagers, les mesures limitent la cueillette d'information. De plus, les règles de pratique et la Directive A-10 prohibent la tenue d'entrevues et la prise d'images à plusieurs endroits dans les palais de justice où il était jadis permis d'exercer des activités journalistiques.

[89] L'examen des conséquences des mesures contestées révèle cependant de nombreux effets bénéfiques. En effet, la preuve montre que les témoins, les parties, les membres du public et les avocats peuvent maintenant circuler librement aux abords des salles d'audience, sans crainte de se faire pourchasser par les médias. Les avocats peuvent discuter en toute quiétude avec leurs témoins et avec les procureurs de la partie adverse dans les corridors adjacents aux salles d'audience (C.S., par. 75 et 184-185). Les mesures contestées tiennent compte de la situation de vulnérabilité des personnes qui participent au processus judiciaire et font en sorte que celles-ci puissent exprimer le plus librement et sereinement possible leur consentement à collaborer avec les médias. La réglementation des activités journalistiques favorise donc la recherche de la vérité, en évitant d'imposer un stress additionnel aux témoins qui doivent participer à un processus qui, pour la plupart d'entre eux, est déjà suffisamment angoissant.

[90] Une autre conséquence bénéfique des mesures contestées a trait à la protection de la vie privée des participants. Je rappelle à cet égard le commentaire suivant du juge La Forest : « Le pouvoir des tribunaux de régir la publicité des débats en justice sert notamment à protéger la vie privée, surtout celle des témoins et des victimes » (*Nouveau-Brunswick*, par. 39). La participation des justiciables au système de justice n'emporte pas renonciation par ceux-ci à leur droit au respect de leur vie privée (*Lac d'Amiante*, par. 72; voir aussi G.-A. Parent, « Les médias : source de victimisation » (1990), 23:2 *Criminologie* 47, p. 54). Or, en l'espèce, les mesures contestées contribuent à atténuer considérablement l'atteinte à la vie privée.

2011 SCC 2 (CanLII)

[91] The media organizations assert that the broadcasting of audio recordings is common practice at the Court of Québec, but the evidence does not show that to be so and the respondents dispute the assertion. The rules of practice of the Court of Québec prohibit the broadcasting of recordings made by journalists (*Regulation of the Court of Québec*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 1.01.1, s. 12). The judges of the Superior Court, when faced with the circumvention of a similar prohibition, adopted an explicit measure. Any attempt to explain why the Court of Québec has not also done so would be purely speculative.

[92] Although I accept that the broadcasting of official audio recordings would add value to media reports and make them more interesting, I cannot find that the prohibition against broadcasting these recordings adversely affects the ability of journalists to describe, analyse or comment rigorously on what takes place in the courts.

[93] The negative effect that broadcasting the audio recordings would have on the proceedings and the real impact it would have both on those participating in the hearing and on the search for the truth inherent in the judicial process are factors that must be taken into account. The recordings are, first and foremost, a means of keeping a record of such proceedings, and journalists should not use them in a way that would distort that objective. The *raison d'être* of the recordings must not be altered. They are a means of conserving evidence. To broadcast them in the name of freedom of the press would undermine the integrity of the judicial process, which the open court principle is supposed to guarantee.

[94] When the salutary and the negative effects of the impugned measures are balanced, it must be concluded that the former outweigh the latter. In the court context, freedom of expression, like all other fundamental rights, must be reconciled with the fair administration of justice. As Salmon L.J. wrote in *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), at pp. 1086-87 (quoted with approval by Dickson C.J. in *B.C.G.E.U. v. British Columbia*

[91] Les médias affirment que la diffusion des enregistrements sonores est monnaie courante à la Cour du Québec. La preuve ne le démontre pas et l'affirmation est contestée par les intimés. Les règles de pratique de la Cour du Québec interdisent la diffusion des enregistrements faits par les médias (*Règlement de la Cour du Québec*, R.R.Q. 1981, ch. C-25, r. 1.01.1, art. 12). Aux prises avec le contournement d'une interdiction analogue, les juges de la Cour supérieure ont adopté une mesure explicite. Toute tentative d'expliquer l'absence d'interdiction explicite à la Cour du Québec n'est que pure spéculation.

[92] Si j'accepte que la diffusion des enregistrements sonores officiels ajoute à la valeur des reportages et accroît leur intérêt, je ne peux toutefois conclure que l'interdiction de diffuser ces enregistrements nuit à la capacité des médias de décrire, d'analyser ou de commenter avec rigueur ce qui se déroule devant les tribunaux.

[93] L'effet négatif de la diffusion des enregistrements sonores sur les débats à l'audience, ainsi que son incidence réelle sur les participants aux audiences et sur la recherche de la vérité — aspect inhérent au processus judiciaire — sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération. Les enregistrements sont d'abord et avant tout un moyen de consigner ces débats et les médias ne devraient pas les utiliser de façon à dénaturer cet objectif. La raison d'être des enregistrements doit être sauvegardée. Ils constituent une façon de préserver la preuve. Leur diffusion au nom de la liberté de la presse minerait un des objectifs que la publicité des débats est censée garantir : l'intégrité du système judiciaire.

[94] Lorsque les effets positifs et négatifs des mesures contestées sont mis en balance, force est de constater que les premiers l'emportent sur les seconds. Dans le contexte judiciaire, la liberté d'expression, comme tous les autres droits fondamentaux, doit être conciliée avec une saine administration de la justice. Comme le mentionne le juge Salmon dans *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.), p. 1086-1087 (cité avec

2011 SCC 2 (CanLII)

(Attorney General), [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 249):

> Every member of the public has an inalienable right that our courts shall be left free to administer justice without obstruction or interference from whatever quarter it may come. Take away that right and freedom of speech together with all the other freedoms would wither and die, for in the long run it is the courts of justice which are the last bastion of individual liberty.

Like litigants, the media have an interest in contributing to the fair administration of the judicial system. An approach under which only the immediate interests of a few journalists indifferent to the proper functioning of the courts are taken into account would not foster freedom of the press. The press would be far less useful if, in seeking to fulfil its function of reporting information of public interest, it were to compromise the serenity of hearings and the search for the truth. The presence of journalists would then be not only ineffectual, but harmful.

[95] I would note that most of the provinces have also adopted measures to limit journalistic activities outside courtrooms (for example, Ontario prohibits photographing or filming any person in a courthouse where there is a reasonable ground for believing that the person is there for the purpose of attending or leaving a hearing (*Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 136(1)(a)(iii)); Nova Scotia has designated areas for the use of cameras on the various floors of the courthouses to which its measures apply, and interviews must be conducted in specified areas (*Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, Appendix A (2008) (online)). British Columbia recently adopted new rules, but it is too soon to assess their effectiveness (Supreme Court of British Columbia, "Practice Direction: Television Coverage of Court Proceedings", PD – 23, July 1, 2010 (online)). As for the broadcasting of recordings of hearings, it is regulated by all the provinces.

approbation par le juge en chef Dickson dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, p. 249) :

> [TRADUCTION] Tous les membres du public ont le droit inaliénable à ce que nos tribunaux soient laissés libres d'administrer la justice sans entrave ni empêchement de quelque part que ce soit. Si ce droit était supprimé, la liberté d'expression ainsi que toutes les autres libertés dépériraient et mourraient, car à la longue ce sont les cours de justice qui constituent le bastion de la liberté individuelle.

Tout comme les justiciables, les médias ont intérêt à contribuer à une saine gestion de l'appareil judiciaire. En effet, la liberté de la presse n'est pas favorisée par une approche guidée par les seuls intérêts immédiats de quelques journalistes indifférents au bon fonctionnement des tribunaux. L'utilité de la presse serait considérablement diminuée si, en souhaitant accomplir ses fonctions de rapporteur d'informations d'intérêt public, celle-ci compromettait la sérénité des débats et la recherche de la vérité. La présence des médias serait alors non seulement inefficace, mais plutôt nuisible.

[95] Je souligne que la plupart des provinces ont également adopté des mesures visant à limiter les activités journalistiques à l'extérieur des salles d'audience (par exemple, l'Ontario interdit toute prise d'image d'une personne dans un palais de justice s'il existe des motifs valables de croire qu'elle se rend à une audience ou la quitte (*Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, sous-al. 136(1)a)(iii)); la Nouvelle-Écosse a désigné des zones pour l'utilisation des caméras sur les différents étages des palais de justice visés, et les entrevues doivent se tenir à des endroits déterminés (*Guidelines for Press, Media, and Public Access to the Courts of Nova Scotia*, Appendix A (2008) (en ligne)). La Colombie-Britannique a récemment adopté de nouvelles règles, mais il est trop tôt pour évaluer leur efficacité (Cour suprême de la Colombie-Britannique, « Practice Direction : Television Coverage of Court Proceedings », PD – 23, 1er juillet 2010 (en ligne)). Pour ce qui est de la diffusion des enregistrements des audiences, toutes les provinces réglementent cette question.

2011 SCC 2 (CanLII)

[96] In addition, a number of countries have adopted measures that are similar to or even stricter than the measures being challenged in the case at bar. For example, in the United Kingdom it is prohibited to take any photograph or even to make any sketch in court of any participant in legal proceedings, including in the building and its precincts, and to broadcast recordings of judicial proceedings (*Criminal Justice Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 86, s. 41; *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, s. 9). France also prohibits the use in courtrooms of any device for recording or broadcasting sound (*Code de procédure pénale*, art. 308). This national, indeed international, consensus confirms that measures intended to regulate the work of the media in courthouses are necessary to maintain the fair administration of justice.

[97] Thus, the limits imposed on freedom of expression are reasonable and are justified in a free and democratic society.

5. Conclusion

[98] Freedom of the press and the fair administration of justice are essential to the proper functioning of a democratic society and must be harmonized with one another. Each one is just as vital as the other. Freedom of the press cannot foster self-fulfilment, democratic discourse and truth finding if it has a negative impact on the fair administration of justice. In the instant case, the government has taken action to reconcile those two values. Since no right is absolute, this reconciliation must be accepted.

[99] I would dismiss the appeal with costs and confirm that the impugned measures are constitutional.

APPENDIX

RULES GOVERNING FILMING, PICTURE TAKING AND INTERVIEWING

In order to ensure the fair administration of justice, the serenity of judicial hearings and the respect of the rights of litigants and witnesses:

[96] De plus, plusieurs pays ont adopté des mesures semblables ou même plus strictes encore que celles contestées en l'espèce. Par exemple, au Royaume-Uni, toute photographie ou même croquis à la Cour d'un participant à une instance judiciaire est interdit, incluant l'édifice et ses abords, de même que la diffusion de l'enregistrement des procédures judiciaires (*Criminal Justice Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 86, art. 41; *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, art. 9). La France interdit elle aussi l'emploi de tout appareil d'enregistrement ou de diffusion sonore à l'intérieur des salles d'audience (*Code de procédure pénale*, art. 308). Ce consensus national, voire international, confirme que des mesures destinées à encadrer le travail des médias dans les palais de justice sont nécessaires pour assurer le maintien d'une saine administration de la justice.

[97] Les limites imposées à la liberté d'expression sont donc raisonnables et justifiées dans le cadre d'une société libre et démocratique.

5. Conclusion

[98] La liberté de la presse et la saine administration de la justice sont essentielles au bon fonctionnement d'une société démocratique et elles doivent être harmonisées. Elles sont tout aussi vitales l'une que l'autre. La liberté de la presse ne saurait favoriser l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité si elle a une incidence négative sur la saine administration de la justice. En l'espèce, l'État est intervenu pour concilier ces deux valeurs. Reconnaissant qu'aucun droit n'est absolu, il faut accepter cette conciliation.

[99] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi, avec dépens, et de confirmer la constitutionnalité des mesures contestées.

ANNEXE

DIRECTIVES CONCERNANT LA PRISE D'IMAGES ET LA TENUE D'ENTREVUES

Afin d'assurer la saine administration de la justice, la sérénité des débats judiciaires et le respect des droits des justiciables et des témoins :

2011 SCC 2 (CanLII)

1. It is prohibited to obstruct or hinder the free movement of persons in public areas, including by stopping in front of them or by blocking their passage.

2. Filming, picture taking and interviewing are permitted only within the areas marked by pictograms in the public sections of the court house. For certain court houses, such areas are identified in the floor plan annexed hereto.

3. It is forbidden to follow individuals with cameras or microphones in court houses.

4. No filming, picture taking or interviewing may take place in the general vicinity of court rooms, including near entrance and exit doors.

5. It is, however, permitted to request an interview from a person exiting [a] court room.

6. Where the person consents to give an interview, the media representative and this person must move to the area of the court house designated for that purpose, as identified by pictograms.

7. Notwithstanding the preceding, safety instructions and security zones must be respected at all times.

8. Any person may contact the security service of the courthouse in order to have the present rules enforced.

9. The present rules shall come into effect on May 16, 2005.

François Rolland
Chief Justice
Quebec Superior Court

1. Il est interdit d'entraver ou de gêner la libre circulation des usagers dans les aires publiques notamment en s'immobilisant devant une personne ou en lui obstruant le passage.

2. La prise d'images et la tenue d'entrevues ne sont permises que dans les zones désignées par des pictogrammes dans les aires publiques des palais de Justice annexés aux présentes.

3. Il est interdit de pourchasser des personnes avec des caméras ou des microphones dans les palais de Justice.

4. Aucune prise d'image ni entrevue ne peut être faite aux sorties ou aux abords des salles d'audience.

5. Toutefois, il est permis de demander à une personne à la sortie de la salle d'audience de donner une entrevue.

6. Lorsque la personne consent à donner une entrevue, les représentants des médias et cette personne doivent se rendre à l'endroit prévu à cette fin et désigné par pictogramme dans les palais de Justice pour la prise d'images et la tenue d'entrevues.

7. Les consignes et périmètres de sécurité doivent être respectés en tout temps.

8. Tout usager peut faire appel au Service de sécurité du palais de Justice afin d'assurer le respect des présentes directives.

9. Les présentes directives entrent en vigueur le 16 mai 2005.

François Rolland
Juge en chef
Cour supérieure du Québec

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellants: Spiegel Sohmer, Montréal.

Procureurs des appelantes : Spiegel Sohmer, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: Côté, Marcoux & Joyal, Montréal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada : Côté, Marcoux & Joyal, Montréal.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Montréal.

Procureur de l'intimé le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Montréal.

2011 SCC 2 (CanLII)

Solicitors for the respondent the Honourable François Rolland, in his capacity as Chief Justice of the Quebec Superior Court: Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Solicitors for the respondent Barreau du Québec: Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Newspaper Association, Ad IDEM/Canadian Media Lawyers Association, RTNDA Canada/ Association of Electronic Journalists, Canadian Association of Journalists, Canadian Journalists for Free Expression and Canadian Publishers' Council: Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tetrault, Montréal.

Procureurs de l'intimé l'honorable François Rolland, ès qualités de juge en chef de la Cour supérieure du Québec : Langlois Kronström Desjardins, Montréal.

Procureurs de l'intimé le Barreau du Québec : Irving Mitchell Kalichman, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Osler, Hoskin & Harcourt, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des journaux, Ad IDEM/ Canadian Media Lawyers Association, ACDIRT Canada/Association des journalistes électroniques, Association canadienne des journalistes, Journalistes canadiens pour la liberté d'expression et Canadian Publishers' Council : Fasken Martineau DuMoulin, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tetrault, Montréal.

2011 SCC 2 (CanLII)

TAB 8

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Robin Sharpe *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General for Alberta, the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP), Canadians Against Violence (CAVEAT), the Criminal Lawyers' Association, the Evangelical Fellowship of Canada, Focus on the Family (Canada) Association, the British Columbia Civil Liberties Association, the Canadian Civil Liberties Association, Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* SHARPE

Neutral citation: 2001 SCC 2.

File No.: 27376.

2000: January 18, 19; 2001: January 26.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Whether possession of expressive material protected by right to freedom

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Robin Sharpe *Intimé*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de l'Alberta, l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP), les Canadiens contre la violence (CAVEAT), la Criminal Lawyers' Association, l'Alliance évangélique du Canada, la Focus on the Family (Canada) Association, la British Columbia Civil Liberties Association, l'Association canadienne des libertés civiles, Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : R. *c.* SHARPE

Référence neutre : 2001 CSC 2.

N° du greffe : 27376.

2000 : 18, 19 janvier; 2001 : 26 janvier.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — La possession de matériel expressif est-elle protégée par le droit à la

2001 SCC 2 (CanLII)

of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Whether Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing right to liberty — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Child pornography — Crown conceding that Criminal Code prohibition of possession of child pornography infringing freedom of expression — Whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 1 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1(4).

Criminal law — Child pornography — Criminal Code prohibiting possession of child pornography — Scope of definition of "child pornography" — Defences available — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 163.1.

The accused was charged with two counts of possession of child pornography under s. 163.1(4) of the *Criminal Code* and two counts of possession of child pornography for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3). "Child pornography", as defined in s. 163.1(1) of the *Code*, includes visual representations that show a person who is or is depicted as under the age of 18 years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity and visual representations the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years. "Child pornography" also includes visual representations and written material that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Code*. Prior to his trial, the accused brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Code*, alleging a violation of his constitutional guarantee of freedom of expression. The Crown conceded that s. 163.1(4) infringed s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* but argued that the infringement was justifiable under s. 1 of the *Charter*. Both the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography as defined under s. 163.1 of the *Code* was not justifiable in a free and democratic society.

liberté d'expression? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — L'interdiction de la possession de pornographie juvénile prévue au Code criminel porte-t-elle atteinte au droit à la liberté? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Pornographie juvénile — Ministère public reconnaissant que l'interdiction de la possession de pornographie prévue au Code criminel porte atteinte à la liberté d'expression — L'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1(4).

Droit criminel — Pornographie juvénile — Possession de pornographie juvénile interdite par le Code criminel — Portée de la définition de « pornographie juvénile » — Moyens de défense disponibles — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 163.1.

L'accusé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, et de deux chefs de possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3). Selon la définition du par. 163.1(1) du *Code*, l'expression « pornographie juvénile » s'entend de toute représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, et de toute représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans. Cette expression s'entend également de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans qui constituerait une infraction au *Code*. Avant son procès, l'accusé a présenté une requête préliminaire contestant la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code*, en faisant valoir qu'il y avait eu atteinte à la liberté d'expression que lui garantit la Constitution. Le ministère public a reconnu que le par. 163.1(4) porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais a prétendu que la restriction était justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont déclaré que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile au sens de l'art. 163.1 du *Code* n'était pas justifiable dans une société libre et démocratique.

2001 SCC 2 (CanLII)

Held: The appeal should be allowed and the charges remitted for trial.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: In order to assess the constitutionality of s. 163.1(4), it is important to ascertain the nature and scope of any infringement. Until it is known what the law catches, it cannot be determined that the law catches too much. Consequently, the law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored. In light of Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, the word "person" in the definition of child pornography should be construed as including visual works of the imagination as well as depictions of actual people. The word "person" also includes the person possessing the expressive material. The term "depicted" refers to material that a reasonable observer would perceive as representing a person under the age of 18 years and engaged in explicit sexual activity. The expression "explicit sexual activity" refers to acts at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous fashion. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence. An objective approach must be applied to the terms "dominant characteristic" and "for a sexual purpose". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region in a manner that is reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence. As for written material or visual representations that advocate or counsel sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code*, the requirement that the material "advocates" or "counsels" signifies that, when viewed objectively, the material must be seen as actively inducing or encouraging the described offences with children.

Parliament has created a number of defences in ss. 163.1(6) and (7) of the *Code* which should be liberally construed as they further the values protected by the guarantee of free expression. These defences may be

Arrêt : Le pourvoi est accueilli et les accusations sont renvoyées au tribunal de première instance.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel : Pour évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4), il importe de déterminer la nature et la portée de toute atteinte. Tant que l'on ne sait pas ce à quoi la disposition s'applique, il est impossible de dire si sa portée est trop large. Par conséquent, il faut interpréter la disposition et examiner les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive. Vu l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, le mot « personne » dans la définition de la pornographie juvénile doit être considéré comme incluant les œuvres visuelles issues de l'imagination et les représentations de vraies personnes. Le mot « personne » s'entend également de la personne qui a le matériel expressif en sa possession. Le mot « présentée » renvoie à du matériel qui serait considéré par un observateur raisonnable comme représentant une personne de moins de 18 ans se livrant à une activité sexuelle explicite. L'expression « activité sexuelle explicite » vise les actes qui se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque. En conséquence, les représentations de contacts sexuels anodins, comme le baiser ou l'étreinte, ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Une approche objective doit être appliquée à l'égard des expressions « caractéristique dominante » et « dans un but sexuel ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant d'une façon qui puisse raisonnablement être perçue comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction. Pour ce qui est des écrits ou des représentations qui préconisent ou conseillent une activité sexuelle avec une personne de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel*, l'exigence voulant que le matériel « préconise » ou « conseille » signifie que, pris objectivement, ce matériel doit être considéré comme encourageant activement la perpétration des infractions en cause avec des enfants.

Le législateur a créé, aux par. 163.1(6) et (7) du *Code*, un certain nombre de moyens de défense qui doivent être interprétés libéralement car ils servent les valeurs protégées par la garantie de liberté d'expression. L'ac-

2001 SCC 2 (CanLII)

raised by the accused by pointing to facts capable of supporting the defence, at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt. The defence of "artistic merit" provided for in s. 163.1(6) must be established objectively and should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Section 163.1(6) creates a further defence for material that serves an "educational, scientific or medical purpose". This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. Finally, Parliament has made available a "public good" defence. As with the medical, educational or scientific purpose defences, the defence of public good should be liberally construed.

The possession of child pornography is a form of expression protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, opinion, belief and expression as it allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. The possession of expressive material falls within the continuum of intellectual and expressive freedom protected by s. 2(*b*). The accused accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

The accused also alleges that s. 163.1(4) violates his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. It is not necessary to consider this argument separately as it wholly replicates the overbreadth concerns that are the central obstacle to the justification of the s. 2(*b*) breach. The s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, is the appropriate forum for addressing over broad restrictions on free expression.

In adopting s. 163.1(4), Parliament was pursuing the pressing and substantial objective of criminalizing the possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The means chosen by Parlia-

cusé peut invoquer l'un ou l'autre de ces moyens de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer, après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense invoqué. Le moyen de défense fondé sur la « valeur artistique » prévu au par. 163.1(6) doit être établi de manière objective et s'entend de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Le paragraphe 163.1(6) crée un autre moyen de défense à l'égard du matériel qui a un « but éducatif, scientifique ou médical ». Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. Enfin, le législateur a établi un moyen de défense fondé sur le « bien public ». Ce moyen de défense, tout comme celui fondé sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical, doit être interprété libéralement.

La possession de pornographie juvénile est une forme d'expression protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression, car la possession de matériel expressif nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. La possession de matériel expressif est donc comprise dans le continuum de liberté intellectuelle et expressive protégée par l'al. 2*b*). L'accusé reconnaît que le préjudice causé aux enfants justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. La question fondamentale qui se pose est donc de savoir si le par. 163.1(4) du *Code* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

L'accusé prétend aussi que le par. 163.1(4) porte atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d'être passible d'emprisonnement en raison de la portée excessive d'une disposition législative est contraire aux principes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2*b*), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. C'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des allégations de restrictions excessives à la liberté d'expression.

Lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4), le législateur poursuivait un objectif urgent et réel, savoir la criminalisation de la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte justifiée qu'un préjudice ne soit causé à

2001 SCC 2 (CanLII)

ment are rationally connected to this objective. Parliament is not required to adduce scientific proof based on concrete evidence that the possession of child pornography causes harm to children. Rather, a reasoned apprehension of harm will suffice. Applying this test, the evidence establishes several connections between the possession of child pornography and harm to children: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders to offend; (3) it is used for grooming and seducing victims; and (4) children are abused in the production of child pornography involving real children. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. With respect to minimal impairment, when properly interpreted, the law catches much less material unrelated to harm to children than has been suggested. However, the law does capture the possession of two categories of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raise little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings created by or depicting the accused that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use. The bulk of the material falling within these two classes engages important values underlying the s. 2(*b*) guarantee while posing no reasoned risk of harm to children. In its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional. Nonetheless, the law's application to materials in the two problematic classes, while peripheral to its objective, poses significant problems at the final stage of the proportionality analysis. In these applications the restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. The cost of prohibiting such materials to the right of free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(*b*) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

des enfants. Il existe un lien rationnel entre le moyen retenu par le législateur et cet objectif. Le législateur n'est pas tenu de présenter une preuve scientifique, fondée sur des éléments de preuve concrets, établissant que la possession de pornographie juvénile cause préjudice aux enfants. Une appréhension raisonnée de préjudice suffit. Si l'on applique ce critère, la preuve établit l'existence de plusieurs liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des infractions; (3) elle sert à initier et à séduire des victimes; (4) des enfants sont exploités dans le cadre de la production de pornographie juvénile impliquant de vrais enfants. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. En ce qui concerne l'atteinte minimale, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants qu'on ne prétend. Toutefois, elle vise effectivement la possession de deux catégories de matériel qu'on ne considérerait pas normalement comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présentent que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2*b*), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel. Néanmoins, l'application de la disposition au matériel compris dans les deux catégories problématiques, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose des problèmes importants à l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité. En ce qui concerne ces applications, la restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l'expression là où elle côtoie la pensée. Les inconvénients que l'interdiction de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expression l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2*b*) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

2001 SCC 2 (CanLII)

The appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the two problematic applications of s. 163.1. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exceptions will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting and carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. While excluding the offending applications will not subvert Parliament's object, striking down the statute altogether would most assuredly do so. Accordingly, s. 163.1(4) should be upheld on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1 should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. These two exceptions apply as well to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing child pornography for the purpose of publication). The exceptions will not be available where a person harbours any intention other than mere private possession.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.: Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person. The Crown conceded that the right to free expression was infringed in all respects, unfortunately depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(*b*) of the *Charter* as it applies to this case. At the same time, it is recognized that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis for excluding it from the scope of the s. 2(*b*) guarantee. No separate analysis under s. 7 of the *Charter* is required. The s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1 of the *Charter*. The only issue is whether the infringement of freedom of expression is

La réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les deux applications problématiques de cette disposition. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, et leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Alors que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur, l'invalidation complète de la disposition aurait sûrement cet effet. En conséquence, la validité du par. 163.1(4) devrait être confirmée pour le motif que la définition de la « pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel; (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2) (mais pas à l'impression, à la publication ou à la possession de pornographie juvénile en vue de la publication). Les exceptions ne pourront pas être invoquées par la personne qui nourrit des intentions autres que la simple possession personnelle.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache : En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'expression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne. Le ministère public a reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression, privant ainsi malheureusement la Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui s'applique en l'espèce. En même temps, il est reconnu que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif, le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2*b*). Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 de la *Charte* n'est requise. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être exa-

2001 SCC 2 (CanLII)

justifiable under s. 1. Section 1 recognizes that in a democracy competing rights and values exist. The underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights. A principled and contextual approach to s. 1 ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. At each stage of the s. 1 analysis close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists.

An appraisal of the contextual factors in this case leads to the conclusion that Parliament's decision to prohibit child pornography is entitled to an increased level of deference. Child pornography, as defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. Although not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner, the attitudinal harm inherent in child pornography can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment. Expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself as all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. The possibility that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm. The violation of the privacy rights of the persons depicted constitutes an additional risk of harm that flows from the possibility of dissemination. Child pornography is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. Section 163.1 was enacted to protect children, one of the most vulnerable groups in society. It is based on the clear evidence of direct harm caused by child pornography, as well as Parliament's reasoned apprehension that child pornography also causes attitudinal harm. The lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm is not a valid reason for attenuating the Court's deference to Parliament's decision.

minée en vertu de l'article premier de la *Charte*. La seule question qui se pose est donc de savoir si l'atteinte à la liberté d'expression est justifiable au sens de l'article premier, lequel reconnaît que des droits et des valeurs opposés existent en démocratie. Les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué. La méthode contextuelle et fondée sur des principes employée pour interpréter l'article premier garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Il convient d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier.

En l'espèce, l'évaluation des facteurs contextuels mène à la conclusion qu'il faut faire montre d'une plus grande retenue à l'égard de la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile. Au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, la pornographie juvénile est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Ce préjudice existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et il découle de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou des traitements avilissants ou déshumanisants. L'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi, car tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental. L'atteinte aux droits à la vie privée des personnes représentées constitue un risque supplémentaire de préjudice qui découle de la possibilité de diffusion. La pornographie juvénile est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants, lesquels forment l'un des groupes les plus vulnérables de la société. Il s'appuie sur la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que sur la crainte raisonnée du législateur que la pornographie juvénile ne cause également un préjudice comportemental. Le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines au sujet du préjudice comportemental n'est pas un motif valable d'atténuer la retenue judiciaire à l'égard de la décision du législateur.

2001 SCC 2 (CanLII)

The importance of the protection of children is recognized in both Canadian criminal and civil law. The protection of children from harm is a universally accepted goal. International law is rife with instruments that emphasize the protection of children and a number of international bodies have recognized that possession of child pornography must be targeted to effectively address the harms caused by this type of material. Moreover, domestic legislation in a number of democratic countries criminalizes the simple possession of child pornography.

As a form of expression, child pornography warrants less protection since it is low value expression that is far removed from the core values underlying the protection of freedom of expression. Child pornography has a limited link to the value of self-fulfilment, but only in its most base aspect. Furthermore, in prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in the *Oakes* test. Finally, Parliament has the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values.

Section 163.1(4) of the *Code* constitutes a reasonable and justified limit upon freedom of expression. In proscribing the possession of child pornography, Parliament's overarching objective was to protect children. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose. Section 163.1(4) is also proportionate to the objective. First, prohibiting the possession of child pornography is rationally connected to the aim of preventing harm to children and society. The possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles, reinforcing their erroneous belief that sexual activity with children is acceptable. Child pornography fuels paedophiles' fantasies, which constitute the motivating force behind their sexually deviant behaviour. Section 163.1(4) plays an important role in an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornogra-

Au Canada, l'importance de la protection des enfants est reconnue tant en droit criminel qu'en droit civil. La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants et de nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait s'attaquer à la possession de pornographie juvénile pour prévenir efficacement les préjudices causés par ce type de matériel. De plus, la législation interne de nombreux pays démocratiques criminalise la simple possession de pornographie juvénile.

Une protection atténuée à l'égard de la pornographie juvénile comme forme d'expression est justifiée, car il s'agit d'une expression de faible valeur qui s'écarte grandement des valeurs fondamentales qui sous-tendent la protection de la liberté d'expression. La pornographie juvénile a un lien ténu avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais seulement dans son aspect le moins digne. De plus, en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leurs droits à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue. Enfin, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en criminalisant certaines formes de comportement. La Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales.

Le paragraphe 163.1(4) du *Code* constitue une restriction raisonnable et justifiée de la liberté d'expression. L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel. Le paragraphe 163.1(4) est également proportionné à l'objectif. Premièrement, il existe un lien rationnel entre l'interdiction de la possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société. La possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles en renforçant leur croyance erronée que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable. La pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles, et ces fantasmes sont à l'origine de leur comportement sexuel déviant. Le paragraphe 163.1(4) joue un rôle important dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

phy. Paedophiles use child pornography for seducing children and for grooming them to commit sexual acts. Lastly, children are abused in the production of child pornography. The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for this material. If consumption of child pornography is reduced, presumably production and the abuse of children will also be reduced.

Second, the prohibition of the possession of child pornography minimally impairs the right to free expression. Although s. 163.1(4) is directed only to the private possession of child pornography, children are particularly vulnerable in the private sphere, since a large portion of child pornography is produced privately and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess child pornography similarly occurs in private. Consequently, prohibiting the simple possession of child pornography has an additional reductive effect on the harm it causes. The prohibition of the possession of child pornography also captures visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production; in enacting s. 163.1(4), Parliament sought to prevent not only the harm that flows from the use of children in pornography, but also the harm that flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. The focus of the inquiry must be on the harm of the message of the representations and not on their manner of creation, or on the intent or identity of their creator. Given the low value of the speech at issue in this case and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in concluding that visual works of the imagination would harm children.

The inclusion of written material in the offence of possession of child pornography does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship. Evidence suggests that the cognitive distortions of paedophiles are reinforced by such material and that written pornography fuels the sexual fantasies of paedophiles and could incite them to offend. Although the prohibition in s. 163.1(4) extends

contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Les pédophiles utilisent la pornographie juvénile pour séduire des enfants et les initier aux rapports sexuels. Enfin, les enfants sont exploités dans la production de pornographie juvénile. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de ce genre de matériel. Si la consommation de pornographie juvénile est réduite, il en sera probablement de même de la production et de l'exploitation des enfants.

Deuxièmement, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression. Bien que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle, les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, une grande partie de la pornographie juvénile étant produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. L'effet pernicieux sur l'attitude des gens qui ont de la pornographie juvénile en leur possession se manifeste lui aussi en privé. L'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile contribuera donc à réduire davantage le préjudice qui en résulte. L'interdiction vise également les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation de vrais enfants ou jeunes. Par l'adoption du par. 163.1(4), le législateur a voulu prévenir non seulement le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie, mais également celui qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, ainsi que transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. L'accent doit être mis sur le préjudice causé par le message que transmettent les représentations, et non sur le mode de création de celles-ci, ni sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé à conclure que les œuvres de fiction visuelles causeraient un préjudice aux enfants.

L'inclusion du matériel écrit dans l'infraction de possession de pornographie juvénile n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative vise à interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur. Selon certains éléments de preuve, ce matériel renforce les distorsions cognitives des pédophiles et la pornographie écrite alimente les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait les inciter à commettre des crimes. Bien que

2001 SCC 2 (CanLII)

to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep pornographic videotapes or pictures of themselves, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is a great risk that they will be exploited in its creation. Hence, while adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18. It is not necessary that the provision contain a defence to protect teenagers who are in possession of erotic videos or pictures of themselves. Such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children, since some adolescents under the age of 18 groom other children into engaging in sexual conduct. There is also no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment. The creation of permanent records of teenagers' sexual activities has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. The definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted, and the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good.

Third, when the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any deleterious effects on the right to freedom of expression and the interests of privacy. Section 163.1(4) helps to prevent the harm to children which results from the production of child pornography; deters the use of child pornography in the grooming of children; curbs the collection of child pornography by paedophiles; and helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented. In sum, the legislation benefits society as a whole as it sends a clear message that deters the development of antisocial atti-

l'interdiction prévue au par. 163.1(4) vise les adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos pornographiques les représentant, cet effet est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient exploités pour produire cette forme de pornographie. Par conséquent, même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur était solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devait être fixée à 18 ans. Il n'est pas nécessaire que la disposition prévoie un moyen de défense pour protéger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants, étant donné que certains adolescents de moins de 18 ans initient d'autres enfants aux rapports sexuels. Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel. La création d'un enregistrement permanent des activités sexuelles d'un adolescent a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur manque de maturité. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile, et la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public.

Troisièmement, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Le paragraphe 163.1(4) contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile, décourage l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants, freine l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles et contribue à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi. En somme, la mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société en ce qu'elle transmet un

2001 SCC 2 (CanLII)

tudes. The law does not trench significantly on speech possessing social value since there is a very tenuous connection between the possession of child pornography and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography. The privacy of those who possess child pornography is protected by the right against unreasonable search and seizure as guaranteed by s. 8 of the *Charter*. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. The privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography. Moreover, the provision's beneficial effects in protecting the privacy interests of children are proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

Cases Cited

By McLachlin C.J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R.

message clair qui décourage les comportements antisociaux. Elle n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale, car il existe un lien très ténu entre la possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, elle est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent bassement dans la possession de pornographie juvénile. Le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte* protège également la vie privée de ceux qui ont de la pornographie juvénile en leur possession. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile. En outre, les effets bénéfiques de la mesure législative sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef McLachlin

Arrêts mentionnés : *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 3 R.C.S. 550; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL); *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171; *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289; *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152; *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633; *R. c. Whyte*, [1988] 2

2001 SCC 2 (CanLII)

3; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493.

By L'Heureux-Dubé, Gonthier and Bastarache JJ.

Referred to: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630; *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Reference Re Public Service Employee Relations*

R.C.S. 3; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493.

Citée par les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et Bastarache

Arrêts mentionnés : *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630; *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*,

2001 SCC 2 (CanLII)

Act (Alta.), [1987] 1 S.C.R. 313; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997; *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000; *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44.
Child and Family Services Act, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53.
Child and Family Services Act, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19, 25 to 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), ss. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Children's Act, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Convention on the Rights of the Child, Can. T.S. 1992, No. 3, arts. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Code (Belgium), art. 383*bis*.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [am. 1993, c. 46, s. 1], 163.1 [ad. *idem*, s. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Criminal Justice Act 1988 (U.K.), 1988, c. 33, s. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86.
Declaration of the Rights of the Child, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), preamble.
Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1.
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b).

[1995] 1 R.C.S. 315; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1999); *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL); *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270; *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990); *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100; *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (1994); *R. c. Pointon*, C. prov. Man., 23 octobre 1997; *R. c. Geisel*, C. prov. Man., 2 février 2000; *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7, 8, 15.
Child and Family Services Act, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1).
Child, Family and Community Service Act, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19, 25 à 33.
Child Trafficking and Pornography Act, 1998 (No. 22) (Ir.), art. 2, 6.
Child Welfare Act, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15.
Child Welfare Act, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18.
Children and Family Services Act, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34.
Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995 (Austl.) (No. 7 of 1995).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 22, 150.1, 151, 152, 153, 159, 160(3), 163 [mod. 1993, ch. 46, art. 1], 163.1 [aj. *idem*, art. 2], 170, 171, 172, 212(4), 215, 271, 272, 273.
Code pénal (Belgique), art. 383*bis*.
Convention relative aux droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 nº 3, art. 1, 2, 9, 16, 19, 32, 33, 34, 35, 37.
Criminal Justice Act 1988 (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160.
Criminal Justice and Public Order Act 1994 (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86.
Déclaration des droits de l'enfant, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), préambule.
Déclaration universelle des droits de l'homme, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), art. 25(2).
Family and Child Services Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b).
Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.-Z.) No. 94, art. 2, 3, 131.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la protection de la jeunesse, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46.

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).

Films, Videos, and Publications Classification Act 1993 (N.Z.) No. 94, ss. 2, 3, 131.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 24.

International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3).

International traffic in child pornography, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution, and child pornography, A/RES/54/263 (2000), Annex II.

Protection of Children Act 1978 (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1, 7.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), art. 25(2).

Young Offenders Act, R.S.C. 1985, c. Y-1, s. 20.

Youth Protection Act, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3, 46.

18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Loi sur l'enfance, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. 1985, ch. Y-1, art. 20.

Loi sur les services à l'enfant et à la famille, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44.

Loi sur les services à l'enfance et à la famille, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33.

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3).

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 24.

Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 10(3).

Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1.

Protection of Children Act 1978 (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1, 7.

Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants, A/RES/54/263 (2000), Annexe II.

Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants, OIPC-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

18 U.S.C. §§ 2252a)(4)(B), 2256 (1994 & Supp. IV 1998).

Authors Cited

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.

Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15.

Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Canada. Criminal Intelligence Service. *Annual Report on Organized Crime in Canada*. Ottawa: The Service, 2000.

Canada. Health and Welfare Canada. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching*

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and Martha Bailey. « Canada: Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283.

Bessner, Ronda. « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15.

Blugerman, Brian, assisted by Laurie May. « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général. *Procès-verbaux et témoignages*. Fascicule nº 105, 10 juin 1993, p. 105:4-105:5, 105:21.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des affaires juridiques. *Rapport sur la pornographie.* Fascicule nº 18, le 22 mars 1978, p. 18:4.

Canada. Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de*

for Solutions. By Rix G. Rogers. Ottawa: The Advisor, 1990.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Report on Pornography.* Issue No. 18, March 22, 1978, p. 18:4.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Minutes of Proceedings and Evidence*. Issue No. 105, June 10, 1993, pp. 105:4-105:5, 105:21.

Canada. *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, p. 20328.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.* Issue No. 50, June 21, 1993, p. 50:41.

Canada. Senate. *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs.* Issue No. 51, June 22, 1993, p. 51:54.

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto: Oxford University Press, 1998, "explicit".

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 2000.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto: Butterworths, 1994.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).

Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington: Indiana University Press, 1999.

New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford: Clarendon Press, 1998, "explicit".

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford: Clarendon Press, 1993, "art".

Roberts, Julian V. "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends" (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. "*R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London: Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

la pornographie et de la prostitution (rapport Fraser). Ottawa : Le Comité, 1985.

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (rapport Badgley). Ottawa : Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. *Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328.

Canada. Santé et Bien-être social Canada. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions.* Par Rix G. Rogers. Ottawa : Le Conseiller, 1990.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles.* Fascicule no 50, 21 juin, 1993, p. 50:41.

Canada. Sénat. *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles.* Fascicule no 51, 22 juin 1993, p. 51:54.

Canada. Service canadien de renseignements criminels. *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada*. Ottawa : Le Service, 2000.

Canadian Oxford Dictionary. Edited by Katherine Barber. Toronto : Oxford University Press, 1998, « explicit ».

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 3e éd. Montréal : Thémis, 1999.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto : Butterworths, 1983.

Driedger on the Construction of Statutes, 3rd ed. By Ruth Sullivan. Toronto : Butterworths, 1994.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 1999, release 1).

Levesque, Roger J. R. *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective*. Bloomington : Indiana University Press, 1999.

Nations Unies. Assemblée générale. *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants* : *Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994).

Nations Unies. Commission des droits de l'homme. *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55e séance, 1992/74.

New Oxford Dictionary of English. Edited by Judy Pearsall. Oxford : Clarendon Press, 1998, « explicit ».

New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles, vol. 1. Oxford : Clarendon Press, 1993, « art ».

2001 SCC 2 (CanLII)

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

United Nations. Commission on Human Rights. *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74.

United Nations. General Assembly. *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994).

Watson, Jack. "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, dismissing a Crown appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), declaring void s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

John M. Gordon and *Kate Ker*, for the appellant.

Gil D. McKinnon, Q.C., *Richard C. C. Peck, Q.C.*, and *Nikos Harris* for the respondent.

Cheryl J. Tobias and *Kenneth J. Yule*, for the intervener the Attorney General of Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes and *Laurie Lacelle*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Joanne Marceau and *Jacques Gauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Daniel A. MacRury, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Mary Elizabeth Beaton, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Shawn Greenberg and *Holly Penner*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Roberts, Julian V. « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395.

Ross, June. « *R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50.

Stephen, James Fitzjames, Sir. *A Digest of the Criminal Law (indictable offences)*, 9th ed. By Sir Lewis Frederick Sturge. London : Sweet & Maxwell, 1950.

Sugunasiri, Shalin M. « Contextualism : The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Watson, Jack. « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 136 C.C.C. (3d) 97, 127 B.C.A.C. 76, 207 W.A.C. 76, 175 D.L.R. (4th) 1, 25 C.R. (5th) 215, 69 B.C.L.R. (3d) 234, [2000] 1 W.W.R. 241, [1999] B.C.J. No. 1555 (QL), 1999 BCCA 416, qui a rejeté l'appel du ministère public contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1999), 22 C.R. (5th) 129, 169 D.L.R. (4th) 536, [1999] B.C.J. No. 54 (QL), qui avait déclaré nul le par. 163.1(4) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

John M. Gordon et *Kate Ker*, pour l'appelante.

Gil D. McKinnon, c.r., *Richard C. C. Peck, c.r.*, et *Nikos Harris* pour l'intimé.

Cheryl J. Tobias et *Kenneth J. Yule*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

James H. Flaherty, Christine Bartlett-Hughes et *Laurie Lacelle*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Joanne Marceau et *Jacques Gauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Daniel A. MacRury, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Mary Elizabeth Beaton, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Shawn Greenberg et *Holly Penner*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

2001 SCC 2 (CanLII)

Joshua B. Hawkes, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Timothy S. B. Danson, for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT).

Frank Addario and *Michael Lacy*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* and *Janet Epp Buckingham*, for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, *Q.C.*, *Bruce Ryder* and *Andrew D. Gay*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson and *Tycho M. J. Manson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

David Matas, *Mark Eric Hecht* and *Jean-François Noël*, for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Major, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

Is Canada's law banning the possession of child pornography constitutional or, conversely, does it unjustifiably intrude on the constitutional right of Canadians to free expression? That is the central question posed by this appeal.

I conclude that the law is constitutional, except for two peripheral applications relating to expres-

Joshua B. Hawkes, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Timothy S. B. Danson, pour les intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT).

Frank Addario et *Michael Lacy*, pour l'intervenante la Criminal Lawyers' Association.

Robert W. Staley, *Meredith Hayward* et *Janet Epp Buckingham*, pour les intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association.

John D. McAlpine, *c.r.*, *Bruce Ryder* et *Andrew D. Gay*, pour l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association.

Patricia D. S. Jackson et *Tycho M. J. Manson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

David Matas, *Mark Eric Hecht* et *Jean-François Noël*, pour les intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Major, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Introduction

La disposition législative canadienne interdisant la possession de pornographie juvénile est-elle constitutionnelle ou, au contraire, constitue-t-elle une restriction injustifiée du droit constitutionnel des Canadiens à la liberté d'expression? Voilà la principale question que soulève le présent pourvoi. 1

Je conclus que la disposition en cause est constitutionnelle, sauf en ce qui concerne deux applica- 2

2001 SCC 2 (CanLII)

sive material privately created and kept by the accused, for which two exceptions can be read into the legislation. The law otherwise strikes a constitutional balance between freedom of expression and prevention of harm to children. As a consequence, I would uphold the law and remit Mr. Sharpe for trial on all charges.

tions limitrophes portant sur du matériel expressif créé et conservé en privé par l'accusé, à l'égard desquelles on peut considérer que la disposition comporte deux exceptions. Hormis cela, la disposition en cause établit un équilibre constitutionnel entre la liberté d'expression et la prévention du préjudice causé aux enfants. Par conséquent, je suis d'avis d'en confirmer la validité et de renvoyer M. Sharpe à son procès relativement à tous les chefs d'accusation.

3 The respondent, Mr. Sharpe, was charged on a four-count indictment after two seizures of material. The first seizure was made by Canada Customs. It consisted of computer discs containing a text entitled "Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics". Two charges were laid with respect to this material — one for illegal possession under s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, and one for possession for the purposes of distribution or sale under s. 163.1(3) of the *Code*. The second seizure was at Mr. Sharpe's home pursuant to a search warrant the validity of which will be contested at trial. Police officers seized a collection of books, manuscripts, stories and photographs the Crown says constitute child pornography. Again, two charges were laid — one of simple possession and one of possession for the purposes of distribution or sale.

L'intimé, M. Sharpe, a fait l'objet de quatre chefs d'accusation à la suite de deux saisies. La première, effectuée par Douanes Canada, visait des disquettes informatiques renfermant un texte intitulé « Sam Paloc's Boyabuse — Flogging, Fun and Fortitude: A Collection of Kiddiekink Classics ». Deux accusations ont été déposées à l'égard de ce matériel, une pour possession illégale, suivant le par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, et l'autre pour possession en vue de la distribution ou de la vente, suivant le par. 163.1(3) du *Code*. Au cours de la deuxième saisie, effectuée au domicile de M. Sharpe en vertu d'un mandat de perquisition dont la validité sera contestée au procès, les policiers se sont emparés d'une collection d'ouvrages, de manuscrits, de récits et de photos qui, d'affirmer le ministère public, constituent de la pornographie juvénile. Deux accusations ont une fois de plus été déposées, l'une de simple possession et l'autre de possession en vue de la distribution ou de la vente.

4 Mr. Sharpe brought a preliminary motion challenging the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. He does not challenge the constitutionality of the offence of possession for the purposes of distribution and sale, which will go to trial regardless of how this appeal is resolved. Mr. Sharpe contends that the prohibition of possession, without more, violates the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge ruled that the prohibition was unconstitutional, as did the majority of the British Columbia Court of Appeal. The Crown appeals that order to this Court.

Dans une requête préliminaire, M. Sharpe a plaidé l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*. Il ne conteste pas la validité de l'infraction de possession en vue de la distribution et de la vente, à l'égard de laquelle il sera jugé peu importe l'issue du présent pourvoi. Monsieur Sharpe soutient que l'interdiction de la possession, sans plus, porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès ainsi que les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ont déclaré l'interdiction inconstitutionnelle. Le ministère public fait appel de cette ordonnance devant notre Cour.

2001 SCC 2 (CanLII)

The Crown concedes that s. 163.1(4)'s prohibition on the possession of child pornography infringes the guarantee of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. The issue is whether this limitation of freedom of expression is justifiable under s. 1 of the *Charter*, given the harm possession of child pornography can cause to children. Mr. Sharpe accepts that harm to children justifies criminalizing possession of some forms of child pornography. The fundamental question therefore is whether s. 163.1(4) of the *Criminal Code* goes too far and criminalizes possession of an unjustifiable range of material.

Le ministère public reconnaît que le par. 163.1(4) interdisant la possession de pornographie juvénile porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La question est de savoir si cette restriction est justifiable au sens de l'article premier de la *Charte*, étant donné le préjudice que la possession de pornographie juvénile peut causer aux enfants. Monsieur Sharpe reconnaît que ce préjudice justifie la criminalisation de la possession de certains types de pornographie juvénile. Il s'agit donc essentiellement de savoir si le par. 163.1(4) du *Code criminel* va trop loin et criminalise sans justification la possession d'un éventail trop large de matériel.

II. Provisions of the Legislation and the *Charter*

II. La disposition législative et la *Charte*

In 1993, Parliament enacted s. 163.1 of the *Criminal Code*, creating a number of offences relating to child pornography. The provision supplemented laws making it an offence to make, print, publish, distribute, or circulate obscene material (s. 163), and to corrupt children (s. 172). With the enactment of s. 163.1, the *Criminal Code* contains a comprehensive scheme to attack child pornography at every stage — production, publication, importation, distribution, sale and possession. Subsections (2) and (3) of s. 163.1 criminalize possession of child pornography for the purpose of publication and possession for the purpose of distribution or sale. Section 163.1(4) extends the prohibition to possession *simpliciter*:

En 1993, le Parlement a adopté l'art. 163.1 du *Code criminel*, créant ainsi un certain nombre d'infractions liées à la pornographie juvénile. Cet article s'ajoutait aux dispositions interdisant la production, l'impression, la publication, la distribution ou la mise en circulation de matériel obscène (art. 163) et la corruption d'un enfant (art. 172). Par suite de l'adoption de cette disposition, le *Code criminel* comporte un régime complet de répression de la pornographie juvénile à tous les stades : production, publication, importation, distribution, vente et possession. Les paragraphes 163.1(2) et (3) créent l'infraction de possession de pornographie juvénile en vue de la publication et celle de possession en vue de la distribution ou de la vente. Le paragraphe 163.1(4) étend l'interdiction à la simple possession :

163.1 . . .

(4) Every person who possesses any child pornography is guilty of

(*a*) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

163.1 . . .

(4) Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

The scope of this offence depends on the definition of "child pornography" in subs. (1):

(1) In this section, "child pornography" means

La portée de cette infraction dépend de la définition de « pornographie juvénile » au par. (1) :

(1) Au présent article, « pornographie juvénile » s'entend, selon le cas :

2001 SCC 2 (CanLII)

(*a*) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,

(i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or

(ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or

(*b*) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

a) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :

(i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,

(ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;

b) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

8 The offence is subject to a number of defences, set out in subs. (6) and (7):

(6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

(7) Subsections 163(3) to (5) apply, with such modifications as the circumstances require, with respect to an offence under subsection (2), (3) or (4).

Les paragraphes (6) et (7) prévoient plusieurs moyens de défense :

(6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

(7) Les paragraphes 163(3) à (5) s'appliquent, avec les adaptations nécessaires, à une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4).

9 Subsection (7) imports the "public good" defence from the obscenity provisions of the *Criminal Code*:

163. . . .

(3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

(4) For the purposes of this section, it is a question of law whether an act served the public good and whether there is evidence that the act alleged went beyond what served the public good, but it is a question of fact whether the acts did or did not extend beyond what served the public good.

(5) For the purposes of this section, the motives of an accused are irrelevant.

Le paragraphe (7) rend applicable le moyen de défense fondé sur le « bien public » prévu par les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité :

163. . . .

(3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

(4) Pour l'application du présent article, la question de savoir si un acte a servi le bien public et s'il y a preuve que l'acte allégué a outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de droit, mais celle de savoir si les actes ont ou n'ont pas outrepassé ce qui a servi le bien public est une question de fait.

(5) Pour l'application du présent article, les motifs d'un prévenu ne sont pas pertinents.

2001 SCC 2 (CanLII)

Section 2(*b*) of the *Charter* guarantees freedom of expression as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

Section 7 of the *Charter* guarantees a right to liberty as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 1 of the *Charter* affirms the entitlement of everyone to the fundamental rights guaranteed by the *Charter*, subject to justifiable limits:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

III. Judicial Decisions

A. *British Columbia Supreme Court* (1999), 22 C.R. (5th) 129

In the British Columbia Supreme Court, Shaw J. courageously ruled that s. 163.1(4) is unconstitutional. He held that the objective of the law is to combat material that puts children at risk of harm. He reviewed evidence that child pornography arguably creates this risk through its use for grooming or seduction; by the use of children in its manufacture; by confirming or augmenting cognitive distortions of paedophiles; and by inciting paedophiles to commit offences against children. However, although this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, did not require conclusive proof that obscene materials cause harm, Shaw J. apparently required such proof and found little scientific evidence linking the possession of child pornography to these risks. As a result, he considered the salutary effects of the law to be limited.

Le libellé de l'al. 2*b*) de la *Charte*, qui garantit la liberté d'expression, est le suivant : 10

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

L'article 7 de la *Charte* garantit ainsi le droit à la liberté : 11

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

L'article premier de la *Charte* reconnaît à chacun les droits fondamentaux garantis par la *Charte*, sous réserve de limites justifiables : 12

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

III. Les décisions antérieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1999), 22 C.R. (5th) 129

Le juge Shaw de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a eu le courage de conclure à l'inconstitutionnalité du par. 163.1(4). Il a jugé que l'objectif du législateur est de lutter contre le matériel qui expose les enfants à un préjudice. Il a examiné la preuve indiquant que la pornographie juvénile expose les enfants à ce risque en raison de l'utilisation qui en est faite pour les séduire ou les initier aux rapports sexuels, de l'utilisation d'enfants pour la produire, de la confirmation ou du renforcement des distorsions cognitives des pédophiles et du fait qu'elle incite ces derniers à commettre des infractions contre des enfants. Cependant, même si dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, notre Cour n'a pas exigé une preuve concluante de la nocivité du matériel obscène, le juge Shaw a semblé en faire une exigence et a 13

2001 SCC 2 (CanLII)

As for the law's deleterious effects, he found that "the invasion of freedom of expression and personal privacy is profound" (para. 49) and held that they were "not outweighed by the limited beneficial effects of the prohibition" (para. 50). Shaw J. concluded that the law was inconsistent with the *Charter* and could not be justified under s. 1, rendering it invalid under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

14 The Court of Appeal, by a margin of 2 to 1, upheld the trial judge's conclusion. Southin J.A. found the law invalid for two reasons. First, she held that "legislation which makes simple possession of expressive materials a crime can never be a reasonable limit in a free and democratic society. Such legislation bears the hallmark of tyranny" (para. 95). On this approach, any prohibition of private possession of child pornography, as opposed to manufacture, distribution or possession for these purposes, would always, of necessity, unjustifiably restrict freedom of expression. In the alternative, Southin J.A. found that the law failed the proportionality test of s. 1. Like the trial judge, Southin J.A. held that the most compelling evidence of necessity is required to justify a prohibition on mere possession, and that the legislation catches too much lawful conduct unrelated to harm to children, notably in relation to teenage sexuality.

15 Rowles J.A. held the law invalid on the ground that it is unjustifiably overbroad. Sympathetic to Parliament's goal, she argued eloquently for the need to protect children from sexual abuse. She noted that child pornography does not lie close to

constaté que peu de preuves scientifiques établissent un lien entre la possession de pornographie juvénile et ces risques. En conséquence, il a estimé que les effets bénéfiques de la disposition sont limités. Quant aux effets préjudiciables de l'interdiction, il était d'avis que [TRADUCTION] « l'atteinte à la liberté d'expression et à la vie privée était profonde » (par. 49) et n'était « pas compensée par les effets bénéfiques restreints de la loi » (par. 50). Le juge Shaw a donc conclu que la disposition est incompatible avec la *Charte* et ne peut être justifiée au sens de l'article premier, et qu'elle est donc inopérante suivant le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 136 C.C.C. (3d) 97

À deux juges contre un, la Cour d'appel a confirmé la conclusion du juge du procès. Madame le juge Southin a considéré que la disposition est inconstitutionnelle pour deux motifs. Premièrement, elle a dit qu'une [TRADUCTION] « mesure législative criminalisant la simple possession de matériel expressif ne saurait jamais être une limite raisonnable dans le cadre d'une société libre et démocratique. Une telle mesure est marquée au coin de la tyrannie » (par. 95). De ce point de vue, toute interdiction frappant la possession personnelle de pornographie juvénile, par opposition à la production, à la distribution ou à la possession à cette fin, constitue nécessairement, dans tous les cas, une restriction injustifiable de la liberté d'expression. À titre subsidiaire, elle a conclu que la disposition ne satisfait pas au critère de proportionnalité de l'article premier. À l'instar du juge du procès, elle a estimé que seule une preuve de nécessité des plus convaincantes peut justifier l'interdiction de la simple possession et que la disposition vise trop d'actes légaux n'ayant aucun rapport avec le préjudice causé aux enfants, particulièrement en ce qui concerne la sexualité des adolescents.

Madame le juge Rowles a conclu à l'invalidité de la disposition pour le motif qu'elle a une portée trop large. Souscrivant à l'objectif du législateur, elle a évoqué avec éloquence la nécessité de protéger les enfants contre l'exploitation sexuelle. Elle a

2001 SCC 2 (CanLII)

the core of protected expression, and found that Parliament had a reasonable basis for concluding that criminalizing possession of child pornography would reduce the risk of harm to children. Rowles J.A. held, however, that the law failed because it caught much more material than necessary to achieve the objective, mainly relating to teenage sexuality, an intrusion on free expression aggravated by its impact on privacy. "By providing a sentence of incarceration for the possession of recorded thoughts and expression, including one's own thoughts and expression, the legislation trenches deeply upon the core values enshrined in the *Charter* and essential to a free and democratic society" (para. 213). In the result the law raises "the spectre that legitimate and non-harmful expression will be chilled as individuals are forced, in the words of the trial judge, to become their own censors" (para. 213). On the other side of the balance, the only "value added" by criminalizing possession of child pornography, in addition to the other offences, was a modest contribution to law enforcement (para. 214).

souligné que la pornographie juvénile est loin d'être au cœur du droit à la liberté d'expression et a décidé que le législateur avait des motifs raisonnables de croire que criminaliser la possession de pornographie juvénile réduirait le risque de préjudice aux enfants. Le juge Rowles a toutefois statué que la disposition est invalide parce qu'elle vise beaucoup plus de matériel que nécessaire pour atteindre cet objectif, principalement en ce qui a trait à la sexualité des adolescents, et que cette atteinte à la liberté d'expression, est aggravée par ses répercussions sur la vie privée. [TRADUCTION] « En rendant punissable d'emprisonnement la possession de pensées ou de formes d'expression enregistrées, y compris ses propres pensées et formes d'expression, la mesure législative porte profondément atteinte aux valeurs fondamentales qui sous-tendent la *Charte* et qui sont essentielles à une société libre et démocratique » (par. 213). Ainsi, la disposition agite « le spectre de l'entrave à l'expression légitime et inoffensive si, pour reprendre les termes du juge du procès, chacun est obligé de devenir son propre censeur » (par. 213). Sur l'autre plateau de la balance, la seule « valeur ajoutée » aux autres infractions par la criminalisation de la possession de pornographie juvénile est une modeste contribution à l'application de la loi (par. 214).

McEachern C.J.B.C. would have upheld the law. Since Mr. Sharpe conceded that possession of some pornographic material should be prohibited, the only issue was where to draw the line between permissible and impermissible material. McEachern C.J.B.C. considered Shaw J. to have erred in not considering the suppression of the market for child pornography, and hence the prevention of the abuse of children in the course of producing child pornography, to be a salutary effect of the prohibition. He found the definition of child pornography in the section carefully drafted and rationally connected to the objectives of the legislation. In his view, limitations in the law offered considerable protection against problematic prosecution. Acknowledging that the law catches some teenage sexual material unrelated to the harm, he doubted Parliament could have drafted it in a way that avoided such difficulties.

16 Le juge en chef McEachern aurait confirmé la validité de la disposition législative. Comme M. Sharpe a reconnu que la possession de certains types de matériel pornographique devrait être interdite, il suffit de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. Le juge en chef McEachern a considéré que le juge Shaw a commis une erreur en ne prenant pas en considération, parmi les effets bénéfiques de l'interdiction, l'abolition du marché de la pornographie juvénile et, partant, la prévention de l'exploitation d'enfants pour produire ce matériel. Il a estimé que la définition de la pornographie juvénile est bien rédigée et qu'elle a un lien rationnel avec les objectifs du législateur. À son avis, les limites prévues dans la disposition offrent une protection considérable contre les poursuites inappropriées. Même s'il a admis que la disposition vise du matériel sexuel d'adolescents qui n'a rien à voir avec le préjudice

2001 SCC 2 (CanLII)

The hypothetical examples of unrelated material were remote and likely to arise infrequently. McEachern C.J.B.C. concluded that "any balancing of the risk of harm to children against the risk of harm to 'innocent' possessors of child pornography as defined must be resolved in favour of children" (para. 292).

17 The decisions in the British Columbia courts reveal four distinctive arguments. At the far end of the spectrum is Southin J.A.'s argument that prohibition of private possession of child pornography can never constitute a justifiable infringement on free expression. Next is the position of the trial judge, adopted by Southin J.A. in the alternative, that the benefits of the law are limited and do not outweigh its negative effects on freedom of expression and privacy. The third argument, put forward by Rowles J.A., is that the law is unjustifiably overbroad. The fourth argument, adopted by McEachern C.J.B.C., is that the only issue is overbreadth and that on balance the law's infringement on freedom of expression is justified.

IV. Issues

18 Two issues arise: whether the prohibition of possession of child pornography in s. 163.1(4) limits a *Charter* right and, if so, whether the infringement is justified. On the first issue the Crown concedes that the law intrudes upon the guarantee of free expression in s. 2(*b*) of the *Charter*. The respondent also alleges a violation of his right to liberty under s. 7 of the *Charter*, arguing that exposure to potential imprisonment as a result of an excessively sweeping law is contrary to the principles of fundamental justice. Since this argument wholly replicates the overbreadth concerns that are the

appréhendé, il doutait que le législateur aurait pu rédiger la disposition de manière à éviter un tel écueil. Les exemples hypothétiques de matériel sans rapport avec le préjudice appréhendé ne sont pas convaincants et ces situations ne sont susceptibles de se présenter que rarement. Le juge en chef McEachern a conclu que [TRADUCTION] « dans toute évaluation du risque de préjudice à des enfants et du risque de préjudice au possesseur "innocent" de pornographie juvénile telle qu'elle est définie, c'est le premier type de risque qui doit l'emporter » (par. 292).

Quatre points de vue distincts ressortent des décisions des tribunaux de la Colombie-Britannique. À un extrême se situe la position du juge Southin, de la Cour d'appel, selon laquelle l'interdiction de possession personnelle de pornographie juvénile ne peut jamais constituer une atteinte justifiable à la liberté d'expression. Suit le point de vue du juge du procès, que le juge Southin partage à titre subsidiaire, selon lequel les avantages de la disposition sont limités et ne l'emportent pas sur les effets négatifs qu'elle a sur la liberté d'expression et le droit à la vie privée. Le troisième point de vue, énoncé par le juge Rowles de la Cour d'appel, veut que la disposition ait une portée trop large. Selon le quatrième point de vue adopté par le juge en chef McEachern, seule la question de la portée trop large se pose et, tout bien considéré, l'atteinte de la disposition à la liberté d'expression est justifiée.

IV. Les questions en litige

Le présent pourvoi soulève deux questions : L'interdiction de posséder de la pornographie juvénile prévue au par. 163.1(4) limite-t-elle un droit garanti par la *Charte* et, dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiée? Sur le premier point, le ministère public admet que la disposition en cause porte atteinte à la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte.* L'intimé plaide aussi l'atteinte au droit à la liberté que lui garantit l'art. 7 de la *Charte*, faisant valoir que le fait d'être passible d'emprisonnement en raison de la portée excessive d'une disposition législative est contraire aux prin-

2001 SCC 2 (CanLII)

central obstacle to the justification of the s. 2(*b*) breach, it is not necessary to consider it separately. The weight of authority commends the s. 1 analysis generally, and the minimal impairment consideration in particular, as the appropriate forum for addressing allegations of overly broad restrictions on free expression: *Butler*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731.

The basic issue thus reduces to whether the limit imposed by the law on free expression can be justified under s. 1 of the *Charter*. If aspects of the law cannot be justified, the further question arises of whether a remedy short of striking down the entire law as unconstitutional is appropriate.

Reflecting these issues, the constitutional questions have been stated as follows:

1. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code* infringes s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?
3. Does s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, is s. 163.1(4) a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purposes of s. 1 of the *Charter*?

cipes de justice fondamentale. Étant donné que cet argument reprend toutes les craintes de portée excessive qui constituent le principal obstacle à la justification de la violation de l'al. 2*b*), il n'est pas nécessaire de l'examiner séparément. La jurisprudence a amplement établi que c'est généralement à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier et, en particulier, dans le cadre de l'étude de la question de l'atteinte minimale qu'il convient de traiter des arguments de restrictions excessives à la liberté d'expression : *Butler*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

19 La question fondamentale est donc simplement de savoir si la limite à la liberté d'expression imposée par la disposition peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Si des aspects de la disposition ne peuvent être justifiés, se pose alors la question de savoir si une réparation moindre que l'invalidation complète de la disposition est convenable.

20 Compte tenu de ces points en litige, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées :

1. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. S'il contrevient à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?
3. Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, contrevient-il à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. S'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, le par. 163.1(4) du *Code criminel* constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, aux fins de l'article premier de la *Charte*?

2001 SCC 2 (CanLII)

V. Analysis

A. *The Values at Stake*

21 Among the most fundamental rights possessed by Canadians is freedom of expression. It makes possible our liberty, our creativity and our democracy. It does this by protecting not only "good" and popular expression, but also unpopular or even offensive expression. The right to freedom of expression rests on the conviction that the best route to truth, individual flourishing and peaceful coexistence in a heterogeneous society in which people hold divergent and conflicting beliefs lies in the free flow of ideas and images. If we do not like an idea or an image, we are free to argue against it or simply turn away. But, absent some constitutionally adequate justification, we cannot forbid a person from expressing it.

22 Nevertheless, freedom of expression is not absolute. Our Constitution recognizes that Parliament or a provincial legislature can sometimes limit some forms of expression. Overarching considerations, like the prevention of hate that divides society as in *Keegstra*, *supra*, or the prevention of harm that threatens vulnerable members of our society as in *Butler*, *supra*, may justify prohibitions on some kinds of expression in some circumstances. Because of the importance of the guarantee of free expression, however, any attempt to restrict the right must be subjected to the most careful scrutiny.

23 The values underlying the right to free expression include individual self-fulfilment, finding the truth through the open exchange of ideas, and the political discourse fundamental to democracy: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 976; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 765. While some types of expression, like political expression, lie closer to the core of the guarantee than others, all are vital to a free and democratic

V. Analyse

A. *Les valeurs en jeu*

Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent. Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas.

La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement ou une législature provinciale peut parfois limiter certaines formes d'expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l'arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances. En raison de l'importance de la garantie de liberté d'expression, toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l'objet d'un examen très attentif.

Les valeurs qui sous-entendent le droit à la liberté d'expression sont notamment l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l'échange ouvert d'idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765. Si certaines formes d'expression, comme l'expression politique, sont plus au cœur de la garantie que

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

society. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968, the guarantee "ensure[s] that everyone can manifest their thoughts, opinions, beliefs, indeed all expressions of the heart and mind, however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream. Such protection", the Court continued, "is . . . 'fundamental' because in a free, pluralistic and democratic society we prize a diversity of ideas and opinions for their inherent value both to the community and to the individual". As stated by Cardozo J. in *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), free expression is "the matrix, the indispensable condition, of nearly every other form of freedom" (p. 327).

d'autres, toutes les formes d'expression sont essentielles au maintien d'une société libre et démocratique. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 968, la garantie « assur[e] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection », de poursuivre la Cour, « est [. . .] "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que pour l'individu ». Selon le juge Cardozo, dans *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la liberté d'expression est [TRADUCTION] « la matrice, l'élément essentiel de presque toute forme de liberté » (p. 327).

The law challenged in this appeal engages mainly the justification of self-fulfilment. Child pornography does not generally contribute to the search for truth or to Canadian social and political discourse. Some question whether it engages even the value of self-fulfilment, beyond the base aspect of sexual exploitation. The concern in this appeal, however, is that the law may incidentally catch forms of expression that more seriously implicate self-fulfilment and that do not pose a risk of harm to children.

24 La disposition attaquée dans le présent pourvoi fait principalement intervenir la justification fondée sur l'épanouissement personnel. La pornographie juvénile ne contribue généralement ni à la recherche de la vérité ni au discours social et politique canadien. D'aucuns doutent qu'elle fasse même intervenir la valeur de l'épanouissement personnel si ce n'est l'aspect abject de l'exploitation sexuelle. On craint toutefois, en l'espèce, que la disposition ne vise accidentellement des formes d'expression qui touchent plus sérieusement à l'épanouissement personnel et qui ne présentent aucun risque de préjudice aux enfants.

As to the contention that prohibiting possession of expressive material does not raise free expression concerns, I cannot agree. The right conferred by s. 2(*b*) of the *Charter* embraces a continuum of intellectual and expressive freedom — "freedom of thought, belief, opinion and expression". The right to possess expressive material is integrally related to the development of thought, belief, opinion and expression. The possession of such material allows us to understand the thought of others or consolidate our own thought. Without the right to possess expressive material, freedom of thought, belief, opinion and expression would be compromised. Thus the possession of expressive materials falls

25 Quant à l'affirmation selon laquelle l'interdiction de la possession de matériel expressif ne suscite aucune crainte relative à la liberté d'expression, je ne puis y souscrire. Le droit garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte* englobe un continuum de liberté intellectuelle et expressive — « liberté de pensés, de croyance, d'opinion et d'expression ». Le droit de posséder du matériel expressif est intégralement lié au développement de la pensée, de la croyance, de l'opinion et de l'expression. La possession de ce matériel nous permet de comprendre la pensée d'autrui ou de confirmer notre propre pensée. Sans le droit de posséder du matériel expressif, la liberté de pensée, de croyance, d'opi-

within the continuum of rights protected by s. 2(*b*) of the *Charter*.

26 The private nature of the proscribed material may heighten the seriousness of a limit on free expression. Privacy, while not expressly protected by the *Charter*, is an important value underlying the s. 8 guarantees against unreasonable search and seizure and the s. 7 liberty guarantee: see *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668. Indeed, as freedom from state intrusion and conformist social pressures is integral to individual flourishing and diversity, this Court has observed that "privacy is at the heart of liberty in a modern state": *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427; see also *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128, at para. 50. Privacy may also enhance freedom of expression claims under s. 2(*b*) of the *Charter*, for example in the case of hate literature: *Keegstra*, *supra*, at pp. 772-73; *Taylor*, *supra*, at pp. 936-37. The enhancement in the case of hate literature occurs in part because private material may do less harm than public, and in part because the freedoms of conscience, thought and belief are particularly engaged in the private setting: *Taylor*, *supra*. However, the private nature of much child pornography cuts two ways. It engages the fundamental right to freedom of thought. But at the same time, the clandestine nature of incitement, attitudinal change, grooming and seduction associated with child pornography contributes to the harm it may cause children, rather than reduces it.

27 In summary, prohibiting the possession of child pornography restricts the rights protected by s. 2(*b*) and the s. 7 liberty guarantee. While the prurient nature of most of the materials defined as "child pornography" may attenuate its constitutional worth, it does not negate it, since the guaran-

nion et d'expression serait compromise. La possession de matériel expressif est donc comprise dans l'ensemble des droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte.*

Le caractère privé du matériel interdit peut accentuer la gravité de la limite apportée à la liberté d'expression. Même s'il n'est pas expressément garanti par la *Charte*, le droit à la vie privée constitue une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 et le droit à la liberté garanti par l'art. 7 : voir *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668. En fait, comme le droit d'être protégé contre l'intrusion de l'État et les pressions sociales conformistes est inhérent à l'épanouissement personnel et à la diversité, notre Cour a fait remarquer que « la notion de vie privée est au cœur de celle de la liberté dans un État moderne » : *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, p. 427; voir également *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128, par. 50. Le droit à la vie privée peut aussi renforcer les revendications de liberté d'expression fondées sur l'al. 2*b*) de la *Charte*, dans le cas notamment d'écrits haineux : *Keegstra*, précité, p. 772-773, et *Taylor*, précité, p. 936-937. Dans un tel cas, ce renforcement résulte en partie de la possibilité que le matériel privé soit moins préjudiciable que le matériel rendu public et en partie de l'intervention particulière des libertés de conscience, de pensée et de croyance dans un contexte privé : *Taylor*, précité. Toutefois, le caractère privé d'une grande partie de la pornographie juvénile a une double incidence. Il fait intervenir le droit fondamental à la liberté d'expression. Mais en même temps, la nature clandestine de l'incitation, du changement de comportement, de l'initiation et de la séduction liés à la pornographie juvénile contribue au préjudice qui peut résulter pour les enfants, au lieu de le réduire.

En résumé, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile restreint les droits garantis par l'al. 2*b*) et la liberté garantie par l'art. 7. Même si la nature lascive de la plus grande partie du matériel défini comme étant de la « pornographie juvénile » peut en atténuer la valeur sur le plan

2001 SCC 2 (CanLII)

tee of free expression extends even to offensive speech.

This brings us to the countervailing interest at stake in this appeal: society's interest in protecting children from the evils associated with the possession of child pornography. Just as no one denies the importance of free expression, so no one denies that child pornography involves the exploitation of children. The links between possession of child pornography and harm to children are arguably more attenuated than are the links between the manufacture and distribution of child pornography and harm to children. However, possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. Some of these links are disputed and must be considered in greater detail in the course of the s. 1 justification analysis. The point at this stage is simply to describe the concerns that, according to the government, justify limiting free expression by banning the possession of child pornography.

These then are the values at stake in this appeal. On the one hand stands the right of free expression — a right fundamental to the liberty of each Canadian and our democratic society. On the other stands the conviction that the possession of child pornography must be forbidden to prevent harm to children.

Mr. Sharpe does not suggest that the prevention of harm to children can never justify limiting free expression. Where the two values stand in stark opposition, prevention of harm to children must prevail. He suggests rather that the limitation s. 163.1(4) imposes on free expression must fail because the law catches material that poses no risk of harm to children and because the links between

constitutionnel, elle ne l'annule pas, puisque la garantie de liberté d'expression s'applique même au discours offensant.

28 Cela nous amène à l'intérêt opposé qui est en jeu dans le présent pourvoi : l'intérêt de la société à ce que les enfants soient protégés des maux liés à la possession de pornographie juvénile. Tout comme personne ne nie l'importance de la liberté d'expression, personne ne conteste non plus que la pornographie juvénile implique l'exploitation d'enfants. On peut dire que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont plus ténus que ceux qui existent entre la production et la distribution de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants. Toutefois, la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. Certains de ces liens sont contestés et doivent faire l'objet d'un examen plus approfondi lors de l'analyse de la justification au sens de l'article premier. À la présente étape, il s'agit tout simplement de décrire les craintes qui, selon le gouvernement, justifient la limitation de la liberté d'expression par l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

29 Voilà donc les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi. D'une part, il y a le droit à la liberté d'expression — un droit fondamental pour la liberté de chaque Canadien et pour notre société démocratique. D'autre part, il y a la conviction que la possession de pornographie juvénile doit être interdite afin de prévenir tout préjudice causé aux enfants.

30 Monsieur Sharpe ne prétend pas que la prévention du préjudice causé aux enfants ne peut jamais justifier la limitation de la liberté d'expression. Lorsque les deux valeurs entrent nettement en conflit, la prévention du préjudice causé aux enfants doit l'emporter. Il affirme plutôt que la limitation que le par. 163.1(4) impose à la liberté d'expression doit tomber parce que cette disposition s'ap-

2001 SCC 2 (CanLII)

possession of child pornography and harm to children are weak.

31 In order to deal with these concerns, we must determine what material the law, properly construed, catches, and on that basis answer the question of whether those restrictions on free speech are in fact justified by the goal of preventing harm to children.

B. *The Nature and Scope of the Infringement of the Charter*

32 While the Crown concedes that s. 163.1(4) limits freedom of expression, this does not eliminate the need to consider the nature and scope of the infringement in determining whether or not it is justified. Until we know what the law catches, we cannot say whether it catches too much. This Court has consistently approached claims of overbreadth on this basis. It is not enough to accept the allegations of the parties as to what the law prohibits. The law must be construed, and interpretations that may minimize the alleged overbreadth must be explored: see *Keegstra*, *supra*, *Butler*, *supra*, and *Mills*, *supra*. So we must begin by asking what s. 163.1(4) truly catches as distinguished from some of the broader interpretations alleged by the respondent and some of the interveners in support. The interpretation of the section is a necessary precondition to the determination of constitutionality, although it is understood, of course, that courts in future cases may refine the analysis in light of the facts and considerations that emerge with experience.

33 Much has been written about the interpretation of legislation (see, e.g., R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994); P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (3rd ed. 2000)). However, E. A. Driedger in *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983) best captures the approach upon which I prefer to rely. He recognizes that statutory interpretation cannot be

plique à du matériel qui ne présente aucun risque de préjudice pour les enfants et parce que les liens entre la possession de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants sont ténus.

Pour être en mesure de dissiper ces craintes, nous devons déterminer quel matériel est visé par la disposition, interprétée correctement, puis répondre à la question de savoir si ces limites apportées à la liberté d'expression sont effectivement justifiées par l'objectif de prévention du préjudice causé aux enfants.

B. *La nature et la portée de l'atteinte à la Charte*

Quoique le ministère public admette que le par. 163.1(4) limite la liberté d'expression, cela n'écarte pas la nécessité d'examiner la nature et la portée de l'atteinte afin de décider si elle est justifiée. Pour déterminer si une disposition a une portée trop large, il faut savoir ce à quoi elle s'applique. Notre Cour a constamment abordé de cette façon les arguments de portée excessive. Il ne suffit pas d'accepter les arguments des parties quant à ce qu'interdit la loi. La loi doit être interprétée, et les interprétations susceptibles de réduire au minimum la portée que l'on dit excessive doivent être examinées : voir *Keegstra*, *Butler* et *Mills*, précités. Il faut donc commencer par déterminer ce à quoi le par. 163.1(4) s'applique vraiment par opposition à certaines des interprétations plus larges préconisées par l'intimé et certains intervenants qui l'appuient. L'interprétation de la disposition est une étape préalable nécessaire à la détermination de la constitutionnalité, étant entendu naturellement que les tribunaux pourront, dans des instances ultérieures, préciser l'analyse à la lumière des faits et des considérations en présence.

On a beaucoup écrit sur l'interprétation des lois (voir, par exemple, R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997); R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994); P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (3e éd. 1999)). Toutefois, dans *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), E. A. Driedger illustre le mieux la démarche que je préfère adopter. Il reconnaît que l'interprétation d'une loi ne peut pas être fondée uniquement sur le

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

founded on the wording of the legislation alone. At p. 87, Driedger states: "Today there is only one principle or approach, namely, the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament." Recent cases which have cited the above passage with approval include: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at para. 21; *R. v. Hydro-Québec*, [1997] 3 S.C.R. 213, at para. 144; *Royal Bank of Canada v. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 S.C.R. 411, at para. 30; *Verdun v. Toronto-Dominion Bank*, [1996] 3 S.C.R. 550, at para. 22; *Friesen v. Canada*, [1995] 3 S.C.R. 103, at para. 10. Supplementing this approach is the presumption that Parliament intended to enact legislation in conformity with the *Charter*: see Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *supra*, at pp. 322-27. If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted: see *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1010; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, at para. 66.

Parliament's main purpose in passing the child pornography law was to prevent harm to children by banning the production, distribution and possession of child pornography, and by sending a message to Canadians "that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and exploitation and are not appropriate sexual partners": *House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328. However, Parliament did not cast its net over all material that might conceivably pose any risk to children or produce any negative attitudinal changes. Mindful of the importance of freedom of expression in our society and the dangers of vague, overbroad legislation in the criminal sphere, Parliament set its targets principally on clear forms of "child pornography": depictions of explicit sex with children, depictions of sexual organs and anal areas of children and material advocating sexual crimes with children. Through qualifications and

libellé de la loi en question. Il dit ce qui suit, à la p. 87 : [TRADUCTION] « Aujourd'hui il n'y a qu'un seul principe ou solution : il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global et en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur. » Ce passage a été cité et approuvé récemment, entre autres, dans *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, par. 21; *R. c. Hydro-Québec*, [1997] 3 R.C.S. 213, par. 144; *Banque Royale du Canada c. Sparrow Electric Corp.*, [1997] 1 R.C.S. 411, par. 30; *Verdun c. Banque Toronto-Dominion*, [1996] 2 R.C.S. 550, par. 22; *Friesen c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 103, par. 10. Cette démarche est complétée par la présomption que le législateur a voulu adopter des dispositions conformes à la *Charte* : voir Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, *op. cit.*, p. 322-327. Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue : voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1078; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 1010; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 660; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, par. 66.

34 L'objectif principal que le législateur poursuivait en adoptant les dispositions sur la pornographie juvénile était de prévenir le préjudice causé aux enfants en interdisant la production, la distribution et la possession de pornographie juvénile et en transmettant aux Canadiens le message « que les enfants ont besoin d'être protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels » : *Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328. Le législateur n'a toutefois pas voulu que la loi vise tout matériel théoriquement susceptible d'exposer les enfants à un risque ou de produire des changements de comportement négatifs. Conscient de l'importance de la liberté d'expression dans notre société et des dangers que comporte en matière pénale une disposition imprécise dont la portée est excessive, le législateur a visé principalement des formes évidentes de « pornographie juvénile » : la

defences Parliament indicated that it did not seek to catch all material that might harm children, but only material that poses a reasoned risk of harm to children and, even then, only where the countervailing right of free expression or the public good does not outweigh that risk of harm. With this aim in mind, I turn to s. 163.1.

représentation d'une activité sexuelle explicite avec un enfant, la représentation d'organes sexuels ou de la région anale d'un enfant et le matériel préconisant la perpétration de crimes d'ordre sexuel avec des enfants. En prévoyant des réserves et des moyens de défense, le législateur a indiqué qu'il cherchait à viser non pas tout matériel susceptible de causer un préjudice aux enfants, mais seulement le matériel qui expose les enfants à un risque raisonné de préjudice et, encore là, uniquement dans les cas où le droit à la liberté d'expression ou le bien public ne l'emporte pas sur ce risque de préjudice. C'est en gardant à l'esprit cet objectif que j'examine l'art. 163.1.

35 Section 163.1(1) defines child pornography in terms of two categories: (1) visual representations (s. 163.1(1)(*a*)); and (2) written and visual advocacy and counselling material (s. 163.1(1)(*b*)). Visual representations include "a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means". This is broad enough to include drawings, paintings, prints, computer graphics, and sculpture: in short, any non-textual representation that can be perceived visually.

Le paragraphe 163.1(1) définit la pornographie juvénile selon deux catégories : (1) la représentation (al. 163.1(1)*a*)) et (2) l'écrit ou la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle (al. 163.1(1)*b*)). La représentation comprend « toute représentation pornographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques », ce qui est suffisamment général pour viser les dessins, peintures, gravures, graphiques informatiques ou sculptures, bref, toute représentation non écrite pouvant être perçue visuellement.

36 A visual representation can constitute child pornography in three ways:

1. By showing a person who is, or is depicted as, being under the age of 18 years and is engaged in, or is depicted as engaged in, explicit sexual activity (s. 163.1(1)(*a*)(i));

2. By having, as its dominant characteristic, the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 years (s. 163.1(1)(*a*)(ii)); or

3. By advocating or counselling sexual activity with a person under the age of 18 years that would be an offence under the *Criminal Code* (s. 163.1(1)(*b*)).

Written material can constitute child pornography in only the last of these ways (s. 163.1(1)(*b*)). The

Peut constituer de la pornographie juvénile, selon le cas :

1. la représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite (sous-al. 163.1(1)*a*)(i));

2. la représentation dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans (sous-al. 163.1(1)*a*)(ii));

3. la représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans, qui constituerait une infraction au *Code criminel* (al. 163.1(1)*b*)).

Un écrit ne peut constituer de la pornographie juvénile que dans le dernier cas (al. 163.1(1)*b*)).

2001 SCC 2 (CanLII)

ambit of these provisions depends on the meaning of the terms used.

1. "Person"

In order to constitute child pornography, a visual representation must show, depict, advocate or counsel sexual activity with a "person". Two issues arise here: (1) does "person" apply only to actual, as opposed to imaginary persons; and (2) does it include the person who possesses the material?

The first issue is important because it governs whether the prohibition on possession is confined to representations of actual persons, or whether it extends to drawings from the imagination, cartoons, or computer generated composites. The available evidence suggests that explicit sexual materials can be harmful whether or not they depict actual children. Moreover, with the quality of contemporary technology, it can be very difficult to distinguish a "real" person from a computer creation or composite. Interpreting "person" in accordance with Parliament's purpose of criminalizing possession of material that poses a reasoned risk of harm to children, it seems that it should include visual works of the imagination as well as depictions of actual people. Notwithstanding the fact that "person" in the charging section and in s. 163.1(1)(*b*) refers to a flesh-and-blood person, I conclude that "person" in s. 163.1(1)(*a*) includes both actual and imaginary human beings.

This definition of child pornography catches depictions of imaginary human beings privately created and kept by the creator. Thus, the prohibition extends to visual expressions of thought and imagination, even in the exceedingly private realm of solitary creation and enjoyment. As will be seen, the private and creative nature of this expression, combined with the unlikelihood of its causing

La portée de ces dispositions dépend du sens des termes employés.

1. « Personne »

Pour être de la pornographie juvénile, la représentation doit montrer, dépeindre, préconiser ou conseiller une activité sexuelle avec une « personne ». Deux questions se posent : premièrement, le mot « personne » s'entend-il uniquement d'une vraie personne, par opposition à une personne fictive? Deuxièmement, s'entend-il également de la personne qui est en possession du matériel? 37

La première question est importante, car elle permet de déterminer si l'interdiction de la possession se limite à la représentation de vraies personnes, ou si elle vise les dessins issus de l'imagination, les bandes dessinées ou les compositions créées par ordinateur. Selon la preuve présentée, le matériel sexuellement explicite peut être préjudiciable, que les enfants représentés soient de vrais enfants ou non. De plus, en raison de la qualité de la technologie contemporaine, il peut être très difficile de distinguer une « vraie » personne d'un personnage créé par ordinateur. Il semble que, si on l'interprète d'une manière conforme à l'objectif du législateur de criminaliser la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants, le mot « personne » devrait viser les œuvres de fiction visuelles tout autant que la représentation de vraies personnes. Bien que le mot « personne », dans la disposition créant l'infraction et à l'al. 163.1(1)*b*), s'entende d'un être en chair et en os, je conclus que « personne » à l'al. 163.1(1)*a*) désigne les êtres humains réels et les êtres humains imaginaires. 38

Cette définition de la pornographie juvénile vise les représentations d'êtres humains imaginaires créées et conservées privément par leur auteur. L'interdiction s'étend donc aux expressions visuelles de la pensée et de l'imagination, même dans le domaine extrêmement privé de la création et de l'utilisation solitaires. Comme nous le verrons, la nature privée et créative de cette forme d'expression, conjuguée à l'improbabilité qu'elle cause un préjudice aux enfants, est source de pro- 39

2001 SCC 2 (CanLII)

harm to children, creates problems for the law's constitutionality.

40 The second issue is whether "person", as the term is used in s. 163.1(1)(*a*), includes the person who possesses the material. That is, does the definition of "child pornography" catch "auto-depictions" — for example, sexually explicit photographs a person has taken of him- or herself alone? Given that Parliament has not qualified or limited the definition of "person" in s. 163.1(1)(*a*), I conclude that Parliament intended to catch such auto-depictions, even where the person making the depiction, although under 18, does not appear to be a child, and intends to keep the depiction entirely in his or her own possession. This too creates constitutional problems, as we will see.

41 The legislation defines children to include all those under the age of 18. This doubtless reflects Parliament's concern that older teenagers may look or be made to look like children. However, this age limit extends the reach of the law to material beyond the ordinary conception of child pornography. For example, it raises the possibility that teenagers, perhaps even married teenagers, could be charged and imprisoned for taking and keeping photos or videos of themselves engaged in lawful sexual acts, even if those materials were intended exclusively for their own personal use. This prohibition engages the value of self-fulfilment and may be difficult to link to a reasoned risk of harm to children, again raising particularly troubling constitutional concerns.

2. "Depicted"

42 Section 163.1(1)(*a*)(i) brings within the definition of child pornography a visual representation of a person "who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity"

blèmes quant à la constitutionnalité de la disposition.

La seconde question est de savoir si le mot « personne » utilisé à l'al. 163.1(1)*a*) s'entend également de la personne qui a le matériel en sa possession. La définition de la « pornographie juvénile » s'applique-t-elle à la « représentation de soi » — par exemple, à des photos à caractère sexuel explicite qu'une personne a prises d'elle-même seule? Comme le législateur n'a pas restreint ni limité la définition du mot « personne » à l'al. 163.1(1)*a*), je conclus qu'il a voulu viser de telles représentations de soi, même dans le cas où la personne qui en est l'auteur, bien qu'elle ait moins de 18 ans, ne semble pas être un enfant et a l'intention de conserver ces représentations en sa stricte possession. Cela aussi est source de problèmes constitutionnels, comme nous le verrons.

Selon la définition donnée par la disposition législative, toutes les personnes de moins de 18 ans sont des enfants. Cela reflète sans aucun doute la crainte du législateur que des adolescents plus âgés puissent avoir l'air d'enfants ou qu'ils soient présentés comme tels. Cette limite d'âge étend toutefois la portée de la disposition à du matériel qui sort de la conception ordinaire que l'on se fait de la pornographie juvénile. Par exemple, elle soulève la possibilité que des adolescents, peut-être même des adolescents mariés, soient accusés et incarcérés pour avoir pris des photos ou effectué des enregistrements vidéo d'eux-mêmes se livrant à des activités sexuelles légales et pour avoir conservé ce matériel, même s'ils étaient destinés à leur usage personnel exclusif. Cette interdiction fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et peut être difficile à relier à la crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, ce qui soulève encore une fois des préoccupations constitutionnelles particulièrement troublantes.

2. « Présentée »

Suivant le sous-al. 163.1(1)*a*)(i), la pornographie juvénile s'entend de la représentation d'une personne « âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite »

2001 SCC 2 (CanLII)

(emphasis added). Does "depicted" mean: (a) intended by the maker to depict; (b) perceived by the possessor as depicting; or (c) seen as being depicted by a reasonable observer?

The first and second interpretations are inconsistent with Parliament's objective of preventing harm to children through sexual abuse. The danger associated with the representation does not depend on what was in the mind of the maker or the possessor, but in the capacity of the representation to be used for purposes like seduction. It is the meaning which is conveyed by the material which is critical, not necessarily the meaning that the author intended to convey. Moreover, it would be virtually impossible to prove what was in the mind of the producer or possessor. On the second alternative, the same material could be child pornography in the possession of one person and innocent material in the hands of another. Yet the statute makes it an offence for anyone to possess such material, not just those who see it as depicting children. The only workable approach is to read "depicted" in the sense of what would be conveyed to a reasonable observer. The test must be objective, based on the depiction rather than what was in the mind of the author or possessor. The question is this: would a reasonable observer perceive the person in the representation as being under 18 and engaged in explicit sexual activity?

3. "Explicit Sexual Activity"

Section 163.1(1)(*a*)(i) catches visual representations of "explicit sexual activity". Sexual activity spans a large spectrum, ranging from the flirtatious glance at one end, through touching of body parts incidentally related to sex, like hair, lips and breasts, to sexual intercourse and touching of the genitals and the anal region. The question is where on this spectrum Parliament intended to place the boundary between material that may be lawfully possessed and material that may not be lawfully possessed. A number of indications suggest that Parliament intended to draw the line at the extreme end of the spectrum concerned with depictions of

(je souligne). Le terme « présentée » renvoie-t-il a) à l'intention de l'auteur, b) à la perception du possesseur ou c) à la perception d'un observateur raisonnable?

43 La première et la deuxième interprétations sont incompatibles avec l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par l'exploitation sexuelle. Le risque lié à la représentation dépend non pas de ce que l'auteur ou le possesseur avait en tête, mais de la possibilité que la représentation serve à des fins comme la séduction. C'est le message transmis par le matériel qui importe, et pas nécessairement ce que l'auteur a voulu exprimer. De plus, il serait pratiquement impossible d'établir ce que le producteur ou le possesseur avait en tête. Quant à la deuxième option, le même matériel pourrait constituer de la pornographie juvénile entre les mains d'une personne et être inoffensif entre les mains d'une autre. Pourtant, la loi précise que commet une infraction quiconque a en sa possession du matériel de ce genre, et non seulement la personne qui y voit la représentation d'un enfant. La seule solution réaliste est d'entendre « présentée » au sens de ce qu'y verrait un observateur raisonnable. Le critère doit être objectif et fondé sur ce qui est présenté, et non sur ce que l'auteur ou le possesseur avait en tête. La question qui se pose est la suivante : Un observateur raisonnable considérerait-il que la personne représentée a moins de 18 ans et se livre à une activité sexuelle explicite?

3. « Activité sexuelle explicite »

44 Le sous-alinéa 163.1(1)(*a*)(i) vise la représentation d'une « activité sexuelle explicite ». L'activité sexuelle s'entend d'un large éventail d'activités allant du simple regard enjôleur jusqu'à la relation sexuelle et à l'attouchement des organes génitaux et de la région anale, en passant par la caresse de parties du corps revêtant un caractère sexuel secondaire, comme les cheveux, les lèvres et les seins. Il s'agit de savoir où le législateur a voulu tracer la ligne entre le matériel dont la possession peut être légale et celui dont la possession peut être illégale. Un certain nombre d'éléments indiquent que le législateur a voulu tracer la ligne à l'extré-

2001 SCC 2 (CanLII)

intimate sexual activity represented in a graphic and unambiguous manner.

45 The first indication is Parliament's use of the word "explicit" to describe the activity depicted. Parliament could have simply referred to "sexual activity". Instead, it chose "explicit sexual activity". "Explicit" must be given meaning. According to the *Canadian Oxford Dictionary* (1998), "explicit" in the context of sexual acts means "describing or representing nudity or intimate sexual activity". Similarly, "explicit" according to the *New Oxford Dictionary of English* (1998) means "describing or representing sexual activity in a graphic fashion". This suggests that the law catches only depictions of sexual intercourse and other non-trivial sexual acts.

46 This restricted meaning is supported by the fact that in creating other offences, like sexual assault, Parliament uses the word "sexual" without any modifiers. To constitute sexual assault, the sexual aspect of the contact must be clear. The addition of the modifier "explicit" in s. 163.1 suggests that this at least is required.

47 A restrained interpretation of "explicit sexual activity" is also supported by reading s. 163.1(1)(*a*)(i) and s. 163.1(1)(*a*)(ii) together. They are designed to cover two types of depiction: (i) the depiction of explicit sexual activity; and (ii) the static depiction of the sexual organs or anal regions of children. Subparagraph (ii) clearly indicates that Parliament's concern was with visual representations near the extreme end of the spectrum. While it is possible in the abstract to argue that Parliament intended a much broader sweep for subpara. (i) than for (ii), it seems more likely that Parliament was seeking to catch in subpara. (i) the activity-related counterpart to subpara. (ii).

mité de l'éventail correspondant à la représentation détaillée et non équivoque de l'activité sexuelle intime.

Le premier indice est l'emploi du mot « explicite » pour décrire l'activité représentée. Le législateur aurait pu parler simplement d'« activité sexuelle », mais il a opté pour « activité sexuelle explicite ». Il faut définir le terme « explicite ». Selon le *Canadian Oxford Dictionary* (1998), le terme anglais « *explicit* » (« explicite »), dans le contexte de l'activité sexuelle, s'entend d'une [TRADUCTION] « description ou représentation de la nudité ou de l'activité sexuelle intime ». Le *New Oxford Dictionary of English* (1998) le définit également comme étant [TRADUCTION] « la description ou la représentation de l'activité sexuelle d'une manière détaillée ». Cela porte à croire que la disposition ne s'applique qu'à la représentation de rapports sexuels et autres actes sexuels non anodins.

Ce sens restreint est étayé par le fait qu'en créant d'autres infractions, comme l'agression sexuelle, le législateur emploie le terme « sexuel » ou « sexuelle » sans autre précision. Pour qu'il y ait agression sexuelle, le caractère sexuel du contact doit être évident. L'ajout de l'adjectif « explicite » à l'art. 163.1 indique que cet élément au moins doit être présent.

L'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite » est aussi étayée par l'interprétation corrélative du sous-al. 163.1(1)*a*)(i) et du sous-al. 163.1(1)*a*)(ii). Ces sous-alinéas visent deux sortes de représentation : (i) la représentation d'une activité sexuelle explicite et (ii) la représentation fixe des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le sous-alinéa (ii) indique clairement que le législateur a voulu s'attaquer à la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail. Même si on peut théoriquement soutenir que le législateur a voulu que le sous-al. (i) ait une portée beaucoup plus large que le sous-al. (ii), il semble plus vraisemblable qu'il voulait que le sous-al. (i) s'applique à la contrepartie du sous-al. (ii) relative aux activités.

2001 SCC 2 (CanLII)

Finally, Parliament's goal of preventing harm to children related to child pornography supports a restrained interpretation of "explicit sexual activity". The evidence suggests that harm to children produced by child pornography arises from depictions of explicit sexual acts with children at the extreme end of the spectrum. The literature on harm focuses mainly on depictions of sexual activity involving nudity and portrayal of the sexual organs and anal region. It is reasonable to conclude that this sort of material was uppermost in Parliament's mind when it adopted this law.

Enfin, l'objectif du législateur de prévenir le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile appuie l'interprétation restrictive de l'expression « activité sexuelle explicite ». Selon la preuve, le préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile est imputable aux représentations d'actes sexuels explicites avec des enfants, situées à l'extrémité de l'éventail. La littérature relative au préjudice met principalement l'accent sur la représentation de l'activité sexuelle comportant la nudité et la représentation des organes sexuels et de la région anale. Il est raisonnable de conclure que c'est à ce genre de matériel que le législateur a surtout voulu s'attaquer en adoptant cette disposition. 48

I conclude that "explicit sexual activity" refers to acts which viewed objectively fall at the extreme end of the spectrum of sexual activity — acts involving nudity or intimate sexual activity, represented in a graphic and unambiguous fashion, with persons under or depicted as under 18 years of age. The law does not catch possession of visual material depicting only casual sexual contact, like touching, kissing, or hugging, since these are not depictions of nudity or intimate sexual activity. Certainly, a photo of teenagers kissing at summer camp will not be caught. At its furthest reach, the section might catch a video of a caress of an adolescent girl's naked breast, but only if the activity is graphically depicted and unmistakably sexual. (For a discussion of such concerns see B. Blugerman and L. May, "The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128" (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.)

Je conclus que l'expression « activité sexuelle explicite » s'entend des actes qui, considérés objectivement, se situent à l'extrémité de l'éventail des activités sexuelles, à savoir les actes comportant la nudité ou des activités sexuelles intimes, représentés de manière détaillée et non équivoque, avec une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle. La disposition n'interdit pas la possession de matériel visuel représentant seulement des contacts sexuels anodins, comme l'attouchement, le baiser ou l'étreinte, étant donné qu'on n'y dépeint aucune nudité ni aucune activité sexuelle intime. La photo d'adolescents échangeant un baiser à la colonie de vacances n'est sûrement pas visée. À l'extrême limite, la disposition pourrait s'appliquer à une bande vidéo dans laquelle les seins nus d'une adolescente sont caressés, mais seulement si l'activité est représentée de manière détaillée et revêt indéniablement un caractère sexuel. (À cet égard, voir l'analyse de B. Blugerman et L. May, « The New Child Pornography Law: Difficulties of Bill C-128 » (1995), 4 *M.C.L.R.* 17.) 49

4. "Dominant Characteristic" and "Sexual Purpose"

The objective approach should also be applied to the term "dominant characteristic" in s. 163.1(1)(*a*)(ii), which targets possession of visual material whose "dominant characteristic" is "the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of

4. « Caractéristique dominante » et « but sexuel »

Il faut également analyser de façon objective l'expression « caractéristique dominante » au sous-al. 163.1(1)*a*)(ii), qui vise la possession de matériel visuel dont « la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée 50

2001 SCC 2 (CanLII)

eighteen years". The question is whether a reasonable viewer, looking at the depiction objectively and in context, would see its "dominant characteristic" as the depiction of the child's sexual organ or anal region. The same applies to the phrase "for a sexual purpose", which I would interpret in the sense of reasonably perceived as intended to cause sexual stimulation to some viewers.

51 Family photos of naked children, viewed objectively, generally do not have as their "dominant characteristic" the depiction of a sexual organ or anal region "for a sexual purpose". Placing a photo in an album of sexual photos and adding a sexual caption could change its meaning such that its dominant characteristic or purpose becomes unmistakably sexual in the view of a reasonable objective observer: see *R. v. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (S.C.), at paras. 16-17. Absent evidence indicating a dominant prurient purpose, a photo of a child in the bath will not be caught. To secure a conviction the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the "dominant characteristic" of the picture is a depiction of the sexual organ or anal region "for a sexual purpose". If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

5. "Sexual Organ"

52 Section 163.1(1)(*a*)(ii) catches static depictions for a sexual purpose of the "sexual organ" or "anal region" of a person under 18 years, provided this is the dominant characteristic of the representation. This raises the question of the meaning of "sexual organ".

53 Prudence suggests leaving the precise content of "sexual organ" to future case-law. However, no one suggests that s. 163.1(1)(*a*)(ii) was designed to catch depictions of eyes or lips. Parliament's purpose of targeting possession of material associated with a reasoned risk of harm to children suggests a restrained interpretation of "sexual organ" in sub-

de moins de dix-huit ans ». Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable qui considérerait la représentation de manière objective et en contexte conclurait que sa « caractéristique dominante » est la représentation des organes sexuels ou de la région anale de l'enfant. Il en va de même de l'expression « dans un but sexuel », qui s'entend selon moi de ce qui est raisonnablement perçu comme visant à stimuler sexuellement certaines personnes.

D'un point de vue objectif, la « caractéristique dominante » des photos de famille représentant des enfants nus n'est généralement pas la représentation, « dans un but sexuel », d'organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Placer la photo dans un album de photos à caractère sexuel et ajouter une légende à connotation sexuelle est susceptible d'en modifier le sens et de faire en sorte qu'un observateur objectif et raisonnable considérera que sa caractéristique ou fin dominante est indéniablement sexuelle : voir *R. c. Hurtubise*, [1997] B.C.J. No. 40 (QL) (C.S.), par. 16-17. À défaut d'une preuve indiquant l'existence d'une fin lubrique dominante, la photo d'un enfant dans une baignoire n'est pas visée. Pour obtenir une déclaration de culpabilité, le ministère public doit prouver, hors de tout doute raisonnable, que la « caractéristique dominante » de la photo est la représentation, « dans un but sexuel », d'organes sexuels ou de la région anale. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

5. « Organes sexuels »

Le sous-alinéa 163.1(1)*a*)(ii) vise la représentation fixe, dans un but sexuel, d'« organes sexuels » ou de la « région anale » d'une personne âgée de moins de 18 ans, pourvu qu'il s'agisse de la caractéristique dominante de la représentation. Cela soulève la question du sens à donner à l'expression « organes sexuels ».

Il serait prudent de laisser à la jurisprudence future le soin de définir précisément cette expression. Cependant, nul ne prétend que le sous-al. 163.1(1)*a*)(ii) vise la représentation des yeux ou des lèvres. La volonté du législateur d'interdire la possession de matériel suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

para. (ii), similar to that discussed above with respect to subpara. (i).

indique qu'il faut donner à l'expression « organes sexuels » utilisée au sous-al. (ii) une interprétation restrictive similaire à celle analysée plus haut relativement au sous-al. (i).

6. Written Material: "Advocates or counsels"

6. Écrit qui « préconise ou conseille »

54 The second category of child pornography caught by s. 163.1(1) is "any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act".

54 La deuxième catégorie de pornographie juvénile visée par le par. 163.1(1) comprend « tout écrit ou [. . .] toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi ».

55 This section is more limited than the definition of visual pornography in s. 163.1(1)(*a*), which captures sexual "representation[s]" of children. Section 163.1(1)(*b*) is confined to material relating to activity that would be a crime under the *Criminal Code*. Moreover, it is confined to material that "counsels" or "advocates" such crimes. On its face, it appears to be aimed at combating written and visual material that actively promotes the commission of sexual offences with children.

55 Cette disposition a une portée plus restreinte que la définition de la pornographie visuelle à l'al. 163.1(1)*a*), laquelle englobe toute « représentation » à connotation sexuelle d'un enfant. L'alinéa 163.1(1)*b*) ne vise que le matériel se rapportant à une activité qui constituerait un crime au sens du *Code criminel*. En outre, il ne vise que le matériel qui « préconise » ou « conseille » la perpétration de tels crimes. De prime abord, l'objectif de cet alinéa semble être de lutter contre l'écrit et la représentation qui encouragent activement la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants.

56 At stake is not whether the maker or possessor of the material intended to advocate or counsel the crime, but whether the material, viewed objectively, advocates or counsels the crime. "Advocate" is not defined in the *Criminal Code*. "Counsel" is dealt with only in connection with the counseling of an offence: s. 22 of the *Criminal Code*, where it is stated to include "procure, solicit or incite". "Counsel" can mean simply to advise; however in criminal law it has been given the stronger meaning of actively inducing: see *R. v. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (N.B.C.A.), at p. 180, *per* Ayles J.A. While s. 22 refers to a person's actions and s. 163.1(1)(*b*) refers to material, it seems reasonable to conclude that in order to meet the requirement of "advocates" or "counsels", the material, viewed objectively, must be seen as "actively inducing" or encouraging the described offences with children. Again, Parliament's purpose of capturing material causing a reasoned risk of harm to children may offer gui-

56 Il s'agit de savoir non pas si l'auteur ou le possesseur du matériel a voulu préconiser ou conseiller la perpétration du crime, mais si, pris objectivement, le matériel préconise ou conseille la perpétration de ce crime. « Préconiser » n'est pas défini dans le *Code criminel*. « Conseiller » n'est traité qu'à l'art. 22 du *Code criminel* (conseiller de commettre une infraction) qui précise que « conseiller » s'entend « d'amener et d'inciter », et « conseil » de « l'encouragement visant à amener ou à inciter ». « Conseiller » peut simplement vouloir dire recommander, mais en droit criminel, on lui donne le sens plus fort d'encourager activement : voir *R. c. Dionne* (1987), 38 C.C.C. (3d) 171 (C.A.N.-B.), p. 180, le juge Ayles. Bien que l'art. 22 renvoie aux actes d'une personne, et l'al. 163.1(1)*b*) à du matériel, il semble raisonnable de supposer que, pour qu'il « préconise » ou « conseille », le matériel, pris objectivement, doit « encourager activement » la perpétration des infractions commises avec des enfants qui sont

2001 SCC 2 (CanLII)

dance. The mere description of the criminal act is not caught. Rather, the prohibition is against material that, viewed objectively, sends the message that sex with children can and should be pursued.

57 Without suggesting that the distinction is easy to apply in practice, a purposive approach appears to exclude many of the alleged examples of the law's overbreadth. For instance, works aimed at description and exploration of various aspects of life that incidentally touch on illegal acts with children are unlikely to be caught. While Nabokov's *Lolita*, Boccaccio's *Decameron*, and Plato's *Symposium* portray or discuss sexual activities with children, on an objective view they cannot be said to advocate or counsel such conduct in the sense of actively inducing or encouraging it. Nor would the section catch political advocacy for lowering the age of consent because such advocacy would not promote the commission of an offence but the amendment of the law. Likewise, an anthropological work discussing the sexual practices of adolescents in other cultures and describing such adolescents as well-adjusted and healthy would not be caught because it would be merely descriptive as opposed to advocating or counselling illegal acts. I note that in any event these examples would likely fall within the artistic merit, medical, educational, scientific, or public good defences, discussed below.

58 It must also be remembered that it is only the advocating or counselling of sexual activity with a person under the age of 18 that would be an offence under the *Criminal Code* that is captured by this part of the definition of child pornography. Many of the sexual offences in the *Code* apply only to sexual activity involving an individual

représentées. Là encore, l'intention du législateur de viser le matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants peut indiquer la voie à suivre. La simple description de l'acte criminel n'est pas visée. L'interdiction porte plutôt sur du matériel qui, considéré objectivement, transmet le message qu'on peut et qu'on devrait avoir des rapports sexuels avec des enfants.

Sans laisser entendre que la distinction est facile à faire en pratique, l'analyse fondée sur l'objet visé paraît exclure bon nombre d'exemples de situations qui illustreraient la portée excessive de la disposition. Par exemple, les œuvres vouées à la description et à l'exploration de différents aspects de la vie qui, de manière incidente, font état d'actes illégaux accomplis avec des enfants ne sont vraisemblablement pas visées. Même si *Lolita* de Nabokov, *Decameron* de Boccace et le *Banquet* de Platon représentent ou analysent des activités sexuelles avec des enfants, on ne saurait dire, objectivement, que ces œuvres préconisent ou conseillent un tel comportement au sens de l'encourager activement. La disposition ne s'appliquerait pas non plus à la défense, sur le plan politique, de l'abaissement de l'âge du consentement valide, du fait que cette défense préconiserait non pas la perpétration d'une infraction, mais plutôt la modification de la loi. De même, un ouvrage d'anthropologie analysant les pratiques sexuelles d'adolescents d'autres cultures et les présentant comme étant bien adaptés et en santé ne serait pas visé, car il ne ferait que décrire une situation au lieu de préconiser ou conseiller l'accomplissement d'actes illégaux. Je constate que, de toute façon, ces exemples relèveraient probablement des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical ou encore sur le bien public, qui sont analysés plus loin.

Il faut aussi se rappeler que seul le fait de préconiser ou de conseiller une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de 18 ans constituerait une infraction au *Code criminel* visée par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. De nombreuses infractions d'ordre sexuel prévues par le *Code* ne s'appliquent qu'à l'activité sexuelle

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

under the age of 14. For instance, the offences of sexual interference (s. 151) and invitation to sexual touching (s. 152) apply only when individuals 13 or under are involved, unless the person doing the touching or inviting is in a position of trust or authority (s. 153). Advocating the consensual sexual touching of a 16-year-old is not an offence under s. 151 and therefore would not be caught by this part of the child pornography definition. However, advocating such touching by, for example, a teacher or hockey coach, is an offence and would be caught. Similarly, inviting a 14-year-old to consensually sexually touch another person is not an offence under s. 152 and would also not be caught (subject to the same position of trust or authority exception). Finally, advocating consensual vaginal intercourse with a 15-year-old is not an offence, as the age of consent is 14. Written materials or visual representations that advocate or counsel such acts of intercourse are therefore also not caught by s. 163.1(1)(*b*).

impliquant une personne de moins de 14 ans. Par exemple, les contacts sexuels (art. 151) et l'incitation à des contacts sexuels (art. 152) ne s'appliquent que si des personnes de 13 ans ou moins sont en cause, à moins que l'auteur de l'attouchement ou de l'incitation ne soit une personne en situation d'autorité ou de confiance (art. 153). Préconiser le contact sexuel consensuel avec une personne de 16 ans n'est pas une infraction à l'art. 151 et ne serait donc pas visé par cette partie de la définition de la pornographie juvénile. Toutefois, préconiser ce genre de contact par un enseignant ou un entraîneur de hockey, notamment, est une infraction et serait visé. De même, inviter un jeune de 14 ans à avoir un contact sexuel consensuel avec une autre personne n'est pas une infraction à l'art. 152 et ne serait pas visé non plus (sous réserve de la même exception relative à la personne en situation d'autorité ou de confiance). Enfin, préconiser des relations vaginales consensuelles avec une personne de 15 ans n'est pas une infraction puisque l'âge du consentement valide est de 14 ans. Les écrits ou les représentations qui préconisent ou conseillent de tels rapports sexuels ne sont donc pas visés par l'al. 163.1(1)*b*).

However, it must be observed that the provision is broad enough to capture written works created by the author alone, solely for his or her own eyes. For example, the law could arguably extend to a teenager's favourable diary account of a sexual encounter. The interpretations of "advocates or counsels" and the fact that the description must be of an unlawful act reduce the likelihood of this happening. Nevertheless, the possibility remains that a teenager's private account of a sexual encounter could be caught. This example, like that of a drawing made and kept exclusively by the accused, engages the value of private self-fulfilment and appears to pose little real risk of harm to children, rendering it constitutionally problematic.

59 Il faut toutefois noter que la disposition a une portée suffisamment large pour viser les écrits créés uniquement par l'auteur et destinés exclusivement à son usage personnel. Par exemple, on pourrait soutenir que la disposition s'applique même à la partie d'un journal intime dans laquelle un adolescent relaterait positivement une aventure sexuelle. L'interprétation des mots « préconise ou conseille » et le fait qu'il doit s'agir de la description d'un acte illégal diminuent les chances que cela se produise. Il reste cependant que le récit privé d'une aventure sexuelle par un adolescent pourrait être visé. Cet exemple, comme celui d'un dessin effectué et conservé uniquement par l'accusé, fait intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne semble exposer les enfants qu'à un faible risque réel de préjudice, ce qui le rend constitutionnellement problématique.

7. The Defences

7. Les moyens de défense

In addition to limiting the ambit of the definition of child pornography, Parliament created a number

60 En plus de restreindre la portée de la définition de la pornographie juvénile, le législateur a prévu

of defences. In so doing, Parliament recognized that the law could unduly impinge on some of the values protected by the guarantee of free expression, like artistic creativity, education, medical research, or other public purposes, and sought to provide protection for activities furthering these values. The defences should be liberally construed with this purpose in mind.

(a) *The Defence of Artistic Merit*

61 Section 163.1(6) provides a defence for a representation or written material that constitutes child pornography if it has "artistic merit". Three issues arise regarding the ambit of this defence: (1) the meaning of "artistic merit"; (2) whether artistic works must conform to "community standards" in order to gain the protection of the defence; and (3) the procedure for considering the defence. When construing the defence of artistic merit, we must keep in mind the admonition of Sopinka J. in *Butler*, *supra*, at p. 486: "Artistic expression rests at the heart of freedom of expression values and any doubt in this regard must be resolved in favour of freedom of expression." Simply put, the defence must be construed broadly.

62 The first question is what the defence covers. It seems clear the defence must be established objectively, since Parliament cannot have intended a bare assertion of artistic merit to provide a defence. This leaves two possibilities. First, "artistic merit" may refer to the quality of the work in the opinion of objective observers. It is not uncommon in everyday discourse to say of a work of art that, although it is genuinely art, it possesses little or no "artistic merit". If "artistic merit" is used in this sense, then the task of the court would be to determine how good the work of art was. Art students learning their craft, inept artists and artists breaking conventions to establish new idioms might well find their work classified as lacking "artistic merit" and hence lose the benefit of the

un certain nombre de moyens de défense. Ce faisant, il a reconnu que la disposition pourrait porter indûment atteinte à certaines valeurs protégées par la garantie de la liberté d'expression, telles la créativité artistique, l'éducation, la recherche médicale et d'autres fins publiques, et il a tenté de protéger les activités qui servent ces valeurs. Les moyens de défense doivent être interprétés libéralement en gardant ce but à l'esprit.

a) *Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique*

Le paragraphe 163.1(6) prévoit un moyen de défense à l'égard de l'écrit ou de la représentation qui constitue de la pornographie juvénile, mais qui a une « valeur artistique ». Trois questions se posent au sujet de sa portée : (1) Que signifie l'expression « valeur artistique »? (2) L'œuvre artistique doit-elle être conforme aux «normes sociales» pour que le moyen de défense puisse être invoqué à son égard? (3) Quelle procédure faut-il suivre pour examiner ce moyen de défense? Nous devons interpréter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique en nous rappelant la mise en garde du juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 486 : « L'expression artistique est au cœur des valeurs relatives à la liberté d'expression et tout doute à cet égard doit être tranché en faveur de la liberté d'expression ». Cela veut simplement dire que ce moyen de défense doit être interprété largement.

La première question est de savoir ce que vise le moyen de défense. Il semble clair qu'il doit être établi de manière objective, étant donné que le législateur n'a pu vouloir que le simple fait d'invoquer la valeur artistique constitue un moyen de défense. Deux possibilités s'offrent donc. Premièrement, la « valeur artistique » peut s'entendre de la qualité de l'œuvre selon l'observateur objectif. Il n'est pas rare, dans la vie de tous les jours, qu'on dise d'une œuvre d'art que, même si elle constitue véritablement de l'art, elle n'a aucune « valeur artistique » ou en a très peu. Si l'expression « valeur artistique » est utilisée dans ce sens, il incombe alors au tribunal d'évaluer la qualité de l'œuvre d'art. L'étudiant qui fait l'apprentissage d'un art, l'artiste inepte ou l'artiste qui rompt avec

2001 SCC 2 (CanLII)

defence. On the assumption that this was the meaning of "artistic merit", it was argued that the defence is too limited and arbitrary to protect artistic expression adequately.

les conventions pour établir un nouveau mode d'expression pourrait se faire dire que son œuvre manque de « valeur artistique » et donc être incapable de se prévaloir du moyen de défense. En tenant pour acquis que tel était le sens de l'expression « valeur artistique », on a fait valoir que le moyen de défense est trop restreint et arbitraire pour protéger adéquatement l'expression artistique.

The second meaning that can be ascribed to "artistic merit" is "possessing the quality of art", or "artistic character". On this meaning, a person who produces art of any kind is protected, however crude or immature the result of the effort in the eyes of the objective beholder. This interpretation seems more consistent with what Parliament intended. It is hard to conceive of Parliament wishing to make criminality depend on the worth of the accused's art. It would be discriminatory and irrational to permit a good artist to escape criminality, while criminalizing less fashionable, less able or less conventional artists. Such an interpretation would run counter to the need to give the defence a broad and generous meaning. I conclude that "artistic merit" should be interpreted as including any expression that may reasonably be viewed as art. Any objectively established artistic value, however small, suffices to support the defence. Simply put, artists, so long as they are producing art, should not fear prosecution under s. 163.1(4).

63 Le deuxième sens qui peut être donné à l'expression « valeur artistique » est « qui possède la qualité reconnue à l'art » ou « qui participe de l'art ». Selon ce sens, tout créateur d'art quel qu'il soit est protégé même si ses efforts produisent une œuvre grossière ou immature selon l'observateur objectif. Cette interprétation paraît davantage compatible avec l'intention du législateur, car on imagine difficilement qu'il a voulu assujettir la responsabilité criminelle à la valeur de l'art de l'accusé. Il serait discriminatoire et irrationnel de permettre à un bon artiste d'échapper à la responsabilité criminelle mais d'incriminer un artiste plus marginal, moins talentueux ou moins conformiste. Une telle interprétation irait à l'encontre de la nécessité d'interpréter le moyen de défense d'une manière large et libérale. Je conclus que les mots « valeur artistique » doivent s'entendre de toute forme d'expression pouvant raisonnablement être considérée comme de l'art. Toute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle, suffit à fonder le moyen de défense. Tant qu'il produit de l'art, l'artiste ne devrait tout simplement pas craindre d'être poursuivi en vertu du par. 163.1(4).

What may reasonably be viewed as art is admittedly a difficult question — one that philosophers have pondered through the ages. Although it is generally accepted that "art" includes the production, according to aesthetic principles, of works of the imagination, imitation or design (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), the question of whether a particular drawing, film or text is art must be left to the trial judge to determine on the basis of a variety of factors. The subjective intention of the creator will be relevant, although it is unlikely to be conclusive. The form and content of the work

64 La question de savoir ce qui peut raisonnablement être considéré comme de l'art est certes difficile et fait depuis toujours réfléchir les philosophes. Bien qu'il soit généralement admis que l'« art » s'entend notamment de la production, selon des principes esthétiques, d'œuvres émanant de l'imagination, imitées ou originales (*New Shorter Oxford English Dictionary on Historical Principles* (1993), vol. 1, p. 120), la question de savoir si un dessin, un film ou un texte en particulier est de l'art doit être tranchée par le juge du procès, compte tenu de toute une gamme de facteurs. L'intention subjective du créateur sera pertinente, mais

2001 SCC 2 (CanLII)

may provide evidence as to whether it is art. Its connections with artistic conventions, traditions or styles may also be a factor. The opinion of experts on the subject may be helpful. Other factors, like the mode of production, display and distribution, may shed light on whether the depiction or writing possesses artistic value. It may be, as the case law develops, that the factors to be considered will be refined.

65 This brings me to the issue of whether the defence incorporates a community tolerance standard. In *Ontario (Attorney General) v. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), McCombs J. interpreted s. 163.1(6) as importing a requirement that material, to have artistic merit, must comport with community standards in the sense of not posing a risk of harm to children. I am not persuaded that we should read a community standards qualification into the defence. To do so would involve reading in a qualification that Parliament has not stated. Further, reading in the qualification of conformity with community standards would run counter to the logic of the defence, namely that artistic merit outweighs any harm that might result from the sexual representations of children in the work. Most material caught by the definition of child pornography could pose a potential risk of harm to children. To restrict the artistic merit defence to material posing no risk of harm to children would defeat the purpose of the defence. Parliament clearly intended that some pornographic and possibly harmful works would escape prosecution on the basis of this defence; otherwise there is no need for it.

66 The third issue is how the artistic merit defence functions procedurally. The test, as mentioned, is objective. The wording of the section suggests that it functions in the same manner as other defences such as self defence, provocation or necessity. The

probablement non concluante. La forme et la teneur de l'œuvre peuvent permettre de déterminer s'il s'agit d'art. Ses liens avec des conventions, traditions ou styles artistiques peuvent également être un facteur à considérer. L'avis d'un expert sur le sujet peut être utile. D'autres facteurs comme le mode de production, de présentation et de distribution peuvent aider à déterminer si l'écrit ou la représentation a une valeur artistique. Il se peut qu'avec l'évolution de la jurisprudence l'identité des facteurs à considérer se précise.

Ceci nous amène à la question de savoir si le moyen de défense comporte une norme sociale de tolérance. Dans *Ontario (Attorney General) c. Langer* (1995), 123 D.L.R. (4th) 289 (C. Ont. (Div. gén.)), le juge McCombs a conclu que le par. 163.1(6) signifie que, pour avoir une valeur artistique, le matériel doit être conforme aux normes sociales en ce sens qu'il ne doit pas exposer les enfants à un préjudice. Je ne suis pas convaincue qu'il y ait lieu de considérer que ce moyen de défense comporte une restriction fondée sur les normes sociales, car cela reviendrait à inclure une condition que le législateur n'a pas formulée. En outre, il serait contraire à la logique du moyen de défense de considérer qu'il comporte la condition de la conformité aux normes sociales, laquelle logique veut que la valeur artistique l'emporte sur le préjudice susceptible de résulter de la représentation à caractère sexuel d'un enfant dans l'œuvre. La majeure partie du matériel visé par la définition de la pornographie juvénile est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Restreindre le moyen de défense fondé sur la valeur artistique à ce qui n'expose les enfants à aucun risque de préjudice contrecarrerait l'objet de ce moyen de défense. Le législateur a manifestement voulu que certaines œuvres pornographiques susceptibles d'être préjudiciables échappent à toutes poursuites grâce à ce moyen de défense, qui autrement n'aurait aucune utilité.

La troisième question est la procédure à suivre à l'égard du moyen de défense fondé sur la valeur artistique. Comme nous l'avons vu, le critère est objectif. Le libellé de la disposition indique qu'elle s'applique de la même façon que d'autres moyens

2001 SCC 2 (CanLII)

accused raises the defence by pointing to facts capable of supporting it (generally something more than a bare assertion that the creator subjectively intended to create art), at which point the Crown must disprove the defence beyond a reasonable doubt: see *Langer*, *supra*.

de défense, telles la légitime défense, la provocation ou la nécessité. L'accusé invoque le moyen de défense en signalant des faits susceptibles de l'étayer (qui représentent généralement plus qu'une simple assertion que l'auteur a voulu subjectivement créer de l'art), après quoi le ministère public doit réfuter hors de tout doute raisonnable le moyen de défense : voir *Langer*, précité.

I add this footnote. The statutory defence of artistic merit to a charge of possession of child pornography is conceptually different from the defence of artistic merit to a charge of obscenity under s. 163 of the *Criminal Code*. With respect to s. 163, the meaning of obscenity and the defence of artistic merit are largely judicial creations. It turns on whether the sexual portrayal is the dominant purpose of the work, on the one hand, or essential to a wider artistic purpose, on the other (the internal necessities test). It also asks whether the sexual aspect of the work, viewed in context, would meet community standards of tolerance. The definition of child pornography, by contrast, stands independent of the defence of artistic merit, making the language of "internal necessity" and the logic of "either obscenity or art" inapposite. For this reason, and with the greatest respect for the contrary view expressed by McCombs J. in *Langer*, *supra*, I do not find it incongruous to interpret the defence of artistic merit to the child pornography offences differently from that developed under the obscenity provisions.

67 J'ajoute une précision. Le moyen de défense fondé sur la valeur artistique que prévoit la loi dans le cas d'une accusation de possession de pornographie juvénile diffère, sur le plan conceptuel, du moyen de défense fondé sur la valeur artistique qui peut être invoqué dans le cas d'une accusation d'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*. En ce qui concerne ce dernier article, la sens de l'obscénité et la défense fondée sur la valeur artistique résultent dans une large mesure de la jurisprudence. Il dépend de la question de savoir, d'une part, si la représentation sexuelle est l'objectif dominant de l'œuvre ou, d'autre part, si elle est essentielle à un objectif artistique plus large (le critère des besoins internes). Il faut aussi se demander si, compte tenu du contexte, l'aspect sexuel de l'œuvre satisferait aux normes sociales de tolérance. Par contre, la définition de la pornographie juvénile est indépendante du moyen de défense fondé sur la valeur artistique, ce qui rend inutiles la notion des « besoins internes » et le raisonnement « de l'obscénité ou de l'art ». Pour ce motif, et avec le plus grand respect pour l'avis contraire exprimé par le juge McCombs dans *Langer*, précité, il ne me paraît pas incongru, lorsqu'il est question d'infractions en matière de pornographie juvénile, de donner au moyen de défense fondé sur la valeur artistique une interprétation différente de celle qui lui est donnée sous le régime des dispositions relatives à l'obscénité.

(b) *The Defence of "Educational, Scientific or Medical Purpose"*

b) *Le moyen de défense fondé sur l'existence d'un « but éducatif, scientifique ou médical »*

Section 163.1(6) creates a defence for material that serves a medical, educational or scientific purpose. This refers to the purpose the material, viewed objectively, may serve, not the purpose for which the possessor actually holds it. How the material was produced or is possessed is obviously

68 Le paragraphe 163.1(6) établit un moyen de défense à l'égard du matériel qui a un but médical, éducatif ou scientifique. Il s'agit du but auquel le matériel peut objectivement servir et non du but dans lequel la personne l'a effectivement en sa possession. La manière dont le matériel a été pro-

2001 SCC 2 (CanLII)

relevant to this determination. While arguably few medical, educational and scientific works would fall within s. 163.1(1), Parliament has made it clear that if they do, possession of them is legal. The procedural aspects of the defence of artistic merit would apply to this defence.

duit ou est conservé est évidemment pertinente à cet égard. Bien qu'on puisse soutenir que peu d'ouvrages médicaux, éducatifs ou scientifiques seraient visés par le par. 163.1(1), le législateur dit clairement que, même s'ils le sont, leur possession est légale. La procédure applicable à ce moyen de défense est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

69 The defence of possession for medical, education and scientific purposes, like the other defences, should be interpreted liberally in accordance with Parliament's intent. On such an approach, possession of materials for therapeutic purposes might meet the requirements of the defence. This defence will apply in appropriate circumstances to sketches and stories penned in the process of self-analysis or a couple's record of their sexual conduct held for the purpose of furthering that relationship: J. Ross, "*R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography" (2000), 11 *Constitutional Forum* 50, at p. 57.

À l'instar des autres moyens de défense, le moyen de défense fondé sur la possession dans un but médical, éducatif ou scientifique doit être interprété libéralement et en conformité avec l'intention du législateur. Dans cette optique, la possession de matériel à des fins thérapeutiques pourrait satisfaire aux exigences de ce moyen de défense. Dans des circonstances appropriées, ce moyen de défense s'appliquera à des scénarios ou récits composés dans le cadre d'une introspection ou aux activités sexuelles consignées par un couple à des fins d'épanouissement de sa relation : J. Ross, « *R.* v. *Sharpe* and Private Possession of Child Pornography » (2000), 11 *Forum Constitutionnel* 50, p. 57.

(c) *The Defence of "Public Good"*

c) *Le moyen de défense fondé sur le « bien public »*

70 "Public good" has been interpreted as "necessary or advantageous to religion or morality, to the administration of justice, the pursuit of science, literature, or art, or other objects of general interest": J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9th ed. 1950), at p. 173, adopted in *R. v. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (Ont. C.A.), at pp. 161-62, and *R. v. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (Que. C.A.), at pp. 358-59. The public good defence has received little interpretation in the obscenity context, and a precise definition of its ambit is beyond the scope of this appeal. Once again, a purposive interpretation would appear to be appropriate. Examples of possession of child pornography which could serve the public good include possession of child pornography by people in the justice system for purposes associated with prosecution, by researchers studying the effects of exposure to child pornography, and by those in possession of works addressing the political or philosophical aspects of child pornography. Again,

Le « bien public » a été interprété comme étant [TRADUCTION] « ce qui est nécessaire ou favorable à la religion ou à la moralité, à l'administration de la justice, à l'activité scientifique, littéraire ou artistique ou à d'autres sujets d'intérêt général » : J. F. Stephen, *A Digest of the Criminal Law* (9e éd. 1950), p. 173; cette interprétation a été adoptée dans *R. c. American News Co.* (1957), 118 C.C.C. 152 (C.A. Ont.), p. 161-162, et *R. c. Delorme* (1973), 15 C.C.C. (2d) 350 (C.A. Qué.), p. 358-359. Le moyen de défense fondé sur le bien public a été peu interprété dans le contexte de l'obscénité et la définition précise de sa portée déborde le cadre du présent pourvoi. Là encore, une interprétation téléologique semblerait appropriée. La possession de pornographie juvénile susceptible de servir le bien public inclut notamment la possession de tel matériel par des intervenants du système judiciaire dans le cadre d'une poursuite en justice, par des chercheurs qui étudient les effets de l'exposition à la pornographie juvénile ou encore

2001 SCC 2 (CanLII)

the same procedure would apply as for the defence of artistic merit.

It might be argued that the public good is served by possession of materials that promote expressive or psychological well-being or enhance one's sexual identity in ways that do not involve harm to others. In some cases this might eliminate some of the more problematic applications of s. 163.1(4). For example, it might in certain cases foreclose the law's application to visual works created and privately held by one person alone, or to private recordings by adolescents of their lawful sexual activity. Nevertheless, the public good defence might not answer all concerns as to the law's breadth. Absent evidence of public good in the particular case, a person might still be convicted for possession of material that directly engages the value of self-fulfilment and presents little or no risk of harm to children. Thus, while the public good defence might prevent troubling applications of the law in certain cases, it would not do so in all.

8. Summary of Material Caught by Section 163.1(4)

Section 163.1(4) of the *Criminal Code* evinces a clear and unequivocal intention to protect children from the abuse and exploitation associated with child pornography. It criminalizes the possession of a substantial range of materials posing a risk of harm to children. Written material and visual representations advocating the commission of criminal offences against children is caught. Visual material depicting children engaged in explicit sexual activity is caught, as is material featuring, as a dominant characteristic, the sexual organ or anal region of a child for a sexual purpose. The reach of the proscription is further broadened by extending it to the depiction of both real and imag-

par des personnes qui ont en leur possession des œuvres traitant des aspects politiques ou philosophiques de la pornographie juvénile. Là encore, la procédure applicable est la même que pour le moyen de défense fondé sur la valeur artistique.

71 On pourrait soutenir que la possession de matériel qui favorise l'épanouissement expressif ou psychologique ou qui renforce l'identité sexuelle d'une personne d'une façon non préjudiciable pour autrui sert le bien public. Dans certains cas, cela pourrait éliminer certaines des applications les plus problématiques du par. 163.1(4). Par exemple, cela pourrait parfois empêcher que la disposition s'applique à des œuvres visuelles créées et conservées en privé par une seule personne, ou à des enregistrements privés que font des adolescents de leurs activités sexuelles légales. Il se pourrait néanmoins que le moyen de défense fondé sur le bien public ne dissipe pas toutes les préoccupations concernant la portée de la disposition. En l'absence d'une preuve que le bien public est servi dans un cas donné, quelqu'un pourrait effectivement être déclaré coupable de possession de matériel qui fait directement intervenir la valeur d'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Par conséquent, bien qu'il soit possible que le moyen de défense fondé sur le bien public empêche dans certains cas des applications inquiétantes de la loi, il ne le fera pas dans tous les cas.

8. Résumé concernant le matériel visé par le par. 163.1(4)

72 Le paragraphe 163.1(4) du *Code criminel* traduit l'intention claire et nette de protéger les enfants contre les sévices et l'exploitation liés à la pornographie juvénile. Il criminalise la possession d'un matériel très varié qui est susceptible de causer un préjudice aux enfants. Sont visés les écrits et les représentations préconisant la perpétration d'infractions criminelles contre les enfants, de même que le matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et le matériel dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le champ d'application de l'interdiction est élargi davantage en

2001 SCC 2 (CanLII)

inary persons. As a result, the law appears to catch a substantial amount of material that endangers the welfare of children.

ce qu'il est étendu autant à la représentation de vraies personnes et qu'à celle de personnes imaginaires. Par conséquent, la disposition semble viser une masse importante de matériel qui compromet le bien-être des enfants.

73 At the same time, the legislation recognizes the importance of free expression and the danger of a sweeping criminal prohibition. It catches visual representations only where the sexual activity depicted is explicit, thus excluding kissing, hugging and other forms of casual intimacy. It targets visual materials only where they feature a sexual organ or anal region as a "dominant characteristic" for a "sexual purpose", precluding the application of the law to innocent baby-in-the-bath photos and other scenarios of non-sexual nudity. Writings are caught only where they actively advocate or counsel illegal sexual activity with persons under the age of 18. Complementing these limits inherent in the s. 163.1(1) definition are an array of defences aimed at enhancing the protection of free expression by excluding materials with redeeming social benefits. Works of art, even of dubious artistic value, are not caught at all. Materials created for an "educational, scientific or medical purpose", liberally construed, are also exempted. Finally, a public good defence, the precise scope of which remains to be determined, further protects the possession of materials serving a necessary or advantageous social function.

La disposition reconnaît en même temps l'importance de la liberté d'expression et le danger d'une interdiction pénale générale. Elle ne vise la représentation d'une activité sexuelle que dans la mesure où cette activité est explicite, ce qui a pour effet d'exclure le baiser, l'étreinte et d'autres formes de contacts intimes anodins. Elle ne s'applique au matériel visuel que s'il a comme « caractéristique dominante » la représentation, dans un « but sexuel » des organes sexuels ou de la région anale, ce qui a pour effet d'exclure les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et d'autres scénarios de nudité non sexuelle. Les écrits ne sont visés que lorsqu'ils préconisent ou conseillent activement une activité sexuelle illégale avec des personnes de moins de 18 ans. Ces limites inhérentes à la définition du par. 163.1(1) sont complétées par une panoplie de moyens de défense destinés à augmenter la protection de la liberté d'expression en excluant du champ d'application de la disposition le matériel dont les effets sociaux bénéfiques rachètent ses lacunes. Les œuvres d'art, même celles dont la valeur artistique est douteuse, ne sont absolument pas visées. Le matériel créé dans un « but éducatif, scientifique ou médical », au sens large, fait aussi l'objet d'une exception. Enfin, le moyen de défense fondé sur le bien public, dont la portée précise reste à déterminer, protège en outre la possession de matériel remplissant une fonction sociale nécessaire ou profitable.

74 These exclusions support the earlier suggestion that Parliament's goal was to prohibit possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. The primary definition of "child pornography" does not embrace every kind of material that might conceivably pose a risk of harm to children, but appears rather to target blatantly pornographic material. Additionally, the defences exempt classes of material raising special free expression concerns. In this way, Parliament

Ces exclusions étayent l'affirmation faite plus tôt que l'intention du législateur était d'interdire la possession de la pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. La définition fondamentale de la pornographie juvénile n'englobe pas tous les types de matériel qui pourraient théoriquement présenter un risque de préjudice pour les enfants, mais semble plutôt viser le matériel nettement pornographique. De plus, les moyens de défense excluent

2001 SCC 2 (CanLII)

has attempted to meet the dual concerns of protecting children and protecting free expression.

des catégories de matériel qui suscitent des inquiétudes particulières du point de vue de la liberté d'expression. De cette façon, le législateur a tenté de répondre à la double préoccupation de protéger les enfants et de protéger la liberté d'expression.

2001 SCC 2 (CanLII)

Yet problems remain. The interpretation of the legislation suggested above reveals that the law may catch some material that particularly engages the value of self-fulfilment and poses little or no risk of harm to children. This material may be grouped in two classes. The first class consists of self-created, privately held expressive materials. Private journals, diaries, writings, drawings and other works of the imagination, created by oneself exclusively for oneself, may all trigger the s. 163.1(4) offence. The law, in its prohibition on the possession of such materials, reaches into a realm of exceedingly private expression, where s. 2(*b*) values may be particularly implicated and state intervention may be markedly more intrusive. Further, the risk of harm arising from the private creation and possession of such materials, while not eliminated altogether, is low.

75 Il reste que certains problèmes subsistent. Selon l'interprétation proposée plus haut, la disposition peut viser du matériel qui fait particulièrement intervenir la valeur de l'épanouissement personnel et ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants. Ce matériel peut être réparti en deux catégories. La première catégorie est celle du matériel expressif créé personnellement et conservé en privé. Les journaux intimes, notes personnelles, écrits, dessins et autres œuvres de fiction privés et créés par des personnes pour leur propre usage exclusif peuvent tous entraîner l'infraction prévue au par. 163.1(4). En interdisant la possession de matériel de cette nature, la disposition entre dans le domaine de l'expression extrêmement privée, où les valeurs protégées par l'al. 2*b*) sont particulièrement susceptibles d'entrer en jeu et où l'intervention de l'État risque d'être nettement plus envahissante. En outre, bien qu'il ne soit pas complètement éliminé, le risque de préjudice découlant de la création et de la possession à des fins personnelles de matériel de cette nature est peu élevé.

The second class of material concerns privately created visual recordings of lawful sexual activity made by or depicting the person in possession and intended only for private use. Sexually explicit photographs taken by a teenager of him- or herself, and kept entirely in private, would fall within this class of materials. Another example would be a teenaged couple's private photographs of themselves engaged in lawful sexual activity. Possession of such materials may implicate the values of self-fulfilment and self-actualization, and therefore, like the material in the first category, reside near the heart of the s. 2(*b*) guarantee. And like the material in the first category, this material poses little risk of harm to children. It is privately created and intended only for personal use. It depicts only lawful sexual activity. Indeed, because the law reaches depictions of persons who are or appear to

76 La seconde catégorie de matériel a trait aux enregistrements visuels d'activités sexuelles légales qui sont faits en privé par la personne les ayant en sa possession ou y figurant et qui sont destinés à un usage personnel seulement. Les photos sexuellement explicites qu'un adolescent prend de lui-même et qu'il garde strictement pour son usage personnel feraient partie de cette catégorie de matériel. Il en serait de même des photos personnelles qu'un couple d'adolescents auraient prises de leurs activités sexuelles légales. La possession de matériel de cette nature peut faire intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi et donc, à l'instar du matériel de la première catégorie, être presque au cœur de la garantie prévue à l'al. 2*b*). Tout comme le matériel de la première catégorie, ce matériel est peu susceptible de causer un préjudice aux enfants.

be under 18, the person or persons depicted may not even appear to be children.

Il est créé en privé et destiné uniquement à un usage personnel. Il ne représente que des activités sexuelles légales. En fait, étant donné que la disposition vise les représentations de personnes âgées de moins de 18 ans ou qui semblent l'être, la ou les personnes représentées peuvent même ne pas sembler être des enfants.

77 These examples suggest that s. 163.1(4), at the margins of its application, prohibits deeply private forms of expression, in pursuit of materials that may pose no more than a nominal risk of harm to children. It is these potential applications that present the most significant concerns at the stage of justification.

Ces exemples indiquent que, aux confins de son champ d'application, le par. 163.1(4) interdit des formes d'expression profondément privées et du matériel susceptible de ne présenter qu'un risque infime de préjudice pour les enfants. Ce sont ces applications potentielles qui suscitent les préoccupations les plus importantes à l'étape de la justification.

C. *Is the Limitation on Free Expression Imposed by Section 163.1(4) Justified Under Section 1 of the Charter?*

C. *La limite imposée à la liberté d'expression par le par. 163.1(4) est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

78 Crown counsel has conceded that criminalizing possession of child pornography limits the right of free expression. The question we must answer is whether that limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. To justify the intrusion on free expression, the government must demonstrate, through evidence supplemented by common sense and inferential reasoning, that the law meets the test set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and refined in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. The goal must be pressing and substantial, and the law enacted to achieve that goal must be proportionate in the sense of furthering the goal, being carefully tailored to avoid excessive impairment of the right, and productive of benefits that outweigh the detriment to freedom of expression.

L'avocat du ministère public a reconnu que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile limite le droit à la liberté d'expression. Nous devons déterminer s'il s'agit d'une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression, le gouvernement doit établir, au moyen d'une preuve complétée par le bon sens et le raisonnement par déduction, que la disposition satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et précisé dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. L'objectif doit être urgent et réel, et la disposition adoptée pour le réaliser doit être proportionnée en ce sens qu'elle doit favoriser la réalisation de cet objectif, être soigneusement conçue pour éviter toute atteinte excessive au droit et produire des avantages qui l'emportent sur l'atteinte à la liberté d'expression.

79 Before we turn to these issues, we must consider the argument that prohibitions on private possession of child pornography can never be justified. Such laws, Southin J.A. asserted, constitute "the hallmark of tyranny" (para. 95). They represent such a fundamental intrusion on basic liberties that

Avant d'aborder ces questions, nous devons examiner l'argument selon lequel l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile ne saurait être justifiée. En Cour d'appel, le juge Southin affirme que les dispositions qui imposent une telle interdiction sont [TRADUCTION] « mar-

2001 SCC 2 (CanLII)

they can never be justified in a free and democratic society.

Section 1 of the *Charter* belies the suggestion that any *Charter* right is so absolute that limits on it can never be justified. The argument posits that some rights are so basic that they can never be limited as a matter of principle, precluding any evaluation under s. 1. This is both undesirable and unnecessary. It is undesirable because it raises the risk that laws that can be justified may be struck down on the basis of how they are characterized. It is unnecessary because s. 1 provides a basis for fair evaluation that upholds only those laws that do not unjustifiably erode basic liberties.

I conclude that the argument that limitations on possession of child pornography can never be justified as a matter of principle must be dismissed. We must conduct a detailed analysis of whether the law's intrusion on freedom of speech can be justified under s. 1 of the *Charter*.

1. Is the Legislative Objective Pressing and Substantial?

I earlier concluded that Parliament's objective in passing s. 163.1(4) was to criminalize possession of child pornography that poses a reasoned risk of harm to children. This objective is pressing and substantial. Over and above the specific objectives of the law in reducing the direct exploitation of children, the law in a larger attitudinal sense asserts the value of children as a defence against the erosion of societal attitudes toward them. While the government in this case did not present attitudinal harm to society at large as a justification for the law's intrusion on the right of free expression, this may be seen as a good incidental to the

quée[s] au coin de la tyrannie » (par. 95) et qu'elles représentent une atteinte tellement profonde à des libertés fondamentales qu'elles ne sauront jamais être justifiées dans une société libre et démocratique.

80 L'article premier de la *Charte* contredit l'argument que tout droit garanti par la *Charte* est si absolu que sa restriction ne peut jamais être justifiée. Selon cet argument, certains droits sont si fondamentaux que, par principe, ils ne peuvent jamais être restreints, ce qui empêche toute évaluation fondée sur l'article premier. Cela n'est ni souhaitable ni nécessaire. Ce n'est pas souhaitable en raison du risque qui en résulte que des textes législatifs susceptibles d'être justifiés soient invalidés à cause de la façon dont ils ont été qualifiés. Ce n'est pas nécessaire parce que l'article premier constitue un moyen de procéder à une évaluation équitable qui confirme la validité des seuls textes qui ne sapent pas de manière injustifiable des libertés fondamentales.

81 Je conclus qu'il faut rejeter l'argument selon lequel les limites imposées à la possession de pornographie juvénile ne sauraient, par principe, jamais être justifiées. Nous devons analyser en détail la question de savoir si l'atteinte portée à la liberté de parole par la disposition en cause peut être justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

1. L'objectif législatif est-il urgent et réel?

82 J'ai déjà jugé que l'objectif visé par le législateur lorsqu'il a adopté le par. 163.1(4) était de criminaliser la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé aux enfants. Cet objectif est urgent et réel. En plus de viser expressément la réduction de l'exploitation directe d'enfants, la disposition, sur le plan plus général des mentalités, proclame la valeur des enfants pour contrer la détérioration des comportements sociaux à leur égard. Même si, en l'espèce, le gouvernement n'a pas invoqué le préjudice comportemental causé à la société en général pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression

2001 SCC 2 (CanLII)

law's main purpose — the prevention of harm to children.

2. Is There Proportionality Between the Limitation on the Right and the Benefits of the Law?

83 Parliament can prohibit possession of child pornography. The issue in this case is whether it has done so in a reasonable and proportionate manner having regard to the right of free expression.

(a) *Rational Connection*

84 As the first step in showing proportionality, the Crown must demonstrate that the law is likely to confer a benefit or is "rationally connected" to Parliament's goal. This means that it must show that possession of child pornography, as opposed to its manufacture, distribution or use, causes harm to children.

85 This raises a question pivotal to this appeal: what standard of proof must the Crown achieve in demonstrating harm — scientific proof based on concrete evidence or a reasoned apprehension of harm? The trial judge insisted on scientific proof based on concrete evidence. With respect, this sets the bar too high. In *Butler*, *supra*, considering the obscenity prohibition of the *Criminal Code*, this Court rejected the need for concrete evidence and held that a "reasoned apprehension of harm" sufficed (p. 504). A similar standard must be employed in this case.

86 The Crown argues that prohibiting possession of child pornography is linked to reducing the sexual abuse of children in five ways: (1) child pornography promotes cognitive distortions; (2) it fuels fantasies that incite offenders; (3) prohibiting its possession assists law enforcement efforts to reduce

par la disposition, cela peut être considéré comme un bon élément accessoire de l'objectif principal de la disposition, à savoir la prévention du préjudice causé aux enfants.

2. La restriction du droit est-elle proportionnelle aux avantages de la disposition?

Le législateur peut interdire la possession de pornographie juvénile. Il s'agit en l'espèce de décider s'il l'a fait d'une manière raisonnable et proportionnelle eu égard au droit à la liberté d'expression.

a) *Le lien rationnel*

Pour établir la proportionnalité, le ministère public doit d'abord démontrer que la mesure législative est susceptible de procurer un avantage ou qu'elle a un « lien rationnel » avec l'objectif du législateur. Cela signifie qu'il doit établir que la possession de pornographie juvénile — par opposition à sa production, à sa distribution ou à son utilisation — cause un préjudice aux enfants.

Il se pose dès lors une question cruciale en l'espèce : À quelle norme de preuve le ministère public doit-il satisfaire pour démontrer l'existence d'un préjudice — une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets ou une appréhension raisonnée de préjudice? Le juge du procès a insisté sur la présentation d'une preuve scientifique fondée sur des éléments de preuve concrets. En toute déférence, il s'agit là d'une norme trop exigeante. Dans l'arrêt *Butler*, précité, où elle examinait les dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité, notre Cour a rejeté la nécessité d'éléments de preuve concrets et a conclu qu'une « appréhension raisonnée du préjudice » suffisait (p. 504). Une norme semblable doit être appliquée en l'espèce.

Le ministère public soutient que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est liée à cinq égards à la réduction de l'exploitation sexuelle des enfants : (1) la pornographie juvénile favorise les distorsions cognitives; (2) elle alimente des fantasmes qui incitent à commettre des

2001 SCC 2 (CanLII)

the production, distribution and use that result in direct harm to children; (4) it is used for grooming and seducing victims; and (5) some child pornography is produced using real children.

The first alleged harm concerns cognitive distortions. The Crown argues that child pornography may change possessors' attitudes in ways that makes them more likely to sexually abuse children. People may come to see sexual relations with children as normal and even beneficial. Moral inhibitions may be weakened. People who would not otherwise abuse children may consequently do so. Banning the possession of child pornography, asserts the Crown, will reduce these cognitive distortions.

The trial judge discounted this harm due to the limited scientific evidence linking cognitive distortions to increased rates of offending. Applying the reasoned apprehension of harm test yields a different conclusion. While the scientific evidence is not strong, I am satisfied that the evidence in this case supports the existence of a connection here: exposure to child pornography may reduce paedophiles' defences and inhibitions against sexual abuse of children. Banalizing the awful and numbing the conscience, exposure to child pornography may make the abnormal seem normal and the immoral seem acceptable.

The second alleged harm is that possession of child pornography fuels fantasies, making paedophiles more likely to offend. The trial judge found that studies showed a link between highly erotic child pornography and offences. However, other studies suggested that both erotic and milder pornography might provide substitute satisfaction and reduce offences. Putting the studies together, the trial judge concluded that he could not say that the net effect was to increase harm to children

infractions; (3) l'interdiction de la possession de cette forme de pornographie facilite les tentatives d'appliquer la loi pour réduire les activités de production, la distribution et l'utilisation qui causent un préjudice direct aux enfants; (4) la pornographie juvénile sert à initier et à séduire des victimes; (5) dans certains cas, de vrais enfants sont utilisés pour la produire.

87 Le premier préjudice allégué concerne les distorsions cognitives. Le ministère public prétend que la pornographie juvénile peut modifier le comportement du possesseur en le rendant plus susceptible d'exploiter sexuellement des enfants. Des gens peuvent en arriver à considérer que les rapports sexuels avec des enfants sont normaux et même bénéfiques. Les inhibitions morales peuvent être affaiblies. Des personnes qui, sans cela, n'exploiteraient pas des enfants peuvent être amenées à le faire. Selon le ministère public, l'interdiction de la possession de pornographie juvénile a pour effet de réduire ces distorsions cognitives.

88 Le juge du procès n'a pas tenu compte de ce préjudice en raison du caractère limité de la preuve scientifique reliant les distorsions cognitives à une hausse de la délinquance. L'application du critère de l'appréhension raisonnée d'un préjudice mène à une conclusion différente. Bien que la preuve scientifique ne soit pas solide, je suis d'avis que les éléments de preuve présentés en l'espèce étayent l'existence d'un lien : l'exposition à la pornographie juvénile risque d'affaiblir la résistance et les réticences des pédophiles à l'égard de l'exploitation sexuelle d'enfants. En banalisant l'abominable et en apaisant la conscience, l'exposition à la pornographie juvénile peut faire paraître normal ce qui est anormal, et acceptable ce qui est immoral.

89 Le deuxième préjudice allégué est que la possession de pornographie juvénile alimente les fantasmes, ce qui rend les pédophiles plus susceptibles de commettre des infractions. Selon le juge du procès, des études montrent l'existence d'un lien entre la pornographie juvénile très érotique et la commission d'infractions. Cependant, d'autres études indiquent que tant la pornographie érotique que la pornographie plus douce pourraient procurer une satisfaction de substitution et à réduire la délin-

2001 SCC 2 (CanLII)

(para. 23). Absent evidence as to whether the benefit from sublimation equals the harm of incitement or otherwise, this conclusion seems tenuous. More fundamentally, the trial judge proceeded on the basis that scientific proof was required. The lack of unanimity in scientific opinion is not fatal. Complex human behaviour may not lend itself to precise scientific demonstration, and the courts cannot hold Parliament to a higher standard of proof than the subject matter admits of. Some studies suggest that child pornography, like other forms of pornography, will fuel fantasies and may incite offences in the case of certain individuals. This reasoned apprehension of harm demonstrates a rational connection between the law and the reduction of harm to children through child pornography.

quance. À partir de l'ensemble des études, le juge du procès a conclu qu'il n'était pas en mesure d'affirmer que le résultat net était l'accroissement du préjudice causé aux enfants (par. 23). En l'absence de preuve indiquant si les avantages de la sublimation correspondent au préjudice découlant de l'incitation, cette conclusion paraît précaire. Plus fondamentalement, le juge du procès a tenu pour acquis qu'une preuve scientifique était nécessaire. L'absence d'opinion scientifique unanime n'est pas fatale. Il se peut qu'un comportement humain complexe ne se prête pas à une démonstration scientifique précise, et les tribunaux ne peuvent pas astreindre le législateur à une norme de preuve plus rigoureuse que ne le permet le sujet en question. Certaines études indiquent que, à l'instar des autres formes de pornographie, la pornographie juvénile alimente les fantasmes et peut inciter certains individus à commettre des infractions. Cette crainte raisonnée de préjudice montre l'existence d'un lien rationnel entre la disposition contestée et la réduction du préjudice causé aux enfants par la pornographie juvénile.

90 The third alleged harm — that criminalizing the possession of child pornography aids in prosecuting the distribution and use of child pornography — was not expressly considered by the trial judge. Detective Waters testified that as a result of possession charges, the police have been able to uncover persons involved in producing and distributing child pornography. The Criminal Lawyers' Association argues that it is dangerous to justify violations of rights on the sole basis that they will assist in the detection and prosecution of other criminal offences. Such reasoning, it argues, could be used to justify many other violations of fundamental rights. Given the evidence linking possession with harm to children on other grounds, it is not necessary to resolve the question of whether an offence abridging a *Charter* right can ever be justified solely on the basis that it assists in prosecuting other offences. It is sufficient to note that the fact the offence of possession aids prosecution of those

Le juge du procès n'a pas expressément examiné le troisième préjudice allégué, à savoir que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile contribue à la répression de la distribution et de l'utilisation de la pornographie juvénile. Le détective Waters a témoigné que des accusations de possession avaient permis à la police de découvrir des personnes impliquées dans la production et la distribution de pornographie juvénile. La Criminal Lawyers' Association fait valoir qu'il est risqué de justifier la violation d'un droit par le simple fait qu'elle aidera à déceler et à réprimer d'autres infractions criminelles. Elle ajoute qu'un tel raisonnement pourrait servir à justifier de nombreuses autres atteintes à des droits fondamentaux. Vu la preuve établissant, sur la foi d'autres fondements, un lien entre la possession et le préjudice causé aux enfants, il n'est pas nécessaire de répondre à la question de savoir si une disposition créant une infraction et limitant un droit garanti par la *Charte* peut être justifiée du seul fait qu'elle contribue à la répression d'autres infractions. Il suffit de souligner qu'un effet secondaire positif de la disposition en cause est que l'infraction de possession aide à

2001 SCC 2 (CanLII)

who produce and distribute child pornography is a positive side-effect of the law.

The trial judge was satisfied that the evidence relating to the fourth alleged harm, the use of child pornography to "groom" or seduce victims, showed a rational connection. The evidence is clear and uncontradicted. "Sexually explicit pornography involving children poses a danger to children because of its use by pedophiles in the seduction process" (para. 23). The ability to possess child pornography makes it available for the grooming and seduction of children by the possessor and others. Mr. Sharpe does not deny that some child pornography can play an important role in the seduction of children. Criminalizing the possession of child pornography is likely to help reduce the grooming and seduction of children.

The fifth and final harm — the abuse of children in the production of pornography — is equally conclusive. Children are used and abused in the making of much of the child pornography caught by the law. Production of child pornography is fueled by the market for it, and the market in turn is fueled by those who seek to possess it. Criminalizing possession may reduce the market for child pornography and the abuse of children it often involves. The link between the production of child pornography and harm to children is very strong. The abuse is broad in extent and devastating in impact. The child is traumatized by being used as a sexual object in the course of making the pornography. The child may be sexually abused and degraded. The trauma and violation of dignity may stay with the child as long as he or she lives. Not infrequently, it initiates a downward spiral into the sex trade. Even when it does not, the child must live in the years that follow with the knowledge that the degrading photo or film may still exist,

poursuivre les gens qui produisent et distribuent de la pornographie juvénile.

91 Le juge du procès était convaincu que la preuve relative au quatrième préjudice allégué, celui de l'utilisation de la pornographie juvénile pour « initier » ou séduire des victimes, démontrait l'existence d'un lien rationnel. La preuve est claire et non contredite. [TRADUCTION] « La pornographie impliquant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite expose les enfants à un danger, en raison du fait que les pédophiles s'en servent pour séduire leurs victimes » (par. 23). La possibilité d'avoir de la pornographie juvénile en sa possession permet au possesseur de ce matériel et à d'autres personnes de s'en servir pour initier et séduire des enfants. Monsieur Sharpe ne nie pas que certaines formes de pornographie juvénile puissent jouer un rôle important dans la séduction des enfants. La criminalisation de la possession de pornographie juvénile est susceptible de contribuer à réduire la séduction d'enfants et leur initiation aux rapports sexuels.

92 Le cinquième et dernier préjudice, à savoir l'exploitation d'enfants pour la production de pornographie, est également concluant. Des enfants sont utilisés et exploités pour produire une grande partie de la pornographie juvénile visée par la disposition. La production de pornographie juvénile est stimulée par l'existence d'un marché qui, à son tour, est stimulé par les gens qui désirent posséder ce matériel. La criminalisation de la possession peut réduire le marché de la pornographie juvénile et l'exploitation des enfants qui y est souvent associée. Le lien entre la production de pornographie juvénile et le préjudice causé aux enfants est très fort. L'exploitation a une portée très étendue et des effets dévastateurs. L'enfant est traumatisé par le fait qu'il sert d'objet sexuel lors de la production du matériel pornographique. Il peut être sexuellement exploité et avili. Le traumatisme et l'atteinte à la dignité peuvent marquer l'enfant pour la vie. Il n'est pas rare que l'enfant tombe dans la déchéance et se retrouve dans le commerce du sexe. Même s'il échappe à ce triste sort, l'enfant vit par la suite en sachant qu'une photo ou un film avilissant existe peut-être encore et qu'à tout

2001 SCC 2 (CanLII)

and may at any moment be being watched and enjoyed by someone.

93 It is argued that even if possession of child pornography is linked to harm to children, that harm is fully addressed by laws against the production and distribution of child pornography. Criminalizing mere possession, according to this argument, adds greatly to the limitation on free expression but adds little benefit in terms of harm prevention. The key consideration is what the impugned section seeks to achieve beyond what is already accomplished by other legislation: *R. v. Martineau*, [1990] 2 S.C.R. 633. If other laws already achieve the goals, new laws limiting constitutional rights are unjustifiable. However, an effective measure should not be discounted simply because Parliament already has other measures in place. It may provide additional protection or reinforce existing protections. Parliament may combat an evil by enacting a number of different and complementary measures directed to different aspects of the targeted problem: see, e.g., *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Here the evidence amply establishes that criminalizing the possession of child pornography not only provides additional protection against child exploitation — exploitation associated with the production of child pornography for the market generated by possession and the availability of material for arousal, attitudinal change and grooming — but also reinforces the laws criminalizing the production and distribution of child pornography.

94 I conclude that the social science evidence adduced in this case, buttressed by experience and common sense, amply meets the *Oakes* requirement of a rational connection between the purpose of the law and the means adopted to effect this purpose. Possession of child pornography increases the risk of child abuse. It introduces risk, moreover, that cannot be entirely targeted by laws prohibiting the manufacture, publication and distri-

moment quelqu'un peut être en train de regarder ce matériel et d'en tirer du plaisir.

On fait valoir que, même si la possession de pornographie juvénile est liée au préjudice causé à des enfants, les dispositions interdisant la production et la distribution de cette forme de pornographie permettent de remédier pleinement à ce préjudice. Selon cet argument, la criminalisation de la simple possession contribue énormément à limiter la liberté d'expression, mais est peu bénéfique sur le plan de la prévention du préjudice. Ce qui importe c'est ce que la disposition contestée tende à accomplir davantage que ce que d'autres dispositions font déjà : *R. c. Martineau*, [1990] 2 R.C.S. 633. Si d'autres dispositions permettent déjà d'atteindre les objectifs visés, les nouvelles dispositions qui restreignent des droits constitutionnels sont injustifiables. Cependant, une mesure efficace ne devrait pas être écartée du seul fait qu'il existe déjà d'autres mesures adoptées par le législateur. Il se peut qu'elle fournisse une protection supplémentaire ou renforce des protections existantes. Le législateur peut s'attaquer à un problème en adoptant un certain nombre de mesures distinctes et complémentaires visant différents aspects du problème : voir, par exemple, *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. En l'espèce, la preuve établit amplement que la criminalisation de la possession de pornographie juvénile fournit non seulement une protection supplémentaire contre l'exploitation des enfants — phénomène associé à la production de pornographie juvénile pour le marché créé par la possession et la disponibilité de matériel destiné à stimuler, entraîner des changements comportementaux et à initier —, mais elle renforce en outre les dispositions qui criminalisent la production et la distribution de cette forme de pornographie.

Je conclus que, renforcée par l'expérience et le bon sens, la preuve en matière de sciences humaines qui a été présentée en l'espèce satisfait amplement à l'exigence établie dans l'arrêt *Oakes* relativement à l'existence d'un lien rationnel entre l'objectif de la loi et les moyens pris pour l'atteindre. La possession de pornographie juvénile accroît le risque que des enfants soient exploités. En outre, elle crée un risque que ne peuvent pas

2001 SCC 2 (CanLII)

bution of child pornography. Laws against publication and distribution of child pornography cannot catch the private viewing of child pornography, yet private viewing may induce attitudes and arousals that increase the risk of offence. Nor do such laws catch the use of pornography to groom and seduce children. Only by extending the law to private possession can these harms be squarely attacked.

(b) *Minimal Impairment*

This brings us to a critical question in this case: does the law impair the right of free expression only minimally? If the law is drafted in a way that unnecessarily catches material that has little or nothing to do with the prevention of harm to children, then the justification for overriding freedom of expression is absent. Section 163.1(4), as a criminal offence, carries the heavy consequences of prosecution, conviction and loss of liberty, and must therefore be carefully tailored as a "measured and appropriate response" to the harms it addresses: *Keegstra*, *supra*, at p. 771. At the same time, legislative drafting is a difficult art and Parliament cannot be held to a standard of perfection: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. It may be difficult to draft a law capable of catching the bulk of pornographic material that puts children at risk, without also catching some types of material that are unrelated to harm to children. This is what McEachern C.J.B.C. had in mind when he suggested that it is difficult to see how Parliament could have drafted the law in a way that eliminated the possibility of "unintended consequences" (para. 292).

This Court has held that to establish justification it is not necessary to show that Parliament has

supprimer entièrement les dispositions qui interdisent la production, la publication et la distribution de pornographie juvénile. Les dispositions interdisant la publication et la distribution ne s'appliquent pas au visionnement privé de pornographie juvénile, alors qu'un tel visionnement peut provoquer des comportements et une stimulation qui accroissent le risque d'infraction. Ces dispositions ne s'appliquent pas non plus à l'utilisation de la pornographie pour initier et séduire les enfants. Seule l'application de la disposition à la possession personnelle peut permettre de s'attaquer directement à ces préjudices.

b) *L'atteinte minimale*

95 Nous devons maintenant trancher la question cruciale en l'espèce : La disposition en cause porte-t-elle le moins possible atteinte à la liberté d'expression? Si la disposition est rédigée de manière à englober inutilement du matériel qui n'a que peu ou rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants, alors la suppression de la liberté d'expression n'est pas justifiée. Le paragraphe 163.1(4) crée une infraction criminelle qui comporte de lourdes conséquences en matière de poursuites, de déclaration de culpabilité et de perte de liberté. Elle doit donc être soigneusement conçue de manière à constituer « une réaction mesurée et appropriée » aux préjudices qu'elle vise : *Keegstra*, précité, p. 771. Par ailleurs, la rédaction législative est un art exigeant, et le législateur ne saurait être astreint à une norme de perfection : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Il peut être difficile de rédiger une disposition applicable à l'ensemble du matériel pornographique qui expose les enfants à un risque, sans viser également certains types de matériel qui n'ont rien à voir avec le préjudice causé aux enfants. C'est ce que le juge en chef McEachern voulait dire lorsqu'il a indiqué qu'il était difficile d'imaginer comment le législateur aurait pu rédiger la disposition de façon à éliminer le risque de [TRADUCTION] « conséquences non voulues » (par. 292).

96 Notre Cour a jugé que, pour établir la justification, il n'est pas nécessaire de démontrer que le

2001 SCC 2 (CanLII)

adopted the least restrictive means of achieving its end. It suffices if the means adopted fall within a range of reasonable solutions to the problem confronted. The law must be reasonably tailored to its objectives; it must impair the right no more than reasonably necessary, having regard to the practical difficulties and conflicting tensions that must be taken into account: see *Edwards Books and Art Ltd.*, *supra*; *Chaulk*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

97 This approach to minimal impairment is confirmed by the existence of the third branch of the proportionality test, requiring that the impairment of the right be proportionate to the benefit in terms of achieving Parliament's goal. If the only question were whether the impugned law limits the right as little as possible, there would be little need for the third stage of weighing the costs resulting from the infringement of the right against the benefits gained in terms of achieving Parliament's goal. It was argued after *Oakes*, *supra*, that anything short of absolutely minimal impairment was fatal. This Court has rejected that notion. The language of the third branch of the *Oakes* test is consistent with a more nuanced approach to the minimal impairment inquiry — one that takes into account the difficulty of drafting laws that accomplish Parliament's goals, achieve certainty and only minimally intrude on rights. At its heart, s. 1 is a matter of balancing: see *Dagenais*, *supra*; *RJR-MacDonald*, *supra*; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *Thomson Newspapers*, *supra*.

98 Against this background, I turn to the legislation here at issue. Mr. Sharpe argues that s. 163.1(4) fails the minimal impairment test because the legal definition of child pornography includes material posing no reasoned risk of harm to children. However, as discussed earlier, properly interpreted, the

législateur a choisi le moyen le moins restrictif de réaliser son objectif. Il suffit que le moyen en question ait été choisi parmi une gamme de solutions raisonnables au problème visé. La disposition doit être raisonnablement adaptée à ses objectifs; elle ne doit pas ne doit pas porter atteinte au droit plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire de le faire, eu égard aux difficultés pratiques et aux pressions contradictoires qui doivent être prises en considération : voir *Edwards Books and Art Ltd.*, précité; *Chaulk*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

Cette interprétation de l'atteinte minimale est confirmée par l'existence du troisième volet du critère de la proportionnalité, qui exige que l'atteinte au droit soit proportionnée aux avantages de la réalisation de l'objectif du législateur. S'il s'agissait seulement de déterminer si la disposition contestée limite aussi peu que possible le droit en cause, il ne serait pas beaucoup nécessaire d'appliquer le troisième volet, qui consiste à soupeser les coûts de l'atteinte au droit et les avantages résultant de la réalisation de l'objectif du législateur. Après l'arrêt *Oakes*, précité, on a soutenu que toute atteinte qui n'était pas absolument minimale était fatale. Notre Cour a rejeté cette idée. Le libellé du troisième volet du critère de l'arrêt *Oakes* est compatible avec une interprétation plus nuancée de l'atteinte minimale, qui tient compte de la difficulté de rédiger des dispositions qui permettent de réaliser les objectifs du législateur, assurent la certitude et portent le moins possible atteinte à des droits. Au fond, l'article premier vise à établir un équilibre : voir *Dagenais*, précité; *RJR-MacDonald*, précité; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *Thomson Newspapers*, précité.

C'est dans ce contexte que je vais examiner la disposition contestée en l'espèce. Monsieur Sharpe soutient que le par. 163.1(4) ne satisfait pas au critère de l'atteinte minimale parce que la définition légale de la pornographie juvénile englobe du matériel qui ne suscite aucune crainte raisonnée

2001 SCC 2 (CanLII)

law catches much less material unrelated to harm to children than Mr. Sharpe suggests. Depictions of kissing, hugging and other activity short of "explicit" sexual activity, works of art even of limited technical value, and family photos of naked children absent proof of a dominant sexual purpose, all fall outside the scope of the law. Many of the other hypothetical examples relied on in the courts below as suggesting overbreadth either disappear entirely on a proper construction of the statutory definition of child pornography, or are narrowed to the extent that material is caught only where it is related to harm to children. If these were the only grounds for concern arising from s. 163.1(4), I would have little difficulty concluding the provision is carefully tailored to its objective. It should also be remembered that to effect a conviction under s. 163.1(4), as under any other criminal provision, the Crown must establish that the accused possessed the requisite *mens rea*; this requirement, too, limits the reach of the statute.

qu'un préjudice ne soit causé à des enfants. Cependant, comme nous l'avons vu plus tôt, selon l'interprétation qu'il convient de lui donner, la disposition vise beaucoup moins de matériel n'ayant rien à voir avec le préjudice causé aux enfants que ne l'affirme M. Sharpe. La représentation d'un baiser, d'une étreinte ou d'une autre activité qui ne constitue pas une activité sexuelle « explicite », de même que l'œuvre d'art qui n'a qu'une valeur technique limitée et la photo de famille d'un enfant nu échappent toutes à l'application de la disposition en l'absence de preuve d'un objectif sexuel dominant. Bon nombre des autres exemples hypothétiques qui ont été donnés devant les tribunaux d'instance inférieure pour étoffer l'argument de la portée excessive tombent complètement devant l'interprétation qu'il convient de donner de la définition légale de la pornographie juvénile, ou voient leur portée réduite dans la mesure où n'est visé que le matériel lié à l'infliction d'un préjudice aux enfants. Si c'étaient là les seules préoccupations découlant du par. 163.1(4), j'aurais peu de difficulté à conclure que la disposition est soigneusement adaptée à son objectif. Il ne faut pas non plus oublier que, pour obtenir une déclaration de culpabilité en vertu du par. 163.1(4), comme en vertu de toute autre disposition en matière criminelle, le ministère public doit prouver que l'accusé avait la *mens rea* requise; cette exigence limite elle aussi le champ d'application de la disposition.

The fact remains, however, that the law may also capture the possession of material that one would not normally think of as "child pornography" and that raises little or no risk of harm to children: (1) written materials or visual representations created and held by the accused alone, exclusively for personal use; and (2) visual recordings, created by or depicting the accused, that do not depict unlawful sexual activity and are held by the accused exclusively for private use.

99 Il reste toutefois que la disposition peut également viser la possession de matériel qui ne serait pas normalement considéré comme de la « pornographie juvénile » et qui ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants : (1) les écrits ou représentations que l'accusé seul a créés et conserve exclusivement pour son usage personnel; (2) les enregistrements visuels créés par l'accusé ou dans lesquels il est représenté, qui ne dépeignent aucune activité sexuelle illégale et que l'accusé conserve exclusivement pour son usage personnel.

Possession of material in these categories is less closely tied to harm to children than the vast majority of material caught by the law. Children are not exploited in its production. The self-created

100 La possession de matériel compris dans ces catégories a un lien moins étroit avec le préjudice causé aux enfants que la majeure partie du matériel visé par la disposition. Aucun enfant n'est exploité

2001 SCC 2 (CanLII)

nature of the material comprising the first category undermines the possibility that it could produce negative attitudinal changes. In the second category, those depicted may well not even look like children. This said, some material in these categories could conceivably cause harm to children. Self-created private expressive materials could conceivably abet negative attitudinal changes in the creator, although since the creation came from him or her in the first place one would not expect the effect to be significant. A self-created private depiction or writing in the possession of the maker could fall into the hands of someone who might use it in a way that harms children. Again, a person's video or photo of him- or herself engaged in a lawful sexual act could present an image that looks like a child, which could possibly come into the hands of someone who would use it to harm children. So it cannot be denied that permitting the author of such materials to keep them in his or her custody poses some risk. However, the risk is small, incidental and more tenuous than that associated with the vast majority of material targeted by s. 163.1(4). Indeed, the above-cited examples lie at the edge of the problematic classes of material. The bulk of the material in these two problematic classes, while engaging important values underlying the s. 2(*b*) guarantee, poses no reasoned risk of harm to children.

pour produire ce matériel. Le fait que le matériel de la première catégorie soit une création personnelle diminue le risque qu'il entraîne des modifications de comportement négatives. Dans la seconde catégorie, il se peut bien que les personnes représentées ne ressemblent même pas à des enfants. Cela dit, certains types de matériel compris dans ces catégories risquent théoriquement de causer un préjudice à des enfants. Il se peut bien que le matériel expressif qu'une personne crée elle-même favorise des modifications de comportement négatives chez elle, mais étant donné que c'est elle qui a créé le matériel au départ, on ne s'attendrait pas à ce que cet effet soit important. La représentation ou l'écrit qui est en la possession de son auteur pourrait tomber entre les mains d'une personne susceptible de s'en servir d'une manière préjudiciable pour les enfants. Là encore, l'enregistrement vidéo ou la photo qu'une personne effectue ou prend, selon le cas, de ses propres activités sexuelles légales peut sembler présenter un enfant et tomber entre les mains de quelqu'un s'en servira pour causer un préjudice à des enfants. Il est donc indéniable que permettre à l'auteur de matériel de cette nature de le garder en sa possession présente un certain risque. Toutefois, le risque est minime, secondaire et plus faible que celui que présente la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4). En fait, les exemples susmentionnés se situent aux confins des catégories de matériel problématiques. Bien qu'il fasse intervenir d'importantes valeurs sous-jacentes à la garantie prévue à l'al. 2*b*), la majeure partie du matériel compris dans ces deux catégories problématiques ne suscite aucune crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

101 The government's argument on this point is, in effect, that it is necessary to prohibit possession of a large amount of harmless expressive material in order to combat the small risk that some material in this class may cause harm to children. This suggests that the law may be overbroad. However, final determination of this issue requires us to proceed to the third prong of the proportionality test

En réalité, le gouvernement fait valoir à cet égard qu'il est nécessaire d'interdire la possession d'une grande quantité de matériel expressif inoffensif pour éliminer le risque minime que du matériel de cette catégorie cause un préjudice à des enfants. Cela indique que la disposition peut avoir une portée trop large. Toutefois, pour pouvoir trancher cette question, il faut passer au troisième volet du critère de la proportionnalité, qui consiste à soupeser les inconvénients que la disposition pré-

2001 SCC 2 (CanLII)

— the weighing of the costs of the law to freedom of expression against the benefits it confers.

(c) *Proportionality: the Final Balance*

This brings us to the third and final branch of the proportionality inquiry: whether the benefits the law may achieve in preventing harm to children outweigh the detrimental effects of the law on the right of free expression. The final proportionality assessment takes all the elements identified and measured under the heads of Parliament's objective, rational connection and minimal impairment, and balances them to determine whether the state has proven on a balance of probabilities that its restriction on a fundamental *Charter* right is demonstrably justifiable in a free and democratic society.

In the vast majority of the law's applications, the costs it imposes on freedom of expression are outweighed by the risk of harm to children. The Crown has met the burden of demonstrating that the possession of child pornography poses a reasoned apprehension of harm to children and that the goal of preventing such harm is pressing and substantial. Explicit sexual photographs and videotapes of children may promote cognitive distortions, fuel fantasies that incite offenders, enable grooming of victims, and may be produced using real children. Written material that advocates or counsels sexual offences with children can pose many of the same risks. Although we recently held in *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, [2000] 2 S.C.R. 1120, 2000 SCC 69, that it may be difficult to make the case of obscenity against written texts, materials that advocate or counsel sexual offences with children may qualify. The Crown has also met the burden of showing that the law will benefit society by reducing the possibility of cognitive distortions, the use of pornography in grooming victims, and the abuse of children in the manufacture and continuing existence of this material. Explicit sexual photographs of children, videotapes of pre-pubescent children, and written works advocating sexual offences with children — all these and more pose a

sente pour la liberté d'expression et les avantages qu'elle procure.

c) *La proportionnalité : l'évaluation finale*

102 Cela nous amène au troisième et dernier volet de l'analyse de la proportionnalité, qui consiste à déterminer si les avantages que la disposition peut comporter sur le plan de la prévention du préjudice causé aux enfants l'emportent sur les effets néfastes qu'elle a sur le droit à la liberté d'expression. L'évaluation finale de la proportionnalité consiste à soupeser tous les éléments identifiés et mesurés sous les rubriques de l'objectif du législateur, du lien rationnel et de l'atteinte minimale, afin de déterminer si l'État a démontré, selon la prépondérance des probabilités, que la restriction qu'il apporte à un droit fondamental garanti par la *Charte* est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique.

103 La plupart du temps, le risque qu'un préjudice soit causé à des enfants l'emporte sur les inconvénients que l'application de la disposition présente pour la liberté d'expression. Le ministère public s'est acquitté de son obligation de démontrer, d'une part, que la possession de pornographie juvénile suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants et, d'autre part, que la prévention d'un tel préjudice est un objectif urgent et réel. Les photos et les enregistrements vidéo sexuellement explicites d'enfants peuvent favoriser les distorsions cognitives, alimenter des fantasmes qui incitent à commettre des infractions, permettre l'initiation des victimes et être produits au moyen de vrais enfants. Les écrits qui préconisent ou conseillent la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peuvent présenter bon nombre des mêmes risques. Même si nous avons récemment jugé dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, [2000] 2 R.C.S. 1120, 2000 CSC 69, qu'il peut être difficile de prouver que des écrits sont obscènes, le matériel qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des enfants peut se prêter à une telle preuve. Le ministère public s'est également acquitté de l'obligation de démontrer que la disposition est bénéfique pour la société en ce sens qu'elle permet de réduire le

2001 SCC 2 (CanLII)

reasoned risk of harm to children. Thus we may conclude that in its main impact, s. 163.1(4) is proportionate and constitutional.

104 I say this having given full consideration to the law's chilling effect. It is argued that fear of prosecution under s. 163.1(4), and the attendant social stigma, will deter people from keeping legal material and thus chill legitimate expression. However, the interpretation of the law offered in this decision may go some distance to reducing the uncertainty that feeds the chilling effect. Families need not fear prosecution for taking pictures of bare-bottomed toddlers at the beach or children playing in the backyard, given the requirement that the dominant purpose be sexual. As case law develops, greater certainty may be expected, further reducing the law's chilling effect. On the record before us, the chilling effect, while not insignificant, does not appear to represent a major cost as it relates to the vast majority of material captured under s. 163.1(4).

105 However, the prohibition also captures in its sweep materials that arguably pose little or no risk to children, and that deeply implicate the freedoms guaranteed under s. 2(*b*). The ban, for example, extends to a teenager's sexually explicit recordings of him- or herself alone, or engaged in lawful sexual activity, held solely for personal use. It also reaches private materials, created by an individual exclusively for him- or herself, such as personal journals, writings, and drawings. It is in relation to these categories of materials that the costs of the prohibition are most pronounced. At the same time, it is here that the link between the proscribed

risque de distorsions cognitives, l'utilisation de la pornographie pour initier des victimes, ainsi que l'exploitation d'enfants qui résulte de la production et de l'existence même de ce matériel. Les photos sexuellement explicites d'enfants, les enregistrements vidéo de préadolescents et les écrits incitant à commettre des infractions d'ordre sexuel avec des enfants suscitent tous une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants, et la liste ne s'arrête pas là. Nous pouvons donc conclure que, dans son effet principal, le par. 163.1(4) est proportionné et constitutionnel.

J'affirme cela en tenant bien compte de l'effet inhibiteur de la disposition. On fait valoir que la crainte d'une poursuite fondée sur le par. 163.1(4) et du stigmate social qui s'y rattache dissuadera les gens de conserver du matériel légal et inhibera ainsi l'expression légitime. Cependant, l'interprétation de la disposition qui est proposée dans les présents motifs est de nature à réduire l'incertitude à l'origine de l'effet inhibiteur. Les parents n'ont pas à craindre d'être poursuivis pour avoir photographié leurs bambins nu-fesses à la plage ou leurs enfants en train de jouer dans l'arrière-cour, vu l'exigence d'un objectif sexuel dominant. On peut s'attendre à ce qu'une plus grande certitude résulte de l'évolution de la jurisprudence, ce qui réduira davantage l'effet inhibiteur de la disposition. Il ressort du dossier qui nous a été soumis que l'effet inhibiteur, même s'il n'est pas négligeable, ne semble pas constituer un inconvénient majeur en ce qui concerne la majeure partie du matériel visé par le par. 163.1(4).

Toutefois, l'interdiction vise également du matériel dont on pourrait prétendre qu'il ne présente que peu ou pas de risques de préjudice pour les enfants et qui touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2*b*). Par exemple, l'interdiction vise les enregistrements sexuels explicites qu'un adolescent fait de lui-même seul ou d'une activité sexuelle légale à laquelle il se livre, et qu'il conserve exclusivement pour son usage personnel. Elle vise également le matériel privé, comme un journal intime, un écrit ou un dessin, qu'une personne crée exclusivement pour son usage personnel. C'est à l'égard de ces catégories de matériel

2001 SCC 2 (CanLII)

materials and any risk of harm to children is most tenuous, for the reasons discussed earlier: children are not exploited or abused in their production; they are unlikely to induce attitudinal effects in their possessor; adolescents recording themselves alone or engaged in lawful sexual activity will generally not look like children; and the fact that this material is held privately renders the potential for its harmful use by others minimal. Consequently, the law's application to these materials, while peripheral to its objective, poses the most significant problems at this final stage of the proportionality analysis.

que les inconvénients de l'interdiction sont le plus marqués. En même temps, c'est à cet égard que le lien entre le matériel prohibé et tout risque qu'un préjudice soit causé à des enfants est le plus ténu, pour les raisons déjà mentionnées : des enfants ne sont pas exploités ou maltraités pour produire ce matériel; le matériel en cause est peu susceptible d'avoir un effet sur le comportement de la personne qui l'a en sa possession; les adolescents qui effectuent un enregistrement d'eux-mêmes seuls ou d'une activité sexuelle légale à laquelle ils se livrent ne ressemblent généralement pas à des enfants; enfin, le fait que ce matériel soit conservé en privé réduit au minimum le risque que d'autres personnes en fassent une utilisation préjudiciable. Par conséquent, l'application de la disposition au matériel de cette nature, même si elle est secondaire par rapport à son objectif, pose les problèmes les plus importants à cette étape finale de l'analyse de la proportionnalité.

As noted in discussing the values at stake in this appeal, privacy interests going to the liberty of the subject are also engaged by the legislation in question. However, these interests largely overlap with the s. 2(*b*) values and are properly considered in the final balancing stage under s. 1.

106 Comme je l'ai fait remarquer en analysant les valeurs qui sont en jeu dans le présent pourvoi, la mesure législative en cause fait aussi intervenir les intérêts en matière de vie privée de l'intimé qui touchent à sa liberté. Toutefois, ces intérêts coïncident en grande partie avec les valeurs sous-jacentes à l'al. 2*b*), et c'est à juste titre qu'elles sont examinées à l'étape de l'évaluation finale fondée sur l'article premier.

I turn first to consider the law's application to self-created works of the imagination, written or visual, intended solely for private use by the creator. The intensely private, expressive nature of these materials deeply implicates s. 2(*b*) freedoms, engaging the values of self-fulfilment and self-actualization and engaging the inherent dignity of the individual: *Ford*, *supra*, at p. 765; see also my comments in *Keegstra*, *supra*, at p. 804. Personal journals and writings, drawings and other forms of visual expression may well be of importance to self-fulfilment. Indeed, for young people grappling with issues of sexual identity and self-awareness, private expression of a sexual nature may be crucial to personal growth and sexual maturation. The fact that many might not favour such forms of expression does not lessen the need to insist on

107 J'aborde en premier lieu l'application de la disposition aux œuvres de fiction, écrites ou visuelles, qu'une personne crée uniquement pour son usage personnel. La nature expressive extrêmement privée de ce matériel touche profondément aux libertés garanties par l'al. 2*b*), en faisant intervenir les valeurs de l'épanouissement personnel et de la réalisation de soi, ainsi que la dignité inhérente de l'être humain : *Ford*, précité, p. 765; voir aussi mes commentaires dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 804. Le journal intime et les notes personnelles de même que les dessins et autres formes d'expression visuelle peuvent être importants pour l'épanouissement de la personne. En fait, l'expression privée de nature sexuelle peut être cruciale pour la croissance personnelle et le développement sexuel de jeunes personnes aux prises avec des questions

2001 SCC 2 (CanLII)

strict justification for their prohibition. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, "the diversity in forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in an essentially tolerant, indeed welcoming, environment".

d'identité sexuelle et de conscience de soi. Le fait qu'il soit possible que bien des personnes ne voient pas d'un œil favorable de telles formes d'expression ne réduit pas pour autant la nécessité d'insister sur une justification stricte de l'interdiction qui les frappe. Comme il est précisé dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, « la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est essentiellement tolérante, même accueillante ».

108 The restriction imposed by s. 163.1(4) regulates expression where it borders on thought. Indeed, it is a fine line that separates a state attempt to control the private possession of self-created expressive materials from a state attempt to control thought or opinion. The distinction between thought and expression can be unclear. We talk of "thinking aloud" because that is often what we do: in many cases, our thoughts become choate only through their expression. To ban the possession of our own private musings thus falls perilously close to criminalizing the mere articulation of thought.

La restriction imposée par le par. 163.1(4) réglemente l'expression là où elle côtoie la pensée. En fait, il n'y a qu'une ligne de démarcation ténue entre la tentative de l'État de contrôler la possession de matériel expressif par la personne qui l'a créé et la tentative de l'État de contrôler la pensée ou l'opinion. La distinction entre la pensée et l'expression peut être difficile à établir. Nous disons « penser à voix haute » parce que c'est souvent ce que nous faisons : dans bien des cas, nos pensées ne prennent forme que par leur expression. L'interdiction de l'expression de nos rêveries personnelles frôle dangereusement la criminalisation de la simple expression de la pensée.

109 The same concerns arise in relation to autodepictions; that is, visual recordings made by a person of him- or herself alone, held privately and intended only for personal use. Again, such materials may be of significance to adolescent self-fulfilment, self-actualization and sexual exploration and identity. Similar considerations apply where the creator of the recordings is not the sole subject; that is, where lawful sexual acts are documented in a visual recording, such as photographs or a videotape, and held privately by the participants exclusively for their own private use. Such materials could conceivably reinforce healthy sexual relationships and self-actualization. For example, two adolescents might arguably deepen a loving and respectful relationship through erotic pictures of themselves engaged in sexual activity. The cost of including such materials to the right of

Les mêmes préoccupations naissent à l'égard des représentations de soi, c'est-à-dire les enregistrements visuels qu'une personne fait d'elle-même seule, qu'elle conserve privément et qui sont destinés exclusivement à son usage personnel. Là encore, du matériel de cette nature peut être important pour l'épanouissement personnel, la réalisation de soi ainsi que l'exploration et l'identité sexuelles de l'adolescent. Des considérations similaires s'appliquent lorsque l'auteur de l'enregistrement n'est pas le seul sujet représenté, c'est-à-dire lorsque des actes sexuels légaux sont présentés dans un enregistrement visuel, comme une photo ou un vidéo, et conservés privément par les participants exclusivement pour leur usage personnel. En théorie, ce matériel peut renforcer de saines relations sexuelles et la réalisation de soi. Par exemple, deux adolescents pourraient faire grandir une relation d'amour et de respect en se servant de photos érotiques d'eux-mêmes se livrant à une activité sexuelle. Les inconvénients que l'inclusion de ce matériel présente pour le droit à la liberté d'expres-

2001 SCC 2 (CanLII)

free expression outweighs any tenuous benefit it might confer in preventing harm to children.

I conclude that in broad impact and general application, the limits s. 163.1(4) imposes on free expression are justified by the protection the law affords children from exploitation and abuse. I cannot, however, arrive at the same conclusion in regard to the two problematic categories of materials described above. The legislation prohibits a person from articulating thoughts in writing or visual images, even if the result is intended only for his or her own eyes. It further prohibits a teenager from possessing, again exclusively for personal use, sexually explicit photographs or videotapes of him- or herself alone or engaged with a partner in lawful sexual activity. The inclusion of these peripheral materials in the law's prohibition trenches heavily on freedom of expression while adding little to the protection the law provides children. To this extent, the law cannot be considered proportionate in its effects, and the infringement of s. 2(*b*) contemplated by the legislation is not demonstrably justifiable under s. 1.

D. *Remedy*

Confronted with a law that is substantially constitutional and peripherally problematic, the Court may consider a number of alternatives. One is to strike out the entire law. This was the choix of the trial judge and the majority of the British Columbia Court of Appeal. The difficulty with this remedy is that it nullifies a law that is valid in most of its applications. Until Parliament can pass another law, the evil targeted goes unremedied. Why, one might well ask, should a law that is substantially constitutional be struck down simply because the accused can point to a hypothetical application that

sion l'emportent sur les avantages ténus qu'elle pourrait avoir en matière de prévention du préjudice causé aux enfants.

110 Je conclus que, du point de vue de l'application générale du par. 163.1(4) et de son effet global, les limites qu'il impose à la liberté d'expression sont justifiées par le fait qu'il protège les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements. Je suis toutefois incapable d'arriver à la même conclusion en ce qui concerne les deux catégories problématiques de matériel décrites plus haut. La mesure législative interdit à une personne d'exprimer ses pensées dans des écrits ou des images, même si ceux-ci ne sont destinés qu'à son usage personnel. Elle interdit en outre à un adolescent d'avoir en sa possession, là encore exclusivement pour son usage personnel, des photos ou des enregistrements vidéo sexuellement explicites de lui-même, seul ou en compagnie d'une autre personne avec laquelle il se livre à une activité sexuelle légale. L'inclusion de ce matériel limitrophe dans le champ d'application de l'interdiction empiète lourdement sur la liberté d'expression et ajoute peu à la protection que la disposition assure aux enfants. Dans cette mesure, la disposition ne peut pas être considérée comme proportionnée sur le plan de ses effets, et l'atteinte à l'al. 2*b*) qu'elle prévoit n'est pas justifiable au sens de l'article premier.

D. *La réparation*

111 En présence d'une disposition législative substantiellement constitutionnelle et marginalement problématique, la Cour peut envisager un certain nombre de solutions. L'une consiste à invalider la disposition en entier. C'est le choix qu'ont fait le juge du procès et les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Le problème que pose cette réparation est qu'elle annule une disposition qui est valide dans la majorité de ses applications. Tant que le législateur n'aura pas pu adopter une autre disposition, le mal visé ne pourra pas être corrigé. Pourquoi, pourrait-on se demander, devrait-on invalider une disposition substantiellement constitutionnelle tout simplement parce que l'accusé est capable de signaler une application hypothétique qui n'a absolument rien à voir

2001 SCC 2 (CanLII)

is far removed from his own case which might not be constitutional?

112 Another alternative might be to hold that the law as it applies to the case at bar is valid, declining to find it unconstitutional on the basis of a hypothetical scenario that has not yet arisen. In the United States, courts have frequently declined to strike out laws on the basis of hypothetical situations not before the court, although less so in First Amendment (free expression) cases. While the Canadian jurisprudence on the question is young, thus far it suggests that laws may be struck out on the basis of hypothetical situations, provided they are "reasonable".

113 Yet another alternative might be to uphold the law on the basis that it is constitutionally valid in the vast majority of its applications and stipulate that if and when unconstitutional applications arise, the accused may seek a constitutional exemption. Ross, who concludes that s. 163.1(4) is constitutional in most but not all of its applications, recommends this remedy: Ross, *supra*, at p. 58.

114 I find it unnecessary to canvas any of these suggestions further because in my view the appropriate remedy in this case is to read into the law an exclusion of the problematic applications of s. 163.1, following *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. *Schachter* suggests that the problem of peripheral unconstitutional provisions or applications of a law may be addressed by striking down the legislation, severing of the offending sections (with or without a temporary suspension of invalidity), reading down, or reading in. The Court decides on the appropriate remedy on the basis of "twin guiding principles": respect for the role of Parliament, and respect for the purposes of the *Charter* (p. 715). Applying these principles, I

avec son propre cas et qui pourrait être inconstitutionnelle?

Il serait aussi possible de déclarer la disposition valide dans la mesure où elle s'applique à la présente affaire, et de refuser de la juger inconstitutionnelle sur la base d'un scénario hypothétique qui ne s'est pas encore présenté. Aux États-Unis, les tribunaux ont fréquemment refusé d'invalider des lois sur la base de situations hypothétiques n'ayant pas donné lieu à contestation judiciaire, quoiqu'ils refusent moins souvent de le faire dans les cas où le Premier amendement (liberté d'expression) est invoqué. Même si la jurisprudence canadienne sur la question est récente, elle semble avoir indiqué, jusqu'à maintenant, que des lois peuvent être invalidées sur la base de situations hypothétiques, pourvu que celles-ci soient « raisonnables ».

Il y aurait aussi la possibilité de confirmer la validité de la disposition pour le motif qu'elle est constitutionnelle dans la grande majorité de ses applications et de préciser que, en cas d'applications inconstitutionnelles, l'accusé peut demander une exception constitutionnelle. Ross, qui conclut que le par. 163.1(4) est constitutionnel dans la plupart mais non dans la totalité de ses applications, recommande cette réparation : Ross, *loc. cit.*, p. 58.

Je ne juge pas nécessaire d'examiner plus en détail l'une ou l'autre de ces suggestions puisque, à mon avis, la réparation qui convient en l'espèce consiste à exclure de la portée de l'art. 163.1, au moyen d'une interprétation large, les applications problématiques de cette disposition, conformément à l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679. Selon cet arrêt, il est possible de résoudre le problème des dispositions ou applications limitrophes inconstitutionnelles en invalidant la mesure législative, en en supprimant les dispositions attentatoires (avec ou sans suspension temporaire de l'invalidité) ou en lui donnant une interprétation atténuante ou une interprétation large. Le tribunal détermine la réparation convenable conformément aux « deux principes directeurs » : le respect du rôle du législateur et le respect des objets de la *Charte* (p. 715). En appliquant ces principes, je conclus que, dans les circonstances de la présente

2001 SCC 2 (CanLII)

conclude that in the circumstances of the case reading in an exclusion is the appropriate remedy.

To assess the appropriateness of reading in as a remedy, we must identify a distinct provision that can be read into the existing legislation to preserve its constitutional balance. In this case, s. 163.1 might be read as incorporating an exception for the possession of:

> 1. Self-created expressive material: i.e., any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and
>
> 2. Private recordings of lawful sexual activity: i.e., any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use.

The first category would protect written or visual expressions of thought, created through the efforts of a single individual, and held by that person for his or her eyes alone. The teenager's confidential diary would fall within this category, as would any other written work or visual representation confined to a single person in its creation, possession and intended audience.

The second category would protect auto-depictions, such as photographs taken by a child or adolescent of him- or herself alone, kept in strict privacy and intended for personal use only. It would also extend to protect the recording of lawful sexual activity, provided certain conditions were met. The person possessing the recording must have personally recorded or participated in the sexual activity in question. That activity must not be unlawful, thus ensuring the consent of all parties, and precluding the exploitation or abuse of children. All parties must also have consented to the creation of the record. The recording must be kept in strict privacy by the person in possession, and intended exclusively for private use by the creator and the persons depicted therein. Thus, for exam-

affaire, l'inclusion d'une exception par interprétation large est la réparation convenable.

115 Pour décider s'il convient d'accorder une réparation au moyen d'une interprétation large, il nous faut identifier une disposition précise qui pourrait être incluse dans la loi existante afin d'en maintenir l'équilibre constitutionnel. En l'espèce, l'art. 163.1 pourrait être considéré comme incorporant une exception applicable à la possession :

> 1. de matériel expressif créé par l'intéressé : c'est-à-dire les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel;
>
> 2. d'enregistrements privés d'une activité sexuelle légale : c'est-à-dire tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel.

La première catégorie protégerait les expressions écrites ou visuelles de la pensée créées par une seule personne et conservées par celle-ci pour son seul usage personnel. Le journal intime de l'adolescent entrerait dans cette catégorie, de même que toute autre œuvre écrite ou représentation créée par une seule personne, qui est en la possession exclusive de cette personne et qui est destinée à être vue uniquement par elle.

116 La seconde catégorie protégerait la représentation d'une personne par elle-même, comme la photo qu'un enfant ou un adolescent a prise de lui-même seul, qu'il conserve strictement en privé et qui est destinée à son seul usage personnel. Elle irait jusqu'à protéger l'enregistrement d'une activité sexuelle légale, pourvu que certaines conditions soient remplies. La personne qui a en sa possession l'enregistrement doit avoir enregistré personnellement l'activité sexuelle en question ou y avoir participé. Cette activité ne doit pas être illégale, ce qui a pour effet de garantir que toutes les parties ont consenti et d'empêcher que des enfants soient exploités ou maltraités. Il faut aussi que toutes les parties aient consenti à la création de l'enregistrement. L'enregistrement doit être con-

2001 SCC 2 (CanLII)

ple, a teenage couple would not fall within the law's purview for creating and keeping sexually explicit pictures featuring each other alone, or together engaged in lawful sexual activity, provided these pictures were created together and shared only with one another. The burden of proof in relation to these excepted categories would function in the same manner as that of the defences of "artistic merit", "educational, scientific or medical purpose", and "public good". The accused would raise the exception by pointing to facts capable of bringing him or her within its protection, at which point the Crown would bear the burden of disproving its applicability beyond a reasonable doubt.

servé strictement en privé par la personne qui l'a en sa possession et être destiné exclusivement à l'usage personnel de son auteur et des personnes qui y sont représentées. Ainsi, par exemple, la disposition ne s'appliquerait pas à un couple d'adolescents qui créerait et conserverait des photos sexuellement explicites d'eux-mêmes séparément ou ensemble en train de se livrer à une activité sexuelle légale, pourvu qu'ils aient pris les photos ensemble et qu'ils ne les aient échangées qu'entre eux. Le fardeau de la preuve à l'égard de ces catégories d'exceptions serait semblable à celui qui s'applique aux moyens de défense fondés sur la « valeur artistique », le « but éducatif, scientifique ou médical » et le « bien public ». L'accusé soulèverait l'exception en indiquant des faits susceptibles de lui permettre de s'en prévaloir, après quoi il incomberait au ministère public d'établir hors de tout doute raisonnable que cette exception ne s'applique pas.

117 These two exceptions would necessarily apply as well to the offence of "making child pornography" under s. 163.1(2) (but not to printing, publishing or possessing for the purpose of publishing); otherwise an individual, although immune from prosecution for the possession of such materials, would remain vulnerable to prosecution for their creation.

Ces deux exceptions s'appliqueraient nécessairement aussi à l'infraction de « production de pornographie juvénile » prévue au par. 163.1(2) (mais non à l'impression et à la publication de ce matériel, ou au fait de l'avoir en sa possession à des fins de publication); sinon, une personne qui ne pourrait pas être poursuivie pour possession de matériel de cette nature resterait susceptible de l'être pour l'avoir créé.

118 I reiterate that the protection afforded by this exception would extend no further than to materials intended solely for private use. If materials where shown to be held with any intention other than for personal use, their possession would then fall outside the exception's aegis and be subject to the full force of s. 163.1(4). Indeed, such possession might also run afoul of the manufacturing and distributing offences set out in ss. 163.1(2) and 163.1(3).

Je répète que la protection accordée par cette exception ne s'appliquerait qu'au matériel destiné uniquement à un usage personnel. S'il était démontré que du matériel est conservé à une autre fin que l'usage personnel, la possession de ce matériel ne relèverait plus de l'exception et tomberait entièrement sous le coup du par. 163.1(4). En fait, une telle possession pourrait aussi tomber sous le coup des dispositions relatives aux infractions de production et de distribution des par. 163.1(2) et (3).

119 It is apparent that the availability of the second exception turns on whether Parliament had criminalized the depicted sexual activity. Parliament may affect the scope of the exception by narrowing or broadening the range of sexual activity that is criminalized. (More broadly, of course, Par-

Il appert que la possibilité de se prévaloir de le seconde exception dépend de la question de savoir si le législateur a criminalisé l'activité sexuelle représentée. Le législateur peut modifier le champ d'application de l'exception en restreignant ou en élargissant l'étendue des activités sexuelles crimi-

2001 SCC 2 (CanLII)

liament, in its wisdom, may choose to redraft the statute to reflect the concerns that compel the Court to hold that the statute cannot constitutionally apply to the two stipulated exceptions.)

nalisées. (Dans un sens plus large, il va sans dire que le législateur peut, dans sa sagesse, choisir de reformuler la disposition en cause de manière à dissiper les préoccupations qui obligent notre Cour à statuer que cette disposition ne peut pas s'appliquer constitutionnellement aux deux exceptions prévues.)

Thus described, the proposed exception relates only to materials that pose a negligible risk of harm to children, while deeply implicating s. 2(*b*) values and the s. 7 liberty interest by virtue of their intensely private nature and potential connection to self-fulfilment and self-actualization. With the contours of this exception in mind, I proceed to the question of whether reading in this exception is the appropriate remedy for the overbreadth of s. 163.1(4).

120 Ainsi décrite, l'exception proposée ne s'applique qu'au matériel qui ne présente qu'un risque négligeable de préjudice pour les enfants, mais qui touche profondément aux valeurs consacrées par l'al. 2*b*) et au droit à la liberté garanti par l'art. 7, en raison de sa nature extrêmement privée et de son lien potentiel avec l'épanouissement personnel et la réalisation de soi. Ayant en tête les paramètres de cette exception, je passe maintenant à la question de savoir si le fait d'inclure cette exception par interprétation large est la façon convenable de remédier à la portée excessive du par. 163.1(4).

Schachter, *supra*, holds that reading in will be appropriate only where (1) the legislative objective is obvious and reading in would further that objective or constitute a lesser interference with that objective than would striking down the legislation; (2) the choice of means used by the legislature to further the legislation's objective is not so unequivocal that reading in would constitute an unacceptable intrusion into the legislative domain; and (3) reading in would not require an intrusion into legislative budgetary decisions so substantial as to change the nature of the particular legislative enterprise. The third requirement is not of concern here. The first two inquiries — conformity with legislative objective and avoidance of unacceptable law-making — require more discussion.

121 Selon l'arrêt *Schachter*, précité, l'interprétation large n'est appropriée que si les critères suivants sont respectés : (1) l'objectif du législateur est évident et l'interprétation large favoriserait l'atteinte de cet objectif ou constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'invalidation de la mesure législative en cause; (2) le choix des moyens utilisés par le législateur pour atteindre son objectif n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif; (3) l'interprétation large ne nécessiterait pas un empiétement si important sur les décisions financières du législateur qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question. Le troisième critère n'est pas pertinent en l'espèce. Les deux premiers critères — la compatibilité avec l'objectif du législateur et la nécessité d'éviter un empiétement inacceptable sur le domaine législatif — exigent un examen plus approfondi.

The first question is whether the legislative objective of s. 163.1(4) is evident. In my view it is. The purpose of the legislation is to protect children from exploitation and abuse by prohibiting possession of material that presents a reasoned risk of harm to children. This question leads to a second: whether reading in will further that objective. In

122 Il s'agit en premier lieu de savoir si l'objectif du par. 163.1(4) est évident. Selon moi, il l'est. La disposition vise à protéger les enfants contre l'exploitation et les mauvais traitements en interdisant la possession de matériel qui suscite une crainte raisonnée qu'un préjudice ne leur soit causé. Cette question en entraîne une deuxième : celle de savoir

2001 SCC 2 (CanLII)

other words, will precluding the offending applications of the law better conform to Parliament's objective than striking down the whole law? Again the answer is clearly yes. The applications of the law that pose constitutional problems are exactly those whose relation to the objective of the legislation is most remote. Carving out those applications by incorporating the proposed exception will not undermine the force of the law; rather, it will preserve the force of the statute while also recognizing the purposes of the *Charter*. The defects of the section are not so great that their exclusion amounts to impermissible redrafting, as was the case in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, and *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761. The new exceptions resemble those that Parliament has already created and are consistent with its overall approach of catching mainstream child pornography reasonably linked to harm while excluding peripheral material that engages free speech values. Moreover, since the problematic applications lie on the periphery of the material targeted by Parliament, carving them out will not create an exception-riddled provision bearing little resemblance to the provision envisioned by Parliament. This suggests that excluding the offending applications of the law will not subvert Parliament's object. On the other hand, striking down the statute altogether would assuredly undermine Parliament's object, making it impossible to combat the lawfully targeted harms until it can pass new legislation.

123 I recognize that questions may arise in the application of the excepted categories. However, the same may be said for s. 163.1 as drafted. It will be for the courts to consider precise questions of interpretation if and when they arise, bearing in mind Parliament's fundamental object: to ban possession of child pornography which raises a reasoned apprehension of harm to children.

si une interprétation large favorisera la réalisation de cet objectif. En d'autres termes, est-il plus compatible avec l'objectif du législateur d'empêcher les applications attentatoires de la disposition en cause que d'invalider complètement cette disposition? Là encore, la réponse est nettement affirmative. Les applications de la disposition qui posent des problèmes constitutionnels sont exactement celles qui ont le lien le plus ténu avec l'objectif du législateur. L'élimination de ces applications par l'inclusion de l'exception proposée n'affaiblira pas l'effet de la disposition; au contraire, elle préservera son effet tout en tenant compte des objectifs de la *Charte*. Les lacunes de la disposition ne sont pas importantes au point de nécessiter une reformulation inacceptable pour les éliminer, comme c'était le cas dans les arrêts *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, et *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761. Les nouvelles exceptions ressemblent à celles que le législateur a déjà créées et elles s'harmonisent avec sa façon globale de s'attaquer au phénomène général de la pornographie juvénile raisonnablement liée à un préjudice, tout en excluant le matériel limitrophe qui fait intervenir les valeurs protégées par la liberté d'expression. De plus, comme les applications problématiques se situent aux confins du matériel visé par le législateur, leur élimination ne donnera pas une disposition cousue d'exceptions, ressemblant peu à celle qu'envisageait le législateur. Cela montre que l'élimination des applications attentatoires de la disposition ne minera pas l'objectif du législateur. Par contre, l'invalidation complète de la disposition minerait sûrement l'objectif du législateur en empêchant la lutte contre les préjudices légitimement visés tant qu'il n'aurait pas adopté une nouvelle disposition.

Je reconnais que l'application des catégories d'exceptions peut soulever certaines questions. On peut toutefois en dire autant du texte actuel de l'art. 163.1. Il appartiendra aux tribunaux de se pencher sur des questions d'interprétation précises lorsqu'elles seront soulevées, en tenant compte de l'objectif fondamental du législateur, qui est d'interdire la possession de pornographie juvénile suscitant une crainte raisonnée qu'un préjudice ne soit causé à des enfants.

2001 SCC 2 (CanLII)

The second prong of *Schachter*, *supra*, is directed to the possibility that reading in, though recognizing the objective of the legislation, may nonetheless undermine legislative intent by substituting one means of effecting that intent with another. As we noted in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, the relevant question is "what the legislature would . . . have done if it had known that its chosen measures would be found unconstitutional" (para. 167). If it is not clear that the legislature would have enacted the legislation without the problematic provisions or aspects, then reading in a term may not provide the appropriate remedy. This concern has more relevance where the legislature has made a "deliberate choice of means" by which to reach its objective. Even in such a case, however, "a deliberate choice of means will not act as a bar to reading in save for those circumstances in which the means chosen can be shown to be of such centrality to the aims of the legislature and so integral to the scheme of the legislation, that the legislature would not have enacted the statute without them": *Vriend*, *supra*, at para. 167.

124 Le deuxième volet du critère énoncé dans l'arrêt *Schachter*, précité, porte sur la possibilité que l'interprétation large, même si elle reconnaît l'objectif de la loi, puisse néanmoins altérer l'intention du législateur en remplaçant un moyen de mettre à exécution cette intention par un autre moyen. Comme nous l'avons noté dans l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, la question pertinente consiste à se demander « ce que le législateur aurait [. . .] fait s'il avait su que ses dispositions seraient jugées inconstitutionnelles » (par. 167). S'il n'est pas évident que le législateur aurait adopté la mesure législative sans les dispositions ou les aspects problématiques, il se peut alors que l'inclusion d'une condition par interprétation large ne constitue pas la réparation convenable. Cette préoccupation est plus pertinente lorsque le législateur a fait un « choix délibéré des moyens » qui permettraient d'atteindre son objectif. Cependant, même dans ce cas, « le choix délibéré des moyens n'empêche pas le recours à l'interprétation large, sauf dans les cas où l'on peut établir que les moyens choisis revêtent une importance à ce point centrale eu égard aux buts poursuivis par le législateur et sont à ce point essentiels à l'économie de la loi que le législateur ne l'aurait pas adoptée sans eux » : *Vriend*, précité, par. 167.

In the present case it cannot be said that the legislature has made a deliberate choice of means in the sense that phrase was used in *Vriend*, *supra*. Clearly, s. 163.1(4) is a deliberate choice of means in the general sense that the provision was adopted to address the problem of child abuse and exploitation. I see no evidence, however, that Parliament saw the statute's application to the two problematic categories of materials (i.e., self-created expressive materials and private recordings that do not depict unlawful sexual activity) as an integral part of the legislative scheme. On the contrary, given that the risk to children posed by materials falling within these two categories is relatively remote, it seems reasonable to conclude that such materials are caught incidentally, not deliberately, and that Parliament would have excluded these two categories from the purview of the law had it

125 En l'espèce, on ne peut pas dire que le législateur a fait un choix délibéré des moyens au sens où on l'entend dans l'arrêt *Vriend*, précité. Le paragraphe 163.1(4) est nettement un choix délibéré de moyens en ce sens général que la disposition a été adoptée pour régler le problème de l'exploitation et des mauvais traitements dont sont victimes les enfants. Je ne vois cependant aucune preuve que le législateur considérait que l'application de la disposition aux deux catégories problématiques de matériel (c'est-à-dire le matériel expressif créé par l'intéressé et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales) faisait partie intégrante de son régime législatif. Au contraire, comme le risque auquel le matériel compris dans ces deux catégories expose les enfants est relativement peu élevé, il semble raisonnable de conclure que le matériel de cette nature est visé de manière incidente et non intentionnelle et que le législateur aurait soustrait ces deux catégories à

2001 SCC 2 (CanLII)

been seized of the difficulty raised by their inclusion.

126 The legislative history of Bill C-128, which introduced s. 163.1(4), reinforces my view that reading in an exclusion of the problematic material would not unduly intrude on the legislative domain. As was noted during the Senate Committee's proceedings, there had over the years been a great deal of debate, both within Parliament and in the country more generally, about the problem of child pornography and the appropriate way to address it (*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 50, June 21, 1993, at p. 50:41 (statement of Richard Mosley, Chief Policy Counsel, Criminal and Social Policy, Department of Justice)).

127 After expressing concern over the potential for constitutional problems arising from Bill C-128, the Honorable Gérald-A. Beaudoin, Chairman of the Senate Committee, concluded:

> There is, obviously, also the problem the courts will face. The Supreme Court of Canada has to interpret the Constitution and the Criminal Code. If the legislation is very vague, greater power is given to the judges. This is a difficulty which, in cases involving obscenity and pornography, perhaps, cannot be avoided. In other words, to a certain extent it has to be left to the courts.

(*Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs*, Issue No. 51, June 22, 1993, at p. 51:54)

As Senator Beaudoin predicted, it has fallen to the Courts to interpret s. 163.1(4) and judge its ultimate validity in accordance with that interpretation. The British Columbia Courts found the law constitutionally wanting and struck it down in its entirety. I too, find it to be constitutionally imperfect. However, the defects lie at the periphery of the law's application. In my view, the appropriate remedy is to uphold the law in its broad application, while holding that it must not be applied to two categories of material, as described above: self-created, privately held expressive materials

l'application de la disposition s'il avait été au fait du problème que pose leur inclusion.

L'historique du projet de loi C-128, qui ajouté le par. 163.1(4), renforce mon point de vue que le fait d'inclure, par interprétation large, une exception visant le matériel problématique ne constituerait pas un empiétement excessif sur le domaine législatif. Comme on l'a souligné pendant les délibérations du comité sénatorial, le problème de la pornographie juvénile et la façon appropriée de le résoudre ont fait l'objet de nombreux débats au fil des ans, tant au Parlement qu'à l'échelle du pays (*Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule nº 50, 21 juin 1993, p. 50:41 (déclaration de Richard Mosley, premier conseiller en politiques, Politiques pénales et sociales, ministère de la Justice)).

Après avoir exprimé des craintes au sujet de la possibilité que le projet de loi C-128 engendre des problèmes constitutionnels, l'honorable Gérald-A. Beaudoin, président du comité sénatorial, a conclu en ces termes :

> Évidemment, les tribunaux vont se trouver également face à un problème. La Cour suprême du Canada doit interpréter la Constitution et le Code criminel. Si la loi est trop vague, cela confère davantage de pouvoirs aux juges. C'est un problème qu'il n'est peut-être pas possible d'éviter dans les cas d'obscénité et de pornographie. Autrement dit, il faut laisser une plus grande latitude aux tribunaux.

(*Délibérations du Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles*, fascicule nº 51, 22 juin 1993, p. 51:54)

Comme l'avait prédit le sénateur Beaudoin, les tribunaux ont été appelés à interpréter le par. 163.1(4) et à décider de sa validité au regard de cette interprétation. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont conclu que la disposition était constitutionnellement déficiente et ils l'ont invalidée en entier. J'estime moi aussi qu'elle est déficiente sur le plan constitutionnel. Toutefois, les déficiences se situent aux confins de son champ d'application. À mon avis, la réparation convenable consiste à confirmer la validité de la disposition en ce qui concerne son application générale

2001 SCC 2 (CanLII)

and private recordings that do not depict unlawful sexual activity.

E. *Summary*

I would summarize my conclusions with respect to s. 163.1(4) in general terms as follows:

1. The offence prohibits the possession of photographs, film, videos and other visual representations that show or depict a person under the age of 18 engaged in explicit sexual activity. Visual representations of any activity that falls short of this threshold are not caught. Thus, representations of casual intimacy, such as depictions of kissing or hugging, are not covered by the offence.

2. The offence prohibits the possession of visual representations that feature, as a dominant characteristic, the depiction of a sexual organ or the anal region of a person under the age of 18 for a sexual purpose. Innocent photographs of a baby in the bath and other representations of non-sexual nudity are not covered by the offence.

3. The offence prohibits the possession of written or visual material that actively induces or encourages unlawful sexual activity with persons under the age of 18. Written description that falls short of this threshold is not covered by the offence.

4. Courts should take an objective approach to determining whether material falls within the definition of child pornography. The question is whether a reasonable person would conclude, for example, that the impugned material portrays "explicit" sexual activity, or that the material "advocates or counsels" sexual offences with persons under 18. Courts should also take

tout en statuant qu'elle ne doit pas être appliquée aux deux catégories de matériel décrites plus haut : le matériel expressif créé par une personne et conservé privément, et les enregistrements privés qui ne représentent pas des activités sexuelles illégales.

E. *Résumé*

Voici un résumé général de mes conclusions concernant le par. 163.1(4) : 128

1. La disposition interdit la possession de photos, de films, de vidéos ou de toute autre représentation où figure une personne âgée de moins de 18 ans ou présentée comme telle, qui se livre à une activité sexuelle explicite. Les représentations d'activités qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visées. Par conséquent, la représentation d'actes intimes anodins, comme un baiser ou une étreinte, n'est pas visée par la disposition créant l'infraction.

2. La disposition interdit la possession de représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de 18 ans. Les photos innocentes d'un bébé dans une baignoire et les autres représentations de nudité non sexuelle ne sont pas visées par la disposition créant l'infraction.

3. La disposition interdit la possession d'écrits ou de matériel visuel qui encouragent une activité sexuelle illégale avec une personne âgée de moins de 18 ans. Les écrits qui ne satisfont pas à ce critère ne sont pas visés par la disposition créant l'infraction.

4. Les tribunaux devraient adopter une méthode objective pour déterminer si un type de matériel est visé par la définition de la pornographie juvénile. Il s'agit de déterminer si une personne raisonnable conclurait, par exemple, que le matériel contesté représente une activité sexuelle « explicite » ou s'il « préconise ou conseille » la perpétration d'infractions d'ordre sexuel avec des personnes âgées de moins de 18 ans. Les tribunaux devraient également adopter une méthode objective pour déterminer si un

2001 SCC 2 (CanLII)

an objective approach in determining the availability of any statutory defence.

5. The various statutory defences (i.e., artistic merit; educational, scientific or medical purpose; and public good) must be interpreted liberally to protect freedom of expression, as well as possession for socially redeeming purposes.

6. The guarantees provided in ss. 2(*b*) and 7 of the *Charter* require the recognition of two exceptions to s. 163.1(4), where the prohibition's intrusion into free expression and privacy is most pronounced and its benefits most attenuated:

(a) The first exception protects the possession of expressive material created through the efforts of a single person and held by that person alone, exclusively for his or her own personal use. This exception protects deeply private expression, such as personal journals and drawings, intended solely for the eyes of their creator.

(b) The second exception protects a person's possession of visual recordings created by or depicting that person, but only where these recordings do not depict unlawful sexual activity, are held only for private use, and were created with the consent of those persons depicted.

7. These two exceptions apply equally to the offence of "making" child pornography under s. 163.1(2).

8. Neither exception affords protection to a person harbouring any other intention than private possession; any intention to distribute, publish, print, share or in any other way disseminate these materials will subject a person to the full force of s. 163.1.

VI. Conclusion

129 I would uphold s. 163.1(4) on the basis that the definition of "child pornography" in s. 163.1

moyen de défense prévu par la loi peut être invoqué.

5. Les divers moyens de défense prévus par la loi (c'est-à-dire la valeur artistique, le but éducatif, scientifique ou médical et le bien public) doivent être interprétés de façon libérale de manière à protéger la liberté d'expression et la possession à des fins sociales dont les avantages rachètent ses lacunes.

6. Les garanties prévues à l'al. 2*b*) et à l'art. 7 de la *Charte* exigent la reconnaissance de deux exceptions au par. 163.1(4), à savoir le cas où l'atteinte que l'interdiction porte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée est la plus marquée, et ses avantages les plus ténus :

a) La première exception protège la possession de matériel expressif créé par une seule personne qui le conserve exclusivement pour son propre usage personnel. Elle protège également les formes d'expression profondément personnelle comme les journaux intimes et les dessins destinés à l'usage exclusif de leur auteur.

b) La seconde exception protège la possession par une personne d'enregistrements qu'elle a créés ou dans lesquels elle figure, mais seulement si ces enregistrements ne représentent pas une activité sexuelle illégale, si elle les conserve exclusivement pour son usage personnel et s'ils ont été créés avec le consentement des personnes qui y figurent.

7. Ces deux exceptions s'appliquent également à l'infraction de « production » de pornographie juvénile prévue au par. 163.1(2).

8. Aucune de ces exceptions ne protège la personne qui nourrit des intentions autres que la possession personnelle : toute personne ayant eu l'intention de distribuer, publier, imprimer, partager ou, de quelque autre façon, diffuser ce matériel sera assujettie à l'application intégrale de l'art. 163.1.

VI. Conclusion

Je suis d'avis de confirmer la validité du par. 163.1(4) pour le motif que la définition de la

2001 SCC 2 (CanLII)

should be read as though it contained an exception for: (1) any written material or visual representation created by the accused alone, and held by the accused alone, exclusively for his or her own personal use; and (2) any visual recording, created by or depicting the accused, provided it does not depict unlawful sexual activity and is held by the accused exclusively for private use. The constitutional questions should be answered accordingly.

« pornographie juvénile », à l'art. 163.1, doit être considérée comme incluant une exception visant (1) les écrits ou représentations créés par l'accusé seul et conservés par ce dernier exclusivement pour son usage personnel, et (2) tout enregistrement visuel créé par l'accusé ou dans lequel ce dernier figure, qui ne représente aucune activité sexuelle illégale et qui est conservé par l'accusé exclusivement pour son usage personnel. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles en conséquence.

I would therefore allow the appeal and remit the respondent for trial on all charges.

130 Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'intimé à son procès relativement à toutes les accusations.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

131 L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER AND BASTARACHE JJ. — In this appeal, we are asked to assess the constitutionality of s. 163.1(4) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. The Court must determine whether Parliament may legitimately criminalize the possession of the material it has defined as child pornography. Specifically, we must decide whether s. 163.1(4) is an unjustified infringement of the right to free expression found in s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Court is also asked to determine whether s. 163.1(4) infringes s. 7 of the *Charter*. In our view, the s. 7 liberty interest is encompassed in the right of free expression and proportionality falls to be considered under s. 1. Accordingly, no separate s. 7 analysis is required.

LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER ET BASTARACHE — Dans le cadre du présent pourvoi, notre Cour est appelée à évaluer la constitutionnalité du par. 163.1(4) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46. Nous devons déterminer si le législateur peut légitimement criminaliser la possession de matériel qu'il a défini comme de la pornographie juvénile. Plus précisément, nous devons décider si le par. 163.1(4) constitue ou non une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Notre Cour est également appelée à décider si le par. 163.1(4) viole l'art. 7 de la *Charte*. À notre avis, le droit à la liberté garanti par l'art. 7 est compris dans le droit à la liberté d'expression et la proportionnalité doit être examinée en vertu de l'article premier. Aucune analyse distincte fondée sur l'art. 7 n'est donc requise.

132 A discussion of these constitutional questions must take place within the broad political, social and historical context in which they arise; see *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 438; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352; see also S. M. Sugunasiri, "Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability" (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, at pp. 133-34. The impugned provision of the *Criminal Code* must also be interpreted in light of *Char-*

L'examen de ces questions constitutionnelles doit se faire dans le large contexte politique, social et historique où elles se posent : voir *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, p. 438; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, p. 647; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, p. 1352. Voir également S. M. Sugunasiri, « Contextualism: The Supreme Court's New Standard of Judicial Analysis and Accountability » (1999), 22 *Dalhousie L.J.* 126, p. 133-134. La disposition contestée du *Code criminel* doit également être interprétée à la lumière

2001 SCC 2 (CanLII)

ter values reflected in s. 1 as elaborated in cases such as *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136, and *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 64. See *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892.

133 In the context of this case, the twin considerations of social justice and equality warrant society's active protection of its vulnerable members. Democratic and constitutional principles dictate that every member of society be treated with dignity and respect and accorded full participation in society. In this sense, government legislation that protects the vulnerable plays a vital role. Given our democratic values, it is clear that the *Charter* must not be used to reverse advances made by vulnerable groups or to defeat measures intended to protect the disadvantaged and comparatively powerless members of society. The constitutional protection of a form of expression that undermines our fundamental values must be carefully scrutinized. On this point, it is helpful to refer to *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, where Dickson C.J. stated, at p. 779:

> In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

This principle has been emphasized, *inter alia*, in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 993; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R 1038, at p. 1051; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 86. These reasons explain why we cannot agree with McLachlin C.J. that the scope of the prohibition against the possession of child pornography is overbroad, and why the legislation is justified under s. 1 in its entirety.

des valeurs que reflète l'article premier de la *Charte* et qui sont précisées notamment dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136, et le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 64. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892.

Dans le contexte de la présente affaire, les deux considérations que sont la justice et l'égalité sociales justifient la protection active des membres vulnérables de la société. Les principes démocratiques et constitutionnels exigent que chaque membre de la société soit traité avec dignité et respect et admis à participer pleinement à la société. En ce sens, une mesure gouvernementale qui protège les citoyens vulnérables joue un rôle vital. Compte tenu de nos valeurs démocratiques, il est évident que la *Charte* ne doit pas servir à annuler les progrès réalisés par les groupes vulnérables ni à faire obstacle à des mesures visant à protéger les membres désavantagés et comparativement démunis de la société. La protection constitutionnelle d'une forme d'expression qui sape nos valeurs fondamentales doit être soumise à un examen approfondi. Sur ce point, il est utile de se reporter à l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, dans lequel le juge en chef Dickson dit, à la p. 779 :

> Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Ce principe a été souligné dans d'autres arrêts, dont *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, p. 1051; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 86. Nos motifs expliquent pourquoi nous ne pouvons être d'accord avec le juge en chef McLachlin pour dire que la portée de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est excessive et pourquoi le texte législatif contesté est justifié en totalité au sens de l'article premier.

2001 SCC 2 (CanLII)

The respondent's argument that s. 163.1(4) is unconstitutional rests on his claim that the prohibition of the possession of child pornography unjustifiably infringes the right to free expression. Section 163.1(4) states:

> Every person who possesses any child pornography is guilty of
>
> (*a*) an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or
>
> (*b*) an offence punishable on summary conviction.

Section 163.1(1) defines "child pornography" as:

> (*a*) a photographic, film, video or other visual representation, whether or not it was made by electronic or mechanical means,
>
> (i) that shows a person who is or is depicted as being under the age of eighteen years and is engaged in or is depicted as engaged in explicit sexual activity, or
>
> (ii) the dominant characteristic of which is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a person under the age of eighteen years; or
>
> (*b*) any written material or visual representation that advocates or counsels sexual activity with a person under the age of eighteen years that would be an offence under this Act.

These provisions must be read in conjunction with s. 163(3), which provides a "public good" defence:

> (3) No person shall be convicted of an offence under this section if the public good was served by the acts that are alleged to constitute the offence and if the acts alleged did not extend beyond what served the public good.

They must also be read in light of the broad defences found in s. 163.1(6):

> (6) Where the accused is charged with an offence under subsection (2), (3) or (4), the court shall find the accused not guilty if the representation or written material that is alleged to constitute child pornography has artistic merit or an educational, scientific or medical purpose.

134 Selon l'intimé, le par. 163.1(4) est inconstitutionnel parce que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile est une atteinte injustifiée au droit à la liberté d'expression. Voici le texte du par. 163.1(4) :

> Quiconque a en sa possession de la pornographie juvénile est coupable :
>
> *a*) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;
>
> *b*) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Suivant le par. 163.1(1), la « pornographie juvénile » s'entend :

> *a*) de toute représentation photographique, filmée, vidéo ou autre, réalisée par des moyens mécaniques ou électroniques :
>
> (i) soit où figure une personne âgée de moins de dix-huit ans ou présentée comme telle et se livrant ou présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite,
>
> (ii) soit dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, d'organes sexuels ou de la région anale d'une personne âgée de moins de dix-huit ans;
>
> *b*) de tout écrit ou de toute représentation qui préconise ou conseille une activité sexuelle avec une personne âgée de moins de dix-huit ans qui constituerait une infraction à la présente loi.

Ces dispositions doivent être interprétées conjointement avec le par. 163(3), qui prévoit un moyen de défense fondé sur le « bien public » :

> (3) Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction visée au présent article si les actes qui constitueraient l'infraction ont servi le bien public et n'ont pas outrepassé ce qui a servi celui-ci.

Il faut aussi les interpréter en fonction des moyens de défense généraux prévus au par. 163.1(6) :

> (6) Lorsqu'une personne est accusée d'une infraction visée aux paragraphes (2), (3) ou (4), le tribunal est tenu de déclarer cette personne non coupable si la représentation ou l'écrit qui constituerait de la pornographie juvénile a une valeur artistique ou un but éducatif, scientifique ou médical.

2001 SCC 2 (CanLII)

135 In this way, "child pornography" was defined by Parliament to encompass a broad range of material that it determined was harmful to children. It includes both representations that involve real children in their production as well as products of the imagination, such as drawings and written material. Importantly, the provisions do not distinguish between representations created by electronic or mechanical means. Both are captured. The definition is designed to cover representations involving persons either under the age of 18 or depicted as being under the age of 18. Nevertheless, Parliament has limited the protection from the harm of child pornography to a certain degree, striking the balance it deemed appropriate between the rights and values at stake.

Ainsi, le législateur a défini la « pornographie juvénile » de façon à englober un matériel très varié qu'il a jugé préjudiciable aux enfants. Elle comprend à la fois des représentations dans lesquelles figurent des enfants, ainsi que des produits de l'imagination comme les dessins et les écrits. Il importe de noter que les dispositions ne font pas de distinction entre les représentations réalisées par des moyens mécaniques et celles réalisées par des moyens électroniques. Les deux sont visées. La définition est conçue de manière à couvrir les représentations impliquant des personnes âgées de moins de 18 ans ou présentées comme telles. Le législateur a néanmoins limité jusqu'à un certain point la protection contre les torts causés par la pornographie juvénile en établissant un équilibre qu'il jugeait approprié entre les droits et les valeurs qui sont en jeu.

136 The facts that give rise to this appeal are as follows: Mr. Sharpe was charged with two counts of possession of child pornography for the purpose of distribution or sale, as well as two counts of possession *simpliciter* of child pornography contrary to s. 163.1(4). Prior to the start of his trial in the Supreme Court of British Columbia, the accused challenged the constitutionality of a number of provisions of the *Criminal Code*, including s. 163.1(4).

Les faits à l'origine du présent pourvoi sont les suivants : M. Sharpe a fait l'objet de deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente, ainsi que de deux chefs de simple possession de pornographie juvénile en violation du par. 163.1(4). Avant l'ouverture de son procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'accusé a contesté la constitutionnalité d'un certain nombre de dispositions du *Code criminel*, dont le par. 163.1(4).

137 The nature of the materials in the respondent's possession is typical of the material that may be caught by the impugned provision. Detective Noreen Waters of the Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio), City of Vancouver Police Department and the chief police investigator in this matter, testified at the *voir dire* that a large quantity of photographs, books and manuscripts as well as 10 computer disks containing a series of stories were seized from the respondent. The photographs were of boys. The great majority of them appear to be under the age of 18, and some appear to be pre-pubescent. With very few exceptions, the boys are naked or mostly naked, and are posed in a manner that prominently displays their genitals. Some photos are of a boy with an erection, and some depict a boy apparently

La nature du matériel trouvé en la possession de l'intimé est un bon exemple du matériel qui peut être visé par la disposition contestée. Le détective Noreen Waters, de la Coordinated Law Enforcement Unit (Pornography Portfolio) du service de police de Vancouver et enquêteur en chef dans cette affaire, a déclaré au cours du voir-dire qu'une grande quantité de photos, d'ouvrages et de manuscrits ainsi que 10 disquettes renfermant une série de récits ont été saisis chez l'intimé. Il s'agissait de photos de garçons. Ces derniers semblent en grande majorité avoir moins de 18 ans, et certains semblent être préadolescents. À quelques très rares exceptions près, les garçons sont nus ou pratiquement nus, et photographiés d'une façon qui met en évidence leurs organes génitaux. Certaines photos représentent un garçon en érection, et

2001 SCC 2 (CanLII)

masturbating. A few photos show two boys embracing or kissing. One photo shows two boys performing fellatio on each other.

d'autres, un garçon apparemment en train de se masturber. Quelques photos montrent deux garçons qui s'étreignent ou qui s'embrassent. Une photo montre deux garçons pratiquant mutuellement la fellation.

Also entered into evidence was a collection of 17 stories written by the respondent. At trial, Detective Waters commented as follows on these stories:

138 A aussi été déposée en preuve une collection de 17 récits écrits par l'intimé. Au procès, le détective Waters a fait les commentaires suivants au sujet de ces récits :

They're extremely violent stories, the majority of them, with sexual acts involving very young children, in most cases, under the age of 10 engaged in sadomasochistic and violent sex acts with either adults and children, other children, both male and female.

[TRADUCTION] Il s'agit de récits extrêmement violents, pour la plupart, avec des actes sexuels impliquant de très jeunes enfants, dans la plupart des cas, âgés de moins de 10 ans, qui se livrent à des actes sexuels sadomasochistes et violents soit avec des adultes et des enfants, soit avec d'autres enfants, des deux sexes.

They're extremely disturbing with just the descriptions of the sexual acts with the children particularly in relation to circumcision. And the theme is often that the child enjoys the beatings and the sexual violence and that they are wanting it and actually seeking it out.

Ils sont extrêmement troublants en raison même des descriptions des actes sexuels avec les enfants, tout particulièrement en ce qui a trait à la circoncision. Et ils ont souvent pour thème que l'enfant prend plaisir aux coups et à la violence sexuelle et qu'il en demande et en redemande.

After reviewing the testimony of Detective Waters and that of Dr. Peter Collins, an expert in forensic psychiatry, sexual deviance and paedophilia, the trial judge ruled that the prohibition of the simple possession of child pornography in s. 163.1(4) violated the right to free expression guaranteed by s. 2(*b*). He concluded that the violation was not saved by s. 1. Accordingly, the two charges of possession *simpliciter* of child pornography were dismissed: (1999), 22 C.R. (5th) 129. The trial with respect to the charges of possession for the purpose of distribution or sale was adjourned pending the appeal of the trial judge's ruling. The majority of the British Columbia Court of Appeal (Southin and Rowles JJ.A., McEachern C.J.B.C. dissenting) upheld the trial judge's ruling: (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. The Attorney General of British Columbia is now appealing.

139 Après avoir examiné le témoignage du détective Waters et celui du Dr Peter Collins, expert en psychiatrie médicolégale, en déviance sexuelle et en pédophilie, le juge du procès a décidé que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile, au par. 163.1(4), portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il a conclu que l'atteinte n'était pas justifiée en vertu de l'article premier. En conséquence, les deux chefs d'accusation de simple possession de pornographie juvénile ont été rejetés : (1999), 22 C.R. (5th) 129. Le procès relatif aux deux chefs d'accusation de possession de pornographie juvénile en vue de la distribution ou de la vente a été ajourné pendant l'appel de la décision du juge du procès. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité (les juges Southin et Rowles, avec la dissidence du juge en chef McEachern), a confirmé la décision du juge du procès : (1999), 136 C.C.C. (3d) 97. Le procureur général de la Colombie-Britannique forme le présent pourvoi.

The right to free expression is at the heart of this appeal. So is child pornography. Under our society's democratic principles, individual freedoms such as expression are not absolute, but may

140 Le droit à la liberté d'expression, tout comme la pornographie juvénile, est au cœur du pourvoi. En vertu des principes démocratiques de notre société, les libertés individuelles comme la liberté d'ex-

2001 SCC 2 (CanLII)

be limited in consideration of a broader spectrum of rights, including equality and security of the person; see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 61; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 877. The context here is one of competing rights; we must keep this in mind when determining whether s. 163.1(4) is an unjustified violation of the respondent's right to free expression.

I. Freedom of Expression

A. *The Nature and Scope of the Guarantee to Free Expression in Section 2(b) of the Charter*

141 Even before the advent of the *Charter*, Canadian courts recognized that the right to free expression was a fundamental part of democratic values, and a necessary element in ensuring the participation of individuals and groups in society; see *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at pp. 583-86. After the right to free expression was entrenched in the *Charter*, courts acknowledged that its value extended beyond the simple need for participation in a democratic society; see *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 764; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. In *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the majority identified three values which form the foundation of the right to free expression: (1) seeking and attaining truth is an inherently good activity; (2) participation in social and political decision-making should be fostered and encouraged; and (3) diversity in the forms of individual self-fulfilment and human flourishing ought to be cultivated in a tolerant and welcoming environment for the sake of both those who convey a meaning and those to whom the meaning is conveyed.

142 The core values emphasized in *Irwin Toy*, *supra*, and in later cases such as *Keegstra*, *supra*, identify the purpose of the right to free expression in a free and democratic society. The importance of the right rests, in part, in expression's role in affirming individual ideas and communicating views. How-

pression ne sont pas absolues, mais peuvent être limitées eu égard à une gamme plus vaste de droits, dont celui à l'égalité et à la sécurité de la personne : *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, par. 61; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, p. 877. Les droits en présence s'opposent, ce dont il faut tenir compte pour déterminer si le par. 163.1(4) est une atteinte injustifiée au droit de l'intimé à la liberté d'expression.

I. La liberté d'expression

A. *La nature et la portée de la liberté d'expression garantie par l'al. 2b) de la Charte*

Même avant l'adoption de la *Charte*, les tribunaux canadiens ont reconnu que le droit à la liberté d'expression était une partie fondamentale des valeurs démocratiques et un élément essentiel pour assurer la participation des personnes et des groupes au sein de la société : voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 583-586. Après l'inclusion du droit à la liberté d'expression dans la *Charte*, les tribunaux ont reconnu que sa valeur englobait davantage que le seul besoin de participation au sein d'une société démocratique : *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 764; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, les juges majoritaires ont identifié trois valeurs qui sous-tendent le droit à la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité est une activité qui est bonne en soi, (2) la participation à la prise de décisions d'intérêt social et politique doit être encouragée et favorisée, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels doit être encouragée dans une société qui est tolérante et accueillante tant à l'égard de ceux qui transmettent un message qu'à l'égard de ceux à qui il est destiné.

L'objet du droit à la liberté d'expression dans une société libre et démocratique se dégage des valeurs fondamentales soulignées dans *Irwin Toy*, précité, et dans des arrêts subséquents comme *Keegstra*, précité. L'importance de ce droit repose en partie sur le rôle que joue l'expression dans

2001 SCC 2 (CanLII)

ever, it must be remembered that the individual right to free expression is exercised within a broad societal context. As stated in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 976, the self-realization of those whose activities or representations convey meaning is linked to the self-realization of those to whom the meaning is conveyed. In this sense, the values identified as central to free expression take into account the fact that individual and societal goals are not mutually exclusive.

l'affirmation des idées personnelles et la communication des points de vue. Toutefois il ne faut pas oublier que le droit individuel à la liberté d'expression s'exerce dans un large contexte social. Comme le précise l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 976, l'épanouissement personnel de ceux dont les activités ou les représentations transmettent un message est lié à l'épanouissement personnel de ceux à qui ce message est destiné. Dans ce sens, les valeurs décrites comme essentielles à la liberté d'expression tiennent compte du fait que les objectifs individuels et les objectifs sociétaux ne s'excluent pas mutuellement.

2001 SCC 2 (CanLII)

The Supreme Court of Canada has dealt with the right to free expression in a number of cases, including *Dolphin Delivery*, *supra*; *Ford*, *supra*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Edmonton Journal*, *supra*; *Irwin Toy*, *supra*; *Taylor*, *supra*; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Keegstra*, *supra*; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Butler*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*; *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; and *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877. From the outset, the Court defined "expression" broadly to mean any activity or representation that conveys meaning or attempts to convey meaning in a non-violent form; see, for example, *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of Criminal Code*, *supra*, at p. 1180; *Rocket*, *supra*, at p. 244; and *Keegstra*, *supra*, at pp. 729 and 826.

143 La Cour suprême du Canada a traité du droit à la liberté d'expression dans de nombreux arrêts, notamment *Dolphin Delivery*, précité; *Ford*, précité; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique* (*Procureur général*), [1988] 2 R.C.S. 214; *Edmonton Journal*, précité; *Irwin Toy*, précité; *Taylor*, précité; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Keegstra*, précité; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Butler*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, précité; *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877. Dès le début, notre Cour a donné au mot « expression » une définition large englobant toute activité ou représentation qui transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente : voir, par exemple, *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, p. 1180, *Rocket*, précité, p. 244, et *Keegstra*, précité, p. 729 et 826.

The right to free expression extends, for example, to commercial expression. In *Ford*, *supra*, at p. 767, the Court underscored the basis for the protection of commercial expression as follows:

144 Le droit à la liberté d'expression vise, par exemple, l'expression commerciale. Dans l'arrêt *Ford*, précité, p. 767, notre Cour a souligné en ces termes le fondement de la protection de l'expression commerciale :

> Over and above its intrinsic value as expression, commercial expression which, as has been pointed out, protects listeners as well as speakers plays a significant role

> Au-delà de sa valeur intrinsèque en tant que mode d'expression, l'expression commerciale qui, répétons-le, protège autant celui qui s'exprime que celui qui

in enabling individuals to make informed economic choices, an important aspect of individual self-fulfillment and personal autonomy.

l'écoute, joue un rôle considérable en permettant aux individus de faire des choix économiques éclairés, ce qui représente un aspect important de l'épanouissement individuel et de l'autonomie personnelle.

See also *Irwin Toy*, *supra*, and *RJR-MacDonald*, *supra*. Similarly, the Court has recognized that picketing has a communicative element and is therefore protected by s. 2(*b*); see *Dolphin Delivery*, *supra*, at p. 588; *B.C.G.E.U.*, *supra*; *U.F.C.W., Local 1518 v. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 S.C.R. 1083.

Voir également les arrêts *Irwin Toy* et *RJR-MacDonald*, précités. De même, notre Cour a reconnu que le piquetage comporte un élément de communication et bénéficie donc de la protection de l'al. 2*b*) : voir *Dolphin Delivery*, précité, p. 588; *B.C.G.E.U.*, précité, et *T.U.A.C., section locale 1518 c. KMart Canada Ltd.*, [1999] 2 R.C.S. 1083.

145 The Court has also had occasion to deal with the issue of hate propaganda. In *Irwin Toy*, *supra*, the majority affirmed the doctrine of content neutrality, stating that s. 2(*b*) protects all messages, "however unpopular, distasteful or contrary to the mainstream" (p. 968); see also *Keegstra*, *supra*, at p. 729. In *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, the Court, applying this principle, unanimously concluded that the content-neutral approach to s. 2(*b*) meant that even deliberate falsehoods are a protected form of expression.

Notre Cour a aussi eu l'occasion d'examiner la question de la propagande haineuse. Dans *Irwin Toy*, précité, les juges majoritaires ont réitéré le principe de la neutralité du contenu, en déclarant que l'al. 2*b*) protège tous les messages, « aussi impopulaires, déplaisant[s] ou contestataires » soient-ils (p. 968) : voir également *Keegstra*, précité, p. 729. Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, notre Cour, appliquant ce principe, a conclu à l'unanimité que la façon d'aborder l'al. 2*b*) selon la méthode de la neutralité du contenu du message signifiait que même les faussetés délibérées constituent une forme protégée d'expression.

146 The Court was asked to address the subject of pornography in *Butler*, *supra*, finding that pornography, including obscenity, was protected expression. Since there are no content-based restrictions on s. 2(*b*), it followed that pornographic material, no matter how offensive, was covered by the s. 2(*b*) guarantee.

Appelée à aborder la question de la pornographie dans l'arrêt *Butler*, précité, notre Cour a statué que la pornographie, y compris l'obscénité, est une forme d'expression protégée. Comme l'al. 2*b*) ne comporte aucune restriction fondée sur le contenu, il s'ensuit que le matériel pornographique, aussi choquant soit-il, est visé par la garantie de cet alinéa.

147 From these cases, it is clear that in characterizing the right to free expression under s. 2(*b*), the Court has developed a two-pronged test. Initially, courts must determine whether the activity in question is expression for the purposes of s. 2(*b*). It is incumbent upon the person alleging a violation to prove that the activity conveys or attempts to convey meaning. The Court has stressed that the content of the expression is irrelevant; provided that there is an attempt to convey meaning, s. 2(*b*)

Il ressort clairement de ces arrêts que, pour qualifier le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*), la Cour a établi un critère à deux volets. Tout d'abord, les tribunaux doivent déterminer si l'activité en cause est une expression aux fins de l'al. 2*b*). Il incombe à la personne qui allègue l'existence d'une atteinte de prouver que l'activité transmet ou tente de transmettre un message. Notre Cour a souligné que le contenu de l'expression n'est pas pertinent; pourvu qu'il y ait tentative de

2001 SCC 2 (CanLII)

is engaged; see *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*; *Butler*, *supra*; *Zundel*, *supra*, at p. 753. The exception to this general principle is that s. 2(*b*) does not protect activity which conveys a meaning but does so in a violent form. The Court has indeed recognized that expression consists of both content and form, two distinct expressive elements that are inextricably connected; see *Keegstra*, *supra*, at p. 729; *Irwin Toy*, *supra*, at p. 968.

Once it is established that the activity in question conveys or attempts to convey meaning in a non-violent form, courts must turn to the second stage of the analysis. This involves a determination of whether the law or government action actually restricts expression. Determining whether expression is restricted is distinct from the first step of deciding whether any particular activity constitutes expression; see *Ford*, *supra*. While individual self-fulfilment, the attainment of truth, and participation in a democratic society are important considerations in the s. 1 analysis, the ambit of the interests protected is not dependent on them; see *Zundel*, *supra*, at pp. 752-53, where McLachlin J. (as she then was) confirmed that any content which conveys meaning is protected if it does not take a violent form.

transmettre un message, l'al. 2*b*) s'applique : voir *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité; *Butler*, précité; *Zundel*, précité, p. 753. L'exception à ce principe général est que l'al. 2*b*) ne protège pas l'activité qui transmet un message sous une forme violente. La Cour a en effet reconnu que l'expression comporte à la fois un contenu et une forme, deux éléments expressifs distincts qui sont inextricablement liés : voir *Keegstra*, précité, p. 729; *Irwin Toy*, précité, p. 968.

148 Dès qu'il est établi que l'activité en question transmet ou tente de transmettre un message sous une forme non violente, les tribunaux doivent passer à la deuxième étape de l'analyse. Il s'agit alors de déterminer si la mesure législative ou gouvernementale restreint effectivement l'expression. Cette détermination diffère de l'étape initiale qui consiste à décider si l'activité en cause est une forme d'expression : voir *Ford*, précité. Même si l'épanouissement personnel, la découverte de la vérité et la participation au sein d'une société démocratique sont des éléments importants de l'analyse fondée sur l'article premier, ils ne déterminent pas la portée des intérêts protégés; voir *Zundel*, précité, p. 752-753, où le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) confirme que toute communication qui transmet un message est protégée si elle ne revêt pas une forme violente.

B. *Is the Simple Possession of Child Pornography Protected by Section 2(b) of the Charter?*

With the above principles as a backdrop, the first step in answering the constitutional questions posed in this case is to determine whether the possession of child pornography is protected by s. 2(*b*), which guarantees the right to "freedom of thought, belief, opinion and expression".

It is clear that s. 163.1(4) restricts expression if the possession of child pornography can be considered expression. While the Crown has conceded this latter question, it is important to recognize that the right to free expression in s. 2(*b*) has always

B. *La simple possession de pornographie juvénile est-elle protégée par l'al. 2b) de la Charte?*

149 Avec les principes susmentionnés comme toile de fond, la première étape à franchir pour répondre aux questions constitutionnelles en l'espèce consiste à déterminer si la possession de pornographie juvénile est protégée par l'al. 2*b*), qui garantit le droit à la « liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression ».

150 Il est évident que le par. 163.1(4) limite l'expression si la possession de pornographie juvénile peut être considérée comme une forme d'expression. Bien que le ministère public ait admis cela par la suite, il est important de reconnaître qu'on a

2001 SCC 2 (CanLII)

been considered to protect only those activities which are communicative; see e.g., P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 40-8; J. Watson, "Case Comment: *R. v. Sharpe*" (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, at p. 256. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code, supra*, at p. 1206, Wilson J. commented:

> With respect to s. 193 of the *Code*, I do not see how the provision can be said to infringe the guarantee of freedom of expression either on its own or in combination with s. 195.1(1)(*c*). In my view, only s. 195.1(1)(*c*) limits freedom of expression. Section 193 deals with keeping or being associated with a common bawdy-house and places no constraints on communicative activity in relation to a common bawdy-house. I do not believe that "expression" as used in s. 2(*b*) of the *Charter* is so broad as to capture activities such as keeping a common bawdy-house. [Emphasis added.]

toujours considéré que le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) ne protège que les activités communicatives : voir, par exemple, P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 40-8; J. Watson, « Case Comment: *R. v. Sharpe* » (1999), 10 *N.J.C.L.* 251, p. 256. Dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, le juge Wilson fait l'observation suivante, à la p. 1206 :

> En ce qui concerne l'art. 193 du *Code*, je ne vois pas comment on peut affirmer que cette disposition, seule ou combinée avec l'al. 195.1(1)*c*), porte atteinte à la garantie de la liberté d'expression. À mon avis, seul l'al. 195.1(1)*c*) limite la liberté d'expression. L'article 193 porte sur la tenue d'une maison de débauche ou le fait d'y être associé et n'impose aucune restriction aux activités de communication reliées à une maison de débauche. Je ne crois pas que le terme « expression », tel qu'il est utilisé à l'al. 2*b*) de la *Charte*, soit assez large pour englober des activités comme la tenue d'une maison de débauche. [Nous soulignons.]

151 From our jurisprudence, it is unclear whether the requirement that an activity convey or attempt to convey meaning excludes all activities which are not *prima facie* communicative from the scope of the right to free expression in s. 2(*b*). For example, this Court speculated that the parking of a car is not protected expression since it is not a *prima facie* communicative activity; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 969. While it may be true that s. 2(*b*) guarantees the right to possess "material [that] allows us to understand the thought of others", the scope of the right (in the spectrum developed by McLachlin C.J., at para. 25) to create and possess self-authored works, especially those not intended for others, in order to "consolidate our own thought" is far from clear. Thus, in our view, it is unfortunate that the Crown conceded that the right to free expression was violated in this appeal in all respects, thereby depriving the Court of the opportunity to fully explore the content and scope of s. 2(*b*) as it applies in this case. At the same time, we recognize that, at this stage, our jurisprudence leads to the conclusion that, although harmful, the content of child pornography cannot be the basis

Notre jurisprudence n'indique pas clairement si la condition que l'activité transmette ou tente de transmettre un message a pour effet de soustraire au droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) toutes les activités qui ne sont pas communicatives à première vue. Par exemple, notre Cour a conjecturé que stationner une voiture n'est pas une expression protégée puisqu'il ne s'agit pas d'une activité communicative à première vue : voir *Irwin Toy*, précité, p. 969. S'il se peut que l'al. 2*b*) garantisse le droit de posséder du « matériel [qui] nous permet de comprendre la pensée d'autrui », la portée du droit (dans la gamme décrite par le juge en chef McLachlin au par. 25) de créer et de posséder des ouvrages dont on est soi-même l'auteur, particulièrement ceux qui ne sont pas destinés à autrui, afin de « confirmer notre propre pensée » est loin d'être claire. Par conséquent, il est malheureux, à notre avis, que le ministère public ait reconnu qu'il y avait eu atteinte, à tous égards, au droit à la liberté d'expression dans la présente affaire et qu'il ait ainsi privé notre Cour de la possibilité d'examiner pleinement le contenu et la portée de l'al. 2*b*) qui s'applique en l'espèce. En même temps, nous reconnaissons que l'état actuel de notre jurisprudence amène à conclure que, bien qu'il soit nocif,

2001 SCC 2 (CanLII)

for excluding it from the scope of the s. 2(*b*) guarantee.

II. Section 1

A. *Contextual Approach to Section 1*

1. Methodology

To decide whether the limits on the accused's right to free expression imposed by s. 163.1(4) of the *Criminal Code* are justified under s. 1, we must determine whether the limits on the right constitute "reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". Since the advent of the landmark decision in *Oakes*, *supra*, we have made this determination in two stages. At the first stage, the Court examines whether the objective or purpose behind the limit is of sufficient importance to justify overriding a *Charter* right. The second stage considers whether the legislative means chosen are rationally connected to the legislative objective, whether those means minimally impair the *Charter* guarantee that has been infringed, and finally whether the salutary effects of the impugned provision are proportional to its deleterious effects.

While the guidelines set out in *Oakes* provide a useful analytical framework for the practical application of s. 1, it is important not to lose sight of the underlying purpose of that section, namely to balance individual rights and our communal values. Where courts are asked to consider whether a violation is justified under s. 1, they must be sensitive to the competing rights and values that exist in our democracy. As Dickson C.J. advised in *Oakes*, *supra*, at p. 136:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide

le contenu de la pornographie juvénile n'est pas une raison de la soustraire à la garantie de l'al. 2*b*).

II. L'article premier

A. *La façon contextuelle d'aborder l'article premier*

1. La méthode

152 Pour décider si la restriction du droit à la liberté d'expression de l'accusé, imposée par le par. 163.1(4) du *Code criminel*, est justifiée au sens de l'article premier, nous devons déterminer si ce droit est restreint « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Depuis que l'arrêt de principe *Oakes*, précité, a été rendu, cette détermination par notre Cour se fait en deux étapes. À la première étape, la Cour examine si l'objectif ou le but qui sous-tend la restriction est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la *Charte*. La deuxième étape consiste à déterminer s'il existe un lien rationnel entre les moyens choisis par le législateur et l'objectif législatif, si ces moyens portent le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte* qui est en cause et, enfin, si les effets bénéfiques de la disposition contestée sont proportionnels à ses effets préjudiciables.

153 Même si les lignes directrices énoncées dans l'arrêt *Oakes* offrent un cadre analytique utile pour l'application pratique de l'article premier, il importe de ne pas perdre de vue l'objectif sous-jacent de cet article, qui est d'établir un équilibre entre les droits individuels et nos valeurs collectives. Lorsqu'ils sont appelés à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, les tribunaux doivent tenir compte des droits et des valeurs opposés qui existent dans notre démocratie. Comme le recommande le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, p. 136 :

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diver-

2001 SCC 2 (CanLII)

variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

sité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

In *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1056, a majority of this Court recognized that the underlying values of a free and democratic society guarantee the rights in the *Charter* and, in appropriate circumstances, justify limitations upon those rights.

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056, notre Cour, à la majorité, a reconnu que les valeurs fondamentales d'une société libre et démocratique garantissent les droits prévus dans la *Charte* et qu'elles justifient la restriction de ces droits lorsque cela est indiqué.

154 In keeping with the underlying purpose of s. 1 and the democratic values which it seeks to encourage, this Court has eschewed a formalistic and rigid application of the framework set out in *Oakes* in favour of a principled and contextual approach. As Wilson J. recognized in *Edmonton Journal*, *supra*, at pp.1355-56, a particular right or freedom may have a different value depending on the legislative context. An examination of the factual and social context in which an infringement of that right occurs allows the court to evaluate what truly is at stake in a particular case. In addition, the contextual approach ensures that courts are sensitive to the other values which may compete with a particular right and allows them to achieve a proper balance among these values. Section 1 determinations, therefore, are not to be made in a vacuum, nor are they to focus exclusively on the right or freedom infringed.

Conformément à l'objectif sous-jacent de l'article premier et aux valeurs démocratiques qu'il cherche à promouvoir, notre Cour a renoncé à une application formaliste et rigide du cadre établi dans l'arrêt *Oakes* pour adopter une méthode contextuelle et fondée sur des principes. Comme le reconnaît le juge Wilson dans *Edmonton Journal*, précité, p. 1355-1356, une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte législatif. Un examen du contexte factuel et social dans lequel a lieu l'atteinte à ce droit permet au tribunal d'évaluer ce qui est véritablement en jeu dans une affaire donnée. En outre, la méthode contextuelle garantit que les tribunaux tiendront compte des autres valeurs qui peuvent entrer en conflit avec un droit particulier et leur permet d'établir un juste équilibre entre ces valeurs. Par conséquent, les déterminations fondées sur l'article premier ne doivent pas se faire en vase clos et ne doivent pas non plus porter exclusivement sur le droit ou la liberté auxquels il est porté atteinte.

155 More recently, this Court has emphasized that close attention must be paid to the factual and social context in which an impugned provision exists at each stage of the s. 1 analysis. In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J., for the majority of this Court, stated as follows, at para. 87:

Plus récemment, notre Cour a souligné la nécessité d'accorder une grande attention au contexte factuel et social de la disposition contestée, à chaque étape de l'analyse fondée sur l'article premier. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 87, le juge Bastarache affirme, au nom de notre Cour à la majorité :

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

The analysis under s. 1 of the *Charter* must be undertaken with a close attention to context. This is inevitable as the test devised in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, requires a court to establish the objective of the impugned provision, which can only be accomplished by canvassing the nature of the social problem which it addresses. Similarly, the proportionality of the means used to fulfil the pressing and substantial objective can only be evaluated through a close attention to detail and factual setting. In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

This approach is consistent with the approach taken by the majority of this Court in *Keegstra*, *supra*, at p. 760; *Butler*, *supra*, at p. 499; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *Harvey v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 2 S.C.R. 876, at para. 36; *Lucas*, *supra*; and was followed in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989.

A principled approach to the question of whether a limitation is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society must therefore take into account all of the interests and values which are at play in the given factual context and these considerations must underlie each stage of the s. 1 analysis. A failure to consider the beneficial aspects of the law, the values and rights which it seeks to protect and foster, and the actual nature of the right infringed in the particular case until the final stage of the proportionality analysis risks doing violence to the balance between individual rights and community goals which s. 1 seeks to achieve. Before turning to the direct application of the *Oakes* test, it is necessary to consider the contextual factors introduced in *Thomson Newspapers*, *supra*.

2. Context

An examination of the social, legislative and factual context of an impugned provision and the

L'analyse fondée sur l'article premier doit être réalisée en accordant une grande attention au contexte. Cette démarche est incontournable car le critère élaboré dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige du tribunal qu'il dégage l'objectif de la disposition contestée, ce qu'il ne peut faire que par un examen approfondi de la nature du problème social en cause. De même, la proportionnalité des moyens utilisés pour réaliser l'objectif urgent et réel visé ne peut être évaluée qu'en s'attachant étroitement au détail et au contexte factuel. Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

Cette méthode est compatible avec celle adoptée par notre Cour à la majorité dans *Keegstra*, précité, p. 760; *Butler*, précité, p. 499; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, par. 63; *Harvey c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 2 R.C.S. 876, par. 36; *Lucas*, précité; et elle a été suivie dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989.

156 La méthode fondée sur des principes qui permet de décider si une limite est raisonnable et si la justification de cette limite peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique doit donc tenir compte de tous les intérêts et de toutes les valeurs en jeu dans un contexte factuel donné, et ce, à chacune des étapes de l'analyse fondée sur l'article premier. Faute de tenir compte des aspects bénéfiques de la loi, des valeurs et des droits qu'elle cherche à protéger et à promouvoir, et de la nature réelle du droit auquel il est porté atteinte dans un cas précis avant l'étape finale de l'analyse de la proportionnalité, on risque de rompre l'équilibre entre les droits individuels et les objectifs collectifs que l'article premier de la *Charte* cherche à réaliser. Avant d'appliquer directement le critère de l'arrêt *Oakes*, il faut examiner les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers*, précité.

2. Le contexte

157 Pour déterminer le degré de retenue auquel a droit le législateur au cours des diverses étapes de

nature of the right that it has infringed is important in determining the degree of deference owed to the legislature in applying the various steps in the s. 1 analysis. What type of proof should the Court require of the government to justify its choice of means? How much evidence must the government provide of the harm which it has sought to address? In *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. identified some of the contextual factors that are relevant to the determination of these questions (at para. 90). Amongst these factors are: the nature of the harm at issue and consequent inability to measure it scientifically or the efficaciousness of a remedy (as in *Butler*, *supra*, at p. 502); the vulnerability of the group which the legislature seeks to protect (as in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 995; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 88); that group's own subjective fears and apprehension of harm (as in *Keegstra*, *supra*, at p. 857); and the nature of the expressive activity affected. The additional factor we consider is the enhancement of other *Charter* values, which recognizes the right of Parliament to give effect to moral values. While these five factors do not serve as criteria which the government must satisfy, they are relevant to the determination of whether an impugned provision is demonstrably justified.

(a) *Nature of the Harm and Inability to Measure It*

158 The very existence of child pornography, as it is defined by s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, is inherently harmful to children and to society. This harm exists independently of dissemination or any risk of dissemination and flows directly from the existence of the pornographic representations, which on their own violate the dignity and equality rights of children. The harm of child pornography is inherent because degrading, dehumanizing, and objectifying depictions of children, by their very existence, undermine the *Charter* rights of children and other members of society. Child pornography eroticises the inferior social, economic, and sexual

l'analyse fondée sur l'article premier, il importe de procéder à un examen du contexte factuel, législatif et social de la disposition contestée et de la nature du droit auquel il est porté atteinte. Quel type de preuve le tribunal devrait-il obliger le gouvernement à produire pour justifier son choix des moyens? Jusqu'à quel point le gouvernement doit-il faire la preuve du préjudice qu'il cherche à prévenir? Dans l'arrêt *Thompson Newspapers*, précité, le juge Bastarache a précisé certains des facteurs contextuels qui sont utiles pour résoudre ces questions (par. 90). On compte parmi ceux-ci la nature du préjudice en cause et l'incapacité qui s'ensuit de mesurer scientifiquement ce préjudice ou l'efficacité d'une réparation (comme dans *Butler*, précité, p. 502), la vulnérabilité du groupe que le législateur cherche à protéger (comme dans *Irwin Toy*, précité, p. 995, et *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 88), les craintes subjectives et la crainte de préjudice entretenue par ce groupe (comme dans *Keegstra*, précité, p. 857), et la nature de l'activité expressive touchée. L'autre facteur que nous prenons en considération est la promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la *Charte*, qui reconnaît le droit du législateur de mettre en application des valeurs morales. Bien que ces cinq facteurs ne soient pas des critères auxquels le gouvernement doit satisfaire, ils sont pertinents pour déterminer si la justification d'une disposition contestée peut se démontrer.

a) *La nature du préjudice et l'incapacité de le mesurer*

L'existence même de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, est fondamentalement préjudiciable aux enfants et à la société. Le préjudice qu'elle cause existe indépendamment de toute diffusion réelle ou potentielle et découle directement de l'existence des représentations pornographiques qui portent elles-mêmes atteinte aux droits à la dignité et à l'égalité des enfants. Le préjudice causé par la pornographie juvénile est inhérent parce que la représentation avilissante et déshumanisante d'enfants, qui en fait des objets, compromet par sa seule existence les droits constitutionnels des enfants et des autres

2001 SCC 2 (CanLII)

status of children. It preys on preexisting inequalities.

The *Report on Pornography* by the Standing Committee on Justice and Legal Affairs (1978) (MacGuigan Report), spoke of the effects of pornography as follows (at p. 18:4):

> The clear and unquestionable danger of this type of material is that it reinforces some unhealthy tendencies in Canadian society. The effect of this type of material is to reinforce male-female stereotypes to the detriment of both sexes. It attempts to make degradation, humiliation, victimization, and violence in human relationships appear normal and acceptable. A society which holds that egalitarianism, non-violence, consensualism, and mutuality are basic to any human interaction, whether sexual or other, is clearly justified in controlling and prohibiting any medium of depiction, description or advocacy which violates these principles.

In a similar manner, child pornography creates a type of attitudinal harm which is manifested in the reinforcement of deleterious tendencies within society. The attitudinal harm inherent in child pornography is not empirically measurable, nor susceptible to proof in the traditional manner but can be inferred from degrading or dehumanizing representations or treatment; see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 92, and *R. v. Mara*, [1997] 2 S.C.R. 630. In the past this Court has not held Parliament to a strict standard of proof in showing a link between the expressive activity in question and the harm which it seeks to prevent, but has afforded Parliament a margin of appreciation to pursue legislative objectives based on less than conclusive social science evidence; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 990; *Keegstra*, *supra*, at p. 776; *Butler*, *supra*, at p. 504.

In *Butler*, *supra*, this Court recognized that some forms of pornography create attitudinal harm. *Butler* concerned an accused who was charged with various counts related to selling, possessing for the purposes of distribution and exposmembres de la société. La pornographie juvénile érotise l'infériorité des enfants sur les plans social, économique et sexuel et se nourrit d'inégalités préexistantes.

159 Le *Rapport sur la pornographie* du Comité permanent de la justice et des affaires juridiques (1978) (rapport MacGuigan) traite en ces termes des effets de la pornographie, à la p. 18:4 :

> Le danger évident et incontestable de ce genre de matériel est qu'il encourage certaines tendances malsaines au sein de notre société canadienne. Il met l'accent sur les stéréotypes masculins et féminins au détriment des deux sexes. La dégradation, l'humiliation, la soumission et à l'en croire, la violence dans les relations humaines seraient tout à fait normales et acceptables. Une société qui considère que l'égalité, entre ses membres, la suppression de la violence, le libre choix et la réciprocité constituent la base de toutes les relations humaines, sexuelles ou autres, est nettement justifiée de régir et d'interdire toute forme de description ou d'incitation qui viole ces principes.

160 De même, la pornographie juvénile crée un type de préjudice comportemental qui se manifeste par le renforcement de tendances malsaines au sein de notre société. Ce préjudice comportemental inhérent à la pornographie juvénile n'est ni mesurable empiriquement, ni susceptible d'être prouvé de la façon traditionnelle, mais son existence peut être déduite des représentations ou traitements avilissants ou déshumanisants : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, et *R. c. Mara*, [1997] 2 R.C.S. 630. Dans le passé, notre Cour n'a pas obligé le législateur à appliquer une norme stricte de preuve pour démontrer l'existence d'un lien entre l'activité expressive et le préjudice qu'il cherche à prévenir, mais lui a accordé une certaine latitude pour poursuivre des objectifs législatifs fondés sur des éléments de preuve non concluants en matière de sciences humaines : voir *Irwin Toy*, précité, p. 990; *Keegstra*, précité, p. 776; *Butler*, précité, p. 504.

161 Dans *Butler*, précité, notre Cour a reconnu que certaines formes de pornographie causent un préjudice comportemental. Dans cette affaire, l'accusé avait fait l'objet de divers chefs d'accusation de vente, de possession à des fins de distribution et

2001 SCC 2 (CanLII)

ing obscene materials that did not involve children. While considering the meaning of obscenity within the context of s. 163(8) of the *Criminal Code*, Sopinka J., writing for the majority, stated, at p. 479, that degrading and dehumanizing material

> would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women. While the accuracy of this perception is not susceptible of exact proof, there is a substantial body of opinion that holds that the portrayal of persons being subjected to degrading or dehumanizing sexual treatment results in harm, particularly to women and therefore to society as a whole.

d'exposition à la vue du public de matériel obscène qui ne mettait pas en cause des enfants. En examinant le sens du mot « obscénité » dans le contexte du par. 163(8) du *Code criminel*, le juge Sopinka a affirmé, au nom de la majorité, à la p. 479, que le matériel dégradant ou déshumanisant

> échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes. Bien qu'il soit impossible de prouver à coup sûr la justesse de cette perception, il existe un important courant d'opinions selon lequel la représentation de personnes qui subissent un traitement sexuel dégradant ou déshumanisant entraîne un préjudice, notamment à l'égard des femmes et, par conséquent, de l'ensemble de la société.

162 Since "child pornography" is fully defined in s. 163.1(1), the community standards test developed for determining whether adult pornography is obscene has no role in determining whether pornography involving children falls within the child pornography prohibition. However, *Butler* is important since it recognizes that harmful material involving explicit sex and children may be constitutionally proscribed; see *Butler*, *supra*, at p. 485, *per* Sopinka J.; at p. 516, *per* Gonthier J. Section 163.1(1) targets material similar to the type found to be harmful in *Butler*. The impugned provision recognizes that the possession of child pornography has a particularly deleterious effect on society since the persons depicted and most directly harmed are children.

Comme la « pornographie juvénile » fait l'objet d'une définition complète au par. 163.1(1), le critère des normes sociales établi pour déterminer si la pornographie adulte est obscène n'est d'aucune utilité pour déterminer si du matériel pornographique impliquant des enfants est visé par l'interdiction de la pornographie juvénile. Toutefois, l'arrêt *Butler* est important étant donné qu'il reconnaît que le matériel préjudiciable représentant des choses sexuelles explicites et des enfants peut être prohibé par la Constitution : voir *Butler*, précité, p. 485, le juge Sopinka; p. 516, le juge Gonthier. Le paragraphe 163.1(1) vise du matériel semblable à celui jugé préjudiciable dans *Butler*. La disposition contestée reconnaît que la possession de pornographie juvénile a un effet particulièrement néfaste sur la société étant donné que les personnes représentées et les plus directement affectées sont des enfants.

163 Implicit in the Court's reasons in *Butler* is the recognition that expression that degrades or dehumanizes is harmful in and of itself. The Court broadened the traditional individualistic notion of harm, and recognized that all members of society suffer when harmful attitudes are reinforced. This broader notion of harm was also emphasized in *Keegstra*, *supra*, at pp. 747-48, where Dickson C.J. explained the attitudinal harm of hate propaganda as follows:

Il ressort implicitement des motifs de l'arrêt *Butler* que notre Cour reconnaît que l'expression avilissante ou déshumanisante est préjudiciable en soi. Elle a élargi la notion traditionnelle et individualiste de préjudice et a reconnu que tous les membres de la société souffrent lorsqu'il y a renforcement des comportements préjudiciables. Cette notion générale du préjudice a aussi été mise en relief dans l'arrêt *Keegstra*, précité, p. 747-748, où le juge en chef Dickson a expliqué de la façon suivante le préjudice comportemental causé par la propagande haineuse :

2001 SCC 2 (CanLII)

. . . the alteration of views held by the recipients of hate propaganda may occur subtlely, and is not always attendant upon conscious acceptance of the communicated ideas. Even if the message of hate propaganda is outwardly rejected, there is evidence that its premise of racial or religious inferiority may persist in a recipient's mind as an idea that holds some truth, an incipient effect not to be entirely discounted . . . .

. . . le changement des opinions des destinataires de la propagande haineuse peut se produire subtilement et ne résulte pas toujours de l'acceptation consciente de l'idée ainsi communiquée. Même si le message transmis par la propagande haineuse est en apparence rejeté, il semble que sa prémisse d'infériorité raciale ou religieuse puisse rester dans l'esprit du destinataire en tant qu'idée traduisant une certaine vérité, et c'est là le germe d'un effet dont on ne saurait faire entièrement abstraction . . .

In addition to the types of harm discussed above, child pornography creates a risk of harm that flows from the possibility of its dissemination. If disseminated, child pornography involving real people immediately violates the privacy rights of those depicted, causing them additional humiliation. While attitudinal harm is not dependent on dissemination, the risk that pornographic representations may be disseminated creates a heightened risk of attitudinal harm.

164 Outre les types de préjudice analysés plus haut, la pornographie juvénile crée un risque de préjudice qui découle de la possibilité qu'elle soit diffusée. Si elle est diffusée, la pornographie juvénile qui représente de vraies personnes porte dès lors atteinte à leurs droits à la vie privée et leur cause ainsi une humiliation supplémentaire. Même si le préjudice comportemental ne dépend pas de la diffusion, le risque que des représentations pornographiques soient diffusées accroît le risque de préjudice comportemental.

Child pornography is especially valuable to paedophiles. Dr. Collins defined paedophilia in these terms: "Paedophilia is a form of paraphilia. Paraphilia very simply is the clinical term denoting sexual deviance. . . . [Paedophilia] is the erotic attraction or the sexual attraction to pre-pubescent children". Paedophiles tend to use child pornography in two primary ways. First, representations of children as sexual objects or engaged in sexual activity are used to reinforce the opinion that children are appropriate sexual partners; these cognitive distortions are then used to justify paedophilic acts. Second, many paedophiles show child pornography to children in order to lower their inhibitions towards engaging in sexual activity and to persuade them that paedophilic activity is normal; see Committee on Sexual Offences Against Children and Youths, *Sexual Offences Against Children* (1984) ("Badgley Report"), vol. 2, at p. 1209.

165 La pornographie juvénile est particulièrement recherchée par les pédophiles. Le Dr Collins a défini la pédophilie en ces termes : [TRADUCTION] « La pédophilie est une forme de paraphilie. La paraphilie est tout simplement l'appellation clinique de la déviance sexuelle. [. . .] [La pédophilie] est l'attirance érotique ou sexuelle pour les enfants préadolescents ». Les pédophiles ont tendance à se servir de la pornographie juvénile de deux façons principales. En premier lieu, les représentations d'enfants comme étant des objets sexuels ou qui se livrent à des activités sexuelles servent à renforcer l'opinion selon laquelle les enfants sont des partenaires sexuels appropriés; ces distorsions cognitives servent alors à justifier des actes de pédophilie. En deuxième lieu, de nombreux pédophiles montrent de la pornographie juvénile à des enfants afin de vaincre leurs réticences à participer à des activités sexuelles et de les persuader que l'activité pédophilique est normale : voir Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes, *Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984) (« rapport Badgley »), vol. 2, p. 1314-1315.

It should be emphasized that some of the material in the respondent's possession was on com-

166 Il y a lieu de souligner qu'une partie du matériel trouvé en la possession de l'intimé était stockée sur

2001 SCC 2 (CanLII)

puter disk and capable of instantaneous distribution, creating a risk that this material might in fact be disseminated. The widespread availability of computers and the Internet has resulted in new ways of creating images, and has facilitated the storage, reproduction, and distribution of child pornography. Detective Waters likened this increased distribution to a tidal wave. As stated in Criminal Intelligence Service Canada's *Annual Report on Organized Crime in Canada* (2000), at p. 13: "The distribution of child pornography is growing proportionately with the continuing expansion of Internet use. Chat rooms available throughout the Internet global community further facilitate and compound this problem. The use of the Internet has helped pornographers to present and promote their point of view." Criminalizing the possession of child pornography may reduce the market for child pornography and decrease the exploitative use of children in its production.

des disquettes informatiques et susceptible d'être distribuée instantanément, d'où le risque que ce matériel soit effectivement diffusé. La disponibilité généralisée des ordinateurs et de l'Internet a donné lieu à de nouvelles façons de créer des images et a facilité le stockage, la reproduction et la distribution de pornographie juvénile. Le détective Waters a comparé cette distribution accrue à un raz-de-marée. Comme l'affirme le Service canadien de renseignements criminels dans son *Rapport annuel sur le crime organisé au Canada* (2000), p. 14 : « La distribution de la pornographie juvénile connaît une hausse proportionnelle à l'expansion continue de l'utilisation d'Internet. Les forums que tient la collectivité mondiale dans Internet facilitent la distribution et aggravent le problème. L'utilisation d'Internet aide les distributeurs de pornographie à présenter et à faire valoir leur point de vue. » Criminaliser la possession de pornographie juvénile peut contribuer à diminuer le marché de cette pornographie et à réduire l'exploitation d'enfants liée à sa production.

167 In short, the lack of scientific precision in the social science evidence relating to attitudinal harm available to Parliament is not a valid reason for calling into question Parliament's decision to act. It has been estimated that over 60,000 Canadians have been depicted at a young age in sexually explicit material; see Badgley Report, *supra*, vol. 2, at p. 1198. It goes without saying that child pornography which sexually exploits children in its production is harmful. Moreover, we have seen that the harms of child pornography extend far beyond direct, physical exploitation. It is harmful whether it involves real children in its production or whether it is a product of the imagination. In either case, child pornography fosters and communicates the same harmful, dehumanizing and degrading message.

Bref, le manque de précision scientifique de la preuve en matière de sciences humaines dont disposait le législateur au sujet du préjudice comportemental ne justifie pas de mettre en doute le bien-fondé de sa décision d'agir. On a évalué à plus de 60 000 le nombre d'enfants canadiens qui ont été représentés dans des poses suggestives : voir le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2, p. 1303. Il va sans dire que la pornographie juvénile qui comporte l'exploitation sexuelle d'enfants est préjudiciable. De plus, nous avons constaté que les préjudices résultant de la pornographie juvénile vont beaucoup plus loin que l'exploitation directe et physique. Cette forme de pornographie est préjudiciable peu importe qu'elle fasse appel à de vrais enfants ou qu'elle soit le fruit de l'imagination. Dans l'un et l'autre cas, la pornographie juvénile entretient et communique le même message préjudiciable, déshumanisant et avilissant.

168 The basis for s. 163.1 was the clear evidence of direct harm that child pornography causes, as well as Parliament's reasoned apprehension (based on the available social science evidence) that child pornography also causes attitudinal harm. The

L'article 163.1 s'explique par la preuve manifeste du préjudice direct qui résulte de la pornographie juvénile ainsi que par la crainte raisonnée du législateur (fondée sur la preuve disponible en matière de sciences humaines) que la pornographie

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

decision to act was consistent with the Fraser Committee's call for measures prohibiting child pornography (*Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) ("Fraser Report")). As we will see in the next section, s. 163.1 is consistent with action taken by other countries, and the international community, which have recognized and addressed the need to protect children.

(b) *The Vulnerability of Children and Their Subjective Fears*

Section 163.1 was enacted to protect children. Because of their physical, mental, and emotional immaturity, children are one of the most vulnerable groups in society, particularly with regard to sexual violence. Child pornography plays a role in the abuse of children, exploiting the extreme vulnerability of children. Pornography that depicts real children is particularly noxious because it creates a permanent record of abuse and exploitation. An analysis of the vulnerability of the group and their subjective fears supports Parliament's decision to prohibit child pornography.

(i) Actions Taken to Protect Children in Canada

Canadian society has always recognized that children are deserving of a heightened form of protection. This protection rests on the best interests of the child. The vulnerability of children is a product of the innate power imbalance that exists between adults and children. As a result of this vulnerability, children are often targets of violence and exploitation. It has been estimated that in almost 80 percent of sex crimes committed, the victims are girls, boys and young men and women under the age of 20; see N. Bala and M. Bailey, "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, at p. 292. Fully two-thirds of sexual assault victims in 1993 were children, and one-third of all victims were under the age of 10; see J. V. Roberts, "Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends"

juvénile ne cause également un préjudice comportemental. La décision d'agir était conforme à la recommandation du comité Fraser d'interdire la pornographie juvénile (*Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (« rapport Fraser »)). Comme nous le verrons dans la partie suivante, l'art. 163.1 concorde avec les mesures prises par d'autres pays et la collectivité internationale qui ont reconnu la nécessité de protéger les enfants et y ont donné suite.

b) *La vulnérabilité des enfants et leurs craintes subjectives*

169 L'article 163.1 a été adopté dans le but de protéger les enfants. En raison de leur immaturité physique, mentale et émotive, les enfants forment un des groupes les plus vulnérables de la société, surtout en matière de violence sexuelle. La pornographie juvénile joue un rôle dans l'exploitation des enfants en misant sur leur extrême vulnérabilité. La pornographie qui représente de vrais enfants est particulièrement nocive parce qu'elle crée une image permanente de violence et d'exploitation. L'analyse de la vulnérabilité des membres de ce groupe et de leurs craintes subjectives étaye la décision du législateur d'interdire la pornographie juvénile.

(i) Les mesures de protection des enfants au Canada

170 La société canadienne reconnaît depuis toujours que les enfants méritent une forme accrue de protection. Cette protection est fondée sur l'intérêt supérieur de l'enfant. La vulnérabilité des enfants résulte de l'inégalité normale du rapport de force qui existe entre les adultes et les enfants. En raison de cette vulnérabilité, les enfants sont souvent victimes de violence et d'exploitation. On estime que, dans près de 80 pour 100 des cas, les victimes de crime sexuel sont des filles, des garçons ainsi que des jeunes hommes et jeunes femmes de moins de 20 ans : voir N. Bala et M. Bailey, « Canada : Recognizing the Interests of Children » (1992-93), 31 *U. Louisville J. Fam. L.* 283, p. 292. Au moins les deux tiers des victimes d'agression sexuelle en 1993 étaient des enfants, et un tiers de toutes les victimes avaient moins de 10 ans : voir J. V.

(1996), 21 *Queen's L.J.* 395, at p. 420. Indeed, it is thought that one in four girls and one in 10 boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18; see R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16.

171 The need to protect children from harm has been an ongoing concern for Canada. In 1991, Canada ratified the United Nations' *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, an international instrument that affirms the need to protect children from various forms of harm, including discrimination (art. 2), violence (art. 19), separation from parents except where necessary for the child's best interest (art. 9), interference with privacy, family and home (art. 16), work that threatens health, education or development (art. 32), harmful drugs and involvement in their production or distribution (art. 33), abduction, trafficking or sale (art. 35), torture (art. 37), and sexual exploitation (art. 34). Canada's support for the Convention demonstrates this country's strong commitment to protecting children's rights.

172 In addition to ratifying the Convention, Canadian legislators have adopted other measures aimed at protecting children. Hence s. 163.1(4) is part of a broader scheme of *Criminal Code* offences which recognize the vulnerability of children and attempt to protect them from exploitation. For example, some *Criminal Code* provisions prevent an accused from relying on the consent of complainants under a certain age. For many offences the age of consent is 14, and for others it is 18; see *Criminal Code*, ss. 150.1, 151, 152, 153(1), 159, 160(3), 170, 171, 172, 271, 272, 273. In particular, s. 150.1 recognizes that children under the age of 14 are extremely vulnerable to sexual exploitation, and thus prevents those charged of doing so from raising the defence of consent. Similarly, s. 212(4) prevents any person

Roberts, « Sexual Assault in Canada: Recent Statistical Trends » (1996), 21 *Queen's L.J.* 395, p. 420. On croit même qu'une fille sur quatre et un garçon sur 10 seront victimes d'une agression sexuelle avant d'avoir atteint l'âge de 18 ans : voir R. Bessner, « Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence » (1990), 79 C.R. (3d) 15, p. 16.

La nécessité de protéger les enfants contre tout préjudice est une préoccupation constante du Canada. En 1991, le Canada a ratifié la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 nº 3, un document international qui proclame la nécessité de protéger l'enfant contre diverses formes de préjudice, dont la discrimination (art. 2), la violence (art. 19), le fait d'être séparé de ses parents sauf si cette séparation est nécessaire dans l'intérêt supérieur de l'enfant (art. 9), les immixtions dans sa vie privée, sa famille ou son domicile (art. 16), le travail susceptible de compromettre son éducation ou de nuire à sa santé ou à son développement (art. 32), l'usage de stupéfiants et la participation de l'enfant à leur production ou à leur distribution (art. 33), l'enlèvement, la vente ou la traite d'enfants (art. 35), la torture (art. 37) et l'exploitation sexuelle (art. 34). L'appui du Canada à la Convention témoigne de son ferme engagement à protéger les droits des enfants.

En plus de ratifier la Convention, les législateurs canadiens ont adopté d'autres mesures de protection des enfants. Le paragraphe 163.1(4) fait donc partie de l'ensemble général des dispositions relatives aux infractions du *Code criminel* qui reconnaissent la vulnérabilité des enfants et tentent de les protéger contre toute exploitation. Par exemple, certaines dispositions du *Code criminel* empêchent l'accusé d'invoquer le consentement de plaignants qui n'ont pas atteint un certain âge. Pour de nombreuses infractions, l'âge du consentement est de 14 ans, tandis que pour d'autres infractions, il est de 18 ans : voir les art. 150.1, 151, 152, 159, 170, 171, 172, 271, 272 et 273 ainsi que les par. 153(1) et 160(3) du *Code criminel*. En particulier, l'art. 150.1 reconnaît que les enfants de moins de 14 ans sont extrêmement vulnérables à l'exploita-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

from receiving the sexual services of a person under the age of 18 for consideration. Other sections are designed to address children's special vulnerability. Section 215 imposes a legal duty on parents or guardians to provide the necessaries of life to children under 16 years of age. Finally, there exists a special framework for dealing with children as young offenders. Under the *Young Offenders Act*, R.S.C. 1985, c. Y-1, children are offered procedural safeguards, and are subject to attenuated penalties.

tion sexuelle et interdit à la personne accusée d'exploitation sexuelle d'un tel enfant d'invoquer le consentement comme moyen de défense. De même, le par. 212(4) interdit à quiconque d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne âgée de moins de 18 ans. D'autres dispositions visent à remédier à la vulnérabilité particulière des enfants. L'article 215 impose aux parents ou aux gardiens l'obligation de fournir les choses nécessaires à l'existence des enfants de moins de 16 ans. Enfin, il existe un régime particulier pour le traitement des enfants qui sont de jeunes contrevenants. En vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. 1985, ch. Y-1, les enfants disposent de garanties procédurales et sont passibles de peines réduites.

In the civil law context, child protection legislation provides for apprehension of a child when, for example, there is a risk that the child may be harmed; see *Child Welfare Act*, S.A. 1984, c. C-8.1, ss. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, c. 46, ss. 16 to 19 and 25 to 33; *The Child and Family Services Act*, S.M. 1985-86, c. 8, ss. 21 to 26, 38(7), 53; *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, ss. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, c. C-12, ss. 13, 14, 15; *Child and Family Services Act*, S.N.W.T. 1997, c. 13, ss. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, c. 5, ss. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Child and Family Services Act*, R.S.O. 1990, c. C.11, ss. 40(2), (3), (5), (7) to (10), 41 to 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. F-2, ss. 1(1)(c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)(b), 19(b); *Youth Protection Act*, R.S.Q., c. P-34.1, ss. 2, 3 and 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, c. C-7.2, ss. 2(1)(p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Children's Act*, R.S.Y. 1986, c. 22, s. 119. 173

Dans le contexte du droit civil, des mesures législatives visant la protection des enfants prévoient l'appréhension d'un enfant lorsque, par exemple, il y a risque qu'il subisse un préjudice : voir *Child Welfare Act*, S.A. 1984, ch. C-8.1, art. 17, 18; *Child, Family and Community Service Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 46, art. 16 à 19 et 25 à 33; *Loi sur les services à l'enfant et à la famille*, L.M. 1985-86, ch. 8, art. 21 à 26, 38(7), 53; *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, art. 1, 31(5), 32, 33, 51(1), 62(3); *Child Welfare Act*, R.S.N. 1990, ch. C-12, art. 13, 14, 15; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.T.N.-O. 1997, ch. 13, art. 10, 11(1), 33; *Children and Family Services Act*, S.N.S. 1990, ch. 5, art. 26(2), (3), 27, 28, 29, 33(1), (3), 34; *Loi sur les services à l'enfance et à la famille*, L.R.O. 1990, ch. C.11, art. 40(2), (3), (5), (7) à (10), 41 à 44; *Family and Child Services Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. F-2, art. 1(1)c), 15(1), (1.1), 16(1), 17(1)b), 19b); *Loi sur la protection de la jeunesse*, L.R.Q., ch. P-34.1, art. 2, 3, 46; *The Child and Family Services Act*, S.S. 1989-90, ch. C-7.2, art. 2(1)p), 7, 8, 13, 17, 18(1); *Loi sur l'enfance*, L.R.Y. 1986, ch. 22, art. 119.

Canadian courts have shown an increased awareness of the rights and interests of children. Our Court has repeatedly articulated the importance of protecting children and youth from various forms of harm; see, for example, *R. v. Hess*, [1990] 2 S.C.R. 906, at p. 948, *per* McLachlin J.; 174

Les tribunaux canadiens ont manifesté une attention accrue à l'égard des droits et des intérêts des enfants. Notre Cour a souligné à maintes reprises l'importance d'assurer la protection des enfants et des jeunes contre diverses formes de préjudice : voir, par exemple, *R. c. Hess*, [1990] 2 R.C.S. 906,

M. (K.) v. M. (H.), [1992] 3 S.C.R. 6; *Irwin Toy*, *supra*; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *L. (D.O.)*, *supra*, at p. 439, *per* L'Heureux-Dubé J. The common law, based on the *parens patriae* jurisdiction, has recognized the power of state institutions to intervene to protect children who are at risk; see, for example, *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 88. Further, in cases such as *Young v. Young*, *supra*, at pp. 84-85, this Court has reaffirmed that any decision affecting a child must be made in his or her best interests, which include, but are not limited to, ensuring that the child is protected from harm, whether caused by others or self-inflicted, and, importantly, seeking to foster the healthy development of the child to adulthood.

p. 948, le juge McLachlin; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Irwin Toy*, précité; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *L. (D.O.)*, précité, p. 439, le juge L'Heureux-Dubé. La common law, sur le fondement de la compétence *parens patriae*, a reconnu le pouvoir des institutions de l'État d'intervenir pour protéger les enfants en situation de risque : voir, par exemple, *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, par. 88. De plus, dans des arrêts comme *Young c. Young*, précité, p. 84-85, notre Cour a confirmé que toute décision touchant un enfant doit être prise en fonction de l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment, et non exclusivement, en assurant sa protection contre le préjudice causé par autrui ou qu'il s'inflige à lui-même et, ce qui est important, en cherchant à promouvoir le sain développement de l'enfant jusqu'à l'âge adulte.

(ii) Actions Taken Internationally to Protect Children

(ii) Les mesures de protection des enfants à l'échelle internationale

175 The protection of children from harm is a universally accepted goal. While this Court has recognized that, generally, international norms are not binding without legislative implementation, they are relevant sources for interpreting rights domestically; see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at pp. 349-50; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. As stated in R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3rd ed. 1994), at p. 330:

> . . . the legislature is presumed to respect the values and principles enshrined in international law, both customary and conventional. These constitute a part of the legal context in which legislation is enacted and read. In so far as possible, therefore, interpretations that reflect these values and principles are preferred.

La protection des enfants contre le préjudice est un objectif accepté universellement. Même si notre Cour reconnaît qu'en général elles ne lient pas les tribunaux en l'absence d'une mise en œuvre législative, les normes internationales sont une source utile d'interprétation des droits sur le plan national : voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, p. 349-350; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Comme le dit R. Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes* (3e éd. 1994), p. 330 :

> [TRADUCTION] . . . le législateur est présumé respecter les valeurs et les principes contenus dans le droit international, coutumier et conventionnel. Ces principes font partie du cadre juridique au sein duquel une loi est adoptée et interprétée. Par conséquent, dans la mesure du possible, il est préférable d'adopter des interprétations qui correspondent à ces valeurs et à ces principes.

176 In *Slaight Communications*, *supra*, at pp. 1056-57, this Court explained that a balancing of competing interests must be informed by Canada's international obligations. The fact that a value has the status of an international human right is indica-

Dans l'arrêt *Slaight Communications*, précité, p. 1056-1057, notre Cour explique que l'évaluation d'intérêts opposés doit tenir compte des obligations internationales du Canada. Le fait qu'une valeur soit reconnue par le droit international de la

2001 SCC 2 (CanLII)

tive of the high degree of importance with which it must be considered; see also *Keegstra*, *supra*, at p. 750.

Both legislators abroad and the international community have acknowledged the vulnerability of children and the resulting need to protect them. It is therefore not surprising that the *Convention on the Rights of the Child* has been ratified or acceded to by 191 states as of January 19, 2001, making it the most universally accepted human rights instrument in history.

Indeed, international law is rife with instruments that emphasize the protection of children. Article 25(2) of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc A/810, at p. 71 (1948), recognizes that "childhood [is] entitled to special care and assistance". The United Nations *Declaration of the Rights of the Child*, G.A. Res. 1386 (XIV) (1959), in its preamble, states that the child "needs special safeguards and care". In 1992, the United Nations Commission on Human Rights adopted the *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 55th Mtg., 1992/74. Additional instruments such as the *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 10(3), and the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 24, also emphasize the protection of children. The recent *Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography*, A/RES/54/263 (2000), which prohibits, *inter alia*, child pornography, has already been signed by 69 states; see <http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/treaty18_asp.htm> (accessed January 23, 2001).

Section 163.1 of Canada's *Criminal Code* reflects a growing trend towards the criminalization of the possession of child pornography. A number of international bodies have recognized

personne indique toute l'importance qu'il faut lui accorder. Voir également *Keegstra*, précité, p. 750.

177 Les législateurs étrangers tout autant que la collectivité internationale reconnaissent la vulnérabilité des enfants et la nécessité qui s'ensuit de les protéger. Il n'est donc pas étonnant que la *Convention relative aux droits de l'enfant* ait fait l'objet d'une ratification ou d'une adhésion par 191 États, dès le 19 janvier 2001, ce qui en fait l'instrument de défense des droits de la personne le plus universellement accepté de l'histoire.

178 En réalité, une multitude d'instruments du droit international mettent l'accent sur la protection des enfants. Le paragraphe 25(2) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Rés. A.G. 217 A (III), Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948), reconnaît que « l'enfance [a] droit à une aide et à une assistance spéciales ». La *Déclaration des droits de l'enfant* des Nations Unies, Rés. A.G. 1386 (XIV) (1959), dans son préambule, déclare que l'enfant « a besoin d'une protection spéciale et de soins spéciaux ». En 1992, la Commission des droits de l'homme des Nations Unies a adopté le *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, 55e séance, 1992/74. D'autres instruments comme le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, 993 R.T.N.U. 3, par. 10(3), et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, art. 24, mettent aussi l'accent sur la protection des enfants. Le récent *Protocole facultatif se rapportant à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants*, A/RES/54/263 (2000), qui interdit notamment la pornographie juvénile, a déjà été signé par 69 États : voir <http://www.unhchr.ch/french/html/menu3/b/treaty18_asp_fr.htm> (consulté le 23 janvier 2001).

179 L'article 163.1 du *Code criminel* du Canada reflète une tendance grandissante à criminaliser la possession de pornographie juvénile. De nombreux organismes internationaux ont reconnu qu'il fallait

2001 SCC 2 (CanLII)

that possession must be targeted to effectively address the harms of child pornography; see *Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography: Note by the Secretary-General*, U.N. Doc. A/49/478 (1994), at paras. 196-97; *Programme of Action for the Prevention of the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, *supra*, at para. 53; *Draft Joint Action to combat child pornography on the Internet*, [1999] O.J.C. 219/68, art. 1; *International traffic in child pornography*, ICPO-Interpol AGN/65/RES/9 (1996).

s'attaquer à la possession pour prévenir efficacement les préjudices causés par la pornographie juvénile : voir *Vente d'enfants, prostitution des enfants et pornographie impliquant des enfants : Note du Secrétaire général*, Doc. N.U. A/49/478 (1994), par. 196-197; *Programme d'action pour la prévention de la vente d'enfants, de la prostitution des enfants et de la pornographie impliquant des enfants*, par. 53; *Projet d'action commune relative à la lutte contre la pédopornographie sur Internet*, [1999] J.O.C. 219/68, art. 1; *Trafic international de matériel pornographique mettant en scène des enfants*, OIPC-Interpol, AGN/65/RES/9 (1996).

180 Domestic legislation in a number of countries criminalizes the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see, for example, Australia: *Classification (Publications, Films and Computer Games) Act 1995* (Cth.), and state and territorial legislation in the Australian Capital Territory, New South Wales, Northern Territory, Queensland, South Australia, Tasmania, Victoria and Western Australia, which classify and prohibit various forms of child pornography; Belgium: art. 383*bis* of the *Criminal Code*, which proscribes private possession of figures, things, films, photos, slides or other visual representations of sexual acts or positions involving persons under 16 that are characterized as pornographic; England: *Protection of Children Act 1978* (U.K.), 1978, c. 37, ss. 1 and 7; *Criminal Justice Act 1988* (U.K.), 1988, c. 33, s. 160, and *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (U.K.), 1994, c. 33, ss. 84 to 86), which target private possession of photographs and pseudo-photographs of persons under 16 or who appear to be under 16; Ireland: *Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, ss. 2 and 6, which defines child as a person under the age of 17, bans the private possession of (1) any visual representation that shows a person who is or is depicted as a child engaged in or witnessing explicit sexual activity and any visual representation whose dominant characteristic is the depiction of the genital or anal region of a child for sexual purposes; (2) any audio representation of a person who is or is represented as being a child and who is engaged in or is represented as being engaged in explicit sexual activity;

La législation interne de nombreux pays criminalise la possession de pornographie juvénile, peu importe que le possesseur ait ou non l'intention de diffuser le matériel : par exemple, l'Australie (*Classification (Publications, Films and Computer Games) Act of 1995* (Cth.)), et des lois du Territoire de la capitale fédérale, de la Nouvelle-Galles du Sud, du Territoire du Nord, du Queensland, de l'Australie-Méridionale, de la Tasmanie, de Victoria et de l'Australie-Occidentale) classifie et interdit diverses formes de pornographie juvénile; la Belgique (art. 383*bis* du *Code pénal*) interdit la possession personnelle d'emblèmes, d'objets, de films, de photos, de diapositives ou d'autres supports visuels qui représentent des positions ou des actes sexuels à caractère pornographique, impliquant des mineurs âgés de moins de 16 ans; l'Angleterre (*Protection of Children Act 1978* (R.-U.), 1978, ch. 37, art. 1 et 7; *Criminal Justice Act 1988* (R.-U.), 1988, ch. 33, art. 160, et *Criminal Justice and Public Order Act 1994* (R.-U.), 1994, ch. 33, art. 84 à 86) prend pour cible la possession personnelle de photos et de pseudo-photos de personnes ayant, ou paraissant avoir, moins de 16 ans; l'Irlande (*Child Trafficking and Pornography Act, 1998*, art. 2 et 6) définit l'enfant comme une personne âgée, ou décrite comme âgée, de moins de 17 ans, et interdit la possession personnelle, premièrement, de toute représentation visuelle montrant un enfant qui participe ou assiste à des activités sexuelles explicites et de toute représentation visuelle dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes génitaux ou de la région anale d'un enfant, deuxiè-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

(3) any visual or audio representation that advocates, encourages or counsels any sexual activity with children which is an offence; and (4) any visual representation or description of or information relating to a child that indicates or implies that the child is available to be used for the purposes of sexual exploitation; New Zealand: *Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, ss. 2, 3 and 131, which proscribes private possession of publications that describe, depict, express or otherwise deal with matters such as sex, horror, crime, cruelty, or violence such that the availability of the publication is likely to be injurious to the public good in that it promotes, supports or tends to promote or support the exploiting of children or young persons, for sexual purposes; and the United States: 18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) and 2256 (1994 & Supp. IV 1998), which targets photographs, film, video or pictures, computer or computer-generated images or pictures of sexually explicit conduct involving a person who is under 18 or who appears to be under 18. This statute has been interpreted as including only those visual images which are easily mistaken for that of a real child; see, for example, *United States v. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st Cir. 1999), at p. 72. Therefore, drawings, sculptures and paintings are not proscribed.

(c) *The Nature of the Expressive Activity Affected*

The nature of the expressive activity at issue is another important contextual factor that has emerged from the Court's s. 2(*b*) jurisprudence. The Court has emphasized that under s. 1, the level of protection to which expression is entitled will vary with the nature of the expression. The more distant the expression from the core values underlying the right, the more likely action restricting it can be justified; see *Keegstra*, *supra*, at p. 765; *Lucas*, *supra*, at para. 34. Defamatory libel, hate

mement, de toute représentation audio d'une personne qui est un enfant ou qui est présentée comme telle et qui se livre ou est présentée comme se livrant à une activité sexuelle explicite, troisièmement, de toute représentation visuelle ou audio préconisant, encourageant ou conseillant une activité sexuelle avec des enfants qui constitue une infraction, et quatrièmement, de toute représentation visuelle ou description d'un enfant ou de toute information au sujet d'un enfant indiquant ou laissant entendre qu'on peut disposer de l'enfant à des fins d'exploitation sexuelle; la Nouvelle-Zélande (*Films, Videos, and Publications Classification Act 1993*, art. 2, 3, 131) interdit la possession personnelle de publications décrivant, représentant, exposant ou abordant d'autres façons des sujets relatifs au sexe, à l'horreur, au crime, à la cruauté ou à la violence, de sorte que la disponibilité de la publication risque de nuire au bien public du fait qu'elle préconise ou encourage, ou tend à préconiser ou à encourager, l'exploitation d'enfants ou de jeunes personnes à des fins sexuelles; les États-Unis (18 U.S.C. §§ 2252(a)(4)(B) et 2256 (1994 & Supp. IV 1998)) prennent pour cible les photos, les films, les films vidéo, les images ou les images informatiques ou conçues par ordinateur d'actes sexuellement explicites impliquant une personne de moins de 18 ans ou semblant avoir moins de 18 ans. Cette loi a été interprétée comme ne visant que les images visuelles qui peuvent facilement être perçues à tort comme représentant un vrai enfant : voir, par exemple, *United States c. Hilton*, 167 F.3d 61 (1st. Cir. 1999), p. 72. Par conséquent, les dessins, sculptures et peintures ne sont pas interdits.

c) *La nature de l'activité expressive touchée*

181 La nature de l'activité expressive en cause est un autre facteur contextuel important qui ressort de la jurisprudence de notre Cour relative à l'al. 2*b*). La Cour a souligné que, en vertu de l'article premier de la *Charte*, le degré de protection auquel l'expression a droit varie selon la nature de l'expression. Plus l'expression s'éloigne des valeurs fondamentales qui sous-tendent ce droit, plus la mesure qui la restreint peut être justifiée : *Keegstra*, précité, p. 765; *Lucas*, précité, par. 34. Le libelle dif-

speech and pornography are far removed from the core values of freedom of expression and have been characterized as low value expression, which merits an attenuated level of constitutional protection; see *Lucas*, *supra*, at para. 93; *Butler*, *supra*, at p. 500; *Keegstra*, *supra*, at p. 765. These forms of expression receive an attenuated level of constitutional protection not because a lower standard of justification is applied to the government, but because the low value of the expression is more easily outweighed by the objective of the infringing legislation: see *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 91.

182 We will now address the nature of the expression in light of the three core values of freedom of expression: (1) the search for truth; (2) participation in political decision-making; and (3) diversity in forms of self-fulfilment and human flourishing.

183 It is clear that the possession of child pornography contributes nothing to the search for truth. The impugned provision prohibits the possession of material which visually depicts children engaged in sexual activity or which has as its dominant characteristic the depiction, for a sexual purpose, of the sexual organ or the anal region of a child. The written material prohibited is that which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. The message conveyed by child pornography perpetuates lies about children's humanity. It promotes the false view that children are appropriate sexual partners and that they are sexual objects to be used for the sexual gratification of adults. It encourages and condones their sexual abuse. These messages contribute nothing to the search for truth and are in fact detrimental to that search.

184 It is equally clear that there is no link between the possession of "child pornography" (as defined in s. 163.1(1)) and participation in the political process. While children may not be accorded equal participation in our political process, they are deserving of equal treatment as members of our community. In *Keegstra*, *supra*, at p. 764, Dickson

famatoire, la propagande haineuse et la pornographie s'écartent grandement des valeurs fondamentales de la liberté d'expression et ont été qualifiés d'expression de faible valeur qui mérite une protection constitutionnelle atténuée : *Lucas*, précité, par. 93; *Butler*, précité, p. 500; *Keegstra*, précité, p. 765. Ces formes d'expression bénéficient d'une protection constitutionnelle atténuée non pas parce que le gouvernement doit satisfaire à une norme de justification moins exigeante, mais parce que, compte tenu de la faible valeur de l'expression, l'objectif de la mesure législative attentatoire l'emporte plus facilement sur celle-ci : voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 91.

Examinons maintenant la nature de l'expression en fonction des trois grandes valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression : (1) la recherche de la vérité, (2) la participation à la prise d'une décision politique, et (3) la diversité des formes d'enrichissement et d'épanouissement personnels.

Il est clair que la possession de pornographie juvénile n'apporte rien à la recherche de la vérité. La disposition contestée interdit la possession de matériel représentant visuellement des enfants se livrant à une activité sexuelle ou dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant. Le matériel écrit touché par l'interdiction est celui qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le message véhiculé par la pornographie juvénile perpétue des mensonges au sujet de l'humanité des enfants. Il promeut l'idée fausse que les enfants sont des partenaires sexuels appropriés et qu'ils sont des objets sexuels susceptibles de servir à la gratification sexuelle des adultes. Il encourage et excuse leur exploitation sexuelle. Ces messages n'apportent rien, et sont en fait nuisibles, à la recherche de la vérité.

Il est tout aussi évident qu'il n'existe aucun lien entre la possession de « pornographie juvénile » (au sens du par. 163.1(1)) et la participation au processus politique. Même si les enfants peuvent ne pas jouir d'une participation égale à notre processus politique, ils méritent d'être traités sur un pied d'égalité à titre de membres de notre collecti-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

C.J. recognized that messages of degradation, which undermine the dignity and equality of members of identifiable groups, subvert the democratic aspirations of the expression guarantee by undermining the participation of those groups in the political process. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 92, Bastarache J. found that the same could be said of pornographic expression. He recognized that in *Irwin Toy*, *supra*, the interests of advertisers meant that there was a likelihood that their speech would manipulate children and would play on their vulnerability. In each of these cases, the type of speech involved systematically undermined the position of some members of society. Child pornography similarly undermines the position of children in society. In this sense, it is antithetical to the democratic values underlying the guarantee of freedom of expression.

vité. Dans *Keegstra*, précité, p. 764, le juge en chef Dickson a reconnu que les messages avilissants qui minent la dignité et l'égalité des membres de groupes identifiables détruisent les aspirations démocratiques de la garantie d'expression en compromettant la participation de ces groupes au processus politique. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 92, le juge Bastarache a conclu qu'on peut dire la même chose de l'expression pornographique. Il a constaté que, dans *Irwin Toy*, précité, les intérêts des annonceurs faisaient que leur discours manipulerait probablement les enfants et miserait sur leur vulnérabilité. Dans chacune de ces affaires, le type de discours en cause affaiblissait systématiquement la position de certains membres de la société. La pornographie juvénile affaiblit de façon semblable la position des enfants dans la société. En ce sens, elle va à l'encontre des valeurs démocratiques qui sous-tendent la garantie de la liberté d'expression.

The expression at issue in this case is linked to the value of self-fulfilment, but only in a limited sense since s. 163.1(4) of the *Criminal Code* in no way impedes positive self-fulfilment. In *Butler*, *supra*, the Attorney General for Ontario argued that the only value underlying pornography as a form of expression was self-fulfilment in its most base aspect, that of pure physical arousal (pp. 499-500). We find this argument particularly apposite in relation to child pornography. Child pornography is used to fuel the fantasies of paedophiles and is also used to facilitate their exploitation of children. It hinders children's own self-fulfilment and autonomous development by eroticising their inferior social, economic and sexual status. It reinforces the message that their victimization is acceptable. In our view, that message denies children their autonomy and dignity. In relation to adult pornography, Sopinka J. found in *Butler* that such expression does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the "core" of the freedom of expression values (p. 500). We agree with this statement and

185

L'expression en cause dans la présente affaire a un lien avec la valeur de l'épanouissement personnel, mais uniquement dans un sens restreint puisque le par. 163.1(4) du *Code criminel* n'entrave aucunement l'épanouissement personnel positif. Dans l'affaire *Butler*, précitée, le procureur général de l'Ontario avait fait valoir que la seule valeur qui sous-tendait la pornographie comme forme d'expression était l'épanouissement personnel, dans son aspect le moins digne, celui de la simple stimulation physique (p. 499-500). Nous jugeons cet argument particulièrement pertinent en ce qui a trait à la pornographie juvénile. Cette forme de pornographie sert à alimenter les fantasmes des pédophiles et à leur faciliter l'exploitation d'enfants. Elle nuit à l'épanouissement personnel et au développement autonome des enfants en érotisant leur situation d'infériorité sur les plans social, économique et sexuel. Elle renforce le message selon lequel il est acceptable d'en faire des victimes. À notre avis, ce message prive les enfants de leur autonomie et de leur dignité. Dans l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka conclut, au sujet de la pornographie adulte, que cette forme d'expression n'a pas la même importance que les autres formes d'expression qui touchent directement à l'« essence » des valeurs relatives à la liberté d'expression (p. 500).

find it equally applicable in the context of child pornography.

186 The possession of child pornography has no social value; it has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment underlying the right to free expression. As such, it warrants only attenuated protection. Hence, increased deference should be accorded to Parliament's decision to prohibit it.

(d) *Enhancement of Other Charter Values*

187 This Court has previously considered the *Charter* rights of other members of society as a contextual factor relevant to determining the proper level of deference. For example, in *Keegstra*, *supra*, the impugned legislation prohibited the willful promotion of hatred against any identifiable group. Dickson C.J. found that s. 15 and s. 27 of the *Charter* were relevant to determining the importance of the government's objective of eradicating hate propaganda. At p. 756, he quoted with approval the following statement of one of the interveners in the case:

> Government sponsored hatred on group grounds would violate section 15 of the *Charter*. Parliament promotes equality and moves against inequality when it prohibits the wilful public promotion of group hatred on these grounds. It follows that government action against group hate, because it promotes social equality as guaranteed by the *Charter*, deserves special constitutional consideration under section 15.

In *Taylor*, *supra*, Dickson C.J. further emphasized the role of other *Charter* rights in the application of s. 1, stating that in applying *Oakes*, the Court must "give full recognition to other provisions of the *Charter*, in particular ss. 15 and 27" (pp. 916-17). In our view, the positive influence of a government measure on other *Charter* rights, and in turn the negative effect of an expressive activity on the rights of other members of the community, are important factors to be considered in the application of the s. 1 analysis. This approach ensures that

Nous sommes d'accord avec cet énoncé et nous jugeons qu'il s'applique également dans le contexte de la pornographie juvénile.

La possession de pornographie juvénile n'a aucune valeur sociale; elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel qui sous-tend le droit à la liberté d'expression. À ce titre, elle ne justifie qu'une protection atténuée. Il y a donc lieu de faire preuve de plus de retenue à l'égard de la décision du législateur de l'interdire.

d) *La promotion d'autres valeurs sous-jacentes à la Charte*

Notre Cour a déjà considéré que les droits garantis par la *Charte* à d'autres membres de la société sont un facteur contextuel pertinent pour décider de la mesure de retenue qui s'impose. Par exemple, dans *Keegstra*, précité, le texte législatif attaqué interdisait la fomentation volontaire de la haine contre des groupes identifiables. Le juge en chef Dickson a conclu que les art. 15 et 27 de la *Charte* étaient pertinents pour déterminer l'importance de l'objectif gouvernemental d'élimination de la propagande haineuse. À la page 756, il cite, en l'approuvant, la déclaration suivante de l'un des intervenants dans l'affaire :

> [TRADUCTION] La haine dirigée contre un groupe, avec l'encouragement du gouvernement, serait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. Le Parlement favorise l'égalité et prend des mesures contre l'inégalité en interdisant la fomentation de la haine collective. Cela signifie que l'action gouvernementale visant la haine dirigée contre un groupe, parce qu'elle favorise l'égalité sociale garantie par la *Charte*, mérite un examen constitutionnel spécial en vertu de l'art. 15.

Dans *Taylor*, précité, le juge en chef Dickson a souligné davantage le rôle d'autres droits garantis par la *Charte* dans l'application de l'article premier, en précisant qu'en appliquant l'arrêt *Oakes*, la Cour doit « tenir pleinement compte d'autres dispositions de la *Charte*, notamment des art. 15 et 27 » (p. 916-917). À notre avis, l'influence positive d'une mesure gouvernementale sur d'autres droits garantis par la *Charte* et, par ailleurs, l'effet négatif d'une activité expressive sur les droits d'autres membres de la collectivité sont des fac-

2001 SCC 2 (CanLII)

the analysis of whether an impugned provision is reasonably justified in a free and democratic society is undertaken in a manner which promotes our democratic values.

teurs importants à considérer dans l'analyse fondée sur l'article premier. Cette approche garantit que l'analyse visant à déterminer si une disposition attaquée est raisonnablement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique sera effectuée d'une manière conforme à nos valeurs démocratiques.

In the Fraser Report, *supra*, the Committee described its concerns with child pornography as follows (vol. 2, at p. 571):

> . . . we are concerned with depictions that can be seen to undermine the values which we believe are fundamental to our society. It is our view that material which uses and depicts children in a sexual way for the entertainment of adults, undermines the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled.

188 Dans le rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613, le Comité décrit ainsi ses inquiétudes au sujet de la pornographie juvénile :

> . . . nous nous inquiétons des représentations qui peuvent sembler porter atteinte aux valeurs que nous croyons fondamentales dans notre société. À notre avis, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit.

This description of the effects of child pornography on children's rights strikes a sombre chord. The written material and images captured by s. 163.1(1) (which depict children engaged in explicit sexual activity or which depict their sexual organs for a sexual purpose), degrade and dehumanize them. They portray children as mere sexual objects available for the gratification of adults. They play on children's inequality. Hence, this material is in direct conflict with the guarantee of equality in s. 15. In *Butler*, *supra*, Sopinka J. stated as follows, at p. 497:

Cette description des effets de la pornographie juvénile sur les droits des enfants a de quoi consterner. Les écrits et images visés par le par. 163.1(1) (qui représentent des enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite ou qui représentent leurs organes sexuels dans un but sexuel) ont pour effet de les avilir et de les déshumaniser. Ils dépeignent les enfants comme de simples objets sexuels disponibles pour la gratification des adultes. Ils misent sur l'inégalité des enfants. Ce matériel entre donc directement en conflit avec la garantie d'égalité prévue à l'art. 15. Dans l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, le juge Sopinka affirme ceci :

> . . . if true equality between male and female persons is to be achieved, we cannot ignore the threat to equality resulting from exposure to audiences of certain types of violent and degrading material. Materials portraying women as a class as objects for sexual exploitation and abuse have a negative impact on 'the individual's sense of self-worth and acceptance'.

> . . . si l'on veut parvenir à une véritable égalité entre les hommes et les femmes, on ne peut ignorer la menace que présente pour l'égalité le fait d'exposer le public à certains types de matériel violent et dégradant. Le matériel qui représente les femmes comme une catégorie d'objets d'exploitation et d'abus sexuels a une incidence négative sur [TRADUCTION] «la valorisation personnelle et l'acceptation de soi».

Similarly, Parliament's attempt to prohibit the possession of child pornography can be seen as promoting children's right to equality.

De même, la tentative du législateur d'interdire la possession de pornographie juvénile peut être perçue comme favorisant le droit des enfants à l'égalité.

Child pornography also undermines children's right to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7. Their psychological and physi-

189 La pornographie juvénile sape également le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à l'enfant. La sécurité

2001 SCC 2 (CanLII)

cal security is placed at risk by their use in pornographic representations. Those children who are used in the production of child pornography are physically abused in its production. Moreover, child pornography threatens the physical and psychological security of all children, since it can be encountered by any child. Regardless of its authorship, be it of the child or others, it plays on children's weaknesses and may lead to attitudinal harm; see Fraser Report, *supra*, vol. 2, at pp. 570-71. We recognize that privacy is an important value underlying the right to be free from unreasonable search and seizure and the right to liberty. However, the privacy of those who possess child pornography is not the only interest at stake in this appeal. The privacy interests of those children who pose for child pornography are engaged by the fact that a permanent record of their sexual exploitation is produced. This privacy interest is also triggered when material which is created by teenagers in a "consensual environment" is disseminated.

psychologique et physique des enfants est compromise par l'utilisation qu'on fait d'eux dans des représentations pornographiques. Les enfants qui sont utilisés pour produire de la pornographie juvénile sont alors agressés physiquement. De plus, la pornographie juvénile compromet la sécurité physique et psychologique de tous les enfants puisqu'ils peuvent tous y être exposés. Peu importe qui en est l'auteur, que ce soient des enfants ou d'autres personnes, cette forme de pornographie mise sur les faiblesses des enfants et peut causer un préjudice comportemental : voir rapport Fraser, *op. cit.*, vol. 2, p. 613. Nous reconnaissons que le droit à la vie privée est une valeur importante qui sous-tend le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives ainsi que le droit à la liberté. Toutefois, le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile ne constitue pas le seul droit en jeu dans le présent pourvoi. Le droit à la vie privée des enfants qui figurent dans la pornographie juvénile entre en jeu du fait qu'il y production d'un enregistrement permanent de leur exploitation sexuelle. Ce droit à la vie privée intervient également lorsque du matériel créé par des adolescents dans un « environnement consensuel » est diffusé.

190 In enacting s. 163.1(4) and prohibiting the possession of child pornography, Parliament promulgated a law which seeks to foster and protect the equality rights of children, along with their security of the person and their privacy interests. The importance of these *Charter* rights cannot be ignored in the analysis of whether the law is demonstrably justified in a free and democratic society and warrants a more deferential application of the criteria set out in *Oakes*.

En adoptant le par. 163.1(4) et en interdisant la possession de pornographie juvénile, le Parlement a promulgué un texte législatif visant à promouvoir et à protéger les droits des enfants à l'égalité, de même que la sécurité de leur personne et leur droit à la vie privée. L'importance de ces droits garantis par la *Charte* ne saurait être passée sous silence dans l'analyse servant à déterminer si la mesure législative est justifiable dans le cadre d'une société libre et démocratique et si les critères de l'arrêt *Oakes* devraient être appliqués avec plus de retenue.

191 In enacting s. 163.1(4), Parliament set social policy having regard to moral values, as it is entitled to do. It is accepted that, while the criminal law is not confined to prohibiting immoral acts, Parliament does have the right to make moral judgments in criminalizing certain forms of conduct. In

Dans ce paragraphe, le législateur a établi une politique sociale en fonction de certaines valeurs morales, comme il est en droit de le faire. Il est admis que, même si le droit criminel ne se limite pas à l'interdiction d'actes immoraux, le législateur a le droit de porter des jugements de valeur en

2001 SCC 2 (CanLII)

Butler, *supra*, Sopinka J. found as follows, at p. 493:

> . . . I cannot agree with the suggestion of the appellant that Parliament does not have the right to legislate on the basis of some fundamental conception of morality for the purposes of safeguarding the values which are integral to a free and democratic society.

The Court should be particularly sensitive to the legitimate role of government in legislating with respect to our social values. Like all legislative decisions, however, such moral decisions and judgments must be assessed in light of *Charter* values.

The appraisal of each of the contextual factors demonstrates that in this case increased deference to Parliament is warranted. With that in mind, we now apply the *Oakes* test to s. 163.1(4).

B. *Application of the Oakes Test*

1. Is the Objective Pressing and Substantial?

Parliament's overarching objective in proscribing the possession of child pornography was to protect children. This is set out in the following statement, made by the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice as he introduced what is now s. 163.1 for second reading in the House of Commons:

> . . . children matter. They are the most vulnerable members of our society. They are vulnerable to emotional, sexual, and physical abuse. Our children must have the opportunity to grow up in safe, nurturing communities protected from such abuse.
>
> The purpose of a law specifically addressing child pornography is to deal with the sexual exploitation of children and to make a statement regarding the inappropriate use and portrayal of children in media and art which have sexual aspects.
>
> Our message is that children need to be protected from the harmful effects of child sexual abuse and

Butler, précité, p. 493, le juge Sopinka tire la conclusion suivante :

> . . . je ne puis souscrire à l'opinion de l'appelant que le Parlement n'a pas le droit de légiférer en se fondant sur une certaine conception fondamentale de la moralité aux fins de protéger les valeurs qui font partie intégrante d'une société libre et démocratique.

Notre Cour devrait prêter une attention toute particulière au rôle légitime que le gouvernement joue en légiférant à l'égard de nos valeurs sociales. À l'instar de toutes les décisions législatives, ces décisions et jugements de valeur doivent cependant être appréciés à la lumière des valeurs de la *Charte*.

192 L'évaluation de chacun des facteurs contextuels démontre qu'il est justifié, en l'espèce, de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Ayant cela à l'esprit, nous passons maintenant à l'application du critère de l'arrêt *Oakes* au par. 163.1(4).

B. *L'application du critère de l'arrêt Oakes*

1. L'objectif visé est-il urgent et réel?

193 L'objectif premier du législateur en interdisant la possession de pornographie juvénile est de protéger les enfants. C'est ce que précise, dans la déclaration suivante, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice en présentant en deuxième lecture à la Chambre des communes la disposition qui allait devenir l'art. 163.1 :

> . . . les enfants comptent chez nous. Ils sont les membres les plus vulnérables de notre société. Ils sont exposés à des actes de violence psychologique, sexuelle et physique. Il faut leur donner la possibilité de grandir dans un environnement sûr, à l'abri de ces diverses formes d'exploitation.
>
> En présentant ce projet de loi sur la pornographie juvénile, nous avons voulu traiter de l'exploitation sexuelle des enfants et prendre position sur l'utilisation et la représentation sexuelle inappropriée d'enfants, dans les médias et dans les arts.
>
> Le message que nous voulons transmettre au moyen de ce projet de loi, c'est que les enfants ont besoin d'être

2001 SCC 2 (CanLII)

exploitation and are not appropriate sexual partners. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, 3rd Sess., 34th Parl., vol. XVI, June 3, 1993, at p. 20328)

194 Parliament has recognized that children are the most vulnerable members of our society and that they are especially vulnerable to sexual abuse. Any provision which protects both children and society by attempting to eradicate the sexual exploitation of children clearly has a pressing and substantial purpose.

195 The pressing need for this legislation is supported by the presence of legislation which prohibits the possession of child pornography in most free and democratic societies. As noted, laws in Australia, Belgium, England, Ireland, New Zealand and the United States criminalize the possession of child pornography, regardless of whether the possessor has an intent to disseminate; see also *Butler*, *supra*, at p. 497, for adult pornography.

196 As discussed above, this legislation is consistent with Canada's international commitment to protect children. In particular, it addresses our responsibilities under art. 34 of the *Convention on the Rights of the Child*:

> State Parties undertake to protect the child from all forms of sexual exploitation and sexual abuse. For these purposes, State Parties shall in particular take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to prevent:
>
> (*a*) The inducement or coercion of a child to engage in any unlawful sexual activity;
>
> (*b*) The exploitative use of children in prostitution or other unlawful sexual practices;
>
> (*c*) The exploitative use of children in pornographic performances and materials.

Article 34 reflects the international community's strongly held belief that the protection of children

protégés des effets terribles de l'exploitation et des agressions sexuelles et qu'on ne peut en faire des partenaires sexuels. [Nous soulignons.]

(*Débats de la Chambre des communes*, 3e sess., 34e lég., vol. XVI, 3 juin 1993, p. 20328)

Le législateur a reconnu que les enfants sont les membres les plus vulnérables de notre société et qu'ils sont particulièrement exposés à la violence sexuelle. Toute disposition qui protège les enfants et la société en tentant d'éliminer l'exploitation sexuelle des enfants a manifestement un objet urgent et réel.

L'existence, dans la plupart des sociétés libres et démocratiques, de lois interdisant la possession de pornographie juvénile démontre que cette mesure législative répond à un besoin urgent. Comme nous le signalions précédemment, des lois en Australie, en Belgique, en Angleterre, en Irlande, en Nouvelle-Zélande et aux États-Unis criminalisent la possession de pornographie juvénile, peu importe que la personne qui l'a en sa possession ait ou non l'intention de la diffuser : voir aussi l'arrêt *Butler*, précité, p. 497, en ce qui concerne la pornographie adulte.

Comme nous l'avons vu, la mesure législative en cause est conforme à l'engagement international du Canada de protéger les enfants. Plus particulièrement, elle donne suite à l'obligation contractée à l'art. 34 de la *Convention relative aux droits de l'enfant* :

> Les États parties s'engagent à protéger l'enfant contre toutes les formes d'exploitation sexuelle et de violence sexuelle. À cette fin, les États prennent en particulier toutes les mesures appropriées sur les plans national, bilatéral et multilatéral pour empêcher :
>
> *a*) Que des enfants ne soient incités ou contraints à se livrer à une activité sexuelle illégale;
>
> *b*) Que des enfants ne soient exploités à des fins de prostitution ou autres pratiques sexuelles illégales;
>
> *c*) Que des enfants ne soient exploités aux fins de la production de spectacles ou de matériel de caractère pornographique.

L'article 34 reflète la ferme conviction de la collectivité internationale que protéger les enfants

2001 SCC 2 (CanLII)

from the harms of child pornography is essential to their rights.

Having established the pressing and substantial nature of the objective of Parliament's prohibition of the possession of child pornography, we now consider whether the means chosen are proportional.

2. Proportionality

(a) *Rational Connection*

It is particularly important to bear in mind at this stage the contextual factors previously examined which collectively warrant increased deference to Parliament's chosen means. As mentioned earlier, in the determination of whether the means are rationally connected to the objective, Parliament is not held to a strict standard of proof. The standard is whether Parliament had a reasoned apprehension of harm. We must simply ask whether Parliament had a reasonable basis, on the evidence tendered, for believing that the prohibition of child pornography, as defined in s. 163.1(1) of the *Criminal Code*, would reduce the harm to children and society; see *Irwin Toy*, *supra*, at p. 994; *Butler*, *supra*, at p. 502. Parliament need not have had conclusive evidence before enacting the provision.

The Crown has provided five links between prohibiting the possession of child pornography and preventing harm to children and society which convincingly establish that s. 163.1(4) is rationally connected to its objective. Moreover, the expert evidence led at trial supports the reasonableness of Parliament's decision to act.

Dr. Collins testified at trial to the first type of harm identified by the Crown, namely that the possession of child pornography contributes to the cognitive distortions of paedophiles. He testified that it is generally accepted amongst the vast majority of forensic psychiatrists that possession

contre les préjudices de la pornographie juvénile est essentiel à leurs droits.

197 Après avoir établi le caractère urgent et réel de l'objectif de l'interdiction, par le législateur, de la possession de pornographie juvénile, nous allons maintenant examiner si le moyen retenu est proportionnel à cet objectif.

2. La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

198 Il est particulièrement important, à ce stade, de tenir compte des facteurs contextuels examinés précédemment qui, ensemble, justifient de faire montre d'une plus grande retenue envers le législateur. Comme nous l'avons déjà indiqué, pour déterminer s'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et l'objectif visé, le législateur n'est pas assujetti à une norme de preuve stricte. La norme est celle de l'appréhension raisonnée de préjudice. Nous devons simplement nous demander si le législateur était raisonnablement fondé, compte tenu de la preuve offerte, à croire que l'interdiction de la pornographie juvénile, au sens du par. 163.1(1) du *Code criminel*, réduirait le préjudice causé aux enfants et à la société : voir *Irwin Toy*, précité, p. 994; *Butler*, précité, p. 502. Il n'était pas nécessaire que le législateur dispose d'une preuve concluante pour adopter cette disposition.

199 Les cinq liens entre l'interdiction de possession de pornographie juvénile et la prévention du préjudice causé aux enfants et à la société, que le ministère public a présentés, démontrent de façon convaincante l'existence d'un lien rationnel entre le par. 163.1(4) et l'objectif du législateur. De plus, le témoignage d'expert entendu au procès confirme le caractère raisonnable de la décision d'agir du législateur.

200 Le Dr Collins a témoigné au procès au sujet du premier type de préjudice décrit par le ministère public, savoir que la possession de pornographie juvénile contribue aux distorsions cognitives des pédophiles. Selon lui, la vaste majorité des experts en psychiatrie médicolégale reconnaissent

2001 SCC 2 (CanLII)

of child pornography reinforces some paedophiles' cognitive distortions. He described these "offence-facilitating beliefs" as the rationalizations and justifications that paedophiles have for their deviant behaviour. Cognitive distortions contribute to the paedophile's belief that sexual activity with children is acceptable, and that children enjoy sex with adults. Dr. Collins concluded that child pornography, cognitive distortions and the validation of the belief that sexual activity with children is acceptable are inextricably linked.

généralement que la possession de pornographie juvénile renforce les distorsions cognitives de certains pédophiles. Il a décrit ces [TRADUCTION] « croyances facilitant la perpétration d'infractions » comme étant des rationalisations et des justifications que les pédophiles ont au sujet de leur comportement déviant. Les distorsions cognitives amènent le pédophile à croire que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable et que les enfants aiment avoir des rapports sexuels avec des adultes. Le Dr Collins a conclu que la pornographie juvénile, les distorsions cognitives et la validation de la croyance que l'activité sexuelle avec des enfants est acceptable sont des éléments inextricablement liés.

201 The testimony of Dr. Collins illustrates that there is indeed a link between the possession of child pornography and harmful attitudes about the willingness of children to engage in sexual activity with adults. The statement of Ms. Monica Rainey from Citizens Against Child Exploitation before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General explains the potentially distortional effect of child pornography:

Le témoignage du Dr Collins montre qu'il y a effectivement un lien entre la possession de pornographie juvénile et les attitudes préjudiciables au sujet de la volonté des enfants de se livrer à des activités sexuelles avec des adultes. Dans sa déclaration devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, Mme Monica Rainey, du groupe des Citoyens contre l'exploitation des enfants, explique la distorsion susceptible de résulter de la pornographie juvénile :

> It is ludicrous to believe that child pornography has no effect on those who watch it. If that were true, why do we have advertisers selling billions of dollars of advertising for 90-second commercials? If 90 seconds work in advertising, we are fools to believe that 90 minutes of viewing adult sex with children will have no negative influence on those who are already addicted to children.
>
> (House of Commons, *Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, Issue No. 105, June 10, 1993, at p. 105:21)

> [TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que la pornographie enfantine a un effet sur ceux qui la consomment. Si non, pourquoi les annonceurs dépensent-ils des milliards de dollars pour des publicités de 90 secondes? S'il suffit de 90 secondes pour transmettre un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un message en publicité, il est absurde de penser que le fait de regarder un vidéo de 90 minutes présentant des activités sexuelles entre adultes et enfants n'aura aucune influence néfaste sur ceux qui ont déjà un penchant très marqué pour les enfants.
>
> (Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la justice et du Solliciteur général*, fascicule no 105, 10 juin 1993, p. 105:21)

However, there is a dearth of empirical research which addresses whether these types of attitudes actually cause sexual abuse. The difficulty in obtaining empirical proof of a link between the possession of pornography and criminal behaviour was described in the Badgley Report, *supra*, vol. 2, which cited the U.K. Report of the Committee on

Il n'existe toutefois pas suffisamment de recherche empirique sur la question de savoir si ces types d'attitudes conduisent effectivement à des agressions sexuelles. La difficulté d'obtenir la preuve empirique d'un lien entre la possession de pornographie et le comportement criminel a été décrite ainsi dans le rapport Badgley, *op. cit.*, vol. 2,

2001 SCC 2 (CanLII)

Obscenity and Film Censorship (1979), as follows, at p. 1273:

> Since criminal and anti-social behaviour cannot itself, for both practical and ethical reasons, be experimentally produced or controlled, the observations must be made on some surrogate or related behaviour . . . The fundamental issue in this field concerns *the relations that hold between reactions aroused in a subject by a represented, artificial, or fantasy scene, and his behaviour in reality* . . . We can only express surprise at the confidence that some investigators have shown in supposing that they can investigate *this* problem through experimental set-ups in which reality is necessarily replaced by fantasy. [Emphasis added in Badgley Report.]

This difficulty, however, should not serve as a bar to prohibiting the possession of child pornography. In this regard, the comments of Burger C.J. in *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), at pp. 60-61, on obscene material are apposite:

> Although there is no conclusive proof of a connection between antisocial behavior and obscene material, the legislature . . . could quite reasonably determine that such a connection does or might exist.

In our view, based on the evidence, Parliament's apprehension that child pornography reinforces the cognitive distortion that children are appropriate sexual partners was reasonable.

With respect to the second link, Dr. Collins testified to the theory that child pornography fuels paedophiles' fantasies. He identified fantasies as the motivating force behind all sexually deviant behaviour, described paedophiles as "notorious for being collectors" of pornography, noted that the most explicit child pornography was the most coveted, and testified that in his own experience a correlation between greater access to child pornography and increased child sexual abuse does exist.

In assessing whether Parliament had a reasonable basis for concluding that the possession of

p. 1381, où l'on cite le *Report of the Committee on Obscenity and Film Censorship* du Royaume-Uni (1979) :

> Les comportements criminels et antisociaux ne peuvent, pour des raisons pratiques et déontologiques, être produits ou contrôlés expérimentalement. Les observations doivent donc porter sur des comportements de substitution ou connexes [. . .] La question fondamentale dans ce domaine concerne *la relation existant entre les réactions produites chez une personne par une scène jouée, artificielle ou imaginée, et le comportement de cette personne dans la réalité* [. . .] Nous ne pouvons que nous étonner de ce que des chercheurs aient pensé pouvoir étudier *ce* problème dans un cadre expérimental, dans lequel la réalité est, par nécessité, remplacée par l'imaginaire. [Italiques ajoutés dans le rapport Badgley.]

Cette difficulté ne devrait toutefois pas empêcher d'interdire la possession de pornographie juvénile. À cet égard, les observations du juge en chef Burger dans *Paris Adult Theatre I c. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), p. 60-61, relativement au matériel obscène, sont pertinentes :

> [TRADUCTION] Même s'il n'existe aucune preuve concluante d'un lien entre le comportement antisocial et le matériel obscène, le législateur [. . .] pourrait très raisonnablement conclure qu'un tel lien existe ou est susceptible d'exister.

Compte tenu de la preuve soumise, nous jugeons raisonnable la crainte du législateur que la pornographie juvénile ne renforce la distorsion cognitive selon laquelle l'enfant est un partenaire sexuel approprié.

202 En ce qui concerne le deuxième lien, le D^r^ Collins a avancé que la pornographie juvénile alimente les fantasmes des pédophiles. Il a affirmé que les fantasmes sont à l'origine de tout comportement sexuel déviant, que les pédophiles sont des [TRADUCTION] « collectionneurs notoires » de pornographie, que la pornographie juvénile la plus explicite est la plus convoitée et que, selon sa propre expérience, il existe une corrélation entre l'accès plus grand à la pornographie juvénile et l'accroissement de l'exploitation sexuelle des enfants.

203 Pour décider si le législateur était raisonnablement fondé à conclure que la possession de porno-

2001 SCC 2 (CanLII)

child pornography would harm children by fuelling the fantasies of paedophiles, it is important to bear in mind that these fantasies are based on children's degradation and dehumanization. The derivation of sexual pleasure from the possession of child pornography undermines children's rights and does violence to the values which are essential to a free and democratic society. In our view, Parliament had a reasonable basis for believing that the prohibition of the possession of child pornography would foster and protect children's *Charter* rights.

graphie juvénile causerait un préjudice aux enfants en alimentant les fantasmes des pédophiles, il importe de se rappeler que ces fantasmes reposent sur l'avilissement et la déshumanisation des enfants. La recherche du plaisir sexuel par la possession de pornographie juvénile mine les droits des enfants et va à l'encontre des valeurs essentielles d'une société libre et démocratique. À notre avis, le législateur était raisonnablement fondé à croire que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile favoriserait et protégerait les droits garantis aux enfants par la *Charte*.

204 The third link arises from the important role of s. 163.1(4) as part of an integrated law enforcement scheme which protects children against the harms associated with child pornography. In addition to Detective Waters' testimony that the police have found distributors and producers of child pornography through laying simple possession charges, Detective Inspector Matthews of the Child Pornography Unit of the Criminal Investigation Bureau of the Ontario Provincial Police, noted in his affidavit submitted to the British Columbia Court of Appeal that virtually all of the child pornography being created and distributed today is communicated by computer through the Internet. It is largely traded privately between paedophiles for the sole purpose of increasing their private collections. Therefore, paedophiles can acquire large collections of child pornography without being detected. Because of the secrecy involved in the trade of child pornography, the distribution provisions of s. 163.1 of the *Criminal Code* are insufficient to control its proliferation. Detective Inspector Matthews noted that with possession as an offence, law enforcement agencies now have the justification to seize the images and text of child pornography stored on computers and diskettes. This ensures that the material cannot be used in a manner which is harmful to children, and that it is not distributed further.

Le troisième lien découle du rôle important que joue le par. 163.1(4) dans un régime intégré d'application de la loi qui protège les enfants contre les préjudices associés à la pornographie juvénile. Outre le témoignage du détective Waters selon lequel la police avait épinglé des distributeurs et des producteurs de pornographie juvénile en portant de simples accusations de possession, le sergent-détective Matthews de la section de la pornographie juvénile, Bureau des enquêtes criminelles de la Police provinciale de l'Ontario, a souligné, dans un affidavit présenté à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, que la quasi-totalité de la pornographie juvénile produite et distribuée de nos jours est communiquée par ordinateur sur Internet. Elle est en grande partie échangée en privé entre pédophiles qui ne cherchent qu'à enrichir leurs collections privées. Les pédophiles peuvent donc acquérir de vastes collections de pornographie juvénile sans être détectés. En raison du secret entourant le trafic de pornographie juvénile, les dispositions de l'art. 163.1 du *Code criminel* relatives à la distribution sont insuffisantes pour en freiner la prolifération. Le sergent-détective Matthews a fait remarquer que, grâce à l'infraction de possession, les organismes chargés d'appliquer la loi peuvent maintenant saisir les images et les textes de pornographie juvénile stockés sur ordinateurs et disquettes informatiques. Cela permet d'empêcher que le matériel soit utilisé d'une manière préjudiciable aux enfants et qu'il soit distribué ultérieurement.

205 One of the most compelling links between the possession of child pornography and associated

L'un des liens les plus probants entre la possession de pornographie juvénile et les préjudices

2001 SCC 2 (CanLII)

harms to children is the use of child pornography by paedophiles to groom children into committing sexual acts. Detective Inspector Matthews testified as follows before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General about the use of child pornography as a grooming tool:

causés aux enfants tient à l'utilisation de la pornographie juvénile par les pédophiles pour initier les enfants aux rapports sexuels. Le sergent-détective Matthews a affirmé ce qui suit, devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général, au sujet de l'utilisation de la pornographie juvénile pour initier des jeunes :

It's often used as a tool by pedophiles to seduce children. They use it as a tool to lower their inhibitions. They do that by exposing the children to photographs. They'll usually start out with photographs of partial nudity and then they'll work their way up to total nudity and children being involved in actual sex acts.

Another dangerous part is that when they photograph these children, especially if they're in the neighbourhood, the children may very well recognize their peers, so there's that added pressure that if it's all right for an adult to photograph their peers in the nude and take advantage of them and exploit them, then perhaps it's all right for them to do that with them.

(*Minutes of Proceedings and Evidence of the Standing Committee on Justice and the Solicitor General*, *supra*, at pp. 105:4-105:5)

[TRADUCTION] Les pédophiles y ont souvent recours pour séduire des enfants et affaiblir leurs inhibitions. Pour y arriver, ils présentent des photographies aux enfants en commençant généralement par des photographies représentant des sujets partiellement nus, pour passer à des sujets complètement nus et ensuite à des enfants participant à des activités sexuelles.

Les photographies présentent un autre danger, les sujets peuvent être du même quartier que les enfants auxquels ont les montrent et peuvent être reconnus. Cela crée une pression supplémentaire sur l'enfant qui pense que si un adulte peut prendre des photos de leurs camarades nus, et les exploiter et en abuser, il est peut-être acceptable que des adultes agissent de même à leur égard.

(*Procès-verbaux et témoignages du Comité permanent de la Justice et du Solliciteur général*, *op. cit.*, p. 105:4-105:5)

See also Badgley Report, *supra*. The potential of child pornography as a grooming tool is often evident from the manner in which the material is presented. For example, in the *voir dire*, Detective Waters described a comic book called *Cherubino* which depicts a child with an adult male as a team of crime fighters. Each crime fighting episode ends with a sexual encounter. The pornography is thus produced in a form which is appealing to children, encouraging them to believe that such behaviour is normal.

Voir également le rapport Badgley, *op. cit.* Le risque que la pornographie juvénile serve à initier des jeunes ressort souvent de la manière dont le matériel est présenté. Par exemple, lors du voir-dire, le détective Waters a décrit un livre de conte illustré intitulé *Cherubino* qui représente une équipe de justiciers composée d'un enfant et d'un adulte. Chaque épisode de lutte contre la criminalité se termine par une relation sexuelle. La pornographie est ainsi produite sous une forme attrayante pour les enfants et les encourage à croire qu'un tel comportement est normal.

The Badgley Committee found that paedophiles sought out materials depicting children engaged in sexual conduct to use them to persuade other children to engage in similar conduct. In the Committee's view, this fact demonstrated the need for express legal sanctions against the possession of child pornography (vol. 1, at p. 101). The Committee's research indicated (vol. 2, at pp. 1282-83) that

Le comité Badgley a constaté que les pédophiles recherchaient du matériel représentant des enfants qui se livrent à une activité sexuelle afin de l'utiliser pour convaincre d'autres enfants de se livrer à des actes semblables. Selon ce comité, cela démontrait la nécessité d'adopter des sanctions légales expresses contre la possession de pornographie juvénile (vol. 1, p. 108). D'après les recherches du Comité (vol. 2, p. 1391),

206

2001 SCC 2 (CanLII)

the occurrence of unwanted exposure to pornography may have been experienced by a sizeable number of Canadians, many of whom were children and youths when the incidents took place. In many of these incidents, the persons committing these acts were well known to children or were responsible for their welfare. One in 63 persons (1.6 percent of persons in the National Population Survey) reported having been exposed to pornography and also having been sexually assaulted at the time or following the exposure.

. . . In the Committee's judgment, the incidents reported likely constitute an under-estimate of the occurrence of situations involving exposure to pornography followed by a sexual assault.

Twenty of the 33 persons who reported that they had been shown pornography and sexually assaulted by the same person were children when the incidents occurred (vol. 2, at p. 1279).

207 The use of child pornography to groom children is also evident in those cases which have considered s. 163.1 of the *Criminal Code*. For example, in *R. v. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (Q.B.), a man showed two children a photo of a young girl with her dress pulled up over her head, exposing her genitals. In *R. v. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (Ont. C.A.), one of the accused, Gramlick, had produced 33 videotapes of sexual activity among children and adults. Before participating in the filming, the children were shown commercial videos of child pornography and the accused's own homemade videotapes "to stimulate them sexually and to reassure them that their conduct was normal" (p. 274).

208 Thus, the evidence demonstrates that child pornography is used in the seduction process and links the prohibition against possession with the prevention of harm to children.

209 As discussed by McLachlin C.J., the final link identified by the Crown, the abuse of children in the production of pornography, is conclusive (at para. 92). The prohibition of the possession of child pornography is intended to reduce the market for it. If consumption is reduced, presumably pro-

il est évident qu'un nombre important de Canadiens ont été exposés contre leur gré à du matériel pornographique dans leur enfance ou leur jeunesse. Dans beaucoup de ces cas, les personnes responsables de ces actes étaient bien connues des enfants ou en avaient la garde. Une personne sur 63 (1,6 % des répondants du sondage national auprès de la population) signale avoir été exposée à du matériel pornographique et avoir subi une agression sexuelle, au moment même ou après.

. . . De l'avis du Comité, les incidents rapportés constituent probablement une sous-évaluation de la fréquence des situations combinant l'exposition à du matériel pornographique et une agression sexuelle.

Vingt des 33 personnes qui ont raconté que leur agresseur leur avait montré du matériel pornographique avant de les agresser sexuellement étaient des enfants au moment des faits (vol. 2, p. 1387).

Le recours à la pornographie juvénile pour initier les enfants ressort aussi clairement de la jurisprudence relative à l'art. 163.1 du *Code criminel*. Par exemple, dans l'affaire *R. c. K.L.V.*, [1999] A.J. No. 350 (QL) (B.R.), un homme avait montré à deux enfants la photo d'une jeune fille dont la robe était retroussée par-dessus la tête de façon à exposer ses organes sexuels. Dans l'affaire *R. c. Jewell* (1995), 100 C.C.C. (3d) 270 (C.A. Ont.), un des accusés, Gramlick, avait produit 33 vidéocassettes représentant des activités sexuelles entre des enfants et des adultes. Avant l'enregistrement, on avait montré aux enfants qui y ont participé de la pornographie juvénile sur bande vidéo commerciale et les enregistrements amateurs réalisés par l'accusé [TRADUCTION] « pour les stimuler sexuellement et les rassurer sur le caractère normal de leur conduite » (p. 274).

La preuve démontre donc que la pornographie juvénile est utilisée à des fins de séduction et qu'il existe un lien entre son interdiction et la prévention du préjudice causé aux enfants.

Comme l'affirme le juge en chef McLachlin, le dernier lien décrit par le ministère public, soit l'exploitation des enfants pour produire de la pornographie, est concluant (par. 92). L'interdiction de la possession de pornographie juvénile vise à réduire le marché de cette forme de pornographie.

2001 SCC 2 (CanLII)

duction will also be reduced. This fact was recognized by the United States Supreme Court in *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), at pp. 109-10. Parliament had additional evidence before it that the prohibition of private possession of child pornography would protect children from the harm of being used in its production. The hearings before the Fraser Committee revealed that the private preparation of child pornography was the major mode of resorting to the material. It urged Parliament to recognize that much, if not most, of the exploitation of children in pornography would occur in private (vol. 2, at p. 584). Similarly, the Badgley Committee found that privately produced material was a major source of child pornography (vol. 2, at p. 1197).

Si la consommation est réduite, il en sera probablement de même de la production. La Cour suprême des États-Unis a reconnu ce fait dans *Osborne c. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), p. 109-110. Le législateur disposait d'autres éléments de preuve que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile protégerait les enfants contre le préjudice découlant de leur participation à sa production. Les audiences du comité Fraser ont révélé que la préparation privée de matériel pornographique mettant en cause des enfants était une méthode répandue. Le Comité a pressé le législateur de reconnaître que bien souvent, sinon presque toujours, l'exploitation des enfants par la pornographie se fait en privé (vol. 2, p. 627). De même, le comité Badgley a conclu que le matériel produit en privé était une source importante de pornographie juvénile (vol. 2, p. 1302).

Both the Badgley Committee and the Fraser Committee found that the then existing *Criminal Code* framework relating to obscene publications was inadequate to deal with the circumstances attending the making and distribution of child pornography. The Badgley Committee found as follows (vol. 1, at p. 101):

> The general definition of obscenity does not reflect the state's particular and more compelling interest in prosecuting and punishing those who promote the sexual abuse of children in this manner. The definition of "obscene publication" in section 159(8) of the *Criminal Code* pertains to the overall content of the publication, rather than to the circumstances of its production. In reference to child pornography, it is the circumstances of its production, namely, the sexual exploitation of young persons, which is a fundamental basis for proscription. [Emphasis deleted.]

To fill the gap in the *Criminal Code* the committee recommended that the private possession of any visual representation of a person under 18 participating in explicit sexual conduct (including the lewd exhibition of the genitals) be prohibited (vol. 1, at pp. 102-103). The Fraser Committee expressed the concern that the existing law of obscenity would not capture child pornography prepared in private for private use, because of the application of a more forgiving community stan-

Les comités Badgley et Fraser ont tous les deux constaté qu'à l'époque le régime du *Code criminel* relatif aux publications obscènes était insuffisant pour s'attaquer aux circonstances qui entourent la production et la distribution de pornographie juvénile. Le comité Badgley a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 109) : 210

> La définition générale d'obscénité ne reflète pas l'intérêt particulièrement pressant de l'État à poursuivre et à punir ceux qui contribuent de cette manière à la promotion des agressions sexuelles d'enfants. La définition de « publication obscène » de l'article 159(8) du *Code criminel* se rapporte au contenu global de la publication plutôt qu'aux circonstances de sa production. Or, en ce qui concerne la pornographie mettant en cause des enfants, ce sont les circonstances de sa production, autrement dit l'exploitation sexuelle des jeunes personnes, qui constituent le fondement de son interdiction. [Italiques omis.]

Afin de combler cette lacune du *Code criminel*, le Comité a recommandé que la possession personnelle de toute représentation d'une personne âgée de moins de 18 ans participant à une activité sexuelle explicite (y compris une exposition lubrique de ses organes génitaux) soit interdite (vol. 1, p. 110). Le comité Fraser a exprimé la crainte que les dispositions législatives existantes sur l'obscénité ne visent pas la pornographie juvénile préparée en privée pour un usage personnel,

2001 SCC 2 (CanLII)

dard for materials used privately (vol. 2, at p. 584). It also recommended that the private possession of child pornography be prohibited. These recommendations contribute to the conclusion that Parliament had a rational basis for deciding that prohibiting the private possession of child pornography was essential to the protection of children from the abuse inherent in its production.

(b) *Minimal Impairment*

211 In conducting an analysis of whether s. 163.1(4), in combination with the definition of "child pornography" set out in s. 163.1(1), minimally impairs the right to free expression, the Court must be particularly sensitive to the contextual factors which we have previously discussed.

212 As Cory J. recognized in *Lucas*, *supra*, at para. 57, the negligible value of the expression restricted is an important factor in the minimal impairment analysis, which requires the Court to assess whether Parliament has struck a reasonable balance between the individual right which has been infringed and the community goals and values which Parliament seeks to protect. Without a true understanding of the type of expression which is being impaired, there is a risk that its connection to the s. 2(*b*) guarantee and our democratic values will be misrepresented. There is a risk that the balance will be skewed in favour of abstract notions of the value of expression in a democracy when the activity at issue does not serve those values. As we have seen, child pornography is in many ways antithetical to the values underlying the s. 2(*b*) guarantee. It has only a tenuous connection to the value of self-fulfilment, and only at its most base and prurient level. With respect, we see no evidence to support the notion that sexually explicit videos of teenagers "reinforce healthy sexual relationships and self-actualization", as suggested by McLachlin C.J., at para. 109, rather than being harmful self-indulgence supporting unhealthy attitudes towards oneself and others, as alluded to in the Fraser Report (see below, at para. 231). On the other hand, we have noted the harm to children that can be caused by such material by reinforcing

en raison de l'application d'une norme sociale plus indulgente dans le cas du matériel réservé à un usage personnel (vol. 2, p. 627). Il a aussi recommandé que la possession personnelle de pornographie juvénile soit interdite. Ces recommandations amènent à conclure que le législateur était raisonnablement fondé à décider que l'interdiction de la possession personnelle de pornographie juvénile était essentielle à la protection des enfants contre l'exploitation inhérente à sa production.

b) *L'atteinte minimale*

Dans l'analyse visant à déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de « pornographie juvénile » du par. 163.1(1), porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, la Cour doit prêter une attention toute particulière aux facteurs contextuels analysés précédemment.

Comme le juge Cory l'a reconnu, au par. 57 de l'arrêt *Lucas*, précité, la valeur négligeable de l'expression qui fait l'objet d'une restriction est un facteur important pour décider s'il y a atteinte minimale. Ce facteur oblige la Cour à déterminer si le législateur a établi un équilibre raisonnable entre le droit individuel auquel il est porté atteinte et les objectifs et valeurs collectifs que le Parlement cherche à protéger. Sans une compréhension véritable du type d'expression à laquelle il est porté atteinte, il y a un risque que son lien avec la garantie prévue à l'al. 2*b*) et avec nos valeurs démocratiques soit présenté sous un faux jour. Il y a un risque que des notions abstraites de la valeur de l'expression dans une démocratie l'emportent alors que l'activité en cause ne sert pas ces valeurs. Comme nous l'avons vu, la pornographie juvénile va, à bien des égards, à l'encontre des valeurs qui sous-tendent la garantie de l'al. 2*b*). Elle n'a qu'un lien ténu avec la valeur d'épanouissement personnel, et ce, dans son aspect le moins digne et le plus lascif. En toute déférence, nous ne voyons aucun élément de preuve étayant l'idée que des vidéos sexuellement explicites d'adolescents « renforce[nt] de saines relations sexuelles et la réalisation de soi », comme le suggère le juge en chef McLachlin (par. 109), au lieu de refléter un hédonisme préjudiciable justifiant l'adoption d'attitudes malsaines envers soi et envers autrui, auxquelles

2001 SCC 2 (CanLII)

cognitive distortions (see paras. 165 and 223) and creating instruments susceptible of being used for grooming. Moreover, there is no valid reason to presume that teenage authors of sexually explicit videos cannot themselves be paedophiles.

Furthermore, the Court must not lose sight of the other rights and democratic values which Parliament has sought to protect in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code*. The prohibition of the possession of child pornography is consistent with the democratic values which are essential in our community, and also with the *Charter* rights of children. It is legislation which promotes respect for the inherent dignity of children by curbing the existence of materials which degrade them. This in turn helps to protect children's equality and security rights.

Parliament need not show that the provision is perfectly tailored to its objective; see *RJR-MacDonald*, *supra*, at p. 342; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, *supra*, at para. 108. Nor need Parliament show that there was no other reasonable measure which could achieve its objective and interfere less with the freedom of expression guarantee. Given the contextual factors which are at play in this particular case, and the deference to Parliament's choice of means that they warrant, we agree with the following statement of Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at pp. 784-85:

> . . . s. 1 should not operate in every instance so as to force the government to rely upon only the mode of intervention least intrusive of a *Charter* right or freedom. It may be that a number of courses of action are available in the furtherance of a pressing and substantial objective, each imposing a varying degree of restriction upon a right or freedom. In such circumstances, the government may legitimately employ a more restrictive measure, either alone or as part of a larger programme of action, if that measure is not redundant, furthering the objective in ways that alternative responses could not,

fait allusion le rapport Fraser (voir plus loin, par. 231). Par contre, nous avons souligné le préjudice que ce matériel peut causer aux enfants en renforçant des distorsions cognitives (voir par. 165 et 223) et en créant des instruments susceptibles de servir à les initier aux rapports sexuels. De plus, il n'y a aucune raison valable de présumer que les adolescents auteurs de vidéos sexuellement explicites ne peuvent pas être eux-mêmes des pédophiles.

213 La Cour ne doit pas non plus perdre de vue les autres droits et valeurs démocratiques que le législateur a voulu protéger en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel*. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile est conforme aux valeurs démocratiques essentielles à notre collectivité, ainsi qu'aux droits garantis aux enfants par la *Charte*. C'est une mesure législative qui favorise le respect de la dignité inhérente des enfants en enrayant le matériel qui les avilit, d'où son utilité pour protéger les droits des enfants à l'égalité et à la sécurité.

214 Le législateur n'est pas tenu de prouver que la disposition est parfaitement adaptée à son objectif : voir *RJR-MacDonald*, précité, p. 342; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, précité, par. 108. Le législateur n'est pas non plus tenu d'établir qu'il n'y avait aucune autre mesure raisonnable qui aurait pu permettre de réaliser son objectif et de moins porter atteinte à la garantie de la liberté d'expression. Compte tenu des facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce et de la retenue qu'ils justifient à l'égard des moyens choisis par le législateur, nous souscrivons à l'énoncé suivant du juge en chef Dickson dans *Keegstra*, précité, p. 784-785 :

> . . . l'article premier ne doit pas jouer dans tous les cas de manière à contraindre le gouvernement à n'intervenir que de la manière qui porte le moins possible atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il se peut en effet qu'il y ait plusieurs moyens d'atteindre un objectif urgent et réel, dont chacun impose un degré plus ou moins grand de restriction à un droit ou à une liberté. Dans ces circonstances, le gouvernement peut légitimement recourir à une mesure plus restrictive, soit isolément soit dans le cadre d'un plan d'action plus étendu, pourvu que cette mesure ne fasse pas double emploi,

2001 SCC 2 (CanLII)

and is in all other respects proportionate to a valid s. 1 aim.

qu'elle permette de réaliser l'objectif de façons qui seraient impossibles par le biais d'autres mesures, et qu'elle soit à tous autres égards proportionnée à un objectif légitime aux fins de l'article premier.

215 In the court below, Rowles J.A. began her analysis of the impugned provision by highlighting the fact that it solely targeted the private possession of child pornography. She found that because s. 163.1(4) is directed only to the private possession of material, as opposed to the dissemination of material to others, it substantially reduced the likelihood that the imposition of criminal sanctions would prevent any potential harm to children. Similarly, McLachlin C.J. finds that photographs and videos of teenagers taken of themselves for their own personal use should not be proscribed (paras. 41 and 76-77) because of the privacy interest and diminished risk of harm to children. With respect, we cannot agree. In reaching this conclusion, McLachlin C.J. and Rowles J.A. fail to recognize that children are particularly vulnerable in the private sphere, a fact that was recently recognized by the Ontario Court of Appeal in *R. v. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. *E. (B.)* involved a constitutional challenge to s. 172 of the *Criminal Code*, which prohibits, *inter alia*, participation in sexual immorality in the home of a child thereby endangering the morals of the child. The court found that the provision infringed the accused's right to freedom of expression, but that the infringement was justified under s. 1. In conducting his s. 1 analysis, Doherty J.A. made the following statement, at p. 125:

Madame le juge Rowles de la Cour d'appel a commencé son analyse de la disposition attaquée en faisant remarquer qu'elle ne vise que la possession personnelle de pornographie juvénile. Selon elle, le fait que le par. 163.1(4) ne vise que la possession personnelle de matériel, par opposition à la diffusion de matériel à autrui, réduit considérablement la probabilité que l'imposition de sanctions pénales prévienne tout préjudice susceptible d'être causé aux enfants. De même, le juge en chef McLachlin conclut que les photos et enregistrements vidéo que des adolescents prennent ou effectuent, selon le cas, d'eux-mêmes pour leur propre usage personnel ne devraient pas être interdits (par. 41 et 76-77) en raison du droit à la vie privée et du risque moins élevé que des enfants subissent un préjudice. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. En tirant cette conclusion, le juge en chef McLachlin et le juge Rowles omettent de reconnaître que les enfants sont particulièrement vulnérables dans un contexte de vie privée, un fait récemment reconnu par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. E. (B.)* (1999), 139 C.C.C. (3d) 100. Cette affaire concernait la constitutionnalité de l'art. 172 du *Code criminel*, qui interdit notamment à quiconque de participer, là où demeure un enfant, à une immoralité sexuelle ayant pour effet de mettre en danger les mœurs de cet enfant. La cour a conclu que la disposition portait atteinte au droit de l'accusé à la liberté d'expression, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier. Dans le cadre de son analyse fondée sur l'article premier, le juge Doherty dit ceci, à la p. 125 :

> In concluding that the objective outweighs the harm done to the right protected by s. 2(*b*), I have considered that s. 172 reaches inside the home. That reach is a significant aggravating feature when considering the harm done by the section to the right of freedom of expression. That same feature, however, is essential if the section is to serve its purpose. Unfortunately, it is in the home where children are most susceptible to the kinds of conduct at which s. 172 is aimed.

> [TRADUCTION] Pour conclure que l'objectif l'emporte sur l'atteinte portée au droit garanti par l'al. 2*b*), j'ai tenu compte du fait que l'art. 172 s'étend au domicile. Cela constitue un important facteur aggravant eu égard à l'atteinte que cet article porte au droit à la liberté d'expression. Cette même caractéristique est toutefois essentielle à la réalisation de l'objectif de l'article. Malheureusement, c'est au foyer que les enfants sont le plus susceptibles d'être victimes des types de comportement visés par l'art. 172.

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

Doherty J.A.'s observation is particularly apposite in the context of this case. As we have discussed above, the evidence is clear that a large portion of child pornography is produced privately, and used privately by those who possess it. The harmful effect on the attitudes of those who possess it similarly occurs in private. With respect to grooming, our knowledge of the sexual abuse of children has evolved to recognize that sexual assaults occur in private as often, if not more often, as in public places. We cannot agree that prohibiting the simple possession of child pornography will not have an additional reductive effect on the harm that child pornography causes. While the possession prohibition infringes privacy more than those provisions which prohibit the distribution and production of child pornography, its intrusiveness is necessary to achieve Parliament's goal. We firmly disagree with McLachlin C.J., at para. 75, where she states that self-created privately held expressive materials should be exempted from the prohibition against possession of child pornography. Whether the material is produced by the actor himself or a third party is irrelevant. Otherwise, two identical videos will be treated differently on the basis of authorship and intent, both of which are extremely difficult to prove and have no bearing on the apprehension of harm that comes from the actual content of the material.

L'observation du juge Doherty est particulièrement pertinente dans le contexte de la présente affaire. Comme nous l'avons vu plus haut, la preuve montre clairement qu'une grande partie de la pornographie juvénile est produite en privé et utilisée à des fins personnelles par les gens qui l'ont en leur possession. Son effet pernicieux sur l'attitude des gens qui l'ont en leur possession se manifeste lui aussi en privé. En ce qui concerne l'initiation aux rapports sexuels, notre connaissance de l'exploitation sexuelle des enfants s'est améliorée au point que nous savons maintenant que les agressions sexuelles ont lieu aussi souvent, voire plus souvent, en privé que dans des lieux publics. Nous ne pouvons convenir que l'interdiction de la simple possession de pornographie juvénile ne contribuera pas à réduire davantage le préjudice qui en résulte. Bien que l'interdiction de la possession de pornographie juvénile porte davantage atteinte à la vie privée que les dispositions qui en interdisent la distribution et la production, cette atteinte est nécessaire pour atteindre l'objectif du législateur. Nous sommes fermement en désaccord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle affirme au par. 75, que le matériel expressif créé personnellement et conservé en privé devrait être exempté de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile. Que le matériel soit produit par l'acteur lui-même ou par un tiers n'a aucune pertinence. S'il en était autrement, deux vidéos identiques seraient traités différemment selon l'auteur et l'intention, deux éléments extrêmement difficiles à prouver et n'ayant aucune incidence sur la crainte de préjudice résultant du contenu réel du matériel.

Rowles J.A. found that the impugned provision, in combination with the definition of child pornography, did not minimally impair the right to freedom of expression because it captured visual and written works of the imagination which do not involve the participation of any actual children or youth in their production. The prohibition of the possession of those materials, in her view, could only be justified on the basis of the indirect harms caused by their simple possession. She found that there was a lack of social science evidence regarding the effects of these works of the imagination and that the court should be reluctant to draw an

216

Le juge Rowles a conclu que la disposition attaquée, combinée avec la définition de pornographie juvénile, ne porte pas le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression du fait qu'elle vise les œuvres de fiction visuelles et écrites dont la production n'implique pas la participation d'enfants ou de jeunes. Selon elle, l'interdiction de la possession de tel matériel ne pouvait être justifiée qu'en fonction des préjudices indirects résultant de leur simple possession. Elle a conclu que la preuve en matière de sciences humaines relativement aux effets de ces œuvres de fiction était insuffisante et que la cour devrait hésiter à déduire l'existence

inference of harm given the profound violation of freedom of expression and privacy which results from making the private possession of works of a person's own imagination a criminal offence.

d'un préjudice compte tenu de l'atteinte profonde à la liberté d'expression et à la vie privée qui résulte de la criminalisation de la possession personnelle d'œuvres résultant de l'imagination d'une personne.

217 With respect, we cannot agree with her analysis. As explained earlier in these reasons, the harm which Parliament sought to prevent in enacting s. 163.1(4) of the *Criminal Code* extends beyond the harm which flows from the use of children in pornography. Parliament also sought to prevent the harm which flows from the very existence of images and words which degrade and dehumanize children and to send the message that children are not appropriate sexual partners. All of the contextual factors at play in this particular case indicate that Parliament's choice of means in protecting children should be respected. Therefore, we disagree with Rowles J.A. that a court should be reluctant to draw an inference of harm simply because of the intrusion of the legislation into the private sphere. Parliament was justified in having a reasonable apprehension that works of the imagination would be harmful to children and society.

En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à son analyse. Comme nous l'avons expliqué précédemment, le préjudice que le législateur a tenté de prévenir en adoptant le par. 163.1(4) du *Code criminel* dépasse le préjudice résultant de l'utilisation d'enfants pour produire de la pornographie. Le législateur cherchait également à prévenir le préjudice qui découle de l'existence même d'images et de mots qui avilissent et déshumanisent les enfants, et à transmettre le message que les enfants ne sont pas des partenaires sexuels appropriés. Tous les facteurs contextuels qui sont en jeu en l'espèce indiquent qu'il y a lieu de respecter le choix que le législateur a fait des moyens de protéger les enfants. Nous ne sommes donc pas d'accord avec le juge Rowles pour dire qu'un tribunal devrait hésiter à déduire l'existence d'un préjudice en raison simplement de l'atteinte que la mesure législative en cause porte à la vie privée. Le législateur avait raison de craindre que des œuvres de fiction ne causent un préjudice aux enfants et à la société.

218 With respect to visual representations which depict children engaged in explicit sexual activity, and visual representations where the dominant characteristic is the depiction, for a sexual purpose, of a sexual organ or the anal region of a child, the focus must be on the harm of their message and not on the intent or identity of their creator. McLachlin C.J. is of the view that Parliament's concern with "explicit sexual activity" is limited to "visual representations near the extreme end of the spectrum" (para. 47). She implies that "nudity or intimate sexual activity" (para. 49) is required for material to be caught by the law. In our view, this approach is not consistent with an interpretation which focusses on the purpose of the legislation, which is to prevent the harms that arise from the possession of child pornography. To ensure that Parliament's purpose is fulfilled, when deciding on the correct interpretation of the terms in s.

En ce qui concerne les représentations d'enfants qui se livrent à une activité sexuelle explicite et les représentations dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, des organes sexuels ou de la région anale d'un enfant, l'accent doit être mis sur le préjudice causé par leur message et non pas sur l'intention ou l'identité de leur auteur. Le juge en chef McLachlin est d'avis que le législateur entend par « activité sexuelle explicite » uniquement « la représentation d'actes situés presque à l'extrémité de l'éventail » (par. 47). Elle laisse entendre qu'il doit y avoir « nudité ou [. . .] activit[é] sexuell[e] intim[e] » (par. 49) pour que le matériel soit visé par la loi. Nous sommes d'avis que ce point de vue n'est pas compatible avec l'interprétation axée sur l'objectif de la loi, qui est de prévenir les préjudices résultant de la possession de pornographie juvénile. Pour garantir la réalisation de l'objectif du législateur, il

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

163.1(1), it is of overriding import to consider the content of the material which will fall just outside the scope of the prohibition. For example, this consideration motivated the decision in *United States v. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), which refused to create "an absolute immunity for pornographers who pander to pedophiles by using as their subjects children whose genital areas are barely covered" (p. 752).

Visual images which do not use children in their creation can also convey a message of degradation and dehumanization. For example, in *R. v. Pointon*, Man. Prov. Ct., October 23, 1997), the accused had in his possession hundreds of types of hand-drawn pornography and written text. The majority of the drawings in his possession portrayed children under the age of 10 engaged in various types of explicit sexual activity with each other and with adults. Amongst the pictures was one entitled "The Family Secret" which depicted two young girls, one in the act of fellatio with an adult male. The caption below the picture read: "What started as a simple weekend at the cabin with daddy became incest". This case suggests that drawings, sketches and other works of the imagination are valuable to paedophiles in their collections.

Parliament was justified in concluding that such works of the imagination would harm children. The majority held in *Irwin Toy*, *supra*, at p. 999, that "[t]his Court will not, in the name of minimal impairment, take a restrictive approach to social science evidence and require legislatures to choose the least ambitious means to protect vulnerable groups." Similarly, in *Thomson Newspapers*, *supra*, Bastarache J. made the following observation with respect to materials which degrade and dehumanize vulnerable groups, at para. 116:

Canadians presume that expressions which degrade individuals based on their gender, ethnicity, or other personal factors may lead to harm being visited upon them

est absolument important, au moment de décider de l'interprétation correcte du par. 163.1(1), de prendre en considération le contenu du matériel qui échappe tout juste à l'interdiction. Cette prise en considération a notamment motivé l'arrêt *United States c. Knox*, 32 F.3d 733 (3rd Cir. 1994), dans lequel on a refusé de créer [TRADUCTION] « une immunité absolue pour les pornographes qui encouragent bassement les pédophiles en utilisant comme sujets des enfants dont les organes génitaux sont à peine couverts » (p. 752).

219 Les images visuelles dont la création n'implique pas l'utilisation d'enfants peuvent aussi transmettre un message d'avilissement et de déshumanisation. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Pointon* (C. prov. Man., 23 octobre 1997), l'accusé avait en sa possession des centaines de dessins et de textes pornographiques. La majorité des dessins en sa possession représentaient des enfants de moins de 10 ans en train de se livrer à divers types d'actes sexuels explicites entre eux et avec des adultes. L'une des images, intitulée [TRADUCTION] « Secret de famille », représentait deux jeunes filles, dont l'une faisait une fellation à un adulte. La légende sous l'image se lisait ainsi : [TRADUCTION] « Ce qui a commencé par une simple fin de semaine au chalet avec papa s'est terminé par un inceste ». Cette affaire indique que les dessins, croquis et autres œuvres de fiction ont de la valeur pour les pédophiles qui les collectionnent.

220 Le législateur était fondé de conclure que de telles œuvres de fiction causeraient un préjudice aux enfants. Dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 999, les juges majoritaires ont statué que la « Cour n'adoptera pas une interprétation restrictive de la preuve en matière de sciences humaines, au nom du principe de l'atteinte minimale, et n'obligera pas les législatures à choisir les moyens les moins ambitieux pour protéger des groupes vulnérables ». De même, dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 116, le juge Bastarache a fait l'observation suivante au sujet du matériel qui avilit et déshumanise des groupes vulnérables :

Les Canadiens présument que les formes d'expression qui avilissent des individus du fait de leur sexe, de leur origine ethnique ou d'autres caractéristiques person-

because this is within most people's everyday experience. In part, this is because of what we know and perhaps have experienced in our own lives about degrading representations of our personal identity. In part, it is because we know that groups which have historically been disadvantaged in economic or social terms are vulnerable to such expression. In part, it is because our values encourage us to be solicitous of vulnerable groups and to err on the side of caution where their welfare is at stake. In part, it is based on the short logical leap that degrading representations, and exhortation of certain views which degrade the humanity of others, can beget that behaviour.

nelles peuvent finir par leur être préjudiciables, parce qu'il s'agit d'une situation qu'ils sont pour la plupart à même de constater dans leur quotidien. Cela s'explique, en partie, par le fait que chacun d'entre nous a eu connaissance, dans sa propre vie, de l'effet de représentations dégradantes sur son identité personnelle ou en a peut-être fait l'expérience, et, en partie, par le fait que nous savons que les groupes qui ont été défavorisés dans le passé sur le plan économique ou social sont vulnérables à cette forme d'expression. Cela s'explique aussi par le fait que nos valeurs nous encouragent à faire montre de sollicitude à l'endroit des groupes vulnérables et à pécher par excès de prudence quand leur bien-être est en jeu. Cela s'explique en outre en partie par la facilité avec laquelle il est possible de conclure que les représentations dégradantes et la défense de certaines idées qui avilissent autrui peuvent engendrer un tel comportement.

Given the low value of the speech at issue in this case, and the fact that it undermines the *Charter* rights of children, Parliament was justified in its concern to include visual works of the imagination in its definition of child pornography.

Compte tenu de la faible valeur du discours en cause en l'espèce et du fait qu'il mine les droits garantis aux enfants par la *Charte*, le législateur était fondé de vouloir inclure les œuvres visuelles de fiction dans sa définition de la pornographie juvénile.

221 Rowles J.A. found that the inclusion of written material was particularly troublesome in the context of the possession offence and found that the law was too broad in capturing written works of the imagination. In her view, the inclusion of material that is only a record of the author's private thoughts (and not shown to anyone), came very close to criminalizing objectionable thoughts. In our view, the inclusion of written materials in the offence of possession does not amount to thought control. The legislation seeks to prohibit material that Parliament believed was harmful. The inclusion of written material which advocates and counsels the commission of offences against children is consistent with this aim, since, by its very nature, it is harmful, regardless of its authorship.

Le juge Rowles a conclu que l'inclusion de matériel écrit était particulièrement préoccupante dans le contexte de l'infraction de possession et elle a décidé que la loi avait une portée excessive du fait qu'elle visait des œuvres de fiction écrites. À son avis, l'inclusion de matériel qui n'est que la consignation des pensées personnelles de l'auteur (et qui n'est pas montré à qui que ce soit) s'apparentait de très près à la criminalisation des pensées répréhensibles. Selon nous, l'inclusion de matériel écrit dans l'infraction de possession n'équivaut pas à la censure des pensées. La mesure législative tente d'interdire le matériel que le législateur estime préjudiciable. L'inclusion de l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions contre des enfants est compatible avec cet objectif car, de par sa nature même, un tel écrit est préjudiciable, peu importe qui en est l'auteur.

222 In examining whether the prohibition of the possession of written child pornography minimally impairs the right to free expression, we must bear in mind that only material which advocates or counsels the commission of an offence against a

Pour déterminer si l'interdiction de la possession de pornographie juvénile écrite porte le moins possible atteinte au droit à la liberté d'expression, il faut se rappeler que la définition de l'al. 163.1(1)*b*) ne vise que le matériel qui préconise ou

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

child is included in the definition set out in s. 163.1(1)(*b*). We disagree with McLachlin C.J., at para. 59 of her reasons, where she finds that s. 163.1(1)(*b*) is overbroad with regard to some materials on the basis of their authorship and the intent of the possessor. The intent of the author or possessor of the material is not relevant to determining whether it advocates or counsels the commission of a crime. Section 163.1(1)(*b*) covers all written material which seeks to persuade the commission of offences against children. The focus of the inquiry must be on the content of the material itself and not on the circumstances in which it was created, nor on the form of the material, for example whether it be a novel, a poem or a diary. Any material which, upon examining the message which it conveys in the context of the piece as a whole, seeks to persuade the commission of sexual offences against children will be caught by the law. Thus, depending on the context, individual chronicles of sexual activity may well fall within the scope of the definition.

There is evidence to support Parliament's choice to include written material which advocates or counsels the commission of sexual offences against children. Dr. Collins testified that the cognitive distortions of paedophiles were reinforced by written materials which advocate sexual activity with children. Having such views expressed in written form would validate their beliefs about children. In his opinion, written pornography would also fuel the sexual fantasies of paedophiles, and in some cases could incite them to offend.

Similarly there was a great deal of testimony before the Standing Committee on Justice and the Solicitor General of the need to prohibit the possession of written materials which advocate or counsel the commission of sexual offences against children. Detective Waters testified about the publications and bulletins put forth by such groups as the North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). The organization and its publications advocate adult males having sex with young boys. It is self-described as the "most outspoken and affluent U.S. pedophile group that is affiliated to

conseille la perpétration d'une infraction contre un enfant. Nous ne sommes pas d'accord avec le juge en chef McLachlin lorsqu'elle conclut, au par. 59 de ses motifs, que l'al. 163.1(1)*b*) a une portée excessive dans certains cas en raison de l'auteur du matériel et de l'intention de celui qui le possède. L'intention de l'auteur ou du possesseur n'est aucunement pertinente pour déterminer si le matériel en question préconise ou conseille la perpétration d'un crime. L'alinéa 163.1(1)*b*) vise tout écrit qui a pour objet d'inciter à commettre des infractions contre des enfants. L'analyse doit porter sur le contenu du matériel même et non sur les circonstances de sa création ni sur la forme qu'il revêt, qu'il s'agisse par exemple d'un roman, d'un poème ou d'un journal intime. La loi s'applique à tout matériel qui, d'après le message qu'il transmet globalement, a pour objet d'inciter à commettre des infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Partant, selon le contexte, les chroniques personnelles relatant des actes sexuels peuvent bien être visées par la définition.

223 Il existe des éléments de preuve à l'appui du choix du législateur d'inclure l'écrit qui préconise ou conseille la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le D[r] Collins a témoigné que les distorsions cognitives des pédophiles étaient renforcées par les écrits qui préconisent l'activité sexuelle avec des enfants. L'expression écrite de tels points de vue validerait leurs convictions au sujet des enfants. À son avis, la pornographie écrite alimenterait aussi les fantasmes sexuels des pédophiles et pourrait dans certains cas les inciter à commettre des crimes.

224 De même, de nombreux témoins devant le Comité permanent de la justice et du Solliciteur général ont aussi souligné la nécessité d'interdire la possession de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions d'ordre sexuel contre des enfants. Le détective Waters a témoigné au sujet des publications et des bulletins diffusés par des groupes comme la North American Man-Boy Love Association (NAMBLA). Cet organisme et ses publications préconisent les rapports sexuels entre hommes et jeunes garçons. L'organisme se décrit lui-même comme [TRADUCTION] « le plus en

pedophile groups world-wide". Detective Waters testified that a number of members of the group had been arrested for sexual offences involving children. She noted that in the December 1992 *Bulletin*, on p. 4, NAMBLA commented that their New Zealand affiliate AMBLA was having problems due to the introduction of strict laws relating to the possession of child pornography and that later, AMBLA folded due to these laws (March 1993 *Bulletin*, at p. 3). The inclusion of the private possession of written materials which advocate or counsel the commission of offences against children, therefore, is not redundant and furthers the objective of preventing harm to children and society in a manner that the prohibition of their production and distribution alone could not.

vue et le mieux financé des groupes de pédophiles américains affiliés aux groupes de pédophiles internationaux ». Le détective Waters a affirmé que certains membres de ce groupe avaient été arrêtés pour des infractions d'ordre sexuel impliquant des enfants. Elle a souligné que, dans son bulletin, la NAMBLA avait indiqué que sa filiale de Nouvelle-Zélande, l'AMBLA, connaissait des difficultés en raison de l'adoption de dispositions strictes visant la possession de pornographie juvénile (bulletin de décembre 1992, p. 4) et qu'elle avait dû mettre fin à ses activités à cause de ces dispositions (bulletin de mars 1993, p. 3). L'inclusion de la possession personnelle de matériel écrit préconisant ou conseillant la perpétration d'infractions contre des enfants ne fait donc pas double emploi et favorise la réalisation de l'objectif de prévention du préjudice contre les enfants et la société d'une manière qui serait impossible si seules la production et la distribution de ce matériel étaient interdites.

225 We turn now to the second ground upon which Rowles J.A. found that s. 163.1(4) did not minimally impair the s. 2(*b*) guarantee, namely that the provision applies to teenagers between the ages of 14 and 17 who keep videotapes or pictures of themselves engaged in explicit sexual activity or who keep pictures of themselves, the dominant purpose of which is the depiction of their sexual organs or anal regions for a sexual purpose. In our view, when viewed in its context, this effect of the provision is a reasonable limit on teenagers' freedom of expression.

Le deuxième motif invoqué par le juge Rowles pour conclure que le par. 163.1(4) ne porte pas le moins possible atteinte à la garantie de l'al. 2*b*) est que la disposition s'applique aux adolescents de 14 à 17 ans qui conservent des films vidéo ou des photos de leurs activités sexuelles explicites ou qui conservent des photos d'eux-mêmes dont la caractéristique dominante est la représentation, dans un but sexuel, de leurs organes sexuels ou de leur région anale. À notre avis, lorsqu'il est examiné dans ce contexte, cet effet de la disposition législative est une limite raisonnable imposée à la liberté d'expression des adolescents.

226 The definition of "child" as "a person under the age of eighteen years" is justified in light of the objective of the prohibition of child pornography. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, Parliament has prohibited such conduct in certain contexts. Section 153 of the *Criminal Code* prohibits sexual contact between adolescents and those who are in a position of trust towards them. Section 212(4) makes it illegal to obtain for consideration, or to communicate for the purpose of obtaining for consideration, the sexual services of a person under

La définition de l'« enfant » comme étant « une personne âgée de moins de dix-huit ans » est justifiée eu égard à l'objectif d'interdiction de la pornographie juvénile. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement avoir des rapports sexuels, le législateur a interdit de tels comportements dans certains contextes. L'article 153 du *Code criminel* interdit tout contact sexuel entre un adolescent ou adolescente et une personne qui est en situation de confiance vis-à-vis d'eux. En vertu du par. 212(4), il est illégal d'obtenir, moyennant rétribution, les services sexuels d'une personne

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

the age of 18. The common purpose underlying both of these sections is the prevention of the sexual exploitation of adolescents. Parliament's definition of "children" is also consistent with the definition of a child in the *Convention on the Rights of the Child*. Article 1 defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless under the law applicable to the child, majority is attained earlier". This international convention requires that Canadian children under the age of 18 be protected as a class. A review of adolescent child pornography cases reveals that there is also a great risk that they are exploited in its creation.

âgée de moins de 18 ans ou de communiquer avec une telle personne pour tenter d'obtenir, moyennant rétribution, des services de cette nature. Ces deux dispositions ont pour objectif commun de prévenir l'exploitation sexuelle des adolescents. La définition que le législateur donne du mot « enfant » est également compatible avec celle donnée par la *Convention relative aux droits de l'enfant* dont le premier article définit l'enfant comme étant « tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable ». Cette convention internationale exige que les enfants canadiens de moins de 18 ans soient protégés en tant que catégorie de personnes. L'examen de la jurisprudence en matière de pornographie juvénile impliquant des adolescents permet de constater l'existence d'un risque élevé qu'ils soient eux aussi exploités pour produire cette forme de pornographie.

In *R. v. Geisel*, Man. Prov. Ct., February 2, 2000, the accused was found in possession of 22 photographs of teenaged girls in various states of undress. In some of the photographs one of the teenaged girls was engaged in sexual activity with a teenaged boy. The accused had befriended the girls and had allowed one of them to stay at his house when she ran away from home. The girls would visit the accused and he would take photographs. Before taking the photographs the accused would provide the girls with alcohol which he described to them as "liquid cocaine" because it was so strong. In *Jewell*, *supra*, the accused Gramlick produced his own pornographic videotapes involving 12 children whose ages ranged from 11 to 17. Five of the boys were under the age of 14 and were filmed engaging in sexual acts with each other and with adult men, including a prostitute. The boys used in the pornography "were generally described as being from impoverished and broken homes" (p. 274). They were enticed into performing by rewards of money, cigarettes and gifts. The other accused, Jewell, videotaped his sexual activities with 12 boys, the youngest of whom was 10 years old. Some of them had no knowledge that they were being filmed. Again, money, cigarettes and alcohol were used as bribes. "In some

227

Dans l'affaire *R. c. Geisel* (C. prov. Man., 2 février 2000), l'accusé a été trouvé en possession de 22 photos d'adolescentes plus ou moins dévêtues. Sur certaines photos, on pouvait voir l'une des adolescentes en train de se livrer à une activité sexuelle avec un adolescent. L'accusé s'était lié d'amitié avec les jeunes filles et avait permis à l'une d'elles de demeurer chez lui pendant qu'elle était en fugue. L'accusé prenait des photos quand les jeunes filles lui rendaient visite. Avant de prendre les photos, il leur servait de l'alcool qu'il leur présentait comme de la « cocaïne liquide », tellement il était fort. Dans l'affaire *Jewell*, précitée, l'accusé Gramlick avait produit ses propres vidéocassettes pornographiques représentant 12 enfants de 11 à 17 ans. Cinq des garçons avaient moins de 14 ans et avaient été filmés alors qu'ils se livraient à des actes sexuels entre eux et avec des hommes adultes, dont un prostitué. Les garçons en cause [TRADUCTION] « ont été décrits d'une manière générale comme provenant de familles pauvres et désunies » (p. 274). Ils étaient amenés à se livrer à ces actes en échange d'argent, de cigarettes et de cadeaux. L'autre accusé, Jewell, avait enregistré sur bande vidéo ses ébats sexuels avec 12 garçons, dont le plus jeune était âgé de 10 ans. Certains ignoraient qu'ils étaient filmés. Là encore, l'ar-

instances, [Jewell] posed as a friendly father figure, who disguised his house as a place of refuge when the young boys left their homes. He took some of the boys on trips unavailable to them in their own homes, to places like Disneyworld in Florida and Canada's Wonderland. There was evidence that he shared these boys with Gramlick and other associates" (p. 276).

gent, les cigarettes et l'alcool servaient d'appât. [TRADUCTION] « Dans certains cas, [Jewell] jouait le rôle d'un père amical qui accueillait chez lui les jeunes garçons en fugue. Il avait emmené certains d'entre eux dans des voyages, qui n'étaient pas à leur portée chez eux, notamment à Disneyworld en Floride et à Wonderland au Canada. La preuve indiquait qu'il partageait ces garçons avec Gramlick et d'autres acolytes » (p. 276).

228 A recent case before this Court further reveals the exploitation that can occur once pornographic representations of adolescents exist. In *R. v. Davis*, [1999] 3 S.C.R. 759, the accused was charged with sexually assaulting several complainants. One of the complainants was 15-16 years old at the time. The accused had posed as a photographer who could launch the complainant's modelling career. He took nude photographs of the complainant and afterwards refused to show them to her. Eventually she asked for the negatives of the pictures. The accused told her that if she wanted the negatives she would have to perform sexual acts with him, and that if she refused, he would send the photographs to her mother.

Une affaire récente portée devant notre Cour révèle en outre l'exploitation qui peut survenir une fois qu'il existe des représentations pornographiques d'adolescents. Dans *R. c. Davis*, [1999] 3 R.C.S. 759, l'inculpé avait été accusé d'avoir agressé sexuellement plusieurs plaignantes. L'une d'elles était âgée de 15 ou 16 ans à l'époque. L'accusé s'était présenté comme un photographe en mesure de lancer la carrière de mannequin de la plaignante. Il a photographié la plaignante nue et a ensuite refusé de lui montrer les photos qu'il avait prises. Celle-ci lui a finalement demandé les négatifs. L'accusé lui a répondu que, si elle voulait les négatifs, elle devrait avoir des rapports sexuels avec lui et que, si elle refusait, il enverrait les photos à sa mère.

229 These cases illustrate the very real harm which can be visited upon adolescents between the ages of 14 and 17. In each one, however, the exploitation involved in the production of the pornographic videotapes and pictures would not be evident from viewing them. It is impossible, from looking at a picture, to determine that the adolescent depicted therein has not been exploited. Hence, Parliament had a strong basis for concluding that the age limit in the definition of child pornography should be set at 18 in order to protect all children from the harm of being used in the production of child pornography. The provision recognizes, as do ss. 153 and 212(4) of the *Criminal Code*, that while adolescents may be capable of consenting to sexual activity, their consent is vitiated in circumstances where there is a possibility that they may be exploited.

Ces cas illustrent le préjudice très réel qui peut être causé à des adolescents de 14 à 17 ans. Toutefois, dans chaque cas, il ne ressortait pas clairement des films vidéo et des photos pornographiques que leur production avait comporté une part d'exploitation. Il est impossible, en regardant une photo, de dire que l'adolescent qui y est représenté n'a pas été exploité. Le législateur était donc solidement fondé à conclure que la limite d'âge dans la définition de la pornographie juvénile devrait être fixée à 18 ans afin de protéger tous les enfants contre le préjudice résultant de leur utilisation pour produire de la pornographie juvénile. À l'instar de l'art. 153 et du par. 212(4) du *Code criminel*, cette disposition reconnaît que même si les adolescents peuvent être capables de consentir à des activités sexuelles, leur consentement est vicié dans des circonstances où il est possible qu'ils soient exploités.

230 Rowles J.A. suggested that s. 163.1(4) could be tailored more effectively to protect teenagers who

Le juge Rowles a affirmé que le par. 163.1(4) pourrait être adapté plus efficacement pour proté-

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

are in possession of erotic pictures or videotapes of themselves. She noted that the Australian State of Victoria had provided a defence to the possession of child pornography when the minor, or one of the minors depicted in the film or photograph is the defendant. In our view, such a defence would undermine Parliament's objective of protecting all children. Some adolescents under the age of 18 sexually exploit other children. Rix Rogers, in *Reaching for Solutions* (1990) (the Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada), at pp. 18-19, referred to survey findings showing that 30 percent of sex offenders in Canada are under the age of 18. Similarly, the Fraser Committee found as follows (vol. 1, at p. 25):

> [There is] the real possibility that young persons of 16 or 17 . . . may be involved in taking advantage of still younger children, by introducing them to prostitution, to performing in pornographic displays for filming, and so on. Such exploitation might be of the older child's own motion, or it might be engineered by adults who perceive the advantage in having as fronts those who are free from serious criminal responsibility.

(See also R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), at p. 214, citing studies including a 1996 paper in the *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* estimating that "adolescents commit over 50 percent of sexual offenses perpetrated against children under twelve years of age".) Thus, there is no guarantee, even when a teenager is in possession of a pornographic picture or videotape depicting himself or herself, that it was created in a consensual environment or that the photograph or videotape will not be used by the teenager to groom other children into engaging in sexual conduct. The latter point demonstrates that this material has the potential to exploit children even in the hands of those who are depicted in it.

ger les adolescents qui ont en leur possession des photos ou des films vidéo érotiques d'eux-mêmes. Elle a fait remarquer que l'État australien de Victoria a prévu un moyen de défense opposable dans les cas de possession de pornographie juvénile, lorsque le mineur ou l'un des mineurs représentés dans le film ou la photo est le défendeur. À notre avis, un tel moyen de défense minerait l'objectif du législateur de protéger tous les enfants. Certains adolescents de moins de 18 ans exploitent sexuellement d'autres enfants. Dans *À la recherche de solutions* (1990) (le rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada), p. 20-21, Rix Rogers fait état des résultats d'un sondage qui montrent que 30 pour 100 des délinquants sexuels au Canada ont moins de 18 ans. De même, le comité Fraser a tiré la conclusion suivante (vol. 1, p. 26) :

> Il est cependant tout à fait possible, dans ce contexte, que des mineurs de 16 ou 17 ans [. . .] participent à l'exploitation d'enfants encore plus jeunes, en les amenant par exemple à la prostitution ou à l'exécution de spectacles pornographiques destinés à être filmés. Une telle exploitation pourrait être le fruit de l'initiative du mineur plus âgé, ou de sa manipulation par des adultes soucieux de se dissimuler derrière des « enfants de paille » n'ayant pas le même degré de responsabilité pénale.

(Voir aussi R. J. R. Levesque, *Sexual Abuse of Children: A Human Rights Perspective* (1999), p. 214, où sont citées des études, dont un exposé de 1996 paru dans le *Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry* selon lequel [TRADUCTION] « les adolescents commettent plus de 50 pour 100 des infractions d'ordre sexuel dont sont victimes les enfants de moins de douze ans ».) Même dans le cas où un adolescent a en sa possession une photo ou une bande vidéo pornographique de lui-même, rien ne garantit que ce matériel a été créé dans un environnement consensuel ou qu'il ne sera pas utilisé par l'adolescent pour initier d'autres enfants aux rapports sexuels. Il s'ensuit donc que ce matériel est susceptible de servir à l'exploitation d'enfants même lorsqu'il se trouve entre les mains de personnes qui y sont représentées.

231 Thus, we cannot agree with the approach to this issue taken by McLachlin C.J. The inclusion of teenage pornography in s. 163.1(4) is consistent with the legislative purpose of providing for the effective protection of children by reducing the potential for harm caused by pornographic material. McLachlin C.J. is not persuaded that auto-depictions of teenage sexual activity are harmful. With respect, Parliament was justified in restricting teenagers from creating a permanent record of their sexual activity. While adolescents between the ages of 14 and 17 may legally engage in sexual activity, the creation of a permanent record of such activity has consequences which children of that age may not have sufficient maturity to understand, as illustrated in *Davis*, *supra*. Furthermore, the Fraser Committee recognized that children, because of their vulnerability, are not always accorded the same autonomy as adults. It states (vol. 2, at p. 561):

> We do not, for example, consider that the principles of individual liberty and responsibility can be applied to children to the same extent as they can to adults. Children may well have valid claims to autonomy in wide ranges of conduct. However, the liberty to engage in behaviour which is regarded as harmful will be withheld from children with more frequency than it is withheld from adults. Various justifications may be offered for this. The child may be too young or inexperienced to appreciate the harmfulness of the behaviour, or its nature or extent. In addition, quite apart from the characteristics and maturity of the individual child, adult society may be protective of the state of childhood, which is seen as a time, firstly, for the enjoyment of innocence and, then, gradually, for development out of innocence. The exposure to certain kinds of influence or behaviour may be seen as a disruption of the valuable process of gradual maturation.
>
> . . . In the case of pornography . . . we think that there is strong justification for treating children as vulnerable, and effecting some decrease in their liberty.

Parliament made a legitimate policy decision in determining that the possession of adolescent self-

Par conséquent, nous ne pouvons souscrire au point de vue que le juge en chef McLachlin adopte à cet égard. L'inclusion de la pornographie impliquant des adolescents dans le par. 163.1(4) est compatible avec l'objectif législatif de protéger efficacement les enfants en réduisant le risque de préjudice résultant du matériel pornographique. Le juge en chef McLachlin n'est pas convaincue que la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles est préjudiciable. En toute déférence, le législateur était justifié d'interdire aux adolescents de créer un enregistrement permanent de leurs activités sexuelles. Même si les adolescents de 14 à 17 ans peuvent légalement se livrer à des activités sexuelles, la création d'un enregistrement permanent de ces activités a des conséquences que les enfants de cet âge ne sont peut-être pas en mesure de comprendre en raison de leur maturité insuffisante, comme l'illustre l'affaire *Davis*, précitée. En outre, le comité Fraser a reconnu qu'en raison de leur vulnérabilité les enfants ne jouissent pas toujours de la même autonomie que les adultes. Voici ce qu'il affirme (vol. 2, p. 603) :

> Par exemple, nous ne croyons pas que les principes de liberté individuelle et de responsabilité peuvent s'appliquer avec la même force aux mineurs et aux adultes. Certes, les mineurs peuvent à juste titre revendiquer une certaine autonomie dans leurs actions, mais on les privera plus facilement que les adultes de la liberté de se livrer à des actes préjudiciables. Maints facteurs peuvent légitimer une telle réaction. L'enfant peut être trop jeune ou trop inexpérimenté pour bien comprendre la nocivité, la nature ou la portée de ses actes. En outre, nonobstant les différences de caractère et de maturité de chacun, la société adulte a souvent une attitude protectrice à l'égard des enfants, étant donné que cet âge doit être celui des joies de l'innocence, avant le passage à la maturité. Or, il se peut que le contact de certaines influences ou de certains comportements risque de troubler le caractère graduel et bénéfique de ce développement.
>
> . . . Dans le cas de la pornographie [. . .], nous croyons qu'il est tout à fait justifié de traiter les enfants comme des êtres vulnérables et d'imposer certaines limites à leur liberté.

Le législateur a pris une décision de politique légitime en interdisant la possession de matériel com-

2001 SCC 2 (CanLII)

depictions of sexual activity should be prohibited. Depictions of teenagers have the potential to be created in conditions which are exploitative and can be used to exploit other children. The Court should defer to Parliament's decision to restrict teenagers' freedom in this area. The worry that s. 163.1 interferes unduly with the freedom of expression of teenagers must also be addressed in light of the *Young Offenders Act*, another set of provisions designed to address children's special needs. Under this Act, any teenager convicted for possession of child pornography would have the benefit of a more lenient sentence and measures aimed at rehabilitation and social reintegration (see s. 20); he or she would also avoid the permanence of a criminal record.

In considering whether s. 163.1(4), in conjunction with the definition of child pornography, minimally impairs the guarantee of freedom of expression, it is important to bear in mind that the provision does not amount to a total ban on the possession of child pornography. The provision reflects an attempt by Parliament to weigh the competing rights and values at stake and achieve a proper balance. First, the definitional limits act as safeguards to ensure that only material that is antithetical to Parliament's objectives in proscribing child pornography will be targeted. Second, the legislation incorporates defences of artistic merit, educational, scientific or medical purpose, and a defence of the public good. With regard to the defence of artistic merit, McLachlin C.J. writes that "[a]ny objectively established artistic value, however small" (para. 63), provides a complete defence. In our view, the boundaries of the artistic merit defence do not need to be decided in this appeal, especially since the defence also applies to the prohibitions against the publication, distribution and sale of child pornography that are also found in s. 163.1. However, we would consider anomalous interpreting artistic merit to provide a complete defence in a case in which the same material would fail the artistic merit test under the obscenity provisions of the *Criminal Code*. We must give effect to Parliament's deliberate decision

portant la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. La représentation d'adolescents est susceptible d'être produite dans des conditions d'exploitation et peut servir à exploiter d'autres enfants. La Cour devrait s'en remettre à la décision du législateur de restreindre la liberté des adolescents dans ce domaine. La crainte que l'art. 163.1 ne porte indûment atteinte à la liberté d'expression des adolescents doit également être examinée en fonction de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui est un autre ensemble de dispositions destinées à répondre aux besoins particuliers des enfants. Suivant cette loi, l'adolescent reconnu coupable de possession de pornographie juvénile recevrait une peine moins sévère et bénéficierait de mesures de réadaptation et de réinsertion sociale (voir l'art. 20), sans compter qu'il échapperait à un casier judiciaire permanent.

232 Pour déterminer si le par. 163.1(4), conjugué à la définition de la pornographie juvénile, porte le moins possible atteinte à la garantie de liberté d'expression, il importe de se rappeler que cette disposition n'interdit pas complètement la possession de pornographie juvénile. Elle reflète une tentative de la part du législateur de soupeser les droits et valeurs opposés qui sont en jeu et d'établir un juste équilibre. Premièrement, les limites apportées par la définition garantissent que seul sera visé le matériel qui va à l'encontre des objectifs poursuivis par le législateur en interdisant la pornographie juvénile. Deuxièmement, la mesure législative prévoit des moyens de défense fondés sur la valeur artistique, sur l'existence d'un but éducatif, scientifique ou médical et sur le bien public. En ce qui concerne le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, le juge en chef McLachlin écrit au par. 63 que, « [t]oute valeur artistique objectivement établie, si minime soit-elle », constitue un moyen de défense suffisant. Nous estimons qu'il n'est pas nécessaire en l'espèce de délimiter le moyen de défense fondé sur la valeur artistique, étant donné particulièrement qu'il s'applique aussi à l'interdiction de la publication, de la distribution et de la vente de pornographie juvénile également prévue à l'art. 163.1. Cependant, il serait anormal, selon nous, de considérer que la valeur artistique constitue un moyen de

2001 SCC 2 (CanLII)

to avoid the term artistic "purpose", which it adopted for the educational, scientific and medical defences. Artistic merit must be determined with regard to composition and emphasis according to the criteria described in para. 64 of McLachlin C.J.'s reasons and through careful attention to artistic conventions, expert opinions and modes of production, display and distribution. Simply calling oneself an artist is not an absolute shield to conviction.

233 In light of the analysis above, we conclude that Parliament has enacted a law which is appropriately tailored to the harm it seeks to prevent. Therefore, we conclude that the impugned provision minimally impairs the rights guaranteed by s. 2(*b*).

(c) *Proportionality of Effects*

234 At this stage of the analysis we must examine whether the deleterious effects of the infringement are proportional to the salutary objective and effects of s. 163.1(4); see, e.g., *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 133; *Dagenais*, *supra*, at p. 889. In *Thomson Newspapers*, *supra*, at para. 125, Bastarache J. described this portion of the analysis as providing an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are explored in the first two stages of the analysis, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects, as measured by the values underlying the *Charter*.

235 We begin with an analysis of the salutary effects of the prohibition of the possession of child pornography. The greatest benefit to prohibiting the possession of child pornography is that it helps to prevent the harm to children which results from its production. By aiming to eradicate the legal market for such materials, the legislation acts as a powerful force to reduce the production of child pornography. By reaching into the private sphere,

défense suffisant dans un cas où le même matériel ne satisferait pas au critère de la valeur artistique dans le cadre des dispositions du *Code criminel* relatives à l'obscénité. Il nous faut respecter la décision délibérée du législateur d'éviter de parler de « but » artistique comme il l'a fait dans le cas des moyens de défense fondés sur le but éducatif, scientifique ou médical. La valeur artistique doit être évaluée en fonction de la composition et de l'idée maîtresse, conformément aux critères énoncés au par. 64 des motifs du juge en chef McLachlin, et en prêtant soigneusement attention aux conventions artistiques, aux opinions d'expert et aux modes de production, de présentation et de distribution. Il ne suffit pas de se dire artiste pour échapper à toute déclaration de culpabilité.

Compte tenu de l'analyse qui précède, nous concluons que le législateur a adopté une loi à la mesure du préjudice qu'elle vise à prévenir. Par conséquent, nous jugeons que la disposition contestée porte le moins possible atteinte aux droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

c) *La proportionnalité des effets*

À cette étape de l'analyse, il faut examiner si les effets préjudiciables de l'atteinte sont proportionnels à l'objectif et aux effets bénéfiques du par. 163.1(4) : voir, par exemple, *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 133; et *Dagenais*, précité, p. 889. Dans *Thomson Newspapers*, précité, par. 125, le juge Bastarache affirme que cette partie de l'analyse donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui sont étudiés au cours des première et deuxième étapes, si les avantages de la limitation sont proportionnels à ses effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*.

Commençons par l'analyse des effets bénéfiques de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile. L'avantage le plus important de cette interdiction est qu'elle contribue à prévenir le préjudice causé aux enfants par la production de pornographie juvénile. Du fait qu'elle vise à supprimer le marché légal de ce genre de matériel, la mesure législative est un moyen puissant de réduire la production de pornographie juvénile. En

2001 SCC 2 (CanLII)

2001 SCC 2 (CanLII)

the legislation extends protection to those children who are used in privately created pornographic materials. Section 163.1(4) also deters the use of child pornography in the grooming of children. The prohibition makes it more difficult for paedophiles to use child pornography to lower children's inhibitions towards sexual activity, and thus reduces the effectiveness of this abhorrent method of seduction. Similarly, the prohibition curbs the collection of child pornography by paedophiles. This protects children against sexual abuse by eliminating those materials which fuel paedophilic fantasies and incite paedophiles to commit sexual assaults. The prohibition of the possession of child pornography also helps to ensure that an effective law enforcement scheme can be implemented.

atteignant le domaine de la vie privée, elle étend sa protection aux enfants qui sont utilisés pour la production de matériel en privé. Le paragraphe 163.1(4) décourage aussi l'emploi de pornographie juvénile pour initier des enfants aux rapports sexuels. L'interdiction fait en sorte qu'il est plus difficile, pour les pédophiles, d'utiliser la pornographie juvénile pour vaincre les réticences des enfants à l'égard des activités sexuelles, ce qui a pour effet de diminuer l'efficacité de ce mode de séduction répugnant. De même, l'interdiction contribue à freiner l'accumulation de pornographie juvénile par les pédophiles, ce qui protège les enfants contre l'exploitation sexuelle en éliminant le matériel qui alimente les fantasmes pédophiliques et qui incite les pédophiles à commettre des agressions sexuelles. L'interdiction de la possession de pornographie juvénile contribue également à la mise en œuvre d'un régime efficace d'application de la loi.

The legislation is beneficial to society as a whole. Section 163.1(4) sends a clear message to all Canadians that the degradation and dehumanization of children, and their use as sexual objects for the gratification of adults is inappropriate. This benefits society by deterring the development of antisocial attitudes and complements the legislation's positive effect on children's rights. As the Fraser Committee noted, materials which use and depict children in a sexual way for the entertainment of adults undermine the rights of children by diminishing the respect to which they are entitled. The prohibition of the possession of such materials sends the message that the use of children as sexual objects is unacceptable, and thereby promotes children's position as equal members in society.

236 La mesure législative est bénéfique pour l'ensemble de la société. Le paragraphe 163.1(4) indique clairement aux Canadiens qu'il est inacceptable d'avilir et de déshumaniser les enfants et de les utiliser en tant qu'objets sexuels pour la gratification des adultes. Ce message bénéficie à la société en décourageant les comportements antisociaux et complète l'effet positif de la législation sur les droits des enfants. Comme l'a souligné le comité Fraser, les productions qui utilisent et représentent des enfants à des fins sexuelles pour le divertissement des adultes portent atteinte aux droits des enfants en sapant le respect auquel ils ont droit. L'interdiction de la possession de ce type de matériel indique que l'utilisation d'enfants en tant qu'objets sexuels est inacceptable, et elle favorise ainsi l'égalité des enfants comme membres de la société.

The impugned legislation is said to have a deleterious effect on both the right to free expression as guaranteed by s. 2(*b*) and on the value of privacy. We turn first to the effect of the provision on the freedom of expression. As we discussed above, the law does not trench significantly on speech possessing social value; there is a very tenuous connection between the possession of child pornogra-

237 On dit que la disposition législative contestée a un effet préjudiciable à la fois sur le droit à la liberté d'expression garanti par l'al. 2*b*) et sur la valeur de la vie privée. Examinons d'abord l'effet de cette disposition sur la liberté d'expression. Nous avons vu plus haut que la mesure législative n'entrave pas sensiblement le discours ayant une valeur sociale; il existe un lien très ténu entre la

phy and the right to free expression. At most, the law has a detrimental cost to those who find base fulfilment in the possession of child pornography.

238 As we have stated, we do not find objections to the restriction of auto-depictions of adolescent sexuality compelling. In our view, the provision is consistent with the protection of children and does not serve as an unjustified impediment to the self-fulfilment of adolescents. As the Fraser Committee noted, restrictions on children's liberties are sometimes necessary because of their vulnerability. The cases involving depictions of teenagers engaged in explicit sexual activity demonstrate that pornography depicting teenagers is sometimes produced under conditions of exploitation, rather than mutuality and consent. Any deleterious effect on the self-fulfilment of teenagers who produce permanent records of their own sexual activity in an environment of mutual consent is, therefore, far outweighed by the salutary effects on all children resulting from the prohibition of the possession of child pornography.

239 In most cases, the prohibition's restriction on expression will affect adults who seek fulfilment through the possession of child pornography. These adults seek to fulfill themselves by deriving sexual pleasure from images and writings which objectify and degrade children. It is important to emphasize that the self-fulfilment denied by the law is closely connected to the harm to children. The benefits of the prohibition of the possession of child pornography far outweigh any deleterious effect on the right to free expression.

240 The legislation affects privacy interests because it extends its reach into the home. However, we must be careful not to exaggerate the severity of this deleterious effect. The privacy of those who possess child pornography is also protected by the right against unreasonable search and seizure as

possession de pornographie juvénile et le droit à la liberté d'expression. Tout au plus, la mesure législative est coûteuse pour ceux qui s'épanouissent bassement dans la possession de pornographie juvénile.

Nous avons déjà précisé que nous ne jugeons pas convaincantes les objections à la restriction de la représentation par des adolescents de leurs propres activités sexuelles. À notre avis, la disposition en cause est compatible avec la protection des enfants et ne constitue pas une entrave injustifiée à l'épanouissement personnel des adolescents. Comme l'a souligné le comité Fraser, il est parfois nécessaire de restreindre la liberté des enfants en raison de leur vulnérabilité. La jurisprudence qui porte sur la représentation d'adolescents se livrant à des activités sexuelles explicites démontre que cette forme de pornographie est parfois produite dans des conditions d'exploitation plutôt que dans un contexte de consentement mutuel. Tout effet préjudiciable sur l'épanouissement personnel des adolescents qui produisent des enregistrements permanents de leurs propres activités sexuelles dans un contexte de consentement mutuel est donc largement transcendé par les effets bénéfiques, pour tous les enfants, de l'interdiction de la possession de pornographie juvénile.

Dans la plupart des cas, la restriction de l'expression par cette interdiction touche les adultes qui recherchent satisfaction dans la possession de pornographie juvénile. Ces adultes cherchent à s'épanouir en trouvant du plaisir sexuel dans des images et des écrits qui avilissent des enfants et en font des objets. Il importe de souligner que l'épanouissement personnel refusé par la loi est étroitement lié au préjudice causé à des enfants. Les avantages de l'interdiction de posséder de la pornographie juvénile l'emportent largement sur tout effet préjudiciable sur le droit à la liberté d'expression.

La mesure législative en cause a un effet sur le droit à la vie privée parce qu'elle s'applique jusque dans le domicile. Il faut toutefois prendre soin de ne pas exagérer la gravité de cet effet préjudiciable. La vie privée de ceux qui ont en leur possession de la pornographie juvénile est également

2001 SCC 2 (CanLII)

guaranteed by s. 8 of the *Charter*. Before any police investigation could take place within the home, a judicial officer would first have to make a determination that the law enforcement interests of the state were, in the particular situation, demonstrably superior to the affected individual's interest in being left alone. The law intrudes into the private sphere because doing so is necessary to achieve its salutary objectives. Child pornography is produced in private, and child pornography is used privately to entice children into sexual activity. Thus, the privacy interest restricted by the law is closely related to the specific harmful effects of child pornography.

protégée par le droit à la protection contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives garanti par l'art. 8 de la *Charte*. Pour qu'une enquête policière puisse être menée dans un domicile, un officier de justice doit avoir préalablement décidé que, dans les circonstances particulières en cause, l'intérêt de l'État à ce que la loi soit appliquée l'emporte manifestement sur l'intérêt de la personne touchée à ne pas être importunée. La mesure législative empiète sur la vie privée parce que la réalisation de ses objectifs bénéfiques l'exige. La pornographie juvénile est produite en privé et elle est utilisée en privé pour amener des enfants à se livrer à des activités sexuelles. Le droit à la vie privée qui est restreint par la loi est donc étroitement lié aux effets préjudiciables particuliers de la pornographie juvénile.

In examining the law's effect on privacy interests, it is important not to lose sight of the beneficial effects of the provision in protecting the privacy interests of children. When children are depicted in pornographic representations, the camera captures their abuse and creates a permanent record of it. This constitutes an extreme violation of their privacy interests. By criminalizing the possession of such materials, Parliament has created an incentive to destroy those pornographic representations which already exist. In our view, this beneficial effect on the privacy interests of children is proportional to the detrimental effects on the privacy of those who possess child pornography.

241 En examinant l'effet de la mesure législative sur le droit à la vie privée, il importe de ne pas perdre de vue les effets bénéfiques qu'elle a en protégeant le droit à la vie privée des enfants. Lorsque des enfants sont représentés dans du matériel pornographique, la caméra saisit leur exploitation et en crée un enregistrement permanent. Cela constitue une violation extrême de leur droit à la vie privée. La criminalisation, par le législateur, de la possession de matériel de cette nature a pour effet d'inciter à détruire les représentations pornographiques qui existent déjà. À notre avis, cet effet bénéfique sur le droit à la vie privée des enfants est proportionnel aux effets préjudiciables sur le droit à la vie privée des gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile.

When the effects of the provision are examined in their overall context, the benefits of the legislation far outweigh any harms to freedom of expression and the interests of privacy. The legislation hinders the self-fulfilment of a few, but this form of self-fulfilment is at a base and prurient level. Those who possess child pornography are self-fulfilled to the detriment of the rights of all children. The prohibition of the possession of such materials is thus consistent with our *Charter* values. It fosters and supports the dignity of children and sends the message that they are to be accorded equal respect with other members of the community. In

242 À notre avis, l'examen des effets de la mesure législative dans leur contexte global révèle que les avantages de cette mesure l'emportent largement sur toute atteinte à la liberté d'expression et au droit à la vie privée. Elle entrave l'épanouissement personnel d'une petite minorité, mais il s'agit d'un épanouissement personnel indigne et lascif. Les gens qui ont en leur possession de la pornographie juvénile s'épanouissent au détriment des droits de tous les enfants. L'interdiction de la possession de matériel de ce genre est donc compatible avec les valeurs consacrées par notre *Charte*. Elle favorise le respect de la dignité des enfants et indique qu'ils

2001 SCC 2 (CanLII)

our view, Parliament has enacted a law which is reasonable, and which is justified in a free and democratic society.

III. Disposition

243 We would allow the appeal and remit the charges for trial.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Gil D. McKinnon and Richard C. C. Peck, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: The Attorney General for New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian Police Association (CPA), the Canadian Association of Chiefs of Police (CACP) and Canadians Against Violence (CAVEAT): Danson, Recht & Freedman, Toronto.

ont droit à la même considération que tous les autres membres de la société. À notre avis, le législateur a adopté une mesure législative raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique.

III. Dispositif

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer les accusations au tribunal de première instance.

Pourvoi accueilli.

Procureur pour l'appelante : Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé : Gil D. McKinnon et Richard C. C. Peck, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse : The Public Prosecution Service (Appeals), Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Le procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba : Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Alberta Justice, Calgary.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des policiers (ACP), l'Association canadienne des chefs de police (ACCP) et les Canadiens contre la violence (CAVEAT) : Danson, Recht & Freedman, Toronto.

2001 SCC 2 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Evangelical Fellowship of Canada and the Focus on the Family (Canada) Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory, Toronto.

Solicitor for the interveners Beyond Borders, Canadians Addressing Sexual Exploitation (CASE), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) and the International Bureau for Children's Rights: David Matas, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers' Association : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance évangélique du Canada et la Focus on the Family (Canada) Association : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la British Columbia Civil Liberties Association : McAlpine Gudmundseth Mickelson, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Tory Tory, Toronto.

Procureur des intervenants Beyond Borders, les Canadiens opposés à l'exploitation sexuelle (COES), End Child Prostitution, Child Pornography and Trafficking in Children for Sexual Purposes (ECPAT) et le Bureau international des droits des enfants : David Matas, Winnipeg.

2001 SCC 2 (CanLII)

TAB 9

Little Sisters Book and Art Emporium, B.C. Civil Liberties Association, James Eaton Deva and Guy Allen Bruce Smythe *Appellants*

v.

The Minister of Justice and Attorney General of Canada, the Minister of National Revenue and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General for Ontario, the Canadian AIDS Society, the Canadian Civil Liberties Association, the Canadian Conference of the Arts, EGALE Canada Inc., Equality Now, PEN Canada and the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF) *Interveners*

INDEXED AS: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM *v.* CANADA (MINISTER OF JUSTICE)

Neutral citation: 2000 SCC 69.

File No.: 26858.

2000: March 16; 2000: December 15.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Legislation placing onus on importer to establish that goods are not obscene — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights

Little Sisters Book and Art Emporium, B.C. Civil Liberties Association, James Eaton Deva et Guy Allen Bruce Smythe *Appelants*

c.

Le ministre de la Justice et procureur général du Canada, le ministre du Revenu national et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Le procureur général de l'Ontario, la Société canadienne du SIDA, l'Association canadienne des libertés civiles, la Conférence canadienne des arts, EGALE Canada Inc., Equality Now, PEN Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: LITTLE SISTERS BOOK AND ART EMPORIUM *c.* CANADA (MINISTRE DE LA JUSTICE)

Référence neutre: 2000 CSC 69.

N° du greffe: 26858.

2000: 16 mars; 2000: 15 décembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importateurs tenus par la législation douanière de prouver que les marchandises ne sont pas obscènes — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière

2000 SCC 69 (CanLII)

and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71, 152(3) — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15.

Customs and excise — Importation of obscene goods — Customs legislation providing for interception and exclusion of obscene goods and setting out administrative review process — Gay and lesbian bookstore importing erotica from United States — Customs officials wrongly delaying, confiscating or prohibiting materials imported by bookstore on numerous occasions — Whether Customs legislation infringes freedom of expression or equality rights — Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 58, 71 — Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), Schedule VII, Code 9956(a).

The appellant bookstore, of which the individual appellants are the directors and controlling shareholders, carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe-sex advisory material and gay and lesbian erotica. Since its establishment in 1983, the store has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff* prohibits the importation of "[b]ooks, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that . . . are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*". At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification, pursuant to s. 58 of the *Customs Act*. The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual accompa-

porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 58, 71, 152(3) — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.), annexe VII, code 9956a).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15.

Douanes et accise — Importation de marchandises obscènes — Législation douanière pourvoyant à l'interception et à l'exclusion des marchandises obscènes et établissant un mécanisme de révision administrative — Importation de matériel érotique des États-Unis par une librairie gaie et lesbienne — Nombreux cas de retenues, confiscations et prohibitions erronées par les fonctionnaires des douanes de marchandises importées par la librairie — La législation douanière porte-t-elle atteinte à la liberté d'expression ou aux droits à l'égalité? — Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 58, 71 — Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.), annexe VII, code 9956a).

La librairie appelante, dont les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants, dispose d'un inventaire spécialisé s'adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment de la littérature gaie et lesbienne, de l'information de voyage, des périodiques d'intérêt général, des ouvrages universitaires sur l'homosexualité, des textes d'information sur les pratiques sexuelles sans risque d'infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Depuis sa constitution en 1983, la librairie importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Le code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes* prohibe l'importation de «[l]ivres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui [. . .] sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*». Au point d'entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*. Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande

2000 SCC 69 (CanLII)

nying Memorandum D9-1-1, which describes the type of materials deemed obscene by Customs. At the relevant time, an item considered "obscene" and thus prohibited was subject (under s. 60 of the Act) to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit, and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. Once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition under s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. Section 152(3) provides that in any proceeding under the Act the burden of proof in any question in relation to the compliance with the Act or the regulations in respect of any goods lies on the importer.

After a lengthy trial the trial judge found not only that the Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant bookstore on numerous occasions, but that these errors were caused by the "systemic targeting" of the store's importations. He concluded that the Customs legislation infringed s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but was justified under s. 1. Although he denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the trial judge issued a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that the Customs legislation had at times been construed and applied in a manner contrary to ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Charter*. The Court of Appeal, in a majority judgment, dismissed the appellants' appeal.

Held (Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The "reverse onus" provision under s. 152(3) of the *Customs Act* cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ.: The interpretation given to s. 163(8) of the *Criminal Code* in *Butler* does

partie en une comparaison, par l'inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le Mémorandum D9-1-1, qui décrit le genre de marchandises jugées obscènes par les Douanes. À l'époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande (en vertu de l'art. 60 de la Loi) l'objet d'une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d'une révision par le sous-ministre ou la personne désignée par celui-ci. Une fois ces recours administratifs épuisés, l'importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l'art. 67 de la Loi, d'abord auprès d'un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit, et enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Le paragraphe 152(3) prévoit que, dans toute procédure engagée sous le régime de la Loi, la charge de la preuve incombe à l'importateur pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises, à l'observation, à leur égard, de la Loi ou de ses règlements.

À la suite d'un long procès, le juge de première instance a estimé que non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par la librairie appelante, mais aussi que ces erreurs avaient été causées «par la prise systématique pour cibles» des importations de la librairie. Il a conclu que la législation douanière portait atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, mais qu'elle était justifiée au regard de l'article premier. Même s'il a refusé d'accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge de première instance a prononcé, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que la législation douanière avait à l'occasion été interprétée et appliquée d'une manière contraire à l'al. 2*b*) et au par. 15(1) de la *Charte*. La Cour d'appel a, à la majorité, rejeté l'appel des appelants.

Arrêt (les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli en partie. La disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue au par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne saurait constitutionnellement imposer à l'importateur la charge de prouver l'absence d'obscénité. La *Charte* garantit à l'importateur le droit de recevoir du matériel expressif à moins que l'État ne puisse justifier son refus de laisser entrer ce matériel.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie: L'interprétation qu'on a donnée du par. 163(8) du *Code crimi-*

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

not discriminate against the gay and lesbian community. The national community standard of tolerance relates to harm, not taste, and is restricted to conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning. While it is true that under s. 163(8) the "community standard" is identified by a jury or a judge sitting alone, a concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place. The Canadian community specifically recognized in the *Charter* that equality (and with it, the protection of sexual minorities) is one of the fundamental values of Canadian society. The standard of tolerance of this same Canadian community for obscenity cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way. *Butler* validates a broad range of sexually explicit expression as non-harmful.

nel dans l'arrêt *Butler* n'a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. La norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et elle se limite au comportement que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement. Quoiqu'il soit vrai que, dans l'application du par. 163(8), la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul, le souci de protéger la liberté d'expression de la minorité est l'un des principaux facteurs qui ont mené à l'adoption du critère de la collectivité nationale dans l'arrêt *Butler*. La collectivité canadienne a expressément reconnu dans la *Charte* que l'égalité (et avec elle la protection des minorités sexuelles) constituait l'une des valeurs fondamentales de la société canadienne. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d'obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d'expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne. L'arrêt *Butler* permet de considérer un large éventail de formes d'expression sexuellement explicites comme non préjudiciables.

The Constitution does not prohibit border inspections. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. If Parliament can prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibitions can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance. It was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and to leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level. There is no constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs treatment of constitutionally protected expressive material by legislation rather than by way of regulation or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the

La Constitution n'interdit pas les inspections frontalières. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d'entraîner des décisions erronées. Si le Parlement peut prohiber l'obscénité — et l'arrêt *Butler* a établi qu'il l'avait fait de manière valide — des prohibitions peuvent être prononcées tant aux frontières du pays qu'à l'intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d'obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou encore ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables s'applique dans de telles circonstances, si tant est qu'elle s'applique, mais avec beaucoup moins d'acuité. Il était loisible au Parlement, lorsqu'il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d'en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l'autorité du ministre. Tout manquement survenant à l'étape de la mise en œuvre, situation qui s'est clairement produite en l'espèce, peut être réglé à cette étape. Aucune règle constitutionnelle n'oblige le Parlement à prescrire au moyen d'une loi plutôt que d'un règlement ou même d'une directive ministérielle ou d'une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le

basis that its enactments will be applied constitutionally by the public service.

If Customs does not make a tariff classification within 30 days the importer's classification applies. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers. The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(*j*) of the *Customs Act* or ministerial directions to Customs officials.

The requirement in s. 60(3) of the Act that a re-determination of a tariff classification be made with "all due dispatch" must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. The trial judge found that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act.

A court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted as an appeal by way of a trial *de novo*.

It was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that carried at least some of the same titles as the appellant bookstore. Moreover, while sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a het-

matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte sont appliqués d'une manière conforme à la Constitution par les fonctionnaires.

Si les Douanes n'effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l'importateur s'applique. Le délai de 30 jours imparti pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs. La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d'autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d'effectuer le classement. Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l'al. 164(1)*j*) de la *Loi sur les douanes* ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes.

Il faut donner un sens à l'obligation faite par le par. 60(3) de la Loi de procéder à la révision du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n'y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. Le juge de première instance a constaté que certaines demandes de révision présentées en vertu de l'art. 63 avaient pris plus d'un an à être tranchées. Un tel délai n'est pas conforme à la Loi.

Un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*.

Il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l'a fait, que les appelants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d'intérêt plus général qui vendaient au moins certains des titres offerts par la librairie appelante. De plus, quoique l'orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l'art. 15 de la *Charte*, il s'agit clairement d'un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

erosexual nature. On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica). There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants violated their legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive material which they had every right to import.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. The appellant bookstore was targeted because it was considered "different". On a more general level, it is fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants' constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

The source of the s. 15(1) *Charter* violation is not the Customs legislation itself. There is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the legislation. A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well established

matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes qui importent des publications comparables de nature hétérosexuelle. De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien). Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbitraire et ont montré de l'indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu'ils avaient parfaitement le droit d'importer.

Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée. La librairie appelante a été visée parce qu'elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu'une forme d'expression qui se manifeste librement à l'intérieur du pays puisse faire l'objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu'elle traverse une frontière internationale et qu'elle tombe ainsi sous l'autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d'expression ne s'arrête pas à la frontière.

La source de la violation du par. 15(1) de la *Charte* n'est pas la législation douanière elle-même. Il n'y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. La définition de l'obscénité s'applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l'espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière. Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'applica-

that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter*. Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department's treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis in attacking the validity of the statute that conferred it.

tion de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte*. Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n'a pas été fait. Toutefois, le fait qu'un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l'a conféré.

As conceded by the Crown, the Customs legislation infringes s. 2(*b*) of the *Charter*. With the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, however, the legislation constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*. The *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly "prescribed by law". Parliament's legislative objective, which is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad, is pressing and substantial, and Customs procedures are rationally connected to that objective. Moreover, the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(*b*) rights of importers, apart from the reverse onus provision. Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures.

Comme l'a concédé la Couronne, la législation douanière porte atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*. À l'exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, toutefois, la législation constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n'est pas nulle pour cause d'imprécision ou d'incertitude et elle est donc validement «prescrite par une règle de droit». L'objectif visé par la loi fédérale en cause, qui est d'empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l'étranger, est urgent et réel, et les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif. De plus, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2*b*), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve. Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement.

Per Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): The majority's conclusion that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted is agreed with. The *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. There is also agreement

Les juges Iacobucci, Arbour et LeBel (dissidents en partie): La conclusion de la majorité selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés, est acceptée. Le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudi-

2000 SCC 69 (CanLII)

with the majority's conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials, although it will be very difficult to make the case of obscenity against a book.

The application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15 of the *Charter*. The Customs legislation does not itself violate s. 15(1), however, for the reasons given by the majority. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities, gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law*.

As properly conceded by the respondents, the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*. The legislation has been administered in an unconstitutional manner, but it is the legislation itself, and not only its application, that is responsible for the constitutional violations. Given the extensive record of *Charter* violations, there must be sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. The issue is not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. The government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will adequately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the rough and ready border screening procedure that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed.

ciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Sont également acceptées les conclusions de la majorité selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits, quoiqu'il soit très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre.

L'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15 de la *Charte*. Toutefois, pour les motifs exposés par la majorité, la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1). Bien qu'il soit possible d'affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaie et lesbienne, les gais et les lesbiennes ne cessent pas d'avoir accès au matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effet préjudiciable, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law*.

Comme l'ont à juste titre concédé les intimés, l'application de la législation douanière aux livres, aux magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2*b*) de la *Charte*. La loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle, mais c'est la loi elle-même, et non pas seulement son application, qui est responsable des violations constitutionnelles. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, le régime législatif lui-même doit comporter des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. La question en litige ne consiste pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d'expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d'une conduite exemplaire. En outre, ce n'est pas seulement la procédure sommaire de contrôle frontalier qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l'ensemble du système de révision de ces décisions initiales.

2000 SCC 69 (CanLII)

The government's burden under s. 1 of the *Charter* is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter* rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. This will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant. Many of the items seized in this case were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(*b*). While a more deferential approach is appropriate where, as here, the government is mediating between competing groups as a social policy maker, the Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

Conformément à l'article premier de la *Charte*, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de cette loi. L'examen d'un tel idéal hypothétique risque de permettre que même des violations flagrantes de droits garantis par la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent. Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2*b*). Quoiqu'une approche empreinte d'une plus grande déférence convienne lorsque, comme en l'espèce, le gouvernement joue, en tant qu'architecte de la politique sociale, le rôle d'arbitre entre des groupes opposés, la Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte*.

The substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard, and the limit on *Charter* rights is thus prescribed by law. The objective of the Customs legislation, which is to limit the importation of obscene materials into the country, is pressing and substantial. Preventing obscene materials from ever entering the country is a rational means of protecting society from harm. In light of the Customs legislation's failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, however, it is not minimally intrusive. The only accommodation made for expressive materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. This is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, makes it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level.

La norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d'obscénité, telle qu'elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible, et la restriction des libertés garanties par la *Charte* est donc prescrite par une règle de droit. L'objectif de la législation douanière, qui est de restreindre l'importation du matériel obscène au pays, est urgent et réel. Le fait d'empêcher du matériel obscène d'entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Toutefois, étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. La seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. Cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given the inherent dangers in a scheme of prior restraint at the border it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize these dangers. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu des dangers intrinsèques d'un régime de restriction préalable à la frontière, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum ces dangers. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

A minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. Customs officers have consistently failed to apply *Butler*'s command to consider the context and artistic merit of items under consideration. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

Un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

Moreover, the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. The detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants

De plus, les effets préjudiciables du régime douanier existant excèdent ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Les retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essuyé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Les avantages de la législation actuelle

will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. In the absence of any evidence that a scheme with more procedural safeguards would be impossible, it should not be assumed that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Code 9956(*a*) of the *Customs Tariff*. Given the fact that there were grave systemic problems in the administration of the law, the primarily declaratory remedy relied on by the majority is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. There are a number of options available to Parliament to remedy the current flaws in the Customs legislation. First, it could enact new legislation which properly safeguards the expressive rights at stake. Second, it could establish a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by frontline Customs officers. Finally, it could rely on the criminal law to deal with the importation of obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime.

Cases Cited

By Binnie J.

Applied: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; **disapproved in part:** *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinguished:** *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; **referred to:** *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549; *R. v. Jacob* (1996),

La réparation convenable à l'égard de l'atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956*a*) du *Tarif des douanes*. Étant donné l'existence de problèmes systémiques graves dans l'application de la loi, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet la majorité est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. Les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Le Parlement dispose d'un certain nombre de solutions pour remédier aux lacunes actuelles de la législation douanière. Premièrement, il pourrait adopter de nouvelles dispositions législatives protégeant adéquatement les droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Deuxièmement, il pourrait établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d'obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Enfin, il pourrait s'en remettre au droit criminel, plutôt qu'à un régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays.

Jurisprudence

Citée par le juge Binnie

Arrêt appliqué: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; **arrêt critiqué en partie:** *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL); **distinction d'avec les arrêts:** *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; **arrêts mentionnés:** *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d)

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

112 C.C.C. (3d) 1; *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495; *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37; *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By Iacobucci J. (dissenting in part)

R. v. Butler, [1992] 1 S.C.R. 452; *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681; *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick (Attorney General)*, [1996] 3 S.C.R. 480; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439; *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. v. H.*,

549; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1; *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495; *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37; *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par le juge Iacobucci (dissident en partie)

R. c. Butler, [1992] 1 R.C.S. 452; *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681; *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557; *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" c. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413 (1966); *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807; *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931); *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961); *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439; *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965); *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971); *M. c.*

[1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Mahe v. Alberta*, [1990] 1 S.C.R. 342; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85; *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Statutes and Regulations Cited

Canada Post Corporation Act, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42 [rep. & sub. c. 1 (2nd Supp.), s. 171].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(8).
Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), ss. 2, 58, 60, 63, 64 [am. c. 47 (4th Supp.), s. 52 (Sch., item 2(1)); am. 1992, c. 28, s. 15], 67 [rep. & sub. c. 47 (4th Supp.), s. 52 (Sch., item 2(2))], 68, 71 [am. c. 41 (3rd Supp.), s. 120], 99, 152(3), 164.
Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), s. 114.
Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Sch. VII, Code 9956(*a*).
Customs Tariff, S.C. 1997, c. 36, s. 166, Sch., Tariff item 9899.00.00.

Authors Cited

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, 4th ed., Book IV. Oxford: Clarendon Press, 1770.
Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, pp. 3605-6, 3608, 3611.
Canada. *House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, p. 4177.

H., [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85; *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(8).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur la Société canadienne des postes, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42 [abr. & rempl. ch. 1 (2e suppl.), art. 171].
Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), art. 2, 58, 60, 63, 64 [mod. ch. 47 (4e suppl.), art. 52 (ann., art. 2(1)); mod. 1992, ch. 28, art. 15], 67 [abr. & rempl. ch. 47 (4e suppl.), art. 52 (ann., art. 2(2))], 68, 71 [mod. ch. 41 (3e suppl.), art. 120], 99, 152(3), 164.
Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, ann. VII, code 9956*a*).
Tarif des douanes, L.C. 1997, ch. 36, art. 166, ann., numéro tarifaire 9899.00.00.
Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.), art. 114.

Doctrine citée

Bickel, Alexander M. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*, 2nd ed. New Haven: Yale University Press, 1986.
Blackstone, William. *Commentaires sur les lois anglaises*, t. 5. Traduit de l'anglais par N. M. Chompré. Paris: Bossange, 1823.
Borovoy, A. Alan. *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1988.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1re sess., 33e lég., 2 avril 1985, pp. 3605, 3606, 3608, 3611.
Canada. *Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 24e lég., 27 août 1958, p. 4388.

2000 SCC 69 (CanLII)

Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. "Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters* Case" (1996), 7 *Constitutional Forum* 103.

Cossman, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.". In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.

Emerson, Thomas I. "The Doctrine of Prior Restraint" (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.

Hickson, Ford. C. I., et al. "Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex" (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, looseleaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. "The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.

Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.

Lajoie, Andrée. "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338.

Lepofsky, M. David. "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation". In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.

McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.

Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.

Moon, Richard. "*R.* v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361.

Nead, Lynda. "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality". In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.

Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.

Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).

Cossman, Brenda, and Bruce Ryder. «Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters* Case» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103.

Cossman, Brenda, et al. *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision*. Toronto: University of Toronto Press, 1997.

Duggan, Lisa, Nan Hunter and Carole S. Vance. «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.». In Varda Burstyn, ed., *Women Against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985, 130.

Emerson, Thomas I. «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648.

Hickson, Ford. C. I., et al. «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, looseleaf ed., vol. 2. Scarborough, Ont.: Carswell (updated 1999, release 1).

Hogg, Peter W., and Allison A. Bushell. «The *Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures» (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75.

Island, David, and Patrick Letellier. *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence*. New York: Harrington Park Press, 1991.

Jeffreys, Sheila. *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution*. North Melbourne, Australia: Spinifex, 1993.

Lajoie, Andrée. «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338.

Lepofsky, M. David. «Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation». In Frank E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989*. Montreal: Yvon Blais, 1990, 1.

McElroy, Wendy. *XXX: A Woman's Right to Pornography*. New York: St. Martin's Press, 1995.

Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.

Moon, Richard. «*R.* v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361.

Nead, Lynda. «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality». In Nicholas Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader*. London: Routledge, 1998, 485.

Paglia, Camille. *Vamps & Tramps: New Essays*. New York: Vintage Books, 1994.

Renzetti, Claire M. *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships*. Newbury Park, Calif.: SAGE Publications, 1992.

Roach, Kent. *Constitutional Remedies in Canada*. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated October 1999, release No. 6).

2000 SCC 69 (CanLII)

Ryder, Bruce. "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada". In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), dismissing the appellants' appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), dismissing the appellants' application for a declaration pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Appeal allowed in part, Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Irene C. Faulkner*, for the appellants.

Judith Bowers, *Q.C.*, *Brian J. Saunders* and *Daniel Kiselbach*, for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue.

George H. Copley, *Q.C.*, and *Jeffrey M. Loenen*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

Christine Bartlett-Hughes and *Robert E. Houston*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

R. Douglas Elliott and *Patricia A. LeFebour*, for the intervener the Canadian AIDS Society.

Patricia D. S. Jackson and *Tycho M. J. Manson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Ryder, Bruce. «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada». In Klaus Petersen and Allan C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1999, 129.

Strossen, Nadine. *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights*. New York: Doubleday, 1995.

Tisdale, Sallie. *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex*. New York: Doubleday, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306, 160 D.L.R. (4th) 385, [1999] 12 W.W.R. 445, 109 B.C.A.C. 49, 177 W.A.C. 49, 125 C.C.C. (3d) 484, 54 C.R.R. (2d) 1, [1998] B.C.J. No. 1507 (QL), qui a rejeté l'appel formé par les appelants contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, 131 D.L.R. (4th) 486, [1996] B.C.J. No. 71 (QL), qui avait rejeté leur requête visant à obtenir une déclaration en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Pourvoi accueilli en partie, les juges Iacobucci, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Irene C. Faulkner*, pour les appelants.

Judith Bowers, *c.r.*, *Brian J. Saunders* et *Daniel Kiselbach*, pour les intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national.

George H. Copley, *c.r.*, et *Jeffrey M. Loenen*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

Christine Bartlett-Hughes et *Robert E. Houston*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

R. Douglas Elliott et *Patricia A. LeFebour*, pour l'intervenante la Société canadienne du SIDA.

Patricia D. S. Jackson et *Tycho M. J. Manson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

2000 SCC 69 (CanLII)

Frank Addario and *Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Conference of the Arts.

Cynthia Petersen, for the intervener EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, for the intervener Equality Now.

Jill Copeland, for the intervener PEN Canada.

Karen Busby and *Claire Klassen*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF).

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache and Binnie JJ. was delivered by

BINNIE J. — After a trial of considerable complexity lasting two months, the trial judge in this case concluded not only that Customs officials had wrongly delayed, confiscated, destroyed, damaged, prohibited or misclassified materials imported by the appellant on numerous occasions, but that these errors were caused "by the systemic targeting of Little Sisters' importations in the [Vancouver] Customs Mail Center". Little Sisters is a lesbian and gay bookshop owned by the appellants James Eaton Deva and Guy Bruce Smythe, who say their equality rights as gay men have been violated by the government's action. The store carried a specialized inventory catering to the gay and lesbian community which consisted largely of books that included, but was not limited to, gay and lesbian literature, travel information, general interest periodicals, academic studies related to homosexuality, AIDS/HIV safe sex advisory material and gay and lesbian erotica. It was not in the nature of a "XXX Adult" store. It was and is a boutique carrying a fairly broad range of inventory of interest to a special clientele. It was considered something of a

Frank Addario et *Ethan Poskanzer*, pour l'intervenante la Conférence canadienne des arts.

Cynthia Petersen, pour l'intervenante EGALE Canada Inc.

Janine Benedet, pour l'intervenante Equality Now.

Jill Copeland, pour l'intervenante PEN Canada.

Karen Busby et *Claire Klassen*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major, Bastarache et Binnie rendu par

LE JUGE BINNIE — À la suite d'un procès très complexe d'une durée de deux mois, le juge qui l'a présidé a estimé que, en l'espèce, non seulement les fonctionnaires des douanes avaient-ils, à de nombreuses reprises, erronément retenu, confisqué, détruit, endommagé, interdit et mal classé des marchandises importées par l'appelante, mais également que ces erreurs avaient été causées [TRADUCTION] «par la prise systématique pour cibles des importations de Little Sisters dans le centre de courrier des Douanes [de Vancouver]». Little Sisters est une librairie gaie et lesbienne appartenant aux appelants James Eaton Deva et Guy Bruce Smythe, qui disent que leurs droits à l'égalité en tant qu'hommes gais ont été violés par les actes du gouvernement. Le magasin dispose d'un inventaire spécialisé s'adressant à la communauté gaie et lesbienne et constitué principalement de livres, notamment — mais pas uniquement — de la littérature gaie et lesbienne, de l'information de voyage, des périodiques d'intérêt général, des ouvrages universitaires sur l'homosexualité, des textes d'information sur les pratiques sexuelles sans risque d'infection au SIDA/VIH ainsi que du matériel érotique gai et lesbien. Il ne s'agit pas d'une boutique «XXX pour adultes». Il s'agissait et il s'agit toujours d'une boutique offrant un inventaire assez diversifié et répondant aux intérêts d'une clientèle particulière. Ce magasin est consi- 1

2000 SCC 69 (CanLII)

"community centre" for Vancouver's gay and lesbian population.

2 The appellants concede that much of the material imported by Little Sisters consisted of erotica but have denied throughout that anything it has imported is obscene. If the erotica had been manufactured in Canada, the government would have had no legal basis to suppress it short of a successful prosecution under s. 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in which the state would have the onus of establishing obscenity.

3 We are told that Canada produces very little gay and lesbian erotica, obscene or otherwise, and Little Sisters therefore depends on foreign suppliers, mainly in the United States. The appeal therefore requires us to consider what limitations may constitutionally be placed on freedom of expression when "expression" crosses international boundaries, and to what extent the rights of importers must be balanced against the state's interest in preventing the importation of materials that the state considers to be harmful to society.

I. Facts

4 The appellant, Little Sisters Book and Art Emporium, is a corporation incorporated under the laws of British Columbia. The individual appellants are the directors and controlling shareholders of Little Sisters. The corporate appellant has a business interest and the individuals combine both business and personal interests. As all of the interests necessary to constitute this appeal are represented, there is no need to disentangle their specific corporate and individual interests, and I will generally refer to them collectively as "the appellants".

5 Since its establishment in 1983, Little Sisters has imported 80 to 90 percent of its erotica from the United States. For the last 15 years it has been a reluctant participant in a running battle with Canada Customs. Its foreign suppliers typically

déré comme une sorte de «centre communautaire» pour la population gaie et lesbienne de Vancouver.

Les appelants concèdent qu'une bonne partie du matériel importé par Little Sisters est de nature érotique, mais ils ont constamment nié que celle-ci importe du matériel obscène. Si le matériel érotique avait été fabriqué au Canada, le gouvernement n'aurait eu aucun fondement légal pour l'interdire, sauf s'il avait intenté avec succès, en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, des poursuites où l'État aurait eu le fardeau de prouver le caractère obscène du matériel.

On nous a dit que le Canada produit très peu de matériel érotique, obscène ou autre, destiné à la clientèle gaie et lesbienne, de sorte que Little Sisters dépend de fournisseurs étrangers, surtout américains. Il nous faut donc, dans le présent pourvoi, examiner les limites qui peuvent constitutionnellement être imposées à la liberté d'expression lorsque la «forme d'expression» en cause traverse des frontières internationales, ainsi que la mesure dans laquelle il faut pondérer les droits des importateurs et le droit de l'État d'interdire l'importation de matériel qu'il considère préjudiciable à la société.

I. Les faits

L'appelante Little Sisters Book and Art Emporium est une société constituée sous le régime des lois de la Colombie-Britannique. Les personnes physiques appelantes sont les administrateurs et les actionnaires dominants de Little Sisters. La société appelante a un intérêt commercial dans le présent pourvoi, tandis que les personnes physiques appelantes y ont à la fois un intérêt commercial et un intérêt personnel. Puisque tous les intérêts requis pour former le présent pourvoi sont représentés, il n'est pas nécessaire de démêler les intérêts commerciaux et individuels de chacune des parties appelantes, et je vais donc généralement les appeler collectivement «les appelants».

Depuis sa fondation en 1983, Little Sisters importe de 80 à 90 pour 100 de son matériel érotique des États-Unis. Au cours des 15 dernières années, elle a été engagée malgré elle dans une bataille incessante avec Douanes Canada. Ses four-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

insisted on payment within 30 days, yet administrative delays at Customs frequently held up shipments until months after they were paid for, and then, not infrequently, materials were seized or ordered returned to sender. In the usual course the appellants were given no reason for the seizure or return. Some of the suppliers refused to make further shipments.

nisseurs étrangers insistent habituellement pour être payés dans un délai de 30 jours, alors que les délais administratifs survenant aux Douanes entraînent fréquemment la retenue, pendant plusieurs mois après leur paiement, d'envois qui lui sont destinés. Il n'est pas rare que du matériel soit saisi ou fasse l'objet d'un ordre de renvoi à l'expéditeur. En règle générale, aucun motif n'est donné aux appelants pour expliquer la saisie ou le renvoi. Certains fournisseurs ont refusé de faire d'autres envois.

In very detailed and comprehensive reasons, the trial judge made a number of key findings of fact in the appellants' favour. He identified very high error rates in determinations respecting Little Sisters' imports at all levels of the Customs review procedure. He held that "[s]uch high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes" ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 100). He identified several reasons for these high error rates, including the minimal resources given to Customs officials combined with inadequate training in obscenity law ranging from a few hours in the case of inspectors to a few days for higher ranks. Specifically, he found (at para. 116) that:

6

Dans ses motifs complets et très détaillés, le juge du procès a tiré un certain nombre de conclusions de fait importantes en faveur des appelants. Il a mentionné les taux d'erreur très élevés dans les décisions relatives aux importations de Little Sisters à toutes les étapes de la procédure de contrôle douanier. Selon lui, [TRADUCTION] «[d]es taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 100). Il a signalé plusieurs raisons expliquant ces taux d'erreur élevés, notamment les ressources minimales mises à la disposition des fonctionnaires des douanes conjuguées à la formation inadéquate qui est dispensée en droit relatif à l'obscénité, qui varie de quelques heures dans le cas des inspecteurs à quelques jours dans celui des fonctionnaires de rang plus élevé. De façon plus particulière, il a tiré la conclusion suivante (au par. 116):

> Many publications, particularly books, are ruled obscene without adequate evidence. This highlights perhaps the most serious defect in the present administration of code 9956(*a*), that is, that classifying officers are neither adequately trained to make decisions on obscenity nor are they routinely provided with the time and the evidence necessary to make such decisions. There is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers. Consequently, many publications are prohibited entry into Canada that would likely not be found to be obscene if full evidence were considered by officers properly trained to weigh and evaluate that evidence.

> [TRADUCTION] De nombreuses publications, particulièrement des livres, sont déclarées obscènes en l'absence de preuve suffisante. Cela fait ressortir la lacune peut-être la plus grave de l'application actuelle du code 9956*a*), soit le fait que les agents de classement ne sont pas formés adéquatement pour prendre des décisions en matière d'obscénité et qu'ils ne disposent habituellement ni du temps ni de la preuve nécessaires pour prendre de telles décisions. Il n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire. Par conséquent, l'entrée au Canada est refusée à l'égard de nombreuses publications qui ne seraient vraisemblablement pas jugées obscènes si une preuve complète était examinée par des agents ayant été adéquatement formés pour la soupeser et l'évaluer.

7 The lack of available resources was of particular concern to the trial judge, who found that: "The inference to be drawn is that Tariff Administrators in the Prohibited Importations Directorate do not have sufficient time available to consistently do a proper job. The problem is even more significant at the regional levels where customs officers encounter much higher volumes of goods and have far more expansive duties" (para. 81).

Le manque de ressources est un aspect qui préoccupait particulièrement le juge de première instance, qui a fait la constatation suivante: [TRADUCTION] «L'inférence qu'il faut tirer est que les applicateurs du Tarif au sein de la direction générale des importations prohibées n'ont pas suffisamment de temps pour effectuer constamment du bon travail. Le problème est encore plus aigu dans les régions, où les douaniers font face à des volumes beaucoup plus élevés de marchandises et ont des fonctions beaucoup plus étendues» (par. 81).

8 The trial judge found that the administration of the Customs scheme has a significantly differential impact on small or specialty publishers, importers and bookstores. He specifically found (at para. 105) that:

> Customs' administration of code 9956(*a*) results in arbitrary consequences. Traditional bookstores do not have similar encounters with Canada Customs. Helen Hager, who operated a general-interest bookstore in Vancouver for many years, did not know that Customs inspected books for obscenity until she left that business and opened a store catering to women, in which she stocked some material for lesbians. She had two shipments from Inland [a book distributor] interrupted at the border and has never received two of the books in the shipment, nor any documents from Customs in relation to them.

Le juge de première instance a estimé que l'application du régime douanier avait des effets extrêmement différents sur les éditeurs, importateurs et librairies spécialisés ou de petite taille. En particulier, il a jugé (au par. 105) que:

> [TRADUCTION] L'application du code 9956*a*) entraîne des conséquences arbitraires. Les librairies traditionnelles n'ont pas autant de démêlés avec Douanes Canada. Helen Hager, qui a exploité une librairie générale à Vancouver pendant de nombreuses années, ne savait pas que les Douanes inspectaient les livres pour vérifier s'ils étaient obscènes; elle ne l'a découvert qu'après avoir quitté cette entreprise et ouvert un magasin servant une clientèle féminine dans lequel elle vendait du matériel destiné aux lesbiennes. Deux expéditions provenant de Inland [un fournisseur de livres] ont été interceptées à la frontière, et elle n'a jamais reçu deux des livres faisant partie d'un de ces envois ni aucun document des Douanes à leur égard.

9 The trial judge noted that the task of reviewing allegedly obscene materials was generally unpopular with Customs officers, who opted to rotate out of Code 9956 obscenity duties after three to six months. I should note, parenthetically, that there was no evidence that they suffered harmful attitudinal changes as a result of their prolonged exposure to the sexually explicit material sought to be imported by the appellants, albeit the exposure was job-related.

Le juge de première instance a souligné que la tâche de contrôler le matériel qui serait obscène n'est généralement pas très prisée par les douaniers, qui optent, au bout de trois à six mois, pour d'autres fonctions que celles liées au contrôle antiobscénité effectué en vertu du code 9956. Je tiens à signaler en passant qu'il n'y avait aucune preuve démontrant que ces personnes souffraient de changements d'attitude préjudiciables en raison de leur exposition prolongée au matériel sexuellement explicite que les appelants voulaient importer, quoique cette exposition soit liée à l'emploi.

10 Seizure included not only magazines, videos and photographic essays, but books consisting entirely

Les autorités douanières n'ont pas saisi uniquement des magazines, vidéos et œuvres photogra-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

of text, including works by internationally acclaimed authors such as *The Man Sitting in the Corridor* by Marguerite Duras and *Querelle* by Jean Genet. Also seized were the award-winning novels *Trash* by Dorothy Allison and *The Young in One Another's Arms* by Jane Rule. Frequently AIDS/HIV safe-sex education literature was classified as prohibited. The Court record includes testimony from mainstream booksellers to the effect that no such problems were encountered in their importation of the same books. In fact, the President of Duthie's, a general bookstore chain in Vancouver, testified that an order she placed on behalf of the British Columbia Civil Liberties Association consisting of titles prohibited when sought to be imported by Little Sisters was inspected by Customs but released to Duthie's without difficulty. Duthie's Customs broker testified that its book shipments are examined solely for the purpose of determining GST payments. He thought that in the case of Duthie's there was generally no examination of titles for obscenity.

phiques, mais aussi des livres constitués entièrement de textes, y compris des ouvrages écrits par des auteurs de réputation internationale, par exemple *The Man Sitting in the Corridor* de Marguerite Duras, et *Querelle* de Jean Genet. Ont également été saisis les romans primés *Trash* de Dorothy Allison, et *The Young in One Another's Arms* de Jane Rule. Des ouvrages éducatifs sur les pratiques sexuelles sans risque d'infection au SIDA/VIH ont fréquemment été classés marchandises prohibées. Le dossier de la Cour comporte des témoignages de commerçants vendant des livres destinés au grand public qui ont dit n'avoir rencontré aucun problème de la sorte lorsqu'ils ont importé les mêmes livres. En fait, la présidente de Duthie's, une chaîne de librairies générales de Vancouver, a témoigné qu'elle avait commandé, pour la British Columbia Civil Liberties Association, des titres ayant été prohibés lorsque Little Sisters avait tenté de les importer, mais que dans le cas de son entreprise ces titres avaient été inspectés par les Douanes et dédouanés sans problème. Le courtier en douane de Duthie's a témoigné que les commandes de livres de celle-ci ne sont examinées qu'aux fins de détermination des paiements de TPS. Selon lui, dans le cas de Duthie's, il n'y a généralement aucun examen des ouvrages pour déterminer s'ils ont un caractère obscène.

On the other hand the evidence showed that other small bookstores with specialized inventory or clientele comparable to Little Sisters' had encountered similar targeting. These included a scholarly bookstore "Pages" in Toronto carrying gay studies and HIV/AIDS literature as well as "The Toronto Women's Bookstore", a feminist bookstore. "Crosstown Traffic", a bookstore in Ottawa, was similarly affected. It appears that there was no such blanket surveillance of heterosexual erotica even in the case of so-called "adult" bookstores that sold nothing else.

11 À l'inverse, la preuve a démontré que d'autres petites librairies qui ont un inventaire spécialisé ou une clientèle particulière comparables à ceux de Little Sisters, avaient été ciblés de la même manière. Il y avait notamment la librairie d'ouvrages d'érudition «Pages» de Toronto, qui offre des études sur l'homosexualité et des ouvrages sur le VIH/SIDA, ainsi que «The Toronto Women's Bookstore», une librairie féministe. «Crosstown Traffic», une librairie d'Ottawa, a fait l'objet de mesures similaires. Il semble qu'aucune surveillance générale de la sorte n'était exercée à l'égard du matériel érotique destiné aux hétérosexuels, même dans le cas de librairies dites «pour adultes» ne vendant rien d'autre.

Little Sisters complains that the frequent delay of shipments destined for its store, and the subse-

12 Little Sisters se plaint que le fait que ses commandes soient fréquemment retenues et que cer-

quent prohibition of some of the delayed items, have negatively impacted its business by, *inter alia*, disrupting planned book launches, causing loss of business to competitors stocking the same delayed or prohibited items, and items such as magazines, which depend for their shelf value on their timeliness. The case, however, is not about business losses. It is about the loss by a minority of the freedom to read and experience a broad range of writings and depictions, some of it claimed to be of high artistic value, by reason, they say, of bureaucratic refusal to release perfectly lawful material into the country.

tains des articles retenus soient subséquemment prohibés a des effets néfastes pour son entreprise, notamment en perturbant des lancements de livres, en lui faisant perdre des ventes au profit de concurrents qui ont sur leurs rayons les articles retenus ou prohibés, ainsi que des articles comme les magazines, dont la valeur commerciale dépend du moment où ils sont offerts. La présente affaire ne porte toutefois pas sur des pertes commerciales, mais plutôt sur la perte, par une minorité, de la liberté de lire et d'être exposée à un large éventail d'écrits et de représentations — dont certains auraient une grande valeur artistique — en raison, d'affirmer les appelants, du refus de l'administration de dédouaner et laisser entrer au pays du matériel parfaitement licite.

2000 SCC 69 (CanLII)

13 Little Sisters identified 261 items that have been detained between 1984 and 1994, 77 of them on more than one occasion. Items sought to be imported by Little Sisters and subsequently delayed or prohibited included items that were previously ruled admissible when imported by Little Sisters. The trial judge noted (at para. 75) that a "striking example of this" is the collection of short stories entitled *Macho Sluts*, written by Pat Califia, a well-established author. It has been prohibited pursuant to s. 58 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) on four separate occasions since October 23, 1989, when it was re-determined under s. 63 to be admissible. The satire *Hothead Paisan* was prohibited when ordered by Little Sisters and, on one occasion, by The Women's Bookstore in Toronto, but was released to the latter bookstore without difficulties on subsequent orders. The trial judge noted another 35 publications that were prohibited after they had earlier been ruled admissible by Customs. Many items that have been prohibited when Little Sisters attempted to import them are found in the Vancouver Public Library including *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay*

Little Sisters a mentionné que, de 1984 à 1994, 261 articles avaient été retenus, dont 77 à plus d'une occasion. Certains des articles retenus ou prohibés avaient auparavant été jugés admissibles à l'occasion d'importations antérieures par Little Sisters. Le juge de première instance a fait remarquer (au par. 75) qu'un [TRADUCTION] «exemple frappant de cela» est le recueil de nouvelles intitulé *Macho Sluts*, écrit par Pat Califia, un auteur réputé. Ce recueil a été prohibé en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), à quatre occasions depuis le 23 octobre 1989, date à laquelle il a été jugé admissible au terme du réexamen prévu à l'art. 63. La satire *Hothead Paisan* a été prohibée lorsqu'elle a été commandée par Little Sisters et elle l'a également été, à une reprise, à l'occasion d'une commande de The Women's Bookstore à Toronto, mais elle a été dédouanée en faveur de cette dernière sans problème lors de commandes ultérieures. Le juge de première instance a relevé 35 autres publications qui ont été prohibées après avoir été jugées admissibles plus tôt par les Douanes. De nombreux titres qui ont été prohibés lorsque Little Sisters a tenté de les importer se trouvent sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver, notamment *Gay Ideas*, *Tom of Finland*, *The Men With the Pink Triangle*, *Dzeleron: Myths of the Northwest Coast*, *Gay Spirit* et *The Sexual Politics of Meat*. Les

Spirit and *The Sexual Politics of Meat*. Customs officials were intrigued by the titles, apparently.

II. Scope of the Customs Mandate

Customs officials testified that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that each day between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center in Vancouver. Much of this mail is of commercial value, and must be sorted and classified for tariff purposes. As part of this classification procedure, Parliament has charged the Customs authorities to intercept and exclude from this country obscene, hateful, treasonable or seditious goods.

Prior to the 1959 amendments, appeals even in matters of alleged obscenity were taken not to the courts but to the Tariff Board. Speaking in the House of Commons on August 27, 1958, the Minister of National Revenue, Mr. George Nowlan, described the difficulties experienced by Customs officials in discharging their mandate in respect of "obscene" goods:

> Last year I had submitted to me six lithographs for inclusion in this year's calendars. They were six nudes. They had been passed on by all these officers. Three of the nudes were absolutely nude and three had some sort of diaphanous wrapping around their bodies. One of the senior officers said the three which had the diaphanous clothing could be admitted because they were semi-clothed. Another officer said their posture was indecent and they should not be admitted, but the nudes could be admitted because their posture was not indecent.
>
> That is an example of the judgment that has to be exercised and the kind of artistic skill that has to be passed upon by customs officers. I really think that we are much better qualified to deal with increasing the seasonal tariff on cabbages and cucumbers than to pass moral judgment on literature coming into the country. [Emphasis added.]

(*House of Commons Debates*, vol. IV, 1st Sess., 24th Parl., August 27, 1958, at p. 4177)

fonctionnaires des douanes ont apparemment été intrigués par les titres.

II. L'étendue du mandat des Douanes

14 Des fonctionnaires des douanes ont témoigné qu'il y a environ 10,5 millions de déclarations de marchandises chaque année et que, chaque jour, le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit de 20 000 à 40 000 pièces postales. Une bonne partie de ce courrier a une valeur commerciale et doit être triée et classée à des fins tarifaires. Dans le cadre de cette procédure de classement, le Parlement a chargé les autorités douanières d'intercepter et d'exclure du pays les marchandises obscènes, haineuses ou de nature à fomenter la trahison ou la sédition.

15 Avant les modifications de 1959, les appels — même ceux en matière d'obscénité — étaient interjetés auprès non pas des tribunaux judiciaires, mais de la Commission du tarif. S'adressant à la Chambre des communes, le 27 août 1958, le ministre du Revenu national, M. George Nowlan, a décrit ainsi les difficultés éprouvées par les douaniers dans l'exécution de leur mandat relativement aux marchandises «obscènes»:

> L'an dernier, on m'a soumis six lithographies destinées à figurer sur des calendriers de cette année. C'étaient six nus. Tous les fonctionnaires les avaient acceptés. Trois des nus étaient absolument nus et trois étaient enveloppés d'un voile diaphane. Un des fonctionnaires supérieurs était d'avis que les trois qui avaient un vêtement diaphane pouvaient être acceptés parce qu'ils étaient à demi-vêtus. Un autre a dit que leur attitude était indécente et que, pour cette raison, on ne devait pas les admettre, mais que les nus pouvaient être acceptés parce que leur attitude n'était pas indécente.
>
> Voilà un exemple des cas où il faut faire preuve de jugement et du genre d'"art" sur lequel les douaniers doivent se prononcer. Je pense réellement que nous avons plus de compétence pour nous occuper du relèvement des droits saisonniers sur les choux et les concombres que pour juger de la moralité des écrits qui entrent au pays. [Je souligne.]

(*Débats de la Chambre des communes*, vol. IV, 1re sess., 24e lég., 27 août 1958, à la p. 4388)

2000 SCC 69 (CanLII)

16 The 1959 amendments redirected appeals in such matters to the courts. In the wake of the decision in *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.), obscenity was defined by reference to s. 163 of the *Criminal Code*. As Parliament has prohibited only material that it has criminalized, Parliament apparently intended there to be a free flow of other materials across the border including sexually expressive material that appeals to minority tastes. The *Criminal Code* does not characterize "obscenity" based on sexual orientation and neither, it must be inferred, did Parliament intend Customs officials to do so.

Les modifications de 1959 ont précisé que les appels en ces matières devraient être formés devant les tribunaux judiciaires. Par suite de l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.), l'obscénité a été définie par renvoi à l'art. 163 du *Code criminel*. Puisque le Parlement ne prohibe que le matériel qu'il a criminalisé, il entendait apparemment permettre le libre passage à la frontière des autres marchandises, y compris du matériel expressif à caractère sexuel qui satisfait les goûts de la minorité. Le *Code criminel* ne caractérise pas l'«obscénité» sur le fondement de l'orientation sexuelle et il faut en déduire que le Parlement n'entendait pas non plus que les fonctionnaires des douanes le fassent.

17 The administrative burden of identifying prohibited goods in such a vast inflow of material is enormous. In an era of increased volumes of cross-border material, and reduced government resources, the difficulty of performing the Parliamentary mandate cannot be underestimated. The task of properly reviewing a single CD-Rom, featuring the usual array of photographs, film and text, would require far more time than Customs officials are realistically able to devote to the task. Moreover, with the exponential growth of pornographic sites on the Internet, the barrier to the passage across the border of hard copy material may some day be seen as of marginal importance to the enforcement of anti-obscenity laws. Nevertheless, if the Parliamentary mandate is to be carried out with regard not only to the larger public interest served by the *Criminal Code* but also to the rights of individuals who claim to be engaged in entirely lawful activities, adequate procedures and resources must be put in place to operate the border scheme in a manner that respects *Charter* rights.

L'identification des marchandises prohibées parmi des arrivages aussi abondants constitue un fardeau administratif énorme. À une époque où le volume des marchandises traversant la frontière augmente et où les ressources gouvernementales décroissent, on ne peut se permettre de sous-estimer la difficulté que pose l'exécution du mandat confié par le Parlement. La tâche d'examiner à fond un seul cédérom comportant son assemblage habituel de photographies, film et texte exigerait beaucoup plus de temps que les douaniers ne peuvent réalistement y consacrer. De plus, vu la croissance exponentielle du nombre de sites pornographiques sur Internet, la tâche d'empêcher à nos frontières l'entrée du matériel sur support papier pourrait bien un jour être considérée comme marginale dans l'application des lois luttant contre l'obscénité. Néanmoins, pour que le mandat confié par le Parlement soit exécuté en tenant compte non seulement de l'intérêt public général que sert le *Code criminel*, mais aussi des droits des individus qui prétendent se livrer à des activités parfaitement licites, il faut mettre en place des procédures et des ressources adéquates pour permettre l'application du régime frontalier d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*.

18 Nobody has a *Charter* right to import materials that are obscene within the meaning of s. 163 of the *Criminal Code*. The concern expressed by the trial judge was that much of the delayed or prohib-

La *Charte* ne garantit à personne le droit d'importer du matériel obscène au sens de l'art. 163 du *Code criminel*. Le souci exprimé par le juge de première instance était le fait qu'une bonne partie

2000 SCC 69 (CanLII)

ited material did not qualify as obscene. The courts in British Columbia found that the appellants had established *Charter* violations. The real arguments are about the sources of the violations — whether they are located in the statutes themselves or only in their implementation — and what to do about them. This involves a consideration of how certain materials come to be classified as "obscene", and thus prohibited, and whether the appellants when contesting such a classification were fairly dealt with.

du matériel retenu ou prohibé ne constituait pas du matériel obscène. Les tribunaux de la Colombie-Britannique ont jugé que les appelants avaient établi l'existence de violations de la *Charte*. Le véritable débat concerne plutôt l'origine de ces violations: Trouvent-elles leur source dans les lois elles-mêmes ou uniquement dans l'application de celles-ci? Que faut-il faire à cet égard? Pour répondre à ces questions il faut examiner la façon dont des marchandises en viennent à être classifiées comme «obscènes» et par conséquent prohibées, et se demander si les appelants ont été traités équitablement lorsqu'ils ont contesté un tel classement.

III. The Statutory Framework

III. Le cadre législatif

Section 99 of the *Customs Act* authorizes Customs officers to examine imported goods and mail and to open packages that they reasonably suspect may contain goods referred to in the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.). Mail is referred to Customs on a similar basis (*Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, s. 42) except that mail weighing 30 grams or less may not be opened without the consent of the person to whom it is addressed (*Customs Act*, s. 99(2)).

19 L'article 99 de la *Loi sur les douanes* autorise les agents des douanes à examiner les marchandises importées ainsi que les envois d'origine étrangère et à ouvrir tout colis qu'ils soupçonnent, pour des motifs raisonnables, de contenir des marchandises visées par le *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.). Le courrier est envoyé aux Douanes de la même façon (*Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 42), sous réserve du fait que les envois pesant au plus 30 grammes ne peuvent être ouverts que si leur destinataire y consent (*Loi sur les douanes*, par. 99(2)).

At the entry level, Customs inspectors determine the appropriate tariff classification (s. 58). At the relevant time, an item considered "obscene" and thus prohibited was subject to a re-determination upon request, by a specialized Customs unit and upon a further appeal subject to a further re-determination by the Deputy Minister or designate. The appellants contend that the double step internal review procedure was bureaucratic overkill, particularly because few front line decisions were changed on further internal review. (The trial judge agreed with this objection, and the government apparently heeded the trial judge's concern because the *Customs Act* was amended after the trial to eliminate the intermediate determination (S.C. 1997, c. 36, s. 166).)

20 Au point d'entrée, les inspecteurs des douanes déterminent le classement tarifaire approprié (art. 58). À l'époque pertinente, un article considéré comme étant «obscène» et par conséquent prohibé faisait sur demande l'objet d'une révision par une unité spécialisée des Douanes et, sur appel supplémentaire, d'une révision par le sous-ministre ou la personne qu'il désignait. Les appelants affirment que la procédure de révision interne à deux étapes constituait un excès de bureaucratie, particulièrement en raison du fait que peu de décisions initiales étaient modifiées à la suite d'une révision interne supplémentaire. (Le juge de première instance a souscrit à cet argument, et le gouvernement a apparemment donné suite aux réserves exprimées par ce dernier puisque la *Loi sur les douanes* a été modifiée après le procès en vue d'éliminer le niveau de décision intermédiaire (L.C. 1997, ch. 36, art. 166).)

2000 SCC 69 (CanLII)

21 The Act contemplates that once these administrative measures have been exhausted, an importer may appeal the prohibition pursuant to s. 67 of the Act to a judge of the superior court of the province where the material was seized, with a further appeal on a question of law to the Federal Court of Canada, and then with leave to the Supreme Court of Canada. The appellants complain about the high cost of this lengthy procedure, and about the inevitable delay. They argue that a remedy which a small-scale importer cannot reasonably be expected to exercise because of cost and delay disproportionate to the value of the thing seized is really no remedy at all. Yet such incidents, of relatively small importance on a case-by-case basis, cumulatively came to constitute a significant barrier to freedom of expression for the gay and lesbian community in Vancouver. The dimension of that problem led the appellants to challenge the constitutionality of the administrative review process in the *Customs Act*, and in the *Customs Tariff*, as violating their rights under ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Charter*.

La Loi prévoit que, une fois ces recours administratifs épuisés, l'importateur peut interjeter appel de la prohibition en vertu de l'art. 67, d'abord auprès d'un juge de la cour supérieure de la province où le matériel a été saisi, ensuite auprès de la Cour fédérale du Canada sur une question de droit et, enfin, sur autorisation, auprès de la Cour suprême du Canada. Les appelants se plaignent des coûts élevés de cette longue procédure et des délais inévitables qui en découlent. Ils affirment que ne constitue pas vraiment un recours celui qu'on ne peut raisonnablement s'attendre à voir exercer par un petit importateur en raison des coûts et délais disproportionnés qu'il entraîne par rapport à la valeur de la chose saisie. Or de telles situations, relativement peu importantes lorsque considérées isolément, ont fini par constituer, cumulativement, un obstacle considérable à la liberté d'expression pour la communauté gaie et lesbienne de Vancouver. L'ampleur de ce problème a amené les appelants à contester la constitutionnalité du mécanisme de révision administrative établi par la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* pour le motif qu'il porterait atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'al. 2*b*) et le par. 15(1) de la *Charte*.

IV. Relevant Enactments

IV. Les dispositions législatives pertinentes

22 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations

2000 SCC 69 (CanLII)

ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

Constitution Act, 1982

52. (1) The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

Customs Tariff, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.)

114. The importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited.

Customs Tariff, S.C. 1987, c. 49, Schedule VII

9956 Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that

(*a*) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

Customs Act, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.)

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for . . . .

. . .

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

Loi constitutionnelle de 1982

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

Tarif des douanes, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.)

114. L'importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l'annexe VII est prohibée.

Tarif des douanes, L.C. 1987, ch. 49, annexe VII

9956 Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:

a) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Loi sur les douanes, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.)

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

. . .

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considér[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptibl[e] de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

2000 SCC 69 (CanLII)

60. (1) The importer or any person who is liable to pay duties owing on imported goods may, after any duties thereon have been paid or security satisfactory to the Minister has been given in respect of the duties owing,

(*a*) within ninety days, or

(*b*) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination or appraisal was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification or a re-appraisal of the value for duty.

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(*a*) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 or 61, or

(*b*) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination or appraisal was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification or a further re-appraisal of the value for duty re-determined or re-appraised under section 60 or 61.

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification or re-appraise the value for duty, as the case may be, and give notice of his decision to the person who made the request.

67. (1) A person who deems himself aggrieved by a decision of the Deputy Minister made pursuant to section 63 or 64 may appeal from the decision to [the

60. (1) L'importateur ou toute personne redevable de droits dus sur des marchandises importées peut, après le paiement de droits sur celles-ci ou après avoir donné la garantie, que le ministre estime indiquée, du versement des droits:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire ou de l'appréciation de la valeur en douanes prévus à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 ou 61;

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement ou l'appréciation prévus à l'article 58.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

67. (1) Toute personne qui s'estime lésée par une décision du sous-ministre rendue conformément à l'article 63 ou 64 peut en interjeter appel devant [la cour]

2000 SCC 69 (CanLII)

court] . . . within ninety days after the time notice of the decision was given.

. . .

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination . . . .

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

. . .

(*d*) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

164. (1) The Governor in Council may make regulations

. . .

(*j*) generally, to carry out the purposes and provisions of this Act.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

V. Judicial History

A. *Supreme Court of British Columbia* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

At trial, the appellants sought a declaration under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, that the relevant Customs provisions are of no force

[. . .] dans les quatre-vingt-dix jours suivant la notification de l'avis de décision.

. . .

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l'objet des révisions ou réexamens prévus aux articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68. . .

152. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l'autre partie à la procédure ou à l'inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

. . .

d) à l'observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

164. (1) Le gouverneur en conseil peut, par règlement:

. . .

j) prendre toute mesure d'application de la présente loi.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46

163. . . .

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

V. L'historique des procédures judiciaires

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241

23 Au procès, les appelants ont sollicité, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, un jugement déclaratoire portant que les disposi-

2000 SCC 69 (CanLII)

and effect because they violate ss. 2(*b*) and 15(1) of the *Charter*. In addition, or in the alternative, the appellants sought a declaration under s. 24(1) of the *Charter* that these provisions "have at all material times been construed and applied in a manner that is contrary to s. 2(*b*) and/or s. 15(1) of the *Charter* and that is not justified pursuant to s. 1".

tions douanières pertinentes sont inopérantes parce qu'elles contreviennent à l'al. 2*b*) et au par. 15(1) de la *Charte*. Les appelants ont également demandé à titre de conclusion additionnelle ou subsidiaire, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, un jugement déclarant que ces dispositions [TRADUCTION] «ont, à tout moment pertinent, été interprétées et appliquées d'une manière contraire à l'al. 2*b*) ou au par. 15(1) de la *Charte*, ou à l'une ou l'autre de ces dispositions, et qui n'est pas justifiée au regard de l'article premier».

24 Smith J. concluded that the Customs legislation infringed s. 2(*b*) of the *Charter*, but was justified under s. 1. He found that the Customs legislation did not infringe s. 15(1) of the *Charter*. In this respect, he concluded that the law, although facially neutral, did have a disproportionately negative effect on homosexuals, because materials related to sexuality are much more central to homosexual culture and identity than to heterosexuals. The prohibition of those materials thus imposes a disproportionate burden on homosexuals. However, at para. 135 of his reasons, Smith J. explained that in his view there was no violation of the appellants' equality rights "because obscenity is defined in terms of sexual practices" as is homosexuality, and that differential treatment is therefore "relevan[t] . . . to the functional values underlying the legislation" (*Miron v. Trudel*, [1995] 2 S.C.R. 418, at para. 15, *per* Gonthier J.). "The point is", he concluded at para. 136, "that homosexual obscenity is proscribed because it is obscene, not because it is homosexual".

Le juge Smith a conclu que la législation douanière portait atteinte à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais qu'elle était justifiée au regard de l'article premier. Il a estimé qu'elle ne contrevenait pas au par. 15(1) de la *Charte*. À cet égard, il a jugé que, bien qu'apparemment neutres, ces mesures législatives avaient un effet disproportionnément préjudiciables aux homosexuels, car le matériel lié à la sexualité joue un rôle beaucoup plus central pour la culture et l'identité des homosexuels que chez les hétérosexuels. La prohibition de ce matériel impose donc un fardeau disproportionné aux homosexuels. Le juge Smith a toutefois expliqué, au par. 135 de ses motifs, que les droits à l'égalité des appelants n'avaient à son avis subi aucune atteinte, [TRADUCTION] «car l'obscénité est définie en fonction de pratiques sexuelles», tout comme l'homosexualité, et que la différence de traitement était donc «pertinen[te] [à l'égard des] valeurs fonctionnelles qui sous-tendent la loi» (*Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, au par. 15, le juge Gonthier). Il a conclu, au par. 136, [TRADUCTION] «que l'obscénité homosexuelle est prohibée parce qu'elle est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel».

25 In finding that the s. 2(*b*) infringement was justified under s. 1, Smith J. relied heavily on this Court's reasons in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452. As it was held in *Butler* that the standard provided by the word "obscene" in s. 163(8) of the *Criminal Code* was intelligible and "prescribed by law", and as that provision is incorporated into the Customs legislation by Code 9956(*a*), he held that the Customs legislation's imposition of a limitation on s. 2(*b*) was also "prescribed by law". The Cus-

Le juge Smith a largement étayé sa conclusion que la violation de l'al. 2*b*) était justifiée au regard de l'article premier sur les motifs exposés par notre Cour dans *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452. Puisqu'il a été jugé, dans cet arrêt, que la norme établie par le mot «obscène» au par. 163(8) du *Code criminel* était intelligible et «prescrite par une règle de droit», et puisque cette disposition est incorporée à la législation douanière par le code 9956*a*), le juge Smith a estimé que la restriction imposée par

2000 SCC 69 (CanLII)

toms officers' ability to apply the obscenity standard was further assisted by an internal Customs manual identified as Memorandum D9-1-1, together with a companion illustrative guide.

ces mesures législatives aux droits garantis par l'al. 2*b*) était également «prescrite par une règle de droit». Les agents des douanes étaient également assistés dans l'application de la norme relative à l'obscénité par un manuel interne des Douanes intitulé Mémorandum D9-1-1, qui était accompagné d'un guide illustré.

Turning to the objective of the impugned Customs legislation, the trial judge found it was directed to the same purpose as s. 163 of the *Criminal Code*, being the protection of society from the harm caused by the dissemination of obscene materials. He found that the objective was sufficiently pressing and substantial to justify an interference with freedom of expression.

26 Examinant l'objectif de la législation douanière, le juge de première instance a conclu que ces mesures tendaient au même objet que l'art. 163 du *Code criminel*, soit la protection de la société contre le préjudice causé par la diffusion de matériel obscène. Il a estimé que cet objectif était suffisamment urgent et réel pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression.

Smith J. concluded that in the absence of an obviously superior alternative, the courts should defer to Parliament's chosen means of border control. He dismissed as impractical the possibility of conducting a trial as a precondition to barring the entry of any publication as obscene.

27 Le juge Smith a conclu que, en l'absence d'une solution de rechange clairement supérieure, les tribunaux devaient s'en remettre aux mesures de contrôle frontalier choisies par le Parlement. Il a écarté, en la qualifiant d'irréalisable, l'idée de tenir un procès préalablement à la prohibition d'entrée de toute publication pour cause d'obscénité.

Having denied a remedy under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* Smith J. did conclude that a s. 24(1) declaration was appropriate due to serious systemic problems in the administration of the Customs regime. In his view these problems had resulted in the inconsistent and unwarranted prohibition of many items of homosexual art and literature. In the result he issued a declaration that provided in its operative entirety that:

28 Ayant refusé d'accorder une réparation en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, le juge Smith a estimé qu'un jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) était une réparation convenable en raison des problèmes systémiques graves existant dans l'application du régime douanier. Selon lui, ces problèmes avaient entraîné la prohibition, d'une manière incohérente et injustifiée, de nombreux articles d'art et de littérature homosexuels. Par conséquent, il a prononcé un jugement déclaratoire dont le dispositif était ainsi rédigé.

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1 (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

B. *Court of Appeal for British Columbia* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306

In the Court of Appeal for British Columbia, Macfarlane J.A., for the majority, held that Memo-

29 En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le juge Macfarlane, s'exprimant au nom de la

2000 SCC 69 (CanLII)

randum D9-1-1, the internal manual used by Customs officers, was not "law" for the purposes of s. 1, and was therefore not of assistance in determining whether the Customs legislation evidences an intelligible standard that can be applied without arbitrariness. Nevertheless, applying *Butler*, *supra*, he concluded that the Customs legislation was not impermissibly vague, and was "prescribed by law".

30 Macfarlane J.A. substantially agreed with the trial judge's reasons on s. 1, emphasizing that the scope and content of "obscene" is to be determined not by the homosexual community, but by the application of a general community standard. He rejected the appellants' demand for an exemption, or differential treatment as to what materials the homosexual community should be permitted access. Relying on *Butler*, he rejected the appellants' submissions that it was incumbent on Parliament to demonstrate a specific and conclusive causal link between homosexual obscenity and harm to the community.

31 Macfarlane J.A. also denied relief under s. 15(1). In his view, the Customs legislation is discriminatory neither on its face, nor in its effect because, if applied correctly, it only prohibits material because it is obscene not because it is homosexual. Hall J.A., concurring, expressed his substantial agreement with Macfarlane J.A.'s reasons for dismissing the appeal.

32 Finch J.A., dissenting, distinguished the case before him from *Butler*, stressing that in *Butler* the Court was not dealing with books, nor was it dealing with materials "directed at a homosexual market" (para. 191). In *Butler*, the context was a criminal trial, and s. 163(8) of the *Criminal Code* was directed to "subsequent punishment" for dissemination of obscene materials, as opposed to the "prior restraint" imposed by the Customs legisla-

majorité, a conclu que le Mémorandum D9-1-1, c'est-à-dire le manuel interne utilisé par les agents des douanes, n'était pas une «règle de droit» au sens de l'article premier et n'était donc d'aucun secours pour déterminer si la législation douanière établissait une norme intelligible, pouvant être appliquée de façon non arbitraire. Néanmoins, appliquant l'arrêt *Butler*, précité, il a jugé que ces mesures législatives n'étaient pas inacceptablement imprécises et que la limite était «prescrite par une règle de droit».

Le juge Macfarlane a pour l'essentiel souscrit aux motifs du juge de première instance relativement à l'article premier, soulignant que la portée et le contenu du mot «obscène» devaient être déterminés non pas par la communauté homosexuelle, mais par l'application d'une norme sociale générale. Il a rejeté la demande d'exemption ou de traitement différent des appelants quant au matériel dont l'accès devrait être permis à la communauté homosexuelle. Se fondant sur l'arrêt *Butler*, il a rejeté l'argument des appelants voulant qu'il incombe au Parlement de démontrer l'existence d'un lien de causalité précis et concluant entre l'obscénité homosexuelle et un préjudice causé à la société.

Le juge Macfarlane a également refusé toute réparation fondée sur le par. 15(1). Selon lui, la législation douanière n'est discriminatoire ni dans son texte ni par ses effets car, si elle est appliquée correctement, elle prohibe du matériel parce qu'il est obscène et non pas parce qu'il a un caractère homosexuel. Dans des motifs concordants, le juge Hall a souscrit pour l'essentiel aux motifs exposés par le juge Macfarlane pour rejeter l'appel.

Le juge Finch, dissident, a différencié l'affaire dont il était saisi et l'affaire *Butler*, soulignant que dans *Butler* notre Cour ne traitait pas de livres, ni de marchandises [TRADUCTION] «destinées à un marché homosexuel» (par. 191). Dans *Butler*, il s'agissait d'un procès criminel et le par. 163(8) du *Code criminel* tendait à [TRADUCTION] «pénaliser après le fait» la diffusion de matériel obscène, alors que la législation douanière impose une «res-

2000 SCC 69 (CanLII)

tion. Finally, in *Butler* there were no s. 15(1) discrimination considerations.

On the threshold question as to whether the Customs legislation imposes a limitation that is "prescribed by law", Finch J.A. found the trial judge to be in error. He held that Memorandum D9-1-1 was not "law", and he noted the trial judge's conclusion that the prohibition on obscenity was difficult to administer, requiring "appropriate and consistent training" and the aid of the interpretive memo. With these facts established, he held that such a legislative scheme could not be said to "meet the constitutionally-mandated standard of precision" (para. 217). In the context of a criminal trial, matters are only deemed to be obscene after acceptance by the trier of fact of proof beyond a reasonable doubt. In the context of the Customs regime, the same standard is not sufficiently intelligible.

Finch J.A. would have allowed the appeal and declared the Customs legislation to be of no force and effect to the extent that it applies to "the importation of homosexual books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that are alleged to be obscene" (para. 257).

VI. Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by the Chief Justice:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) [the "Customs legislation"] in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian mate-

triction préalable» à l'égard de cette activité. Enfin, il n'était pas question dans *Butler* de discrimination au sens du par. 15(1).

33 Relativement à la question préliminaire de savoir si la législation douanière impose une limite «prescrite par une règle de droit», le juge Finch a estimé que le juge de première instance avait commis une erreur. Il a jugé que le Mémorandum D9-1-1 n'était pas une «règle de droit», soulignant la conclusion du juge de première instance selon laquelle la prohibition de l'obscénité était une tâche difficile, exigeant [TRADUCTION] «une formation appropriée et uniforme» ainsi que l'aide du mémo interprétatif. Ces faits étant établis, il a conclu qu'il était impossible d'affirmer qu'un tel régime législatif [TRADUCTION] «satisfaisait à la norme de précision prescrite par la Constitution» (par. 217). Dans le contexte d'un procès criminel, une chose n'est jugée obscène que si le juge des faits conclut à l'existence d'une preuve hors de tout doute raisonnable à cet égard. Dans le contexte du régime douanier, la même norme n'est pas suffisamment intelligible.

34 Le juge Finch aurait accueilli l'appel et déclaré inopérante la législation douanière dans la mesure où elle s'applique à [TRADUCTION] «l'importation de livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre destinés aux homosexuels et que l'on prétend obscènes» (par. 257).

VI. Les questions constitutionnelles

35 Les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36) [la «législation douanière»], violent-ils, en totalité ou en partie, l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des

2000 SCC 69 (CanLII)

rial or to both, infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu'ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

VII. Analysis

36 Government interference with freedom of expression in any form calls for vigilance. Where, as here, a trial judge finds that such interference is accompanied "by the systemic targeting" of a particular group in society (in this case individuals who were seen as standard bearers for the gay and lesbian community), the issue takes on a further and even more serious dimension. Sexuality is a source of profound vulnerability, and the appellants reasonably concluded that they were in many ways being treated by Customs officials as sexual outcasts.

37 The appellants were put in the position of supplicants to the government in a 15-year crusade to obtain the entry into Canada of expressive material. Whereas Customs aims to examine approximately eight per cent of goods coming across the border, the trial judge found that "virtually all

VII. L'analyse

Le gouvernement se doit de faire montre de vigilance lorsqu'il porte atteinte à quelque forme que ce soit de liberté d'expression. Dans les cas où, comme en l'espèce, le juge de première instance estime que cette atteinte s'accompagne de la [TRADUCTION] «prise systématique pour cibl[e]» d'un groupe particulier dans la société (en l'espèce des individus qui étaient considérés comme des porte-étendards de la communauté gaie et lesbienne), la question revêt alors une dimension supplémentaire et encore plus sérieuse. La sexualité est source de profonde vulnérabilité, et les appelants ont à juste titre estimé que, à bien des égards, ils étaient traités en parias sur le plan sexuel par les fonctionnaires des douanes.

Les appelants ont été placés en position de suppliants face au gouvernement, dans une campagne de 15 ans en vue de d'obtenir l'entrée au Canada de matériel expressif. Alors que l'objectif des Douanes est d'inspecter environ 8 pour 100 des marchandises qui viennent de l'étranger, le juge de

2000 SCC 69 (CanLII)

imported mail addressed to Little Sisters is examined" (para. 52) and that "the federal Crown led no evidence of any principled basis upon which such [look-out] procedures are instituted" (para. 271). His conclusion, supported by numerous examples, was that untrained Customs officials were too quick to equate homosexuality with obscenity.

première instance a constaté que [TRADUCTION] «pratiquement tous les envois d'origine étrangère destinés à Little Sisters sont examinés» (par. 52), et que «la Couronne fédérale n'a présenté aucun élément de preuve indiquant que ces procédures [de surveillance] reposent sur quelque fondement rationnel» (par. 271). Sa conclusion, appuyée de nombreux exemples, était que des fonctionnaires des douanes non formés étaient trop prompts à assimiler l'homosexualité à l'obscénité.

In this Court the Crown acknowledged that errors were made in the classification of the appellants' imported materials, but says that such errors were only to be expected given the huge volume of cross-border mail handled at the Vancouver Customs Mail Center each day. The Crown went on to say that the problems encountered by the appellants and dealt with in the trial evidence have been addressed by amendments to the *Customs Act* and changes in procedure. This is partly true, but I do not myself think it is open to the Crown to contest the two-month trial that resulted in the judgment of January 19, 1996, which was very critical of the Customs department and then to turn around and explain that "that was then, and this is now". The appellants are entitled to a determination of their rights on the basis of the evidence called before the trial judge, and to relief that goes beyond registering an act of faith in the continuance of the department's expressed good intentions.

38 Devant notre Cour, la Couronne a reconnu que des erreurs avaient été commises dans le classement du matériel importé par les appelants, mais elle a dit qu'il fallait s'attendre à de telles erreurs compte tenu du volume considérable d'envois traités chaque jour au centre de courrier des Douanes de Vancouver. La Couronne a ajouté que les problèmes rencontrés par les appelants et dont fait état la preuve présentée au procès ont été corrigés par les modifications apportées à la *Loi sur les douanes* et à la procédure. Cela est vrai en partie, mais, personnellement, je ne crois pas que la Couronne puisse contester le procès de deux mois qui a abouti au jugement du 19 janvier 1996, lequel était très critique envers les Douanes, et affirmer du même souffle que [TRADUCTION] «c'était comme cela à l'époque, mais maintenant les choses ont changé». Les appelants ont droit à ce qu'on statue sur leurs droits à la lumière de la preuve dont disposait le juge de première instance, et à ce qu'on leur accorde une réparation qui ne se limite pas à prendre pour article de foi le maintien des bonnes intentions exprimées par le ministère.

I propose first to deal with the relationship between the Customs legislation and the obscenity provisions of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*. My conclusion is that the Customs legislation violates the appellants' freedom of expression, as the Crown is prepared to concede, but with the exception of the reverse onus provision in s. 152(3) of the *Customs Act*, it constitutes a reasonable limit prescribed by law which the Crown has justified under s. 1 of the *Charter*.

39 Je me propose d'abord d'examiner les rapports entre la législation douanière et les dispositions relatives à l'obscénité du *Code criminel* telles qu'elles ont été interprétées dans l'arrêt *Butler*. Ma conclusion est que la législation douanière porte atteinte à la liberté d'expression des appelants — ce que la Couronne est prête à admettre —, mais que, à l'exception de la disposition du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* portant inversion de la charge de la preuve, elle constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit, que la Couronne a justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

40 The administration of the Act, however, was characterized by conduct of Customs officials that was oppressive and dismissive of the appellants' freedom of expression. Its effect — whether intended or not — was to isolate and disparage the appellants on the basis of their sexual orientation. The declaratory relief granted by the courts in British Columbia fell short of giving specific guidance to Customs in respect of future action. The appellants, however, did not pursue more structured relief under s. 24(1) of the *Charter* in their appeal to the British Columbia Court of Appeal or to this Court. Their primary objective was and is to have the Customs legislation declared unconstitutional under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, either generally or in relation to importations by the gay and lesbian community. In my view, the appellants' attack on the legislation is correct only in part, that is to say in relation to the application of the reverse onus provision, but as to that part the appeal must be allowed.

Toutefois, l'application de la Loi a été marquée par la conduite des fonctionnaires des douanes, qui était oppressive et indifférente à la liberté d'expression des appelants. Son effet — voulu ou non — a été d'isoler et de discréditer les appelants sur le fondement de leur orientation sexuelle. Le redressement de nature déclaratoire accordé par les tribunaux de la Colombie-Britannique n'a pas vraiment donné d'indications précises aux Douanes quant à la façon d'agir dans le futur. Toutefois, les appelants n'ont pas demandé à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ni à notre Cour de leur accorder une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) de la *Charte*. Leur objectif premier était et demeure l'invalidation de la législation douanière en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit de façon générale soit à l'égard des importations faites par la communauté gaie et lesbienne. À mon avis, une partie seulement de la contestation de la législation douanière par les appelants est bien fondée, soit celle qui concerne l'application de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, mais le pourvoi doit être accueilli à cet égard.

A. *The Appellants' Attack on the Customs Tariff Act and the Customs Act*

A. *La contestation des appelants concernant le Tarif des douanes et la Loi sur les douanes*

41 The appellants allege, and the Crown agrees, that the Customs legislation constitutes a *prima facie* limitation on their s. 2(*b*) freedom of expression which must be justified under s. 1 of the *Charter*. The Constitution protects the right to receive expressive material as much as it does the right to create it: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at pp. 1339-40. Section 2(*b*) "protects listeners as well as speakers": *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 767.

Les appelants prétendent — et la Couronne concède — que la législation douanière constitue une atteinte *prima facie* à la liberté d'expression que leur garantit l'al. 2*b*), et que cette atteinte doit être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. La Constitution protège tout autant le droit de recevoir du matériel expressif que celui d'en créer: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, aux pp. 1339 et 1340. L'alinéa 2*b*) «protège autant celui qui s'exprime que celui qui [. . .] écoute»: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 767.

42 Beyond this common ground, however, the appellants attack the constitutionality of the Customs legislation on two more specific grounds. First the appellants argue that the "harm-based" interpretation given to s. 163 of the *Criminal Code* in *Butler*, *supra*, does not apply to gay and lesbian erotica in the same way as it does to heterosexual

Toutefois, hormis ces points non contestés, les appelants attaquent la constitutionnalité de la législation douanière pour deux autres motifs plus précis. Premièrement, ils plaident que l'interprétation «fondée sur le préjudice» qui a été invoquée à l'égard de l'art. 163 du *Code criminel* dans l'arrêt *Butler*, précité, ne s'applique pas de la même

erotica, or perhaps at all. Because the prohibition against importation of obscene goods contained in the Customs legislation is rooted explicitly in s. 163 of the *Criminal Code*, acceptance of this argument would mean that gay and lesbian publications would not be subject to the ordinary border regime applicable to other forms of expression.

Secondly, the appellants say that the procedure laid down in the Customs legislation is so cumbersome and procedurally defective that it is incapable of being administered consistently with the protection of their *Charter* rights. They analogize the multi-tier internal review process and its attendant complexities and delays to the procedural requirements struck down in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, where Dickson C.J. held that the source of the unconstitutional delay in access to therapeutic abortions was the impugned *Criminal Code* provision itself. He said, at p. 60:

> One must conclude, and perhaps underline, that the delay experienced by many women seeking a therapeutic abortion, be it of one, two, four, or six weeks' duration, is caused in large measure by the requirements of s. 251 itself. [Emphasis added.]

My conclusion on the first branch of the appellants' attack is that the *Butler* analysis does not discriminate against the gay and lesbian community. *Butler* is directed to the prevention of harm, and is indifferent to whether such harm arises in the context of heterosexuality or homosexuality. Nor in my view is the gay and lesbian community discriminated against in the Customs legislation, which is quite capable of being administered in a manner that respects *Charter* rights. The government *is* entitled to impose border inspections of expressive material. The obstacles experienced by the appellants and detailed at length by the trial judge were not inherent in the statutory scheme.

manière au matériel érotique gai et lesbien et au matériel érotique hétérosexuel, ou ne s'y applique peut-être même pas du tout. Étant donné que la prohibition d'importer des marchandises obscènes que prévoit la législation douanière découle explicitement de l'art. 163 du *Code criminel*, le fait d'accepter cet argument signifierait que les publications gaies et lesbiennes ne seraient pas assujetties au régime frontalier ordinaire applicable aux autres formes d'expression.

43 Deuxièmement, les appelants affirment que la procédure prévue par la législation douanière est si lourde et lacunaire sur le plan procédural qu'elle ne peut pas être appliquée d'une manière compatible avec la protection des droits que leur garantit la *Charte*. Ils font une analogie entre, d'une part, le processus de révision interne à plusieurs étapes et les difficultés et délais y afférents, et, d'autre part, les exigences procédurales qui ont été invalidées dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, arrêt dans lequel le juge en chef Dickson a conclu que la source du délai inconstitutionnel en matière d'accès aux avortements thérapeutiques était la disposition contestée du *Code criminel* elle-même. Il a dit ceci, à la p. 60:

> On doit conclure, et peut-être souligner, que l'attente que doivent subir de nombreuses femmes voulant un avortement thérapeutique, qu'il s'agisse d'une, de deux, de quatre ou de six semaines, est due dans une large mesure aux exigences de l'art. 251 lui-même. [Je souligne.]

44 Ma conclusion sur le premier volet de la contestation des appelants est que l'analyse fondée sur l'arrêt *Butler* n'a aucun effet discriminatoire envers la communauté gaie et lesbienne. L'arrêt *Butler* vise à éviter que ne survienne un préjudice, sans égard au fait que ce soit en contexte hétérosexuel ou homosexuel. J'estime également que la communauté gaie et lesbienne ne fait l'objet d'aucune discrimination dans la législation douanière et qu'il est parfaitement possible d'appliquer cette législation d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Le gouvernement *a* le droit d'imposer l'inspection frontalière du matériel expressif. Les obstacles rencontrés par les appe-

2000 SCC 69 (CanLII)

The obstacles were, however, very real and in the end quite unjustified.

B. *The Tariff Definition of Obscenity*

45 The classification of imported "expressive material" is referred to in Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, which prohibits the importation of goods described as:

> Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that
>
> (*a*) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*. [Emphasis added.]

46 The incorporation by reference of s. 163(8) in the *Customs Tariff* requires Customs officials to apply that definition of obscenity, which provides as follows:

> **163.** . . .
>
> (8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene. [Emphasis added.]

C. *The Butler Definition*

47 Section 163(8) of the *Criminal Code* was authoritatively interpreted by this Court in *Butler*, *supra*. Parliament, it was held, had distanced itself from the old common law *Hicklin* test which defined obscenity in terms of whether the material in question would result in the "corruption of morals". See *R. v. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. "The prevention of 'dirt for dirt's sake'", Sopinka J. for the majority, said at pp. 492-93, "is not a legitimate objective which would justify the violation of one of the most fundamental freedoms enshrined in the *Charter*". For ease of analysis, Sopinka J. divided potentially obscene material into three categories at p. 484:

lants, qu'a décrits en détail le juge de première instance, n'étaient pas inhérents au régime établi par la loi. Ces obstacles étaient toutefois très réels et, en dernière analyse, tout à fait injustifiés.

B. *La définition d'obscénité dans le Tarif*

Le classement du «matériel expressif» importé est prévu au code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, qui prohibe l'importation des marchandises décrites ainsi:

> Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:
>
> *a*) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*. [Je souligne.]

Du fait de l'incorporation par renvoi du par. 163(8) au *Tarif des douanes*, les fonctionnaires des douanes sont tenus d'appliquer la définition suivante de l'obscénité:

> **163.** . . .
>
> (8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence. [Je souligne.]

C. *La définition donnée dans l'arrêt Butler*

Le paragraphe 163(8) du *Code criminel* a été interprété par notre Cour dans l'arrêt *Butler*, précité, et cette interprétation fait autorité. La Cour a jugé que le Parlement s'était éloigné de l'ancien critère de common law établi dans l'arrêt *Hicklin*, qui définissait l'obscénité en fonction de la question de savoir si le matériel en cause entraînerait la [TRADUCTION] «corruption des mœurs». Voir *R. c. Hicklin* (1868), L.R. 3 Q.B. 360. «La prévention de "l'obscénité pour l'obscénité"», a affirmé le juge Sopinka, au nom de la majorité, aux pp. 492 et 493, «ne constitue pas un objectif légitime qui justifierait la violation de l'une des libertés les plus fondamentales consacrées dans la *Charte*». Pour faciliter l'analyse, le juge Sopinka a divisé le matériel potentiellement obscène en trois catégories à la p. 484:

2000 SCC 69 (CanLII)

(1) explicit sex with violence,

(2) explicit sex without violence, but which subjects participants to treatment that is degrading or dehumanizing if the material creates a substantial risk of harm,

(3) explicit sex without violence among adults that is neither degrading nor dehumanizing.

In applying the community standard of tolerance to each of these categories, *Butler* concluded (at p. 485) that the first category — the depiction of explicit sex coupled with violence — will "almost always" constitute the undue exploitation of sex. The second category — explicit sex that is "degrading or dehumanizing" — may be undue "if the risk of harm is substantial". The third category — explicit sex that is not violent and is neither degrading nor dehumanizing – is "generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production".

The key word in the statutory definition — "undue" — was interpreted to incorporate an assessment of the broader community's tolerance of harm. As Sopinka J. states at p. 479:

> This type of material would, apparently, fail the community standards test not because it offends against morals but because it is perceived by public opinion to be harmful to society, particularly to women.

Again, at p. 481, after citing Wilson J. in *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494, Sopinka J. emphasizes that "[t]he community is the arbiter as to what is harmful to it". And, at p. 485, he says:

(1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence;

(2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent les participants à un traitement dégradant ou déshumanisant lorsque le matériel crée un risque de préjudice important;

(3) les choses sexuelles explicites entre des adultes, qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes.

48 À la suite de l'application de la norme de tolérance de la société à chacune de ces catégories, il a été jugé, dans *Butler* (à la p. 485), que la première catégorie — la représentation des choses sexuelles explicites accompagnées de violence — constituait «presque toujours» une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses appartenant à la deuxième catégorie — les choses sexuelles explicites qui sont «dégradant[es] ou déshumanisant[es]» — peuvent être indues «si le risque de préjudice est important». Celles relevant de la troisième catégorie — les choses sexuelles explicites qui ne sont pas accompagnées de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes — sont «généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants».

49 Il a été jugé que le mot clé de la définition donnée dans la loi — savoir le mot «indue» — intégrait une appréciation de la tolérance de la société en général au préjudice. Comme l'a dit le juge Sopinka, à la p. 479:

> Ce genre de matériel échouerait apparemment le test des normes sociales non parce qu'il choque la morale, mais parce que, dans l'opinion publique, ce matériel est jugé nocif pour la société, particulièrement pour les femmes.

50 De même, à la p. 481, après s'être référé aux motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494, le juge Sopinka a souligné que «[c']est la société qui juge ce qui est nocif pour elle». Et, à la p. 485, il a dit ceci:

2000 SCC 69 (CanLII)

The courts must determine as best they can what the community would tolerate others being exposed to on the basis of the degree of harm that may flow from such exposure. [Emphasis added.]

Les tribunaux doivent déterminer du mieux qu'ils peuvent ce que la société tolérerait que les autres voient en fonction du degré de préjudice qui peut en résulter. [Je souligne.]

51 This approach was accepted by Gonthier J., concurring, who said at p. 520:

Cette approche a été acceptée par le juge Gonthier qui, dans ses motifs concordants, a dit ceci, à la p. 520:

In this context, tolerance must be related to the harm. It must mean not only tolerance of the materials, but also tolerance of the harm which they may bring about. [Emphasis added.]

Dans ce contexte, il doit exister un rapport entre la tolérance et le préjudice. Elle doit signifier qu'il y a non seulement tolérance du matériel, mais aussi tolérance du préjudice que ce matériel est susceptible de causer. [Je souligne.]

52 In the result, *Butler* affirmed constitutional protection for sexually explicit expression and drew the boundary only where harm exceeded the community's level of tolerance. Section 163(8) of the *Criminal Code* was upheld on the basis that (i) the definition, as interpreted, was sufficiently certain to be "prescribed by law" and (ii) being defined as a harm-based obscenity provision, it addressed a substantial and pressing social objective in a rational and proportionate way.

Par conséquent, l'arrêt *Butler* a confirmé que la Constitution protège les formes d'expression sexuellement explicites et il n'a tracé la ligne qu'au point où le préjudice excède le seuil de tolérance de la société. La validité du par. 163(8) du *Code criminel* a été confirmée pour les motifs suivants: (i) la définition, telle qu'elle avait été interprétée, avait un caractère suffisamment certain pour être considérée comme «prescrite par une règle de droit», (ii) étant défini comme une disposition relative à l'obscénité qui est fonction du préjudice, le paragraphe en cause visait, d'une manière rationnelle et proportionnelle, un objectif social urgent et réel.

D. *Analysis of the Appellants' Criticism of the Butler Test*

D. *Analyse de la critique par les appelants du critère établi dans Butler*

53 The appellants question the correctness of *Butler* and say, in any event, that its approach cannot be freely transferred from heterosexual erotica to gay and lesbian erotica. No constitutional question was stated regarding the validity or constitutional limits of s. 163 of the *Criminal Code*. The absence of notice of such a constitutional question precludes the wide-ranging reconsideration of *Butler* sought by the appellants and some of the interveners (even if the Court were to conclude that such a reconsideration is either necessary or desirable). On the more specific issues, the appellants, and the interveners in their support, argue that in the context of the Customs legislation a "harm-based" approach which utilizes a single community standard across all regions and groups within society is insufficiently "contextual" or sensitive to specific cir-

Les appelants mettent en doute le bien-fondé de l'arrêt *Butler* et affirment que, quoiqu'il en soit, l'approche établie dans cet arrêt ne peut pas être automatiquement transposée du matériel érotique hétérosexuel au matériel érotique gai et lesbien. Aucune question constitutionnelle n'a été formulée relativement à la validité ou aux limites constitutionnelles de l'art. 163 du *Code criminel*. Le fait qu'on n'ait pas donné avis d'une telle question constitutionnelle empêche le réexamen en profondeur de l'arrêt *Butler* que sollicitent les appelants et certains intervenants (et ce même si notre Cour devait conclure qu'un tel réexamen est nécessaire ou souhaitable). Relativement aux questions plus précises, les appelants — ainsi que les intervenants qui les appuient — plaident que, dans le contexte de la législation douanière, le recours à une appro-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

cumstances to give effect to the equality rights of gays and lesbians. The appellants, supported by the interveners LEAF and EGALE, contend that homosexual erotica plays an important role in providing a positive self-image to gays and lesbians, who may feel isolated and rejected in the heterosexual mainstream. Erotica provides a positive celebration of what it means to be gay or lesbian. As such, it is argued that sexual speech in the context of gay and lesbian culture is a core value and *Butler* cannot legitimately be applied to locate it at the fringes of s. 2(*b*) expression. Erotica, they contend, plays a different role in a gay and lesbian community than it does in a heterosexual community, and the *Butler* approach based, they say, on heterosexual norms, is oblivious to this fact. Gays and lesbians are defined by their sexuality and are therefore disproportionately vulnerable to sexual censorship.

che «fondée sur le préjudice» appliquant une seule et même norme sociale pour toutes les régions et pour tous les groupes de la société n'est pas suffisamment «contextuelle», ou propre à tenir compte de circonstances particulières, pour donner effet aux droits à l'égalité des gais et des lesbiennes. Les appelants, appuyés par les intervenants Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes et EGALE, soutiennent que le matériel érotique homosexuel contribue de façon importante à donner une image de soi positive aux gais et aux lesbiennes, qui peuvent se sentir isolés et rejetés dans le courant dominant hétérosexuel. Le matériel érotique, affirment-ils, constitue une affirmation positive de ce que signifie le fait d'être gai ou lesbienne. En conséquence, on prétend que, dans le contexte de la culture gaie et lesbienne, l'expression sexuelle constitue une valeur essentielle et que l'arrêt *Butler* ne saurait légitimement être appliqué pour la refouler aux confins de la liberté d'expression visée par l'al. 2*b*). Le matériel érotique, d'affirmer les appelants, joue un rôle différent dans la communauté gaie et lesbienne de celui qu'il joue dans la communauté hétérosexuelle, et l'approche établie dans l'arrêt *Butler* qui, disent-ils, est fondée sur des normes hétérosexuelles, ne tient pas compte de ce fait. Les gais et les lesbiennes sont définis par leur sexualité et par conséquent disproportionnément vulnérables à la censure sexuelle.

The appellants' criticisms of *Butler* can, for present purposes, be grouped under the following headings.

Les critiques des appelants à l'égard de l'arrêt *Butler* peuvent, pour les fins qui nous occupent, être regroupées sous les rubriques suivantes. 54

(a) The Community Standard of Tolerance Is Majoritarian and Suppresses Minority Speech, Including Homosexual Expression

a) La norme de tolérance de la société a un parti-pris majoritaire et étouffe la liberté d'expression de la minorité, y compris celle des homosexuels

The appellants contend that importing a majoritarian analysis into the definition of obscenity (e.g. what the broader Canadian community will tolerate), inevitably creates prejudice against non-mainstream, minority representations of sex and sexuality. They argue that the "national" community is by definition majoritarian and is more likely than the homosexual community itself to view gay and lesbian imagery as degrading and

Les appelants soutiennent qu'intégrer une analyse de tendance majoritaire à la définition d'obscénité (par exemple en se référant à ce que la société canadienne en général est disposée à tolérer) crée inévitablement un préjugé contre les représentations du sexe et de la sexualité qui n'émanent pas du courant dominant, mais plutôt de la minorité. Ils affirment que la collectivité «nationale» a par définition un caractère majoritaire et 55

dehumanizing. The whole idea of a community standards test, they say, is incompatible with *Charter* values that were enacted to protect minority rights. The fact that no particular evidence to define the community standard is required to support a successful prosecution heightens the vulnerability of minorities (B. Cossman et al., *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), at pp. 107-8). What makes this standard even more problematic in the context of gay and lesbian erotica is that where expression is suppressed on the basis of sexual orientation, so goes the argument, it silences voices that are already suppressed and subject to discrimination. Professor Richard Moon says that in *Butler* "[j]udicial subjectivity (value judgment) is simply dressed up in the objective garb of community standards" ("*R.* v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163" (1993), 25 *Ottawa L. Rev.* 361, at p. 370).

56 This line of criticism underestimates *Butler*. While it is of course true that under s. 163 of the *Criminal Code* the "community standard" is identified by a jury or a judge sitting alone, and to that extent involves an attribution rather than an opinion poll, the test was adopted to underscore the unacceptability of the trier of fact indulging personal biases, as was held to have happened in *Towne Cinema*, *supra*. A concern for minority expression is one of the principal factors that led to adoption of the national community test in *Butler* in the first place, *per* Sopinka J., at p. 484:

> Some segments of society would consider that all three categories of pornography cause harm to society because they tend to undermine its moral fibre. Others would contend that none of the categories cause harm. Furthermore there is a range of opinion as to what is

est plus susceptible que la collectivité homosexuelle elle-même de considérer les représentations gaies et lesbiennes comme étant dégradantes et déshumanisantes. Les appelants affirment que toute l'idée de critère des normes sociales est incompatible avec les valeurs qui ont été édictées dans la *Charte* en vue de protéger les droits des minorités. Le fait qu'aucune preuve particulière définissant la norme sociale n'est requise pour assurer le succès des poursuites augmente la vulnérabilité des minorités (B. Cossman et autres, *Bad Attitude/s on Trial: Pornography, Feminism, and the Butler Decision* (1997), aux pp. 107 et 108). Ce qui rend cette norme encore plus problématique dans le contexte du matériel érotique gai et lesbien est que, selon l'argument avancé, lorsque la liberté d'expression est étouffée du fait de l'orientation sexuelle, cela a pour effet de faire taire des voix qui sont déjà réduites au silence et sujettes à la discrimination. Le professeur Richard Moon dit que, dans l'arrêt *Butler*, [TRADUCTION] «[l]a subjectivité judiciaire (jugement de valeur) est simplement parée des atours objectifs que représentent les normes sociales» («*R.* v. *Butler*: The Limits of the Supreme Court's Feminist Re-Interpretation of Section 163» (1993), 25 *R.D. Ottawa* 361, à la p. 370).

Les critiques de ce genre sous-estiment la portée de l'arrêt *Butler*. Quoiqu'il soit vrai évidemment que, dans l'application de l'art. 163 du *Code criminel*, la «norme sociale» est identifiée par un jury ou par un juge siégeant seul et que, dans cette mesure, elle découle d'un acte d'attribution plutôt que d'un sondage d'opinion, ce critère a été adopté pour bien indiquer qu'il était inacceptable que le juge des faits donne libre cours à ses préjugés, comme, a-t-on jugé, cela s'était produit dans *Towne Cinema*, précité. Le souci de protéger la liberté d'expression de la minorité est l'un des principaux facteurs qui ont d'ailleurs mené à l'adoption du critère de la collectivité nationale dans l'arrêt *Butler*, le juge Sopinka, à la p. 484:

> Pour certains segments de la société, ces trois catégories de pornographie seraient nocives à la société parce qu'elles ont tendance à en ébranler la force morale. Pour d'autres, aucune de ces catégories de pornographie n'est nocive. Par ailleurs, il existe tout un éventail d'opinions

2000 SCC 69 (CanLII)

degrading or dehumanizing. See *Pornography and Prostitution in Canada: Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (1985) (the Fraser Report), vol. 1, at p. 51. Because this is not a matter that is susceptible of proof in the traditional way and because we do not wish to leave it to the individual tastes of judges, we must have a norm that will serve as an arbiter in determining what amounts to an undue exploitation of sex. That arbiter is the community as a whole.

quant à savoir ce qui constitue un traitement dégradant ou déshumanisant. Voir *La pornographie et la prostitution au Canada: Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (1985) (le rapport Fraser), vol. 1, à la p. 53. Parce qu'il ne s'agit pas d'une question dont la preuve peut être faite de façon traditionnelle et parce que nous ne voulons pas nous en remettre aux goûts de chacun des juges, nous devons disposer d'une norme qui fera fonction d'arbitre pour déterminer ce qui constitue une exploitation indue des choses sexuelles. Cet arbitre est l'ensemble de la société.

The protective character of the national standard requirement is readily apparent from the summation of the test in *Butler* (at p. 485):

> If material is not obscene under this framework, it does not become so by reason of the person to whom it is or may be shown or exposed nor by reason of the place or manner in which it is shown.

57 Le caractère protecteur de l'exigence relative à la norme nationale ressort d'emblée du résumé du critère dans l'arrêt *Butler* (à la p. 485):

> Si, dans ce cadre, le matériel n'est pas obscène, il ne le devient pas en raison de la personne qui le voit ou risque de le voir ni de l'endroit ou de la façon dont il est présenté.

In other words, a person's constitutionally protected space does not shrink by virtue of his or her geographical location or participation in a certain context or community, or indeed by the taste of a particular judge or jury. It is not necessarily in the interest of the minority to disaggregate community standards. The appellants have in mind a special standard related to their lesbian and gay target audience. The fact is, however, that they operate a bookstore in a very public place open to anyone who happens by, including potentially outraged individuals of the local community who might wish to have the bookstore closed down altogether. If "special standards" are to apply, whose "special standard" is it to be? There is some safety in numbers, and a national constituency that is made up of many different minorities is a guarantee of tolerance for minority expression.

En d'autres termes, la protection garantie à une personne par la Constitution ne rétrécit pas en raison du lieu où elle se trouve, du fait qu'elle se trouve dans une certaine situation ou qu'elle appartienne à une collectivité particulière, ni d'ailleurs des goûts d'un juge ou jury donné. Il n'est pas nécessairement dans l'intérêt de la minorité de scinder les normes sociales. Les appelants ont à l'esprit une norme spéciale, rattachée à leur public cible composé de lesbiennes et de gais. Le fait est, toutefois, qu'ils exploitent une librairie dans un lieu très public, ouvert à tout passant, y compris aux membres de la collectivité locale susceptibles d'être scandalisés et de souhaiter purement et simplement la fermeture de la librairie. Si des «normes spéciales» doivent s'appliquer, les «normes spéciales» de quel groupe retiendra-t-on? Dans une certaine mesure, plus on est nombreux plus on est en sécurité, et l'existence d'une collectivité nationale composée de nombreuses minorités est une garantie de tolérance pour les formes d'expression de ces groupes.

Butler affirmed that Parliament had successfully criminalized harmful sexual expression, that is to say sexual expression that is shown to be incompatible with society's proper functioning, but Canadian society also recognizes as fundamental to its proper functioning the *Charter* rights to free-

58 L'arrêt *Butler* a confirmé que le Parlement avait criminalisé avec succès les formes d'expression sexuelle préjudiciables, c'est-à-dire les formes d'expression sexuelle dont on démontre l'incompatibilité avec le bon fonctionnement de la société, mais la société canadienne reconnaît également

2000 SCC 69 (CanLII)

dom of expression and equality. The standard of tolerance of this same Canadian society cannot reasonably be interpreted as seeking to suppress sexual expression in the gay and lesbian community in a discriminatory way.

comme essentiels à son bon fonctionnement les droits suivants garantis par la *Charte*: la liberté d'expression et les droits à l'égalité. La norme de tolérance de cette même société canadienne en matière d'obscénité ne saurait raisonnablement être considérée comme visant à étouffer de manière discriminatoire la liberté d'expression sexuelle dans la communauté gaie et lesbienne.

59 It may serve repeating that the national community standard relates to harm not taste, and is restricted, *per* Sopinka J., at p. 485, to "conduct which society formally recognizes as incompatible with its proper functioning". The test is therefore not only concerned with harm, but harm that rises to the level of being *incompatible* with the proper functioning of Canadian society. The Canadian Civil Liberties Association (CCLA) argues that "for gays and lesbians erotica and other material with sexual content is not harmful and is in fact a key element of the quest for self-fulfilment" (factum, at para. 14). So described, the CCLA has defined the material safely outside the *Butler* paradigm. *Butler* placed harmful expression — not sexual expression – at the margin of s. 2(*b*).

Il est peut-être utile de répéter que la norme de la collectivité nationale est fonction du préjudice et non affaire de goût, et qu'elle se limite au «comportement [. . .] que la société reconnaît officiellement comme incompatible avec son bon fonctionnement» (le juge Sopinka, à la p. 485). Le critère ne s'attache donc pas uniquement au préjudice, mais au préjudice qui est grave au point d'être *incompatible* avec le bon fonctionnement de la société canadienne. La Canadian Civil Liberties Association (CCLA) prétend que [TRADUCTION] «pour les gais et les lesbiennes, le matériel à contenu sexuel, notamment le matériel érotique, n'est pas préjudiciable et constitue dans les faits un élément clé dans leur quête d'épanouissement personnel» (mémoire, au par. 14). En décrivant le matériel de cette façon, la CCLA l'a soigneusement écarté du paradigme de l'arrêt *Butler*. L'arrêt *Butler* a placé les formes d'expression préjudiciables — et non les formes d'expression sexuelle — en marge de l'al. 2*b*).

(b) The Degrading or Dehumanizing Test Is Open to Homophobic Prejudice

b) Le critère du caractère dégradant ou déshumanisant est vulnérable aux préjugés homophobes

60 The appellants argue that the "degrading or dehumanizing" language in *Butler* is highly subjective and encouraged Customs, for example, to prohibit depictions of anal intercourse long after the Department of Justice advised Customs to the contrary. This argument seems to ignore that the phrase "degrading or dehumanizing" in *Butler* is qualified immediately by the words "if the risk of harm is substantial" (p. 485 (emphasis added)). This makes it clear that not all sexually explicit erotica depicting adults engaged in conduct which is considered to be degrading or dehumanizing is obscene. The material must also create a substantial risk of harm which exceeds the community's

Les appelants prétendent que les termes «dégradant ou déshumanisant» utilisés dans l'arrêt *Butler* sont très subjectifs et ont, par exemple, incité les Douanes à interdire les représentations de relations anales longtemps après que le ministère de la Justice leur ait fourni un avis à l'effet contraire. Cet argument semble ne pas tenir compte du fait que l'expression «dégradant ou déshumanisant» utilisée dans cet arrêt est immédiatement tempérée par les mots «si le risque de préjudice est important» (p. 485 (je souligne)). Cela indique clairement que le matériel érotique sexuellement explicite représentant des adultes se livrant à des actes considérés comme dégradants ou déshumanisants n'est pas

2000 SCC 69 (CanLII)

tolerance. The potential of harm and a same-sex depiction are not necessarily mutually exclusive. Portrayal of a dominatrix engaged in the non-violent degradation of an ostensibly willing sex slave is no less dehumanizing if the victim happens to be of the same sex, and no less (and no more) harmful in its reassurance to the viewer that the victim finds such conduct both normal and pleasurable. Parliament's concern was with behavioural changes in the *voyeur* that are potentially harmful in ways or to an extent that the community is not prepared to tolerate. There is no reason to restrict that concern to the heterosexual community.

toujours obscène. Ce matériel doit également créer un risque de préjudice important, qui excède le seuil de tolérance de la société. Le risque de préjudice et la représentation de personnes de même sexe ne s'excluent pas nécessairement. La représentation d'une dominatrice s'employant à dégrader de façon non violente un esclave sexuel apparemment consentant n'est pas moins déshumanisante s'il se trouve que la victime est du même sexe, et pas moins (ni plus) préjudiciable même si elle rassure le spectateur en lui montrant que la victime trouve cette conduite à la fois normale et agréable. Le Parlement se souciait des changements de comportement chez le *voyeur* qui sont susceptibles d'être préjudiciables de certaines façons dans une mesure que la société n'est pas prête à tolérer. Il n'y a aucune raison de restreindre cette préoccupation à la communauté hétérosexuelle.

(c) The Harm-Based Approach Is Merely Morality in Disguise

c) L'approche fondée sur le préjudice n'est que du moralisme déguisé

The appellants argue that while the Court in *Butler* purported to move away from the morality-based approach, a harm-based test effectively rests on the same discredited moral foundation.

61 Les appelants plaident que, quoique dans l'arrêt *Butler* notre Cour ait voulu s'éloigner de l'approche fondée sur la moralité, un critère fondé sur le préjudice repose dans les faits sur le même fondement moral discrédité.

This line of argument simply rejects the idea that *Butler* means what it says, i.e., that the community standard of tolerance is based on the reasonable apprehension of harm, not on morality. The arguments assume that any appeal to a national community standard cannot be targeted on harm and will inevitably be overwhelmed by majoritarian taste. This approach presupposes that the arbiter (the broader community) is incapable of being focussed on the task that it is required to address (harm). We have no evidence that the courts are not able to apply the *Butler* test, and the reported decisions seem to confirm that the identification of harm is a well understood requirement: *R. v. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), at p. 566; *R. v. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), a case of alleged indecent exposure; and

62 Cette argumentation rejette tout simplement l'idée que l'effet de l'arrêt *Butler* correspond à son libellé, c'est-à-dire que la norme de tolérance de la société est fondée sur la crainte raisonnable de préjudice, et non pas sur la moralité. Ces arguments supposent que tout recours à la norme de la collectivité nationale ne saurait s'attacher au préjudice et cédera inévitablement devant les goûts de la majorité. Cette approche présuppose que l'arbitre (en l'occurrence la société en général) est incapable de se concentrer sur le problème qu'il doit régler (le préjudice). Nous ne disposons d'aucune preuve indiquant que les tribunaux sont incapables d'appliquer le critère établi dans *Butler*, et les décisions publiées semblent confirmer que l'identification du préjudice est une exigence bien comprise: *R. c. Hawkins* (1993), 15 O.R. (3d) 549 (C.A.), à la p. 566; *R. c. Jacob* (1996), 112 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), affaire d'accusation d'action indécente; et

2000 SCC 69 (CanLII)

R. v. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (Prov. Ct.).

63 The intervener LEAF took the position that sado-masochism performs an emancipatory role in gay and lesbian culture and should therefore be judged by a different standard from that applicable to heterosexual culture. In support of this position LEAF points out that, by definition, gender discrimination is not an issue in "same-sex erotica". On the other hand, the intervener Equality Now took the view that gay and lesbian individuals have as much right as their heterosexual counterparts to be protected from depictions of sex with violence or sexual conduct that is dehumanizing or degrading in a way that can cause harm that exceeds community standards of tolerance.

64 LEAF's argument seems to presuppose that the *Butler* test is exclusively gender-based. Violence against women was only one of several concerns, albeit an important one, that led to the formulation of the *Butler* harm-based test, which itself is gender neutral. While it would be quite open to the appellants to argue that a particular publication does not exceed the general community's tolerance of harm for various reasons, gay and lesbian culture as such does not constitute a general exemption from the *Butler* test.

(d) The *Butler* Test Is Oriented to Sexually Explicit Videos and Is Inappropriate for a Written Text

65 A judicial decision is always to be read in the context of its particular facts. The *Butler* case largely involved videos. Nevertheless, there is nothing in the judgments of Sopinka and Gonthier JJ. to suggest that the *Butler* test was not intended to apply to written texts. I do not underestimate the importance of the medium, but ultimately *Butler*'s

R. c. Erotica Video Exchange Ltd. (1994), 163 A.R. 181 (C. prov.).

L'intervenant Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes a plaidé que le sado-masochisme a un effet émancipateur dans la culture gaie et lesbienne et devrait donc être jugé selon une norme différente de celle applicable à la culture hétérosexuelle. Au soutien de cette thèse, le Fonds souligne que, par définition, la discrimination fondée sur le sexe ne s'applique pas dans le cas du [TRADUCTION] «matériel érotique montrant des personnes de même sexe». Par contre, l'intervenante Equality Now a affirmé que les gais et les lesbiennes ont autant le droit que leurs homologues hétérosexuels d'être protégés contre les représentations de choses sexuelles accompagnées de violence ou d'actes sexuels qui sont déshumanisants ou dégradants et susceptibles de causer un préjudice excédant les normes de tolérance de la société.

L'argument du Fonds d'action et d'éducation juridique pour les femmes semble présupposer que le critère établi dans *Butler* est fondé exclusivement sur le sexe des individus. La violence faite aux femmes n'était qu'une des préoccupations — une préoccupation importante cependant — qui ont conduit dans *Butler* à la formulation du critère fondé sur le préjudice, critère ne faisant lui-même aucune distinction de sexe. Bien qu'il soit tout à fait loisible aux appelants de prétendre que, pour diverses raisons, une publication donnée n'excède pas le seuil de tolérance au préjudice de la société en général, la culture gaie et lesbienne ne constitue pas en soi une exemption générale du critère établi dans *Butler*.

d) Le critère établi dans *Butler* vise les vidéos sexuellement explicites et est inapproprié pour les écrits

Une décision judiciaire doit toujours être interprétée dans le contexte des faits qui lui sont propres. L'arrêt *Butler* portait en grande partie sur des vidéos. Néanmoins, rien dans les motifs des juges Sopinka et Gonthier ne tend à indiquer que le critère établi dans cet arrêt n'était pas censé s'appliquer aux écrits. Je ne sous-estime pas l'impor-

2000 SCC 69 (CanLII)

concern was not with the medium but with the message. It may be very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or "inherent necessities" defence. The history of unsuccessful prosecutions of literary works in this country since *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley's Lover*) seems to bear out this difficulty. In the Customs context, the time involved to review properly a written text of considerable length for obscenity may be out of all proportion to the supposed benefits. At some point Customs authorities may decide that book banning should in most cases be left to those responsible for enforcing the *Criminal Code*. However, the sheer difficulty of making a successful obscenity case against a book should be seen by the appellants, I would have thought, as one of the merits of the *Butler* test.

tance du moyen d'expression, mais, en bout de ligne, c'est le message et non le moyen d'expression qui était en cause dans l'arrêt *Butler*. Il peut s'avérer très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre, moyen d'expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les «besoins internes». La liste des poursuites infructueuses intentées contre des œuvres littéraires au Canada depuis l'arrêt *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L'Amant de Lady Chatterley*) semble confirmer cette difficulté. Dans le contexte des douanes, le temps requis pour examiner adéquatement un écrit d'une longueur considérable afin de voir s'il est obscène peut être hors de toute proportion avec les avantages censés découler de cette mesure. Les autorités douanières peuvent décider, à un moment donné, que la tâche d'interdire des livres devrait dans la plupart des cas être laissée à ceux qui sont chargés de l'application du *Code criminel*. Cependant, j'aurais cru que le seul fait qu'il soit si difficile de prouver qu'un livre est obscène serait considéré par les appelants comme l'un des mérites du critère établi dans *Butler*.

(e) The *Butler* Record Did Not Include Erotica Targeted at a Gay and Lesbian Clientele

The appellants argue that the lesbian depictions in the *Butler* record were aimed at a heterosexual male audience, and that the Court did not have occasion to address the differences between heterosexual and homosexual erotica. The trial judge certainly noted such differences, albeit recognizing that the "target audience" concept had been rejected in *Towne Cinema*, *supra*. He also accepted as a sufficient basis for parliamentary intervention a "reasoned apprehension of harm" (*Butler*, at p. 504), and in this respect he relied on the conclusion of Professor Neil M. Malamuth that "homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual

e) Le dossier dans *Butler* ne comportait pas de matériel érotique destiné à la clientèle gaie et lesbienne

66 Les appelants prétendent que les représentations d'actes de lesbianisme figurant au dossier dans *Butler* étaient destinées à un public hétérosexuel masculin et que notre Cour n'a pas eu l'occasion d'examiner les différences entre le matériel érotique destiné aux hétérosexuels et celui destiné aux homosexuels. Le juge de première instance n'a pas manqué de souligner ces différences, reconnaissant toutefois que la notion de [TRADUCTION] «public cible» avait été rejetée dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité. Il a également accepté comme fondement suffisant de l'intervention du Parlement l'existence d'une «appréhension raisonnée du préjudice» (*Butler*, à la p. 504), et à cet égard, il s'est appuyé sur la conclusion du professeur Neil M. Malamuth selon laquelle [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la

2000 SCC 69 (CanLII)

pornography". Professor Malamuth further observed that:

> In recent years, [there] has been increasing scientific research indicating that some of the behaviors that might be related to exposure to some types of pornography are a serious problem within the gay community as well as within the heterosexual one. . . . [T]here are studies suggesting that within homosexual interactions the frequency of sexually coercive acts as well as non-sexual aggression between intimates occurs at a frequency quite comparable to heterosexual interactions.

pornographie hétérosexuelle». Le professeur Malamuth a également fait l'observation suivante:

> [TRADUCTION] Au cours des dernières années, [un] nombre de plus en plus grand de travaux scientifiques indique que certains comportements qui pourraient être liés au fait d'être exposé à certains genres de pornographie constituent un problème sérieux au sein de la communauté homosexuelle de même qu'au sein de la communauté hétérosexuelle [. . .] [D]es études tendent à indiquer que, dans le cadre des relations homosexuelles, les actes de coercition sexuelle et les agressions non sexuelles entre partenaires surviennent à une fréquence tout à fait comparable à celle observée dans les relations hétérosexuelles.

67 The trial judge concluded that while erotica plays a more central role in gay and lesbian culture than in heterosexual culture, the "harm-based" *Butler* approach is applicable to both. In the application of the test, a court is able to sift out erotica that in fact falls within the community's tolerance of harm. While the social science evidence is thin, it must be remembered that in *Butler* itself the Court accepted that the Crown could not be required to adduce a higher level of proof than the subject matter admits of. As Sopinka J. stated at p. 502:

Le juge de première instance a estimé que, quoique le matériel érotique joue un rôle plus important dans la culture gaie et lesbienne que dans la culture hétérosexuelle, l'approche «fondée sur le préjudice» retenue dans l'arrêt *Butler* s'appliquait aux deux. Dans l'application du critère, le tribunal est capable de filtrer le matériel érotique qui, dans les faits, respecte le seuil de tolérance de la société au préjudice. Bien que la preuve relevant des sciences sociales soit mince, il faut se rappeler que, dans l'arrêt *Butler* comme tel, notre Cour a reconnu qu'on ne pouvait exiger de la Couronne qu'elle présente une preuve plus grande que ne le permet le sujet en question. Comme l'a dit le juge Sopinka, à la p. 502:

> While a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish, it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs.

> Bien qu'il puisse être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société, il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance.

and at p. 504:

De poursuivre le juge, à la p. 504:

> I am in agreement with Twaddle J.A. who expressed the view that Parliament was entitled to have a "reasoned apprehension of harm" resulting from the desensitization of individuals exposed to materials which depict violence, cruelty, and dehumanization in sexual relations.

> Je suis d'accord avec le juge Twaddle de la Cour d'appel qui s'est dit d'avis que le Parlement avait le droit d'avoir [TRADUCTION] «une appréhension raisonnée du préjudice» résultant de la désensibilisation des personnes exposées à du matériel représentant des relations sexuelles dans un contexte de violence, de cruauté et de déshumanisation.

68 I agree with the trial judge and with the majority of the British Columbia Court of Appeal that the

Je partage l'opinion du juge de première instance et des juges majoritaires de la Cour d'appel

2000 SCC 69 (CanLII)

attempt to carve out of *Butler* a special exception for gay and lesbian erotica should be rejected.

de la Colombie-Britannique selon laquelle il faut rejeter l'exception spéciale en faveur du matériel érotique gai et lesbien que l'on tente de dégager de l'arrêt *Butler*.

E. *Conclusion on Butler Issues*

E. *Conclusion sur les questions liées à l'arrêt Butler*

Accordingly, the legislative core of the *Customs Tariff* prohibition, i.e., imported material that meets the obscenity provisions of s. 163 of the *Criminal Code* as interpreted in *Butler*, survives *Charter* scrutiny in the context of gay and lesbian culture. The appellants argue that *Butler* applied by a Customs officer raises a different free speech issue than *Butler* applied by a court. In my view, however, Customs review should be seen in the context of proceedings leading to court (if Customs pursues the prohibitions) as discussed below.

69 Par conséquent, l'essentiel des assises législatives de la prohibition établie par le *Tarif des douanes*, c'est-à-dire le matériel importé visé par les dispositions relatives à l'obscénité de l'art. 163 du *Code criminel*, telles qu'elles ont été interprétées dans l'arrêt *Butler*, résiste à l'examen fondé sur la *Charte* dans le contexte de la culture gaie et lesbienne. Les appelants prétendent que l'arrêt *Butler* soulève une question de liberté d'expression différente lorsqu'il est appliqué par un agent des douanes plutôt que par les tribunaux. J'estime toutefois que le contrôle douanier doit être considéré dans le cadre de procédures susceptibles d'aboutir devant les tribunaux (dans les cas où les Douanes désirent faire maintenir la prohibition), comme nous le verrons plus loin.

F. *Attack on the Constitutionality of the Decision-Making Structure Created by the Customs Act*

F. *Contestation de la constitutionnalité du régime décisionnaire créé par la Loi sur les douanes*

On this branch of the argument the appellants claim that the statutory Customs border review procedures achieve a level of unworkability comparable to the abortion provisions of the *Criminal Code* which the Court held to be unconstitutional in *Morgentaler, supra*. Similar arguments were considered in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In those cases, the Court found that the source of unconstitutionality resided in the legislation itself. I therefore turn in the first instance to an examination of the *Customs Tariff* and the *Customs Act* in light of the appellants' complaints. I will then take a more detailed look at the relevant authorities.

70 Relativement à ce volet de l'argumentation, les appelants avancent que la procédure de contrôle douanier prévue par la loi atteint un degré d'inapplicabilité comparable aux dispositions du *Code criminel* relatives à l'avortement que notre Cour a jugées inconstitutionnelles dans l'arrêt *Morgentaler*, précité. Des arguments similaires ont été examinés dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. Dans ces arrêts, notre Cour a conclu que la source de l'inconstitutionnalité résidait dans les dispositions législatives elles-mêmes. Je vais donc, dans un premier temps, examiner le *Tarif des douanes* et la *Loi sur les douanes* à la lumière des plaintes des appelants, et, dans un second temps, analyser de façon plus approfondie les arrêts pertinents.

The appellants say a regulatory structure that is open to the level of maladministration described in the trial judgment is unconstitutionally underpro-

71 Les appelants affirment qu'un régime réglementaire qui donne lieu au degré de mauvaise administration décrit dans le jugement de première ins-

2000 SCC 69 (CanLII)

tective of their constitutional rights and should be struck down in its entirety. In effect they argue that Parliament was required to proceed by way of legislation rather than the creation of a delegated power of regulation in s. 164(1)(*j*), which authorizes the Governor in Council to "make regulations . . . generally, to carry out the purposes and provisions of this Act", or by ministerial directive. My colleague Iacobucci J. accepts the propositions that "[t]his Court's precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights" (para. 204) and because "the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials" (para. 211), Code 9956 should be struck from the *Customs Tariff*. I do not think there is any constitutional rule that requires Parliament to deal with Customs' treatment of constitutionally protected expressive material by legislation (as the appellants contend) rather than by way of regulation (as Parliament contemplated in s. 164(1)(*j*)) or even by ministerial directive or departmental practice. Parliament is entitled to proceed on the basis that its enactments "will be applied constitutionally" by the public service.

tance est inconstitutionnel car il ne protège pas suffisamment les droits qui leur sont garantis par la Constitution, et que ce régime devrait être invalidé complètement. Dans les faits, ils prétendent que le Parlement était tenu d'intervenir par voie législative plutôt que par la création, à l'al. 164(1)*j*), d'un pouvoir de réglementation délégué qui autorise le gouverneur en conseil à prendre, par règlement, «toute mesure d'application de la présente loi», ou par l'établissement d'une directive ministérielle. Mon collègue le juge Iacobucci accepte la proposition selon laquelle «[l]a jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution» (par. 204), et celle voulant que, comme la «législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution» (par. 211), le code 9956 doit être radié du *Tarif des douanes*. Je ne crois pas qu'il y ait quelque règle constitutionnelle obligeant le Parlement à prescrire au moyen d'une loi (comme le prétendent les appelants) plutôt que d'un règlement (comme l'a prévu le Parlement à l'al. 164(1)*j*)) ou même d'une directive ministérielle ou d'une pratique institutionnelle, la façon dont les Douanes doivent traiter le matériel expressif protégé par la Constitution. Le Parlement a le droit d'agir en tenant pour acquis que les textes de loi qu'il adopte «s[eront] appliqué[s] [. . .] d'une manière conforme à la Constitution» par les fonctionnaires.

72 The authorities relied on by my colleague all deal with legislation that itself contained problematic provisions. In this case, the complaint is about the *absence* of affirmative provisions, *per* Iacobucci J., at para. 166: "The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene." To put it another way, the appellants' complaint is about what Parliament did *not* enact rather than what it *did* enact. The imposition on Parliament of a constitutional obligation to deal itself with *Charter*-sensitive matters rather than by permitting Parliament the option of enacting a delegated regulation-making power has serious

Les arrêts invoqués par mon collègue portent tous sur des lois qui contenaient elles-mêmes des dispositions problématiques. En l'espèce, la plainte porte sur l'*absence* de dispositions positives: «[l]a législation douanière souffre de l'absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène» (le juge Iacobucci, au par. 166). Autrement dit, la plainte des appelants porte sur les mesures que le Parlement *n*'a *pas* adoptées plutôt que sur celles qu'il a *effectivement* adoptées. Le fait d'imposer au Parlement l'obligation constitutionnelle de se charger lui-même des questions délicates eu égard à la *Charte* plutôt que

2000 SCC 69 (CanLII)

ramifications for the machinery of government. I do not agree that Parliament's options are so limited.

de lui permettre de déléguer un pouvoir de réglementation à cet égard, a de sérieuses répercussions sur le fonctionnement de l'appareil gouvernemental. Je ne partage pas l'avis que les choix du Parlement soient aussi limités.

The initial question, however, is whether the Customs legislation itself contains procedures that infringe *Charter* rights, as in *Morgentaler*, or whether the problem here is implementation, aggravated by administrative constraints such as limited budgets and lack of qualified personnel, as found by the trial judge.

73 La question initiale, toutefois, consiste à déterminer si la législation douanière elle-même contient des procédures qui portent atteinte aux droits garantis par la *Charte*, comme c'était le cas dans l'arrêt *Morgentaler*, ou s'il s'agit plutôt, en l'espèce, d'un problème de mise en œuvre, exacerbé par des contraintes de nature administrative tels des budgets limités et le manque de personnel qualifié, comme a conclu le juge de première instance.

The appellants' argument can be organized under the following headings.

74 Les divers arguments des appelants peuvent être réunis sous les rubriques suivantes.

(a) The Crudity of the Decision-making Process

a) La nature sommaire du processus décisionnel

The trial judge described the process thus (at para. 256):

75 Le juge de première instance a décrit ainsi ce processus (au par. 256):

> . . . while memorandum D9-1-1 requires classifying officers to read books from cover to cover, some officers simply thumb through them or read pages at random. Many officers review videotapes with the assistance of a fast-forward device, stopping only to examine scenes of explicit sex; they do not listen to the soundtrack. Some who testified acknowledged that they are not capable of determining artistic merit and that they do not attempt to do so. Others claim to consider each item carefully and completely and to determine whether the work has a valid purpose.

> [TRADUCTION] . . . quoique le Mémorandum D9-1-1 exige que les agents de classement lisent les livres d'un bout à l'autre, certains agents ne font que les feuilleter ou lire des pages au hasard. Bien des agents examinent les vidéos à l'aide d'un mécanisme de défilement en accéléré, n'arrêtant qu'aux scènes de sexe explicites; ils n'écoutent pas la trame sonore. Certains agents qui ont témoigné ont reconnu qu'ils étaient incapables d'évaluer la valeur artistique et qu'ils ne tentaient pas de le faire. D'autres disent examiner chaque article de façon attentive et exhaustive, et déterminer si l'œuvre a un objet valide.

The appellants complain that there is no provision in the Customs legislation for a hearing (written or oral) and no opportunity for the importer to adduce evidence to inform the Customs officer. No reasons are typically given by Customs for a prohibition beyond a tick in one of eight boxes entitled "Sex With Violence", "Child Sex", "Incest", "Bestiality", "Necrophilia", "Hate Propaganda", "Anal Penetration", and "Other". The box "Other" is followed by a short line on which the inspector could write one or two words to describe the ground for

76 Les appelants se plaignent de l'absence, dans la législation douanière, de dispositions prévoyant la tenue d'une audience (par présentation d'observations écrites ou orales), ainsi que du fait que l'importateur n'a pas la possibilité de présenter des éléments de preuve en vue de renseigner l'agent des douanes. Les Douanes ne motivent généralement pas la prohibition, si ce n'est en cochant l'une des huit cases portant les titres suivants: «Violence Sexuelle», «Pornographie enfantine», «Inceste», «Bestialité», «Nécrophilie», «Propagande haineuse», «Pénétration anale» et «Autre». La case «Autre» est suivie d'une courte ligne où les inspec-

2000 SCC 69 (CanLII)

prohibition, but rarely did so in sufficient detail to be informative.

77 While these complaints have some substance, they address the statutory scheme as *operated* by officials rather than the statutory scheme itself. The Constitution does not prohibit border inspections: *R. v. Simmons*, [1988] 2 S.C.R. 495. Any border inspection may involve detention and, because Customs officials are only human, erroneous determinations. Thus the trial judge found at para. 234 that:

> The deleterious effects of the legislation as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials. [Emphasis added.]

I regard such potential as inherent in any border surveillance scheme. Of themselves, they afford no reason to declare the legislation unconstitutional.

78 If Parliament can validly prohibit obscenity, and *Butler* held that it had validly done so, the prohibition can be imposed at the border as well as within the country. The only expressive material that Parliament has authorized Customs to prohibit as obscene is material that is, by definition, the subject of criminal penalties for those who are engaged in its production or trafficking (or have possession of it for those purposes). The concern with prior restraint, discussed by my colleague Iacobucci J. at paras. 232 to 236, operates in such circumstances, if at all, with much reduced importance.

79 In the Customs context, procedures are inevitably different than in a prosecution for a criminal offence, but I do not read *Butler*'s linkage between

teurs pouvaient décrire par un mot ou deux le motif de la prohibition, mais le faisaient rarement de façon suffisamment détaillée pour renseigner les intéressés.

Bien que ces plaintes aient un certain fondement, elles concernent le régime législatif tel qu'il est *appliqué* par les fonctionnaires plutôt que le régime législatif lui-même. La Constitution n'interdit pas les inspections frontalières: *R. c. Simmons*, [1988] 2 R.C.S. 495. Toute inspection frontalière est susceptible de donner lieu à la retenue des marchandises concernées. Puisque les agents des douanes ne sont que des êtres humains, ces retenues risquent d'entraîner des décisions erronées. En conséquence, le juge de première instance a tiré la conclusion suivante, au par. 234:

> [TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel. [Je souligne.]

J'estime que de telles situations sont inhérentes à tout régime de surveillance frontalière. En soi, elles ne constituent pas des motifs justifiant de déclarer les mesures législatives inconstitutionnelles.

Si le Parlement peut validement prohiber l'obscénité — et l'arrêt *Butler* a établi qu'il l'avait fait de manière valide — la prohibition peut être prononcée tant aux frontières du pays qu'à l'intérieur de celui-ci. Le seul matériel expressif que le Parlement a permis aux Douanes de prohiber pour cause d'obscénité est le matériel qui, par définition, entraîne des sanctions pénales pour ceux qui se livrent à sa production ou à son trafic (ou qui en ont leur possession à ces fins). La préoccupation relative aux restrictions préalables, analysée par mon collègue le juge Iacobucci aux par. 232 à 236 de ses motifs, s'applique dans de telles circonstances, si tant est qu'elle s'applique, mais avec beaucoup moins d'acuité.

En contexte douanier, les procédures suivies diffèrent inévitablement de celles qui le sont dans la poursuite d'une infraction criminelle, mais je ne

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

constitutionality and a reasoned apprehension of harm as being contingent on the availability of a full trial in a criminal court. Criminal offences require criminal procedures. The role and function of border inspections are quite different.

considère pas que le lien qui est fait par l'arrêt *Butler* entre la constitutionnalité et l'existence d'une appréhension raisonnée de préjudice a pour effet d'exiger la tenue d'un procès complet devant une cour criminelle. Les infractions criminelles requièrent l'application de procédures criminelles. Le rôle des inspections frontalières est fort différent.

The classification exercise under Code 9956 largely consists of the Customs inspector making a comparison of the imported materials with the illustrated manual that accompanied Customs Memorandum D9-1-1. If a picture in an imported magazine, for example, looks to the Customs inspector like a "sample" of obscenity described in D9-1-1, or depicted in its companion document of illustrations, it is deemed by Customs to be obscene. There is not much scope in the process to evaluate artistic merit or indeed for any of the subtleties of the jurisprudence under s. 163. The trial judge found that "importers have no guarantee that they may see, and in fact are discouraged from seeing, the prohibited material for purposes of preparing a submission on a request for re-determination" (para. 65). The process is no more than it purports to be, a rough and ready border screening procedure that may lead Customs (with or without a re-determination at a more senior departmental level) to refuse entry to the goods. Parliament was entitled to assume that refusal would not be given without reasonable cause. Such a refusal, it is important to emphasize, is subject to appeal to the courts.

80 Le classement effectué en vertu du code 9956 consiste en grande partie en une comparaison, par l'inspecteur des douanes, du matériel importé et du guide illustré accompagnant le Mémorandum D9-1-1. Si, par exemple, une image figurant dans un magazine importé semble être, aux yeux de l'inspecteur, un «exemple» d'obscénité décrit dans le Mémorandum D9-1-1 ou représenté dans le guide illustré connexe, elle est réputée obscène par les Douanes. Le processus fait peu de place à l'appréciation de la valeur artistique ou, d'ailleurs, à toutes les subtilités dégagées dans la jurisprudence relative à l'art. 163. Le juge de première instance a conclu que [TRADUCTION] «les importateurs n'ont aucune garantie qu'ils peuvent voir — et ils sont en fait découragés de le faire — le matériel prohibé en vue de préparer des arguments dans le cadre d'une demande de révision ou réexamen» (par. 65). Le processus n'est rien de plus que ce qu'il est censé être, c'est-à-dire une procédure sommaire de contrôle frontalier qui peut amener les Douanes (avec ou sans révision à un niveau hiérarchique plus élevé au sein du ministère) à refuser l'entrée des marchandises. Le Parlement avait le droit de supposer qu'aucun refus ne serait prononcé sans motif raisonnable. Il est important de souligner qu'il est possible d'interjeter appel d'un tel refus devant les tribunaux.

The evidence is that at the second stage re-determination, the material is reviewed by a small number of Customs officials who work for approximately three to six months in the Prohibited Importations Directorate. The assignment is unpopular. The officials are given little training except "on-the-job" experience. The legislation mandates neither the level of resources nor the

81 La preuve indique que, à la deuxième étape — celle de la révision —, les marchandises sont examinées par les membres d'un petit groupe de fonctionnaires des douanes, qui accomplissent généralement ces fonctions au sein de l'Unité des importations prohibées pour une période de trois à six mois environ. Les affectations à ce service sont impopulaires. Les fonctionnaires ne reçoivent que peu de formation, sauf celle qu'on leur donne «en cours d'emploi». La législation pertinente ne prescrit ni le niveau des ressources qui doivent être

requisite training. The department sets its own priorities within the resources put at its disposal.

82 Iacobucci J. argues that Parliament was constitutionally required to spell out a more rights-protective regime in the Act itself, but in my view, for the reasons given below, it was open to Parliament in creating this type of government machinery to lay out the broad outline in the legislation and leave its implementation to regulation by the Governor in Council or departmental procedures established under the authority of the Minister. A failure at the implementation level, which clearly existed here, can be addressed at the implementation level.

(b) The Inadequacies of Memorandum D9-1-1

83 Memorandum D9-1-1 is acknowledged by Customs as their key working tool but it is of uncertain origins and level of approval. The Memorandum was divided into various sections, and was accompanied by an illustrated manual showing depictions of various sexual activities thought by Customs to be "degrading or dehumanizing". There was no recognition in the version of Memorandum D9-1-1 in use at the time of the events described at trial that the community standard related to tolerance of harm rather than taste.

84 The evidence established that for all practical purposes Memorandum D9-1-1, and especially the companion illustrated manual, governed Customs' view of obscenity. The Customs' view was occasionally intransigent. Reference has already been made to the opinion from the Department of Justice that depiction of anal intercourse was not as such obscene. That opinion was ignored for at least two years while imported materials depicting anal intercourse continued to be prohibited on the basis of the outdated Memorandum D9-1-1.

affectées à cette tâche ni la formation requise pour l'accomplir. Le ministère établit ses propres priorités en puisant dans les ressources mises à sa disposition.

Le juge Iacobucci affirme que le Parlement était tenu par la Constitution d'établir dans la loi même un régime protégeant davantage les droits, mais j'estime, pour les motifs exposés plus loin, qu'il était loisible au Parlement, lorsqu'il a créé ce genre de mécanisme gouvernemental, d'en arrêter les grandes lignes dans la loi et de laisser sa mise en œuvre être accomplie au moyen de règlements pris par le gouverneur en conseil ou de procédures institutionnelles établies sous l'autorité du ministre. Tout manquement survenant à l'étape de la mise en œuvre, situation qui s'est clairement produite en l'espèce, peut être réglé à cette étape.

b) Les lacunes du Mémorandum D9-1-1

Les autorités douanières reconnaissent que le Mémorandum D9-1-1 est leur principal outil de travail, mais tant les origines de ce document que le niveau auquel il a été approuvé sont inconnus. Le Mémorandum était divisé en sections et accompagné d'un guide illustré montrant des représentations de diverses activités sexuelles jugées «dégradantes ou déshumanisantes» par les Douanes. La version du Mémorandum D9-1-1 qui était appliquée au moment des événements décrits au procès ne précisait pas que la norme sociale était fonction non pas des goûts mais de la tolérance au préjudice.

La preuve a démontré que, dans la pratique, le Mémorandum D9-1-1, et particulièrement le guide illustré qui l'accompagnait, déterminaient l'opinion des Douanes en matière d'obscénité. Cette opinion était parfois intransigeante. J'ai fait état précédemment de l'avis du ministère de la Justice selon lequel la représentation de relations sexuelles anales n'était pas obscène en soi, avis dont on n'a pas tenu compte pendant une période de deux ans, au cours de laquelle du matériel importé comportant de telles représentations a continué d'être prohibé sur le fondement du Mémorandum D9-1-1, dont l'information était périmée.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

The trial judge concluded that Customs' failure to make Memorandum D9-1-1 conform to the Justice Department opinion on the definition of obscenity violated the appellants' *Charter* rights. However, I agree with the British Columbia Court of Appeal that the trial judge put too much weight on the Memorandum, which was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. The failure of Customs to keep the document updated is deplorable public administration, because use of the defective guide led to erroneous decisions that imposed an unnecessary administrative burden and cost on importers and Customs officers alike. Where an importer could not have afforded to carry the fight to the courts a defective Memorandum D9-1-1 may have directly *contributed* to a denial of constitutional rights. It is the statutory decision, however, not the manual, that constituted the denial. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

85 Le juge de première instance a estimé que l'omission des Douanes de rendre le Mémorandum D9-1-1 conforme à l'avis du ministère de la Justice sur la définition de l'obscénité avait porté atteinte aux droits garantis aux appelants par la *Charte*. Toutefois, je souscris à l'opinion de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que le juge de première instance a accordé trop d'importance au Mémorandum, qui n'était rien de plus qu'un outil administratif interne à l'intention des inspecteurs des douanes. Il n'avait pas force de loi. Il n'aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée. L'omission des Douanes de tenir ce document à jour constitue un exemple de gestion publique déplorable, car l'utilisation du guide lacunaire a entraîné des décisions erronées, qui ont imposé des démarches administratives et des dépenses inutiles tant aux importateurs qu'aux agents des douanes. Dans le cas où l'importateur n'avait pas les moyens de soumettre le différend aux tribunaux, le Mémorandum D9-1-1 lacunaire peut avoir directement *contribué* à la privation de droits constitutionnels. C'est toutefois la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s'attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l'un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l'autre.

(c) Non-Observance of Time Limits

c) L'inobservation des délais

The initial inspection is carried out under s. 58 of the *Customs Act*, which authorizes Customs officers to determine the tariff classification of imported goods. In the case of goods that are not "prohibited", the *Customs Act* requires the Customs officer to determine the classification of imported goods within 30 days after being "accounted for" by the importer. Unless the Customs officer makes a contrary classification within the 30-day period, the classification proposed by the importer is accepted.

86 L'inspection initiale est faite en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*, qui autorise les agents des douanes à effectuer le classement tarifaire des marchandises importées. Dans le cas des marchandises non «prohibées», la *Loi sur les douanes* oblige l'agent des douanes à effectuer le classement des marchandises importées dans les 30 jours suivant leur «déclaration en détail» par l'importateur. Sauf classement contraire par l'agent dans ce délai, le classement proposé par l'importateur est accepté.

87 In this Court the appellants stated, and the Crown agreed, that the 30-day time limit did not apply in the case of "prohibited goods". The appellants' motive, I infer, was to show how unworkable the statute is, but there is nothing in the Act to support such an interpretation. It makes no administrative sense because goods only become "prohibited" as a *result* of the classification process. If no classification is made the goods cannot have "prohibited" status, and the trigger for the supposed exception does not exist.

Devant notre Cour, les appelants ont affirmé — affirmation à laquelle la Couronne a souscrit — que le délai de 30 jours ne s'appliquait pas dans le cas des «marchandises prohibées». Selon moi, cette affirmation visait à démontrer à quel point la loi est inapplicable, mais rien dans la Loi n'appuie une telle interprétation. Celle-ci n'a aucun sens sur le plan administratif, car des marchandises ne deviennent «prohibées» qu'*à la suite* du processus de classement. Si aucun classement n'est fait, les marchandises ne peuvent être qualifiées de «prohibées», et l'élément déclencheur de la prétendue exception n'existe pas.

88 Accordingly, if Customs does not make a classification within 30 days the importer's classification applies. If the department, while failing to act in a timely way, nevertheless regards the materials as obscene, the matter may be referred to the provincial authorities who may decide to commence a prosecution under the *Criminal Code*. The 30-day decision period was an important protection inserted in the *Customs Act* for the benefit of importers.

Par conséquent, si les Douanes n'effectuent pas le classement dans le délai de 30 jours, celui fait par l'importateur s'applique. Si le ministère, quoiqu'il n'ait pas agi dans les délais prévus, considère néanmoins que le matériel est obscène, la question peut être déférée aux autorités provinciales, qui peuvent décider d'entamer des poursuites en vertu du *Code criminel*. Le délai de 30 jours imparti pour prendre la décision est une mesure de protection importante, qui a été intégrée à la *Loi sur les douanes* au bénéfice des importateurs.

89 The evidence demonstrated that Customs, because of scarce resources or otherwise, failed to carry out the classification exercise sometimes for many months. As the trial judge found at para. 112 of his judgment:

> Often, decisions are not made within the statutorily-prescribed time limits. The plaintiffs identified many instances where the thirty-day time limit between detention and determination under s. 58 was exceeded. As well, they identified many instances where the date of detention was incorrectly recorded on the Form K27, making it impossible to determine whether the thirty-day time limit was observed.

La preuve a démontré que, soit en raison de ressources limitées soit pour d'autres raisons, les Douanes ont parfois attendu de nombreux mois avant d'effectuer le classement. Comme l'a constaté le juge de première instance, au par. 112 de son jugement:

> [TRADUCTION] Souvent, les décisions ne sont pas prises dans le délai prescrit par la loi. Les demandeurs ont fait état de nombreux cas où le délai de trente jours entre la retenue des marchandises et leur classement en vertu de l'art. 58 avait été dépassé. De plus, ils ont mentionné nombre de cas où une date de déclaration inexacte avait été inscrite sur le formulaire K27, de sorte qu'il était impossible de déterminer si le délai de trente jours avait été respecté.

90 These deficiencies could clearly have been addressed by regulatory provisions made under s. 164(1)(*j*) or ministerial directions to Customs officials. In the absence of such public service initiatives, an action against the Crown in respect of an unlawfully detained shipment of material accompanied by a substantial award of costs would likely

Ces lacunes auraient clairement pu être corrigées au moyen de mesures réglementaires prises en vertu de l'al. 164(1)*j*) ou de directives du ministre aux fonctionnaires des douanes. En l'absence de telles mesures de l'administration, si la Couronne était poursuivie pour retenue illicite de matériel importé et condamnée à verser une indemnité

2000 SCC 69 (CanLII)

have a salutary effect in keeping Customs focussed on the deadlines imposed by Parliament.

(d) Delays in the Internal Review and Reconsideration Process

Once a classification has been made, an importer who disagrees with the classification has 90 days to appeal the "determination" to a designated officer "in the prescribed manner and in the prescribed form". Section 60(3) requires the designated official to "re-determine" the tariff classification "with all due dispatch". The evidence is that "all due dispatch" was loosely interpreted in the case of the appellants' shipments. On this point the trial judge found (at para. 113):

> Re-determinations requested by Little Sisters under s. 60 were completed in times ranging from ten days to three and one-half months. It was conceded by Customs' witnesses at trial that the reviewing officer could not have read the books in question in some instances within the time it took to give the decision.

Parliament's direction that the re-determination be made with "all due dispatch" must be given content. The original determination must be made within 30 days and there is no evidence that the re-determination should take longer. (Under the terms of the subsequent *Customs Act* amendments, the determination must be made by or at the time of accounting, which equally contemplates a speedy procedure.) If Customs fails to make a re-determination within the allotted time, an importer may apply for an order of *mandamus*, with costs, to require that Customs reach a decision one way or the other.

Following the re-determination, a disappointed importer can make a further appeal to the Deputy Minister or his designate under s. 63 of the Act. This level of review allows the department at a senior level the opportunity to reverse the earlier determination of the imported material as obscene unless the Deputy Minister or his designate is pre-

importante, cela aurait probablement l'effet bénéfique de rappeler aux Douanes de tenir compte des délais imposés par le Parlement.

d) Les délais dans le processus interne de révision et réexamen

91 Une fois le classement effectué, l'importateur qui est en désaccord avec la décision a 90 jours pour en appeler à un agent désigné «selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme [. . .] déterminé[e]». Conformément au par. 60(3), l'agent désigné «procède [. . .] à la révision» du classement tarifaire «dans les meilleurs délais». La preuve indique que l'expression «les meilleurs délais» a été interprétée de façon peu rigoureuse dans le cas des envois destinés aux appelants. Voici les constatations du juge de première instance sur cette question (au par. 113):

> [TRADUCTION] Les révisions demandées par Little Sisters en vertu de l'art. 60 ont été effectuées dans des délais allant de dix jours à trois mois et demi. Des témoins des Douanes au procès ont concédé que, dans certains cas, il était impossible que l'agent de révision ait pu lire les livres en question à l'intérieur du délai dans lequel il avait pris la décision.

92 Il faut donner un sens à l'ordre du Parlement de procéder à la révision dans «les meilleurs délais». La décision initiale doit être prise dans un délai de 30 jours, et il n'y a aucune preuve indiquant que la révision exige davantage de temps. (En vertu des modifications apportées subséquemment à la *Loi sur les douanes*, qui prévoient également une procédure rapide, la décision doit être prise au plus tard au moment de la déclaration en détail des marchandises importées.) Si les Douanes ne procèdent pas à la révision dans le délai alloué, l'importateur peut et demander une ordonnance de *mandamus* en vue d'obliger les Douanes à rendre une décision dans un sens ou l'autre, et solliciter les dépens.

93 À la suite de la révision, l'importateur déçu peut, en vertu de l'art. 63 de la Loi, interjeter un appel supplémentaire, cette fois au sous-ministre ou à la personne désignée par celui-ci. Cette étape de révision permet l'annulation, à un niveau hiérarchique supérieur au sein du ministère, de la décision ayant déclaré obscène le matériel importé,

2000 SCC 69 (CanLII)

pared to go to court to defend the prohibition. Once again, the decision is to be made "with all due dispatch". Parliament's intention seems clearly to be to hurry the process along, and there is no reason to expect "all due dispatch" at this second stage of re-determination will exceed 30 days either. The fact Parliament eliminated the middle stage of the process after the trial seems to confirm its desire for a streamlined decision-making process within the department.

sauf si le sous-ministre ou son délégué est prêt à défendre le bien-fondé de la prohibition devant les tribunaux. À cette étape également, la décision doit être rendue «dans les meilleurs délais». Le Parlement semble clairement vouloir accélérer le processus, et là aussi rien ne donne à penser que, à ce deuxième niveau de révision, l'expression dans «les meilleurs délais» veut dire plus de 30 jours. Le fait que, après le procès, le Parlement ait éliminé l'étape intermédiaire du processus semble confirmer son désir de rationaliser le processus de prise de décision au sein du ministère.

94 The trial judge found (at para. 113) that some requests for re-determination under s. 63 took more than a year for decision. Such a delay is not in accordance with the Act. It must be remembered that these stages of administrative re-determination are internal procedures with no opportunity given to the importer to be heard or to adduce evidence. They were put in place, as Minister George Nowlan told the House of Commons, to deal with "cabbages and cucumbers" (see para. 15, *supra*). They are not in any sense "hearings" on the merits. Their purpose is to afford the departmental hierarchy the opportunity to reverse a first stage determination if it is not prepared to defend it. "[A]ll due dispatch" means that now, after the recent amendment, an importer should have a final departmental decision within 30 days after it seeks a review of the initial determination that Customs "deems" the imported publication to be obscene. This compares favourably with the 60-day limit stipulated in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), referred to by Iacobucci J. at para. 241.

Le juge de première instance a constaté (au par. 113) que certaines demandes de révision présentées en vertu de l'art. 63 avaient pris plus d'un an à être tranchées. Un tel délai n'est pas conforme à la Loi. Il faut se rappeler que ces niveaux de révision administrative sont des procédures internes dans le cadre desquelles l'importateur n'a pas la possibilité de se faire entendre ou de présenter des éléments de preuve. Comme a dit le ministre George Nowlan à la Chambre des communes, ces procédures ont été mises en place pour statuer sur [TRADUCTION] «les choux et les concombres» (voir le par. 15 des présents motifs). Elles ne constituent aucunement des «audiences» sur le fond. Leur objet est de fournir aux autorités supérieures du ministère la possibilité d'annuler une décision initiale si elles ne sont pas prêtes à la défendre. L'expression dans «les meilleurs délais» signifie que désormais, par suite des récentes modifications, l'importateur devrait connaître la décision finale de l'administration dans les 30 jours de sa demande de révision de la décision initiale selon laquelle la publication importée est «réputée» obscène par les Douanes. Ce délai se compare avantageusement au délai de 60 jours prescrit dans l'arrêt *United States c. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), mentionné par le juge Iacobucci au par. 241.

(e) The Desirability of a Specialized Tribunal

e) L'opportunité d'établir un tribunal spécialisé

95 The appellants argue that controversies involving freedom of expression and equality rights ought not to be left in the hands of the usual bureaucratic decision-making machinery. They point to the establishment in South Africa of the

Les appelants prétendent que les différends mettant en jeu la liberté d'expression et les droits à l'égalité ne devraient pas relever du processus décisionnel bureaucratique habituel. Ils soulignent la création, en Afrique du Sud, de l'Indecent Publi-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

Indecent Publications Tribunal, now replaced by the Office of Film and Literature Classification and the Publications Appeal Board, and the Office of Film and Literature Classification in Australia. The creation of such bodies reflects the importance properly attached to expressive material and seems to allow for a speedier and more specialized process to deal with subject matter which our Customs department has found it very difficult to deal with. However, while such a body may find favour with Parliament at some stage, the present policy is to utilize the ordinary public service and the courts and there is nothing unconstitutional about the absence of a specialized tribunal from the statutory scheme.

(f) The Attack on Book Banning

The evidence is that Customs officials failed in general to deal properly with books. Few, if any, were read in their entirety. The usual procedure was for a Customs official to thumb through the pages of a book and as soon as three passages replicating material considered to be obscene under Memorandum D9-1-1 were identified in the text the book was deemed obscene and prohibited. The procedure would be clearly inadequate in all but the most egregious cases. No attempt was made to gain an impression of the book as a whole on which "artistic merit" *could* be assessed.

(g) Onus of Proof of Obscenity

The constitutional question challenges the validity of s. 71 of the *Customs Act*, on which the redetermination and court proceedings are based. In part, the challenge relies on the "reverse onus" provision applied in such proceedings by virtue of s. 152(3) of the *Customs Act*, as explained in oral argument by counsel for the appellants:

We challenge the entire scheme, not just the power of the Customs officer at the front line to do that detention and prohibition, but the scheme insofar as it puts the onus on the importer, whether the importer is a book-

cations Tribunal, qui a été remplacé par l'Office of Film and Literature Classification et le Publications Appeal Board, ainsi que l'établissement, en Australie, de l'Office of Film and Literature Classification. La création de ces organismes témoigne de l'importance qui est à juste titre accordée au matériel expressif, et elle semble permettre un traitement plus rapide, par des gens plus spécialisés, de questions que nos autorités douanières trouvent très difficiles. Toutefois, bien qu'il soit possible que le Parlement décide éventuellement de créer un tel organisme, pour l'instant la politique consiste à faire appel à des fonctionnaires spécialisés et aux tribunaux, et le fait que le régime établi par la loi ne comporte aucun tribunal spécialisé n'a rien d'inconstitutionnel.

f) La contestation de prohibitions prononcées à l'égard des livres

96 Il ressort de la preuve que les fonctionnaires des douanes ont été en général incapables de bien évaluer les livres. Peu sinon aucun des livres ont été lus en entier. Selon la procédure habituellement suivie, l'agent feuilletait le livre et, dès que trois passages correspondant à du matériel considéré obscène au regard du Mémorandum D9-1-1 étaient repérés dans le texte, le livre était réputé obscène et prohibé. Cette procédure est clairement inadéquate sauf dans les cas d'obscénité les plus flagrants. Aucun effort n'était fait pour dégager du livre dans son ensemble une impression *permettant* d'en apprécier «la valeur artistique».

g) La charge de la preuve de l'obscénité

97 La question constitutionnelle met en cause la validité de l'art. 71 de la *Loi sur les douanes*, sur lequel la procédure de révision et les procédures judiciaires sont fondées. Les appelants appuient en partie leur contestation sur la disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui s'applique à ces procédures en vertu du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, comme l'a expliqué leur avocat dans sa plaidoirie:

[TRADUCTION] Nous contestons l'ensemble du régime, et non pas seulement le pouvoir des agents des douanes au point d'entrée de procéder à la retenue et à la prohibition, mais bien le régime qui, dans la mesure où il

store or a regular individual to seek a redetermination, or review, or appeal, would have you through a byzantine bureaucratic process and ultimately to the Courts in order to prove that the material is not obscene. [Emphasis added.]

impose à l'importateur (qu'il s'agisse d'une librairie ou d'un simple citoyen) l'obligation de se pourvoir en révision, en réexamen ou en appel, l'oblige à se soumettre à un processus bureaucratique compliqué et, en bout de ligne, à faire appel aux tribunaux s'il veut prouver que le matériel n'est pas obscène. [Je souligne.]

98 Section 152(3) is not specific to obscenity or even to prohibited goods generally, but applies to "any proceeding under this Act", including the appeals process authorized by s. 71. Section 152(3) directs the decision-maker to assume that Customs officials are right unless and until the importer proves them to be wrong. It provides:

Le paragraphe 152(3) ne vise pas spécifiquement les affaires d'obscénité ni même les marchandises prohibées en général, mais il s'applique plutôt à «toute procédure engagée sous le régime de la présente loi», y compris la procédure d'appel prévue par l'art. 71. Conformément au par. 152(3), le décideur doit supposer que les fonctionnaires des douanes ont raison, jusqu'à preuve du contraire par l'importateur. Voici les passages pertinents de ce paragraphe:

152. . . .

(3) Subject to subsection (4), in any proceeding under this Act, the burden of proof in any question relating to

. . .

(*d*) the compliance with any of the provisions of this Act or the regulations in respect of any goods

lies on the person, other than Her Majesty, who is a party to the proceeding or the person who is accused of an offence, and not on Her Majesty.

152. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), dans toute procédure engagée sous le régime de la présente loi, la charge de la preuve incombe, non à Sa Majesté, mais à l'autre partie à la procédure ou à l'inculpé pour toute question relative, pour ce qui est de marchandises:

. . .

d) à l'observation, à leur égard, de la présente loi ou de ses règlements.

99 The appellants did not directly impugn the constitutionality of the reverse onus provision in their application to state the constitutional questions, presumably because they intended to rely on its continued validity as a lever to overturn the rest of the Customs legislation in relation to expressive materials. In my view, however, the appellants' attack on s. 71 and the procedures it authorizes is inextricably bound up with the reverse onus provision, and the Court is not bound to accept the application of the latter as valid when considering the constitutionality of the former. The constitutional question in relation to s. 71 encompasses both aspects of the appellants' argument.

Les appelants n'ont pas attaqué directement la constitutionnalité de la disposition portant inversion de la charge de la preuve dans leur demande de formulation des questions constitutionnelles, vraisemblablement parce qu'ils avaient l'intention d'invoquer sa validité pour faire invalider les autres dispositions de la législation douanière relatives au matériel expressif. À mon avis, toutefois, la contestation par les appelants de l'art. 71 et des procédures qu'il autorise est inextricablement liée à la disposition portant inversion de la charge de la preuve, et notre Cour n'est pas obligée de sanctionner l'application de cette dernière disposition lorsqu'elle examine la constitutionnalité de la première. La question constitutionnelle relative à l'art. 71 englobe les deux aspects de l'argument des appelants.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

The first step is to identify which of the various remedies afforded by s. 71 attract the s. 152(3) onus. Where applicable, it would put on the importer the burden of establishing a negative, i.e., that the expressive material is more likely than not to be non-obscene.

100 La première étape consiste à déterminer auxquels des recours prévus par l'art. 71 s'applique la charge de la preuve établie par le par. 152(3). Lorsque ce paragraphe s'applique, il impose à l'importateur la charge de faire une preuve par la négative, soit de démontrer que le matériel expressif est vraisemblablement non obscène.

The word "proceeding" is of course apt to apply to any court action that may follow an in-house Customs determination. In my view, however, the provision cannot constitutionally apply to put on the importer the onus of disproving obscenity. Otherwise entry of expressive materials could be denied by reason of the onus even where the standard of obscenity is not met, as for example, where an importer lacks the resources or the stamina to contest an initial determination. An importer has a *Charter* right to receive expressive material unless the state can justify its denial. It is not open to the state to put the onus on an individual to show why he or she should be allowed to exercise a *Charter* right. It is for the state to establish that a limitation on the *Charter* right is justified: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, *per* Dickson C.J., at pp. 136-37: "The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation."

101 Le mot «procédure» peut certes s'appliquer à toute poursuite judiciaire faisant suite à une décision interne des Douanes. À mon avis, toutefois, cette disposition ne saurait constitutionnellement imposer à l'importateur la charge de prouver l'absence d'obscénité. S'il en était autrement, l'entrée de matériel expressif pourrait être refusée du seul fait de l'existence de cette charge de la preuve, même lorsque la norme relative à l'obscénité n'est pas respectée, dans les cas où, par exemple, l'importateur n'a pas les ressources ou l'endurance nécessaires pour contester la décision initiale. La *Charte* garantit à l'importateur le droit de recevoir le matériel expressif à moins que l'État ne puisse justifier son refus de le laisser entrer. Il n'est pas loisible à l'État d'imposer à un individu l'obligation de démontrer pourquoi il devrait être autorisé à exercer un droit que lui garantit la *Charte*. Il incombe à l'État d'établir qu'une restriction à un droit prévu par la *Charte* est justifiée: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson, aux pp. 136 et 137: «La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction.»

As to the obscenity determination at the departmental level, I do not think s. 152(3) applies at all. The Crown does not contend that all expressive material entering Canada is presumptively obscene until shown to be otherwise. The earliest the reverse onus *could* apply with any logic is in the re-determination, but at that stage the importer is given neither sufficient notice nor a sufficient opportunity to be heard to discharge the onus. The reality is that once the front-line officer has made the initial determination that he or she considers the publication to be obscene, the question for the

102 Pour ce qui est de la décision relative à l'obscénité prise par le ministère, j'estime que le par. 152(3) ne s'applique pas du tout. La Couronne ne prétend pas que tout le matériel expressif qui entre au Canada est présumé obscène jusqu'à preuve du contraire. Le moment le plus hâtif auquel l'inversion de la charge de la preuve *pourrait* logiquement s'appliquer est l'étape de la révision, mais à cette étape l'importateur ne se voit donner ni un préavis suffisant ni la possibilité de se faire entendre pour s'acquitter de cette charge de la preuve. En réalité, une fois que l'agent à la fron-

Deputy Minister or designate on the re-determination is whether the Department is ready, willing and able, if required, to establish in court that the detained material is obscene.

tière a rendu la décision initiale déclarant la publication obscène, la question à laquelle doivent répondre le sous-ministre ou son délégué en cas de révision est celle de savoir si le ministère est non seulement disposé, au besoin, à aller devant les tribunaux pour plaider que le matériel retenu est obscène, mais également s'il est en mesure de faire cette preuve.

2000 SCC 69 (CanLII)

103 The Crown received notice in *Glad Day Bookshop Inc. v. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Gen. Div.) ("*Glad Day (No. 2)*") that s. 152(3) could not reverse the onus of proof on the obscenity issue onto the importer, and in this Court the Crown tried neither to defend the application of s. 152(3) to obscenity nor to advance any s. 1 justification. These concessions were, I believe, quite correct.

Dans *Glad Day Bookshop Inc. c. Canada (Deputy Minister of National Revenue, Customs and Excise)*, [1992] O.J. No. 1466 (QL) (Div. gén.) («*Glad Day (No. 2)*»), la Couronne a été avisée que le par. 152(3) ne pouvait pas déplacer sur les épaules de l'importateur la charge de la preuve en ce qui concerne l'obscénité, et, devant notre Cour, la Couronne n'a pas tenté de défendre l'application du par. 152(3) aux affaires d'obscénité ni de faire valoir des justifications au sens de l'article premier. Ces concessions étaient, selon moi, parfaitement justifiées.

104 In *Glad Day (No. 2)*, Hayes J. went on to rule that not only did the Crown carry the burden of proof but it must establish obscenity to the criminal standard. This goes too far. Although the *Customs Tariff* incorporates by reference the *Criminal Code* definition of obscenity, it does so into a civil proceeding which generally requires proof only on a balance of probabilities. The incorporation was made in response to *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, *supra*, which held that the prohibition of "immoral" and "indecent" materials in earlier Customs legislation was so vague as to be an unreasonable limit on s. 2(*b*) and to that extent was of no force or effect. We are dealing with the imposition in civil proceedings of a limitation on freedom of expression, and the imposition on the Crown of a civil standard of proof is consistent with the usual *Charter*

Dans *Glad Day (No. 2)*, le juge Hayes a ensuite conclu non seulement que le fardeau de la preuve incombait à la Couronne, mais également que celle-ci devait prouver l'obscénité selon la norme de preuve applicable en matière criminelle. Cette conclusion va trop loin. Bien que le *Tarif des douanes* incorpore par renvoi la définition d'obscénité du *Code criminel*, il le fait dans le cadre d'une instance civile, où la norme généralement applicable est la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'incorporation de la définition a fait suite à l'arrêt *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, précité, dans lequel il a été jugé qu'une disposition législative douanière antérieure prohibant l'importation de matériel «immoral» et «indécent» était si imprécise qu'elle ne constituait pas une limite raisonnable des droits garantis par l'al. 2*b*) et que, dans cette mesure, elle était inopérante. Nous sommes en présence, dans le cadre de procédures civiles, d'une restriction à la liberté d'expression, et le fait d'imposer à la Couronne le respect de la norme de preuve en matière civile est conforme à l'exigence habituellement applicable dans les affaires touchant la *Charte* et selon laquelle la Couronne est unique-

requirement that the Crown need only justify an infringement to the civil standard.

As mentioned, s. 152(3) is not restricted to obscenity but has a broad application across the whole Customs process. It may be appropriate when dealing with imports of materials that ordinarily would not have much constitutional sensitivity (such as Minister Nowlan's "cabbages and cucumbers") to put the onus on the importer at the court level to show that the Customs official has made an erroneous tariff classification. What may work as a general rule in circumstances where Customs procedures are not limited by constitutional rights does not, however, work in relation to constitutionally protected expressive materials. In these circumstances, however, the proper order should be limited to the matters pertinent to the disposition of this appeal. I would therefore declare that s. 152(3) is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

(h) Appeal to the Courts

The initial appeal is to the superior court of the province in which the seizure occurred (ss. 67, 71) together with an appeal on a question of law to the Federal Court of Canada (s. 68).

In my view a court is the proper forum for resolution of an allegation of obscenity. The department at that stage has had the opportunity to determine whether it can establish on a balance of probabilities that the expressive material is obscene. The court is equipped to hear evidence, including evidence of artistic merit, and to apply the law. The absence of procedures for taking evidence at the departmental level requires the appeal to the court in obscenity matters to be interpreted

ment tenue de justifier l'atteinte suivant cette même norme.

105 Comme je l'ai mentionné plus tôt, le par. 152(3) n'est pas restreint aux affaires d'obscénité, mais il a une large application dans l'ensemble du processus douanier. En matière d'importations de matériel qui ne soulève généralement pas de questions délicates sur le plan constitutionnel (par exemple «les choux et les concombres» du ministre Nowlan), il pourrait être approprié, devant les tribunaux, d'imposer à l'importateur l'obligation de prouver que les fonctionnaires ont effectué un classement tarifaire erroné. Ce qui peut fonctionner en tant que règle générale dans les cas où les procédures douanières ne sont pas subordonnées au respect de droits constitutionnels ne fonctionne toutefois pas dans le cas de matériel expressif protégé par la Constitution. Dans les circonstances actuelles, cependant, l'ordonnance appropriée devrait se limiter aux questions pertinentes pour trancher le présent pourvoi. Je suis donc d'avis de déclarer que le par. 152(3) ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises *ne* sont *pas* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

h) Les appels interjetés devant les tribunaux judiciaires

106 L'appel initial est interjeté auprès de la cour supérieure de la province où la saisie a eu lieu (art. 67 et 71) et la décision de cette cour est susceptible d'appel devant la Cour fédérale du Canada sur une question de droit (art. 68).

107 À mon avis, un tribunal judiciaire constitue la juridiction appropriée pour statuer sur le bien-fondé d'une déclaration d'obscénité. À cette étape, le ministère a eu la possibilité de déterminer s'il est en mesure d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel expressif est obscène. Les tribunaux sont aptes à entendre la preuve, y compris la preuve de la valeur artistique, et à appliquer le droit. L'absence de procédure de réception de la preuve au niveau du ministère exige que les

2000 SCC 69 (CanLII)

as an appeal by way of a trial *de novo*. It is true that the importer is put to the trouble and expense of a defence to the obscenity issue, and that the Minister need only meet the civil burden of proof. These disadvantages are inherent in any civil litigation to vindicate rights. If the Crown loses the obscenity issue a civil court will normally — whereas the criminal court will normally not — award costs. If the court is of the view that in a particular case Customs officials have acted oppressively, costs can be awarded on a more generous scale.

appels interjetés devant les tribunaux en matière d'obscénité soient considérés comme des appels par voie de procès *de novo*. Il est vrai que l'importateur subit les inconvénients et les frais découlant de l'obligation de se défendre sur la question de l'obscénité et que le ministre n'a qu'à satisfaire au fardeau de la preuve applicable en matière civile. Ces désavantages sont inhérents à tout litige civil intenté en vue de faire valoir des droits. Si la Couronne perd sur la question de l'obscénité, les tribunaux civils accordent généralement les dépens, ce que ne font pas les tribunaux criminels. Si, dans une affaire donnée, le tribunal est d'avis que les fonctionnaires des douanes ont agi de façon abusive, il peut accorder une somme plus généreuse au titre des dépens.

G. *The Appellants' Claim that the Legislation Is Unconstitutionally Discriminatory Against the Gay and Lesbian Community*

G. *La prétention des appelants selon laquelle les dispositions législatives sont inconstitutionnelles parce que discriminatoires envers la communauté gaie et lesbienne*

108 In addition to their free speech attack on the machinery of the Customs legislation, the individual appellants invoked their equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Their position is that the Customs legislation itself is the source of violations of s. 15(1) as well as s. 2(*b*) of the *Charter*, and they claim that they are entitled to a s. 52 nullification remedy based as much on infringement of their equality rights as on a denial of their right of free expression. It is therefore convenient, before addressing the *Morgentaler* issue, to determine whether their equality rights have been infringed and if so whether the source of the problem is the Customs legislation itself, as the appellants contend, or whether the problem described by the trial judge resulted from the unconstitutional conduct of Customs officials exercising powers under constitutional legislation.

En plus de leur contestation, sur le fondement de la liberté d'expression, du régime établi par la législation douanière, les personnes physiques appelantes ont invoqué les droits à l'égalité que leur garantit le par. 15(1) de la *Charte*. Ils plaident que la législation douanière elle-même est source de violations du par. 15(1) et de l'al. 2*b*) de la *Charte*, et qu'ils ont droit à une déclaration d'invalidité fondée sur l'art. 52 en raison autant de l'atteinte à leurs droits à l'égalité que de la négation de leur droit à la liberté d'expression. Il convient donc, avant d'examiner la question de l'arrêt *Morgentaler*, de déterminer si les droits à l'égalité des appelants ont été violés et, dans l'affirmative, si la source du problème est la législation douanière elle-même, comme le prétendent les appelants, ou si le problème décrit par le juge de première instance a été le résultat de la conduite inconstitutionnelle des fonctionnaires des douanes dans l'exercice de pouvoirs fondés sur des dispositions législatives constitutionnellement valides.

109 The appellants argue that the legislative scheme operates with disproportionate and discriminatory effects on the gay and lesbian community and therefore contravenes s. 15(1) and is to that extent null and void.

Les appelants prétendent que le régime établi par la loi a des effets discriminatoires et disproportionnés sur la communauté gaie et lesbienne, qu'il contrevient donc au par. 15(1) et que, dans cette mesure, il est inopérant.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

A number of recent decisions in this Court have emphasized a "purposive" interpretation of s. 15(1) equality rights: *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration*), [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *Granovsky v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [2000] 1 S.C.R. 703, 2000 SCC 28; and *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950, 2000 SCC 37. These decisions were not available at the time this case was dealt with by the courts of British Columbia. It is now clearly established that the analysis proceeds in three stages with close regard to context. At the first stage the claimant must show that the law, program or activity imposes differential treatment between the claimant and others with whom the claimant may fairly claim equality. The second stage requires the claimant to demonstrate that this differentiation is based on one or more of the enumerated or analogous grounds. The third stage requires the claimant to establish that the differentiation amounts to a form of discrimination that has the effect of demeaning the claimant's human dignity. The "dignity" aspect of the test is designed to weed out trivial or other complaints that do not engage the purpose of the equality provision. In *Law*, *supra*, the Court stated, at para. 51:

110 Dans un certain nombre d'arrêts récents, notre Cour a souligné qu'il fallait donner une interprétation «téléologique» des droits à l'égalité garantis par le par. 15(1): *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*), [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, 2000 CSC 28; et *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950, 2000 CSC 37. Ces décisions n'avaient pas encore été rendues lorsque la présente affaire a été entendue par les tribunaux de la Colombie-Britannique. Il est maintenant clairement établi que l'analyse comporte trois étapes et qu'une grande attention est accordée au contexte. À la première étape, le demandeur doit démontrer que la loi, le programme ou l'activité a pour effet d'imposer une différence de traitement entre lui et d'autres personnes par rapport auxquelles il peut à juste titre prétendre à l'égalité. À la deuxième étape, le demandeur doit établir que cette différence de traitement est fondée sur un ou plusieurs motifs énumérés ou motifs analogues. À la troisième étape, le demandeur doit prouver que la distinction équivaut à une forme de discrimination ayant pour effet de porter atteinte à sa dignité humaine. L'aspect «dignité» du critère vise à écarter les plaintes futiles ou autres qui ne mettent pas en cause l'objet de la disposition relative à l'égalité. Dans l'arrêt *Law*, précité, notre Cour a dit ceci, au par. 51:

> It may be said that the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

> On pourrait affirmer que le par. 15(1) a pour objet d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles par l'imposition de désavantages, de stéréotypes et de préjugés politiques ou sociaux, et de favoriser l'existence d'une société où tous sont reconnus par la loi comme des êtres humains égaux ou comme des membres égaux de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect, et la même considération.

The trial judge made strong findings of fact in support of the appellants' position, even though in the end he refused substantial relief on this ground.

111 Le juge de première instance a tiré de solides conclusions de fait en faveur de la position des appelants, même si, en bout de ligne, il a refusé d'accorder une réparation substantielle à l'égard de ce moyen.

(a) Stage One: Differential Treatment

112 The trial judge found that shipments to gay and lesbian bookstores were subjected to delays and seizures that were not only unjustified but were disproportional to their share of imported material (paras. 105 and 251); that the appellants had imported publications seized notwithstanding the identical publications were freely available at other bookstores and in the Vancouver Public Library; and that these problems of differential treatment were systemic (para. 250). The trial judge found that "much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene" (para. 223 (emphasis added)). I will not repeat the findings in these respects set out earlier in these reasons. Contrary to the conclusion of the trial judge, however, the appellants contend that the source of this adverse treatment lies in the Customs legislation itself.

113 The appellants were seen as key players in the lesbian and gay community in Vancouver, and were targeted because homosexuality was too often equated with obscenity. While homosexuals are said to form less than 10 per cent of the Canadian population, up to 75 per cent of the material from time to time detained and examined for obscenity was directed to homosexual audiences. (The percentage varied of course.) The proportion of erotica produced for homosexual audiences detained and examined by Customs was, the trial judge found, "a proportion far in excess of the relative size of the group" (para. 251). There was evidence on which these findings could be made.

114 The trial judge identified Customs' relentless pursuit of depictions of anal sex in gay erotica as symptomatic of the Department's misplaced zeal. It appears that the Department of Justice accepted as correct the view of Borins J. (as he then was) in *R. v. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154

a) Première étape: la différence de traitement

Le juge de première instance a constaté que les expéditions destinées aux librairies gaies et lesbiennes faisaient l'objet de retenues et de saisies qui étaient non seulement injustifiées, mais également disproportionnés au regard de leur part des importations de matériel (par. 105 et 251); que les appelants avaient importé des publications qui avaient été saisies, malgré le fait que ces mêmes publications soient vendues sans difficulté par d'autres librairies et disponibles à la bibliothèque publique de Vancouver; et que ces problèmes de différence de traitement étaient systémiques (par. 250). Le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] «[qu']une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d'obscénité n'est pas, dans les faits, obscène» (par. 223 (je souligne)). Je ne répéterai pas les constatations énoncées précédemment à cet égard dans les présents motifs. Contrairement à la conclusion du juge de première instance, toutefois, les appelants affirment que la source de ce traitement préjudiciable réside dans la législation douanière elle-même.

Les appelants étaient considérés comme des acteurs clés au sein de la communauté gaie et lesbienne de Vancouver et ils ont été visés parce que l'homosexualité a été trop souvent assimilée à l'obscénité. Bien que les homosexuels constituent, dit-on, moins de 10 pour 100 de la population canadienne, jusqu'à 75 pour 100 du matériel retenu et contrôlé pour voir s'il est obscène était destiné à des publics homosexuels. (Il va de soi que ce pourcentage variait.) La proportion du matériel érotique produit pour des publics homosexuels qui a été retenu et contrôlé par les Douanes était, selon le juge de première instance, [TRADUCTION] «une proportion excédant de loin la taille relative du groupe» (par. 251). Ces constatations étaient étayées par la preuve.

Le juge de première instance a considéré que la recherche obstinée des représentations de relations sexuelles anales dans le matériel érotique gai menée par les Douanes est symptomatique du zèle déplacé manifesté par le ministère. Il semble que le ministère de la Justice ait considéré comme fon-

2000 SCC 69 (CanLII)

(Ont. Co. Ct.), quoted in 1985 by Wilson J. in *Towne Cinema*, *supra*, at p. 523, that the courts have taken the view that "[c]ontemporary community standards would also tolerate the distribution of films which consist of scenes of group sex, lesbianism, fellatio, cunnilingus, and anal sex" (p. 173 (emphasis added)). Despite this opinion of the Department of Justice, Customs officials continued to prohibit depictions of anal sex until Memorandum D9-1-1 was revised in September 1994 just prior to trial. The trial judge found (at para. 272) that Customs' refusal to abide by the Justice opinion deprived the gay community

dée l'opinion du juge Borins (maintenant juge à la Cour d'appel) dans *R. c. Doug Rankine Co.* (1983), 36 C.R. (3d) 154 (C. cté Ont.), qui a été citée avec approbation par le juge Wilson, en 1985, dans l'arrêt *Towne Cinema*, précité, à la p. 523, et selon laquelle les tribunaux ont jugé que [TRADUCTION] «[l]es normes sociales contemporaines toléreraient aussi la distribution de films qui comportent des scènes d'orgie sexuelle, de lesbianisme, de fellation, de cunnilinctus et de sodomie» (p. 173 (je souligne)). Malgré l'avis exprimé par le ministère de la Justice, les fonctionnaires des douanes ont continué à prohiber les représentations de relations sexuelles anales jusqu'à la révision du Mémorandum D9-1-1 en septembre 1994, tout juste avant le procès. Le juge de première instance a estimé (au par. 272) que le refus des Douanes de se conformer à l'avis du ministère de la Justice avait privé la communauté gaie

of representations of practices central to the values and culture of the minority group to which they belong. As well, as Professor Waugh pointed out, it constituted an embargo of "safe sex" guidelines within Canadian homosexual communities at a time, in the context of the AIDS epidemic, when such guidelines have been particularly important.

[TRADUCTION] de représentations de pratiques qui sont centrales aux valeurs et à la culture du groupe minoritaire auquel ils appartiennent. De même, comme l'a souligné le professeur Waugh, cela constituait un embargo sur les lignes directrices en matière de «pratiques sexuelles sans risque» au sein des communautés homosexuelles canadiennes à un moment où, dans le contexte de l'épidémie du SIDA, ces lignes directrices étaient particulièrement importantes.

Significantly, the trial judge found that the failure of Customs to amend their manuals in this regard was no accident. He states (at para. 268):

115 Fait important, le juge de première instance a conclu que l'omission des autorités douanières de modifier leurs guides sur ce point n'était pas le fruit du hasard. Il a dit ceci (au par. 268):

The decision not to amend was one deliberately taken, and no satisfactory explanation was offered by the federal Crown for the fact that Customs continued to prohibit depictions of anal penetration in the face of the jurisprudence I have referred to and the opinions received from the Department of Justice.

[TRADUCTION] La décision de ne pas apporter de modification a été prise délibérément, et aucune explication satisfaisante n'a été fournie par la Couronne fédérale pour justifier le fait que les Douanes ont continué d'interdire les représentations de pénétration anale malgré la jurisprudence dont j'ai fait état et les avis reçus du ministère de la Justice.

Taking the evidence as a whole, it was clearly open to the trial judge to find, as he did, that the appellants suffered differential treatment when compared to importers of heterosexually explicit material, let alone more general bookstores that

116 Si on considère la preuve dans son ensemble, il est clair que le juge de première instance était fondé à conclure, comme il l'a fait, que les appelants ont été traités différemment si on les compare aux importateurs de matériel sexuellement explicite destiné aux hétérosexuels, et encore plus si on les compare aux librairies d'intérêt plus général

2000 SCC 69 (CanLII)

carried at least some of the same titles as Little Sisters.

(b) Stage Two: Enumerated and Analogous Grounds

117 The trial judge rejected the second stage of the appellants' analysis despite his view that the appellants had suffered adverse treatment because they were part of, and suppliers to, the lesbian and gay community. He concluded the differentiation was based on "real" characteristics and not the "stereotypical application of presumed group or personal characteristics". He thought it significant that both homosexuality and obscenity are defined in terms of sexual practices. He agreed that the differentiation was based on sexual orientation (second stage). He nevertheless found (at para. 135) no infringement because:

> Since homosexuals are defined by their homosexuality and their art and literature is permeated with representations of their sexual practices, it is inevitable that they will be disproportionately affected by a law proscribing the proliferation of obscene sexual representations.

There was no evidence to support the linkage thus made between the frequency and scale of sexual representations and the quite different issue of obscenity. A flourishing of sexual expression may have no connection whatsoever with harm-based obscenity. The trial judge himself protested against the detention of a "disturbing amount of homosexual art and literature that is arguably not obscene" (para. 252). Nevertheless he concluded that much of the imported material could be seen as degrading and dehumanizing and therefore prohibited "because it is obscene, not because it is homosexual" (para. 136).

118 In my view, the issue of discrimination arises with regard to material that was not obscene but was nevertheless detained, damaged, misclassified

qui vendaient au moins certains des titres offerts par Little Sisters.

b) Deuxième étape: les motifs énumérés et analogues

Le juge de première instance a rejeté la deuxième étape de l'analyse des appelants, même s'il était d'avis que ceux-ci avaient subi un traitement préjudiciable du fait qu'ils appartenaient à la communauté gaie et lesbienne et qu'ils en étaient des fournisseurs. Il a estimé que la distinction était fondée sur des caractéristiques [TRADUCTION] «réelles» et non sur l'«application stéréotypée de présumées caractéristiques personnelles ou de groupe». Il a considéré important le fait que tant l'homosexualité que l'obscénité sont définies en fonction de pratiques sexuelles. Il a accepté que la distinction était fondée sur l'orientation sexuelle (deuxième étape). Il a néanmoins conclu (au par. 135) à l'absence d'atteinte pour le motif suivant:

> [TRADUCTION] Étant donné que les homosexuels sont définis par leur homosexualité et que leur art et leur littérature sont empreints de représentations de leurs pratiques sexuelles, il est inévitable qu'ils seront touchés de façon disproportionnée par une loi prohibant la prolifération de représentations sexuelles obscènes.

Il n'y avait aucune preuve appuyant l'existence du lien ainsi fait entre la fréquence et l'ampleur des représentations à caractère sexuel d'une part, et la question fort différente de l'obscénité d'autre part. Une abondance de représentations à caractère sexuel peut n'avoir aucun lien avec l'obscénité fondée sur le préjudice. Le juge de première instance lui-même a protesté contre la retenue d'un [TRADUCTION] «volume troublant d'art et de littérature homosexuels qui, on peut le prétendre, n'est pas obscène» (par. 252). Il a néanmoins jugé qu'une bonne partie du matériel importé pouvait être considéré dégradant et déshumanisant et en conséquence prohibé [TRADUCTION] «parce qu'[il] est obscène, et non en raison de son caractère homosexuel» (par. 136).

Je suis d'avis que la question de la discrimination se pose à l'égard du matériel qui n'était pas obscène, mais qui a néanmoins été retenu, endom-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

or without justification turned back at the border *because* it was destined for the gay and lesbian community. While sexual orientation is not mentioned explicitly in s. 15 of the *Charter*, it is clearly an analogous ground to the listed personal characteristics, as was held in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, and *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3.

magé, mal classifié ou refusé sans justification à la frontière *parce qu*'il était destiné à la communauté gaie et lesbienne. Quoique l'orientation sexuelle ne soit pas mentionnée explicitement à l'art. 15 de la *Charte*, il s'agit clairement d'un motif analogue aux caractéristiques personnelles énumérées, comme il a été jugé dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, et *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3.

(c) Stage Three: Discrimination

c) Troisième étape: la discrimination

There is no need here to review at length the "[contextual] factors which may be referred to by a s. 15(1) claimant in order to demonstrate that legislation has the effect of demeaning his or her dignity, as dignity is understood for the purpose of the *Charter* equality guarantee" (*Law*, *supra*, at para. 62). The Court held in *Vriend*, *supra*, that the gay and lesbian community has historically been the victim of disadvantage, stereotyping, prejudice and vulnerability. As discussed earlier, the community standard of tolerance of harm is a broad church that embraces respect for minority expression. It is antithetical to the remedial reasons underlying adoption of the community standard to single out a particular minority as being less worthy than others of protection and respect.

119 Il n'est pas nécessaire en l'espèce d'examiner en profondeur les «facteurs [contextuels] sur lesquels peut s'appuyer un demandeur pour démontrer que des dispositions législatives ont pour effet de saper sa dignité, au sens où ce terme est interprété aux fins de la garantie d'égalité de la *Charte*» (*Law*, précité, au par. 62). Dans l'arrêt *Vriend*, précité, notre Cour a jugé que la communauté gaie et lesbienne a traditionnellement fait l'objet de désavantages, de stéréotypes, de préjugés et de vulnérabilité. Comme il a été expliqué précédemment, la norme sociale de tolérance au préjudice a un large champ d'application, qui englobe le respect de la liberté d'expression des minorités. Le fait de considérer une minorité donnée comme étant moins digne de protection et de respect que les autres est antithétique aux justifications réparatoires qui sont à la base de l'adoption de la norme sociale.

The appellants claim that only 14 charges of obscenity were laid in four years in British Columbia while approximately 35,000 prohibitions were imposed by Customs in the same period. We do not know how many of these charges relate to material imported by, amongst others, the appellants, or how many of the 14 charges (if any) resulted in convictions. Targeting is not necessarily unconstitutional. The Customs Department is obliged to use its limited resources in the most cost-effective way. This might include targeting shipments that, on the basis of experience or other information, are more likely than others to contain prohibited goods. The evidence here, however, did not justify the targeting of Little Sisters and the three other lesbian and gay bookstores. The Crown did not suggest that so-called XXX sex shops that specialize in hard core heterosexual material were

120 Les appelants avancent que seulement 14 accusations d'obscénité ont été portées en quatre ans en Colombie-Britannique alors qu'environ 35 000 prohibitions ont été prononcées par les Douanes durant la même période. Nous ne savons pas combien de ces accusations ont trait à du matériel importé par les appelants notamment, ni combien (s'il en est) des 14 accusations ont donné lieu à des déclarations de culpabilité. Le ciblage n'est pas nécessairement inconstitutionnel. Les autorités douanières sont obligées d'utiliser leurs ressources limitées de la façon la plus efficiente. Cela peut vouloir dire viser des envois qui, à la lumière de l'expérience ou d'autres renseignements, risquent davantage que d'autres de contenir des marchandises prohibées. En l'espèce, toutefois, la preuve ne justifiait pas que l'on prenne pour cibles Little Sisters et les trois autres librairies gaies et lesbiennes.

subject to such blanket surveillance, even though, unlike in the case of Little Sisters, little if any of their stock is found routinely on display in the Vancouver Public Library. The appellants were entitled to the equal benefit of a fair and open Customs procedure, and because they imported gay and lesbian erotica, which was and is perfectly lawful, they were adversely affected in comparison to other individuals importing comparable publications of a heterosexual nature.

La Couronne n'a pas indiqué que des boutiques érotiques dites XXX se spécialisant dans le matériel hétérosexuel «*hard-core*» étaient soumises à la même surveillance généralisée même si, contrairement à Little Sisters, très peu sinon aucun des documents vendus par ces boutiques se trouvent généralement sur les rayons de la bibliothèque publique de Vancouver. Les appelants avaient droit à l'égalité de bénéfice de l'application d'une procédure douanière équitable et transparente, et, parce qu'ils importaient du matériel érotique gai et lesbien — activité qui était et qui demeure parfaitement licite —, ils ont été lésés par rapport à d'autres personnes important des publications comparables de nature hétérosexuelle.

121 On a more general level, there was no evidence that homosexual erotica is proportionately more likely to be obscene than heterosexual erotica. It therefore cannot be said that there was any legitimate correspondence between the ground of alleged discrimination (sexual orientation) and the reality of the appellants' circumstances (importers of books and other publications including, but by no means limited to, gay and lesbian erotica).

De façon plus générale, il n'y avait aucune preuve indiquant que, toutes proportions gardées, le matériel érotique homosexuel risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel. Il est donc impossible d'affirmer qu'il y avait une correspondance légitime entre le motif de discrimination invoqué (l'orientation sexuelle) et la situation concrète des appelants (leur qualité d'importateurs de livres et autres publications, notamment du matériel érotique gai et lesbien).

122 As to the nature and importance of the interest affected, the trial judge himself concluded that access to homosexual erotica was central to gay and lesbian culture at para. 128:

> Because sexual practices are so integral to homosexual culture, any law proscribing representations of sexual practices will necessarily affect homosexuals to a greater extent than it will other groups in society, to whom representations of sexual practices are much less significant and for whom such representations play a relatively marginal role in art and literature.

Quant à la nature et à l'importance du droit touché, le juge de première instance lui-même a estimé que l'accès au matériel érotique homosexuel était crucial pour la culture gaie et lesbienne, au par. 128:

> [TRADUCTION] Parce que les pratiques sexuelles sont tellement fondamentales pour la culture homosexuelle, toute loi interdisant les représentations de pratiques sexuelles affectera nécessairement les homosexuels davantage que d'autres groupes de la société, pour qui les représentations de pratiques sexuelles revêtent beaucoup moins d'importance et jouent un rôle relativement marginal dans l'art et la littérature.

123 There was ample evidence to support the trial judge's conclusion that the adverse treatment meted out by Canada Customs to the appellants and through them to Vancouver's gay and lesbian community violated the appellants' legitimate sense of self-worth and human dignity. The Customs treatment was high-handed and dismissive of the appellants' right to receive lawful expressive

Il y avait amplement d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance que le traitement préjudiciable réservé par Douanes Canada aux appelants et, par l'intermédiaire de ceux-ci, à la communauté gaie et lesbienne de Vancouver, a porté atteinte à l'estime de soi et à la dignité humaine légitimes des appelants. Les Douanes ont traité les appelants de façon arbi-

2000 SCC 69 (CanLII)

material which they had every right to import. When Customs officials prohibit and thereby censor lawful gay and lesbian erotica, they are making a statement about gay and lesbian culture, and the statement was reasonably interpreted by the appellants as demeaning gay and lesbian values. The message was that their concerns were less worthy of attention and respect than those of their heterosexual counterparts.

traire et ont montré de l'indifférence envers leur droit de recevoir du matériel expressif licite, qu'ils avaient parfaitement le droit d'importer. Lorsque les fonctionnaires des douanes prohibent et de ce fait censurent du matériel érotique licite destiné aux gais et aux lesbiennes, ils se prononcent sur la culture gaie et lesbienne, et cette intervention a raisonnablement été interprétée par les appelants comme ayant pour effet de rabaisser les valeurs gaies et lesbiennes. Le message était que les préoccupations des gais et des lesbiennes étaient moins dignes d'attention et de respect que celles de leurs homologues hétérosexuels.

While here it is the interests of the gay and lesbian community that were targeted, other vulnerable groups may similarly be at risk from overzealous censorship. Little Sisters was targeted because it was considered "different". On a more general level, it seems to me fundamentally unacceptable that expression which is free within the country can become stigmatized and harassed by government officials simply because it crosses an international boundary, and is thereby brought within the bailiwick of the Customs department. The appellants' constitutional right to receive perfectly lawful gay and lesbian erotica should not be diminished by the fact their suppliers are, for the most part, located in the United States. Their freedom of expression does not stop at the border.

124 Bien que, en l'espèce, ce soient les droits de la communauté gaie et lesbienne qui aient été visés, d'autres groupes vulnérables pourraient également risquer d'être soumis à une censure exagérée. Little Sisters a été visée parce qu'elle était considérée «différente». De façon plus générale, il me semble fondamentalement inacceptable qu'une forme d'expression qui se manifeste librement à l'intérieur du pays puisse faire l'objet de stigmatisation et de harcèlement par les fonctionnaires simplement parce qu'elle traverse une frontière internationale et qu'elle tombe ainsi sous l'autorité des Douanes. Le droit constitutionnel des appelants de recevoir du matériel érotique gai et lesbien parfaitement licite ne devrait pas être diminué du fait que leurs fournisseurs sont pour la plupart situés aux États-Unis. Leur liberté d'expression ne s'arrête pas à la frontière.

That having been said, there is nothing on the face of the Customs legislation, or in its necessary effects, which contemplates or encourages differential treatment based on sexual orientation. The definition of obscenity, as already discussed, operates without distinction between homosexual and heterosexual erotica. The differentiation was made here at the administrative level in the implementation of the Customs legislation.

125 Cela dit, il n'y a rien dans le texte même de la législation douanière ou dans ses effets nécessaires qui prévoit ou encourage une différence de traitement fondée sur l'orientation sexuelle. Comme il a été expliqué plus tôt, la définition de l'obscénité s'applique sans distinction au matériel érotique homosexuel et au matériel érotique hétérosexuel. En l'espèce, la distinction a été faite au niveau administratif, dans la mise en œuvre de la législation douanière.

H. *The Morgentaler Issue*

H. *L'argument fondé sur l'arrêt Morgentaler*

126 My colleague Iacobucci J. concludes that even if the existence of *some* type of border inspection or surveillance could be justified under s. 1 of the

Mon collègue le juge Iacobucci estime que, même si une *certaine* forme d'inspection ou de surveillance frontalière pouvait être justifiée au

2000 SCC 69 (CanLII)

Charter, this particular scheme fails the minimal impairment test because what Parliament has enacted is inherently and inevitably violative of rights of free expression.

127 In reaching this conclusion, Iacobucci J. relies on some of the things that Parliament *could* have said but does *not* say, and on this basis cites certain pronouncements in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain* to find the Customs legislation unconstitutional. I do not disagree with what is said in those cases but, with respect, I do not find the legislation in this case to be comparable to the legislation at issue in those cases.

128 In *Morgentaler*, the unconstitutionally cumbersome procedures governing therapeutic abortion committees were spelled out in s. 251 of the *Criminal Code*. The legislative scheme itself was held to be unworkable. The problem resided in what was laid down by Parliament itself in the *Criminal Code*, not with what was *not* laid down. The procedures enacted by Parliament itself were the root cause of the *Charter* violations, *per* Dickson C.J., at p. 62:

> It is not possible to say that delay results only from administrative constraints, such as limited budgets or a lack of qualified persons to sit on therapeutic abortion committees. Delay results from the cumbersome operating requirements of s. 251 itself.
>
> . . .
>
> Even if the purpose of legislation is unobjectionable, the administrative procedures created by law to bring that purpose into operation may produce unconstitutional effects, and the legislation should then be struck down. [Emphasis in original.]

The problem was located in s. 251 of the *Code*. It therefore had to be addressed at the legislative level. There is no equivalent in this case to the cumbersome statutory procedures imposed on therapeutic abortion committees by s. 251. It is true

regard de l'article premier de la *Charte*, le régime en cause ne respecte pas le critère de l'atteinte minimale, car les dispositions édictées par le Parlement portent inévitablement et intrinsèquement atteinte aux droits garantis par la *Charte*.

Le juge Iacobucci tire cette conclusion en invoquant certains éléments qui *auraient pu* faire partie de la législation douanière mais *ne* sont *pas* prévus par celle-ci, et sur cette base il cite certains énoncés faits dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain* et conclut à l'inconstitutionnalité de la législation douanière. Je ne suis pas en désaccord avec ce qui est dit dans ces arrêts, mais, en toute déférence, je ne considère pas que les dispositions législatives litigieuses en l'espèce soient comparables à celles qui étaient en cause dans ces arrêts.

Dans l'arrêt *Morgentaler*, la procédure inconstitutionnellement lourde qui régissait les comités de l'avortement thérapeutique était prévue par l'art. 251 du *Code criminel*. Le régime législatif lui-même a été jugé impossible à appliquer. Le problème résidait dans ce que le Parlement lui-même avait prévu dans le *Code criminel*, plutôt que dans ce qu'il *n*'y avait *pas* prévu. La procédure édictée par le Parlement lui-même constituait la cause fondamentale des atteintes à la *Charte*, le juge en chef Dickson, à la p. 62:

> Il n'est pas possible de dire que ces retards ne résultent que des contraintes administratives, tels les budgets restreints ou le manque de personnel qualifié apte à siéger aux comités de l'avortement thérapeutique. Les délais résultent de la lourdeur du mécanisme prévu à l'art. 251 lui-même.
>
> . . .
>
> Même si l'objet d'une loi est inattaquable, la procédure administrative créée par la loi pour la mise en œuvre de cet objet peut produire des effets inconstitutionnels et la loi doit alors être invalidée. [Souligné dans l'original.]

Le problème résidait dans l'art. 251 du *Code*. Il devait par conséquent être réglé au niveau législatif. Il n'y a en l'espèce rien d'équivalent aux lourdes procédures qui étaient imposées aux comités de l'avortement thérapeutique par

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

that at p. 68 Dickson C.J. also referred to the "further flaw" that Parliament had failed to provide in s. 251 "an adequate standard for therapeutic abortion committees which must determine when a therapeutic abortion should, as a matter of law, be granted". In this case, the appropriate legal standard is supplied by the incorporation by reference of s. 163(8) of the *Criminal Code*, as Iacobucci J. concedes in para. 225.

l'art. 251. Il est vrai que, à la p. 68, le juge en chef Dickson a également fait état de l'«autre faiblesse», à savoir le fait que le Parlement n'avait pas énoncé, à l'art. 251, de «norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé». En l'espèce, la norme légale appropriée est fournie au moyen de l'incorporation par renvoi du par. 163(8) du *Code criminel*, comme le concède le juge Iacobucci, au par. 225 de ses motifs.

In *Hunter v. Southam*, s. 10(3) of the *Combines Investigation Act* purported to permit a member of the Restrictive Trade Practices Commission to authorize a search and seizure. The Court held (at p. 164) that a condition precedent to a valid search was the requirement of an authorization — in advance where feasible — by an *impartial* arbiter. Parliament had vested members of the Restrictive Trade Practices Commission with investigatory functions. They were therefore not impartial in the matter of searches. The Act thus purported to confer on the members a power that could not constitutionally be granted to them, and nothing that they could do under the Act was capable of curing the statute's wrongful attribution.

129 Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, le par. 10(3) de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* avait pour objet d'habiliter les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce à autoriser des fouilles, perquisitions et saisies. La Cour a jugé (à la p. 164) qu'une condition préalable à la validité d'une fouille ou d'une perquisition était l'obligation d'obtenir — à l'avance si possible — une autorisation à cet effet d'un arbitre *impartial*. Le Parlement avait investi les membres de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce de pouvoirs d'enquêtes. Ceux-ci n'étaient donc pas impartiaux en matière de fouilles et de perquisitions. La Loi visait donc à donner à ces personnes un pouvoir qui ne pouvait constitutionnellement leur être accordé, et rien de ce qu'ils pouvaient faire en vertu de la Loi aurait pu permettre de corriger l'attribution erronée de pouvoirs prévue par le texte de la loi.

Dickson J. went on to consider the government's alternative argument, at p. 168:

> . . . that even if subss. 10(1) and 10(3) do not specify a standard consistent with s. 8 for authorizing entry, search and seizure, they should not be struck down as inconsistent with the *Charter*, but rather that the appropriate standard should be read into these provisions. [Emphasis added.]

130 Le juge Dickson a examiné ensuite, à la p. 168, l'autre argument du gouvernement, selon lequel:

> . . . même si les par. 10(1) et 10(3) n'établissent pas un critère compatible avec l'art. 8 lorsqu'il s'agit d'autoriser une entrée, une fouille, une perquisition et une saisie, ils ne devraient pas être radiés comme incompatibles avec la *Charte*, mais ils devraient plutôt recevoir une interprétation large de manière à leur prêter le critère approprié. [Je souligne.]

It was in this context that Dickson J. observed at p. 169:

> It should not fall to the courts to fill in the details that will render legislative lacunae constitutional.

C'est dans ce contexte que le juge Dickson a fait l'observation suivante, à la p. 169:

> Il n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives.

In the case of Customs prohibitions, as stated, the "standard" or legal threshold to lawful state inter-

Comme il a été expliqué plus tôt, dans le cas des prohibitions prononcées par les Douanes, le «cri-

vention is found in the definition of obscenity in s. 163(8) of the *Criminal Code*. Section 163(8) is clearly specified in *Customs Tariff* Code 9956 (which my colleague would declare unconstitutional). Dickson J. did not go on to suggest, as does my colleague, that not only the standard but also the procedures attending its exercise must be spelled out in the legislation. If this is correct, there is a great deal of legislation governing *Charter*-sensitive conduct — by the police, for example — that is constitutionally deficient.

tère» ou seuil légal justifiant l'intervention de l'État réside dans la définition d'obscénité énoncée au par. 163(8) du *Code criminel*. Le paragraphe 163(8) est clairement mentionné dans le code 9956 du *Tarif des douanes* (que mon collègue déclarerait inconstitutionnel). Le juge Dickson n'a pas été jusqu'à indiquer, comme le fait mon collègue, que non seulement le critère mais également les procédures relatives à son application doivent être exposés dans la législation. Si c'est le cas, il y a alors beaucoup de textes de loi régissant des activités délicates du point de vue de la *Charte* — exercées par les policiers par exemple — qui sont déficients sur le plan constitutionnel.

131 In *Bain*, *supra*, the accused challenged the lack of even-handedness in the selection process for a criminal jury. Parliament gave the Crown the ability to stand aside 48 prospective jurors and to challenge 4 jurors peremptorily. The accused in such case had but 12 peremptory challenges, a legislated advantage to the Crown of over 4 to 1. The Crown assured the court that its power would be exercised responsibly but the court considered that the discriminatory law could not be thus salvaged. *Bain* is the opposite of this case. There it was unsuccessfully argued that a discriminatory law was capable of implementation in a neutral fashion. Here the neutral law was found to have been implemented in a discriminatory fashion. The issues are different and the remedy is therefore not the same.

Dans l'affaire *Bain*, précitée, l'accusé contestait le manque d'équité du processus de sélection du jury dans les affaires criminelles. Le Parlement avait donné au ministère public le pouvoir d'écarter 48 candidats jurés et de récuser 4 jurés péremptoirement. Pour sa part, l'accusé n'avait droit qu'à 12 récusations péremptoires, un avantage de plus de 4 contre 1 accordé par la loi au ministère public. Le ministère public a assuré la cour qu'il exercerait son pouvoir de façon responsable, mais la cour a estimé que la validité des dispositions discriminatoires ne pouvait être sauvegardée de cette façon. L'affaire *Bain* est à l'opposé de la présente affaire. Dans *Bain*, on a prétendu sans succès que des dispositions discriminatoires pouvaient être appliquées de façon neutre. En l'espèce, il a été jugé que des dispositions neutres ont été mises en œuvre de manière discriminatoire. Les questions en litige sont différentes, de sorte que la réparation accordée ne sera pas la même.

132 The *Customs Act*, as is the case with most departmental legislation, is rather short on the detail of how the department is actually to be run. This is for good reason. Departmental priorities change and resources rise and fall in response to a moving government agenda. The Minister requires flexibility to determine how the departmental mandate is to be met.

Comme c'est le cas pour la plupart des lois créant un ministère, la *Loi sur les douanes* est plutôt laconique sur la façon dont celui-ci fonctionnera dans les faits. Il y a une bonne raison à cela. Les priorités du ministère changent et les ressources dont il dispose fluctuent au gré du programme du gouvernement. Le ministre a besoin de souplesse pour décider de quelle façon le ministère s'acquittera de sa mission.

133 A large measure of discretion is granted in the administration of the Act, from the level of the Customs official up to the Minister, but it is well

Un large pouvoir discrétionnaire est accordé aux personnes chargées de l'application de la Loi, et ce à tous les niveaux, de l'agent des douanes jusqu'au

2000 SCC 69 (CanLII)

established that such discretion must be exercised in accordance with the *Charter* for the reasons articulated by Professor Peter Hogg in *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-11:

> Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

Where legislation cannot be so construed, as in *Hunter v. Southam*, *Morgentaler* and *Bain*, the infringing statutory measure of course must be justified. In this case, however, I think the Customs legislation is quite capable of being applied in a manner consistent with respect for *Charter* rights. I do not agree with my colleague's conclusion (at para. 204) that:

> This Court's precedents demand sufficient safeguards in the legislative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. [Emphasis in original.]

Free expression was at stake in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, yet the Court did not require Parliament to amend the *Canada Labour Code*. The Court ruled only that an adjudicator appointed under the *Code* must exercise his or her discretion in accordance with the *Charter*. As Lamer J. (as he then was) stated at p. 1078: "Legislation conferring an imprecise dis-

ministre, mais il est bien établi qu'un tel pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte* pour les raisons énoncées par le professeur Peter Hogg dans l'ouvrage *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 34-11:

> [TRADUCTION] Un acte accompli en vertu d'une autorisation du législateur n'est valide que s'il respecte les limites de cette autorisation. Étant donné que ni le Parlement ni les législatures ne peuvent eux-mêmes voter des lois contraires à la Charte, ils ne peuvent pas autoriser un acte qui contreviendrait à la Charte. Par conséquent, les limites imposées à l'autorisation du législateur par la Charte descendent le long de la chaîne hiérarchique des autorisations du législateur et s'appliquent aux règlements proprement dits, aux règlements administratifs, aux décrets, aux arrêtés, aux ordonnances, aux décisions ainsi qu'à tout autre acte (législatif, administratif ou judiciaire) dont la validité dépend de l'autorisation donnée par le législateur.

Lorsque le texte de loi ne peut être interprété de la sorte, comme c'était le cas dans *Hunter c. Southam*, *Morgentaler* et *Bain*, la mesure législative attentatoire doit évidemment être justifiée. En l'espèce, toutefois, j'estime que la législation douanière peut très bien être appliquée d'une manière qui respecte les droits garantis par la *Charte*. Je ne suis pas d'accord avec la conclusion suivante exprimée par mon collègue, au par. 204 de ses motifs:

> La jurisprudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. [Souligné dans l'original.]

134 Même si la liberté d'expression était en jeu dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, notre Cour n'a cependant pas ordonné au Parlement de modifier le *Code canadien du travail*. Notre Cour a seulement jugé que les arbitres nommés en vertu du *Code* devaient exercer leur pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte*. Comme l'a dit le juge Lamer (plus

2000 SCC 69 (CanLII)

cretion must therefore be interpreted as not allowing *Charter* rights to be infringed". See also *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835. Cases dealing with *Charter* rights other than freedom of expression have been similarly disposed of. In *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, the Court reversed the Saskatchewan Court of Appeal and upheld as valid the broad discretion given to police officers under a power to fingerprint suspects, despite objections about potential abuse. The *Criminal Code* provides enormous discretion to government officials and the police in matters that directly affect *Charter* rights, yet as La Forest J. pointed out at p. 411:

> The *Criminal Code* provides no guidelines for the exercise of discretion in any of these areas. The day to day operation of law enforcement and the criminal justice system nonetheless depends upon the exercise of that discretion.
>
> This Court has already recognized that the existence of prosecutorial discretion does not offend the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, [[1987] 2 S.C.R. 309], at p. 348; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at pp. 303-4. The Court did add that if, in a particular case, it was established that a discretion was exercised for improper or arbitrary motives, a remedy under s. 24 of the *Charter* would lie, but no allegation of this kind has been made in the present case.

If Parliament is constitutionally able to confer broad powers on the police and Justice Department officials under the *Criminal Code* without establishing a specific institutional framework to deal with out-of-court *Charter*-sensitive activities, I fail to see how Parliament is nevertheless required to legislate special procedures to govern Customs officials.

135 In the case of the Customs legislation, Parliament contemplated that more detailed regulations may be necessary for the guidance of officials and

tard Juge en chef) à la p. 1078: «Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*». Voir également *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835. Des affaires portant sur des droits garantis par la *Charte*, autres que la liberté d'expression, ont été décidées de la même manière. Dans *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan et confirmé la validité du large pouvoir discrétionnaire conféré aux policiers relativement à la prise des empreintes digitales des suspects, malgré les objections fondées sur les risques d'abus qui ont été formulées. Le *Code criminel* donne aux fonctionnaires de l'État et aux policiers un pouvoir discrétionnaire énorme à l'égard de questions touchant directement les droits garantis par la *Charte* et pourtant, comme l'a souligné le juge La Forest, à la p. 411:

> Le *Code criminel* ne donne aucune directive sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans aucun de ces cas. L'application de la loi et le fonctionnement de la justice criminelle n'en dépendent pas moins, quotidiennement, de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.
>
> Cette Cour a déjà reconnu que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite ne porte pas atteinte aux principes de justice fondamentale, voir *R. c. Lyons*, [[1987] 2 R.C.S. 309], à la p. 348; voir aussi *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, aux pp. 303 et 304. La Cour a néanmoins ajouté que si, dans un cas particulier, il était établi qu'un pouvoir discrétionnaire était exercé pour des motifs irréguliers ou arbitraires, il existerait un recours en vertu de l'art. 24 de la *Charte*, mais aucune allégation de ce genre n'a été faite en l'espèce.

Si la Constitution habilite le Parlement à accorder, dans le *Code criminel*, de vastes pouvoirs aux policiers et aux fonctionnaires du ministère de la Justice sans établir de cadre institutionnel précis à l'égard d'activités extrajudiciaires délicates du point de vue de la *Charte*, je ne vois pas pourquoi le Parlement serait par ailleurs tenu d'établir, par voie législative, des procédures spéciales pour régir les fonctionnaires des douanes.

Dans le cas de la législation douanière, le Parlement avait prévu que des dispositions réglementaires plus précises pourraient se révéler néces-

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

others. It provided in s. 164(1)(*j*) of the *Customs Act*, to repeat, that the Governor in Council "may make regulations . . . generally to carry out the purposes and provisions of this Act". Many of the systemic problems identified by the trial judge in the department's treatment of potentially obscene imports might have been dealt with by institutional arrangements implemented by regulation, but this was not done. However, the fact that a regulatory power lies unexercised provides no basis for attacking the validity of the statute that conferred it.

saires pour guider les fonctionnaires et autres intéressés. Comme il été dit plus tôt, le Parlement a précisé, à l'al. 164(1)*j*) de la *Loi sur les douanes*, que le gouverneur en conseil «peut, par règlement [. . .] prendre toute mesure d'application de la présente loi». Bon nombre des problèmes systémiques signalés par le juge de première instance relativement à la façon dont le ministère traite les importations potentiellement obscènes auraient pu être corrigés au moyen de pratiques à caractère institutionnel mises en œuvre par règlement, mais cela n'a pas été fait. Toutefois, le fait qu'un pouvoir réglementaire ne soit pas exercé ne peut être invoqué pour contester la validité de la loi qui l'a conféré.

The specific provisions of the *Customs Act* relevant to the appellants are the tariff classification provision (s. 58) and the various rights to a redetermination (ss. 60, 63 and 71) and appeals to the courts (ss. 67 and 152). Parliament was entitled, I think, to expect that the Minister, with or without regulations under s. 164, would put in place the necessary detailed procedures, including procedures appropriate for processing constitutionally sensitive material.

136 Les dispositions particulières de la *Loi sur les douanes* qui concernent les appelants sont la disposition relative au classement tarifaire (art. 58) et celles établissant les divers droits de révision ou réexamen (art. 60, 63 et 71) ainsi que les droits d'appel aux tribunaux judiciaires (art. 67 et 152). J'estime que le Parlement pouvait supposer que le ministre mettrait en place, avec ou sans règlement pris en vertu de l'art. 164, les procédures détaillées nécessaires, y compris la procédure appropriée pour traiter le matériel délicat du point de vue constitutionnel.

The fact this issue arises in connection with the administration of a government department prompts two further comments. The first is that it is in the nature of government work that the power of the state is exercised and the *Charter* rights of the citizen may therefore be engaged. While there is evidence of actual abuse here, there is the *potential* for abuse in many areas, and a rule requiring Parliament to enact in each case special procedures for the protection of *Charter* rights would be unnecessarily rigid.

137 Le fait que cette question se pose relativement à l'administration d'un ministère m'incite à faire deux autres observations. La première est qu'il est normal, de par la nature des activités de l'État, que celui-ci soit appelé à exercer son pouvoir et que les droits garantis au citoyen par la *Charte* puissent en conséquence être touchés. Quoiqu'il y ait preuve d'abus réel en l'espèce, il y a *risque* d'abus dans de nombreux domaines, et une règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la *Charte* serait inutilement rigide.

Secondly, the government needs neither a special statute nor special regulations to deal with its own employees. Customs officials are responsible to the Minister by virtue of their jobs. I have already held that *Customs Tariff* Code 9956 creates a constitutionally valid standard. In the administration of the department the Minister may supple-

138 Deuxièmement, le gouvernement n'a pas besoin d'une loi ou d'un règlement spécial pour intervenir auprès de ses propres employés. Les fonctionnaires des douanes relèvent du ministre du fait de leur poste. J'ai conclu, plus tôt, que le code 9956 du *Tarif des douanes* créait une norme valide sur le plan constitutionnel. Dans le cours de l'administra-

ment by directive the provisions of the *Customs Act* for its implementation. The public service responds to ministerial direction with no less alacrity than it responds to statute or regulation. In short, an importer's rights may be protected in fact by statute, regulation, ministerial direction or even departmental practice. What is crucial, at the end of the day, is that *Charter* rights are in fact respected. The modalities for achieving that objective will vary with the context. There is nothing unconstitutional about the option selected by Parliament in this case.

139 All of this is to say that there are various methods to ensure respect by the public service for the *Charter* rights of importers. Each method has its advantages and disadvantages. The fact Parliament opted for the more flexible routes of delegated regulation and ministerial directive is not, I think, a reason to invalidate the legislation itself.

I. *Section 1 Justification*

140 As stated, the Crown fairly acknowledged from the outset that the *Customs Act* and *Customs Tariff* infringe the freedom of expression of individuals by imposing a barrier to the communication of expressive material. No matter how many (or how few) safeguards are built into the Customs legislation, this barrier will remain. It is inherent in any Customs scheme and the government must demonstrate that such a barrier is a reasonable limit.

141 It should be noted at the outset that the s. 15(1) infringements identified by the trial judge are incapable of s. 1 justification. Violative conduct by government officials that is not authorized by statute is not "prescribed by law" and cannot therefore be justified under s. 1. The equality rights issues therefore proceed directly to the remedy phase of the analysis. Limitations on free expression were, however, authorized by Parliament in the Customs

tion de son ministère, le ministre peut, au moyen de directives, compléter les dispositions de la *Loi sur les douanes* en vue de la mise en œuvre de celle-ci. La fonction publique ne réagit pas avec moins d'empressement aux directives du ministre qu'aux lois et aux règlements. Bref, les droits d'un importateur peuvent effectivement être protégés par une loi, un règlement, une directive du ministre ou même une pratique institutionnelle. Ce qui importe en bout de ligne, c'est que les droits garantis par la *Charte* soient respectés dans les faits. Les modalités permettant d'atteindre cet objectif varient selon le contexte. La solution retenue par le Parlement en l'espèce n'a rien d'inconstitutionnel.

Tout ce qui précède signifie simplement qu'il existe diverses méthodes permettant d'assurer le respect par la fonction publique des droits garantis par la *Charte* aux importateurs. Chaque méthode comporte ses avantages et ses inconvénients. Le fait que le Parlement ait opté pour des méthodes plus souples, soit la délégation d'un pouvoir de réglementation et la directive ministérielle, ne constitue pas, à mon sens, une raison d'invalider la législation elle-même.

I. *La justification au regard de l'article premier*

Comme il a été mentionné précédemment, la Couronne a à juste titre reconnu dès le départ que la *Loi sur les douanes* et le *Tarif des douanes* portent atteinte à la liberté d'expression des individus en faisant obstacle à la communication de matériel expressif. Peu importe le nombre (petit ou grand) de protections incorporées dans la législation douanière, cet obstacle va rester. Il est inhérent à tout régime douanier, et le gouvernement doit démontrer qu'un tel obstacle est une limite raisonnable.

Il faut souligner au départ que les plaintes fondées sur le par. 15(1) mentionnées par le juge de première instance ne peuvent être justifiées au regard de l'article premier. Une conduite attentatoire par des fonctionnaires qui n'est pas autorisée par un texte de loi n'est pas «prescrite par une règle de droit» et ne saurait en conséquence être justifiée au regard de l'article premier. Pour ce qui est des questions touchant les droits à l'égalité, on

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

legislation, and on that branch of the appeal consideration must be given to whether a border inspection regime in which the government assumes the burden of proving obscenity on a balance of probabilities is a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society.

passe donc directement à l'étape de l'analyse qui concerne la réparation. Les restrictions à la liberté d'expression ont toutefois été autorisées par le Parlement dans la législation douanière et, relativement à cet aspect du pourvoi, il faut se demander si un régime d'inspection frontalière où le gouvernement a la charge de prouver l'obscénité selon la prépondérance des probabilités constitue une limite raisonnable, prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

As already noted, the Crown did not attempt to justify the application of the s. 152(3) reverse onus provision to require an importer to establish non-obscenity.

142 Comme il a été souligné plus tôt, la Couronne n'a pas tenté de justifier l'application de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, le par. 152(3), pour contraindre l'importateur à démontrer l'absence d'obscénité.

In general terms, s. 1 of the *Charter* requires the government to establish that the limitation imposed on the exercise by the appellants of their *Charter* rights was undertaken pursuant to objectives that were pressing and substantial. Moreover, the measures sought to be justified must be shown to be proportionate to this objective, which is to say that they are rationally connected to the objective, minimally impair the *Charter* rights in question, and that a proper balance has been struck between the effects of the limiting measure and the legislative measure. Finally it must be shown that the deleterious effects of the limitations are outweighed by its salutary benefits: *Oakes*, *supra*; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, *supra*, at p. 878.

143 De façon générale, l'article premier de la *Charte* exige que le gouvernement établisse que la restriction à l'exercice par les appelants des droits que leur garantit la *Charte* était imposée pour des objectifs urgents et réels. Qui plus est, il doit être démontré que les mesures que l'on cherche à justifier sont proportionnelles à cet objectif, c'est-à-dire qu'elles ont un lien rationnel avec l'objectif, qu'elles ne portent atteinte que de façon minimale aux droits garantis par la *Charte* qui sont en cause et qu'un équilibre approprié a été établi entre les effets de la mesure restrictive et les mesures législatives. Enfin, il doit être démontré que les effets préjudiciables des restrictions sont moins grands que leurs effets bénéfiques: *Oakes*, précité; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, précité, à la p. 878.

Freedom of expression is central to our identity as individuals and to our collective well-being as a society. Doubt about justification should be resolved in its favour.

144 La liberté d'expression est au cœur de notre identité en tant qu'individus et de notre bien-être collectif en tant que société. Tout doute quant à la justification doit être résolu en faveur de la liberté d'expression.

(a) Prescribed by Law

a) Prescrite par une règle de droit

I have already rejected, for the reasons given, the appellants' position that the *Butler* standard is so vague as not to be a limitation "prescribed by

145 J'ai déjà rejeté, pour les motifs exposés, la thèse des appelants selon laquelle la norme établie dans *Butler* est à ce point imprécise qu'elle ne constitue

law" within the meaning of s. 1 of the *Charter* when applied to gay and lesbian erotica.

146 Section 163 having been upheld in *Butler*, and the *Customs Tariff* having incorporated s. 163 and the related jurisprudence, it follows that the *Customs Tariff* prohibition is not void for vagueness or uncertainty, and is therefore validly "prescribed by law". The appellants argued that a legal standard which may be intelligible to a judge in a criminal trial surrounded with all the appropriate procedural protections is not necessarily intelligible to a Customs official left to his or her own devices supplemented by Memorandum D9-1-1. I do not think "intelligibility" varies with the level of procedural sophistication. The standard set out in s. 163(8) of the *Criminal Code* either affords a reasonable guide to well-intentioned individuals seeking to keep themselves within the law or it does not. *Butler* held that it did. The standard is related to the community's tolerance of harm. It is the severity of the potential consequences that requires a judge to preside over a criminal trial, not the intelligibility of the "community tolerance" standard.

(b) Pressing and Substantial Objective

147 Parliament's legislative objective is to prevent Canada from being inundated with obscene material from abroad. As in *Butler*, the ultimate objective was the avoidance of harm that Parliament had a reasonable apprehension would be caused by exposure to obscene material (*Butler*, *supra*, at p. 491). This is a valid objective.

(c) Proportionality

(i) *Rational Connection*

148 Canadian sovereignty includes the right to inspect and if considered appropriate to prohibit the entry of goods which Parliament, in the valid exercise of its criminal law power, has prohibited

pas une limite «prescrite par une règle de droit» au sens de l'article premier de la *Charte* lorsqu'elle est appliquée au matériel érotique gai et lesbien.

Puisque la constitutionnalité de l'art. 163 a été confirmée dans l'arrêt *Butler* et que cet article et la jurisprudence pertinente ont été incorporés dans le *Tarif des douanes*, il s'ensuit que la prohibition prévue par le *Tarif des douanes* n'est pas nulle pour cause d'imprécision ou d'incertitude et qu'elle est donc validement «prescrite par une règle de droit». Les appelants ont plaidé qu'une norme légale, qui peut être intelligible pour un juge présidant un procès criminel où s'appliquent toutes les garanties procédurales appropriées, ne l'est pas nécessairement pour un fonctionnaire des douanes abandonné à son sort avec le Mémorandum D9-1-1. Je ne crois pas que «l'intelligibilité» varie selon le degré de sophistication de la procédure. Ou bien la norme énoncée au par. 163(8) du *Code criminel* constitue un guide raisonnable pour des individus bien intentionnés qui désirent respecter la loi ou bien elle ne l'est pas. Dans l'arrêt *Butler*, il a été jugé qu'elle constituait un tel guide. La norme est liée à la tolérance de la société au préjudice. C'est la gravité des conséquences potentielles qui commande qu'un juge préside un procès criminel, non pas l'intelligibilité de la norme «de tolérance de la société».

b) Un objectif urgent et réel

L'objectif visé par la loi fédérale en cause est d'empêcher que le Canada soit inondé de matériel obscène provenant de l'étranger. Tout comme dans *Butler*, l'objectif ultime visé en l'espèce était d'éviter le préjudice qui, craignait raisonnablement le Parlement, serait causé par l'exposition au matériel obscène (*Butler*, précité, à la p. 491). Il s'agit d'un objectif valable.

c) La proportionnalité

(i) *Le lien rationnel*

La souveraineté canadienne implique le droit d'inspecter et, si la chose est jugée appropriée, d'interdire l'entrée au pays des marchandises que le Parlement a prohibées dans l'exercice valide de

2000 SCC 69 (CanLII)

(*Simmons*, *supra*). Customs procedures are rationally connected to that objective.

(ii) *Minimal Impairment*

Customs officials have no authority to deny entry to sexually explicit material unless it comes within the narrow category of pornography that Parliament has validly criminalized as obscene. With respect to lawful publications, the interference sanctioned by Parliament was limited to the delay, cost and aggravation inherent in inspection, classification and release procedures. Unlike *Butler*, we are not dealing here with the denial of the expressive right but with a temporary delay in obtaining possession of lawful materials while the importation is being processed.

As stated, the Customs legislation outlines a skeletal scheme consisting of a border inspection, a classification procedure for tariff purposes, and a system of both internal and judicial appeals from a prohibition based on a finding of obscenity. The inspection and classification provisions are inherent in any border control, and are valid unless the appellants can establish a constitutional right to open borders, which they have not done. The redetermination and appeal provisions are inserted for the importer's benefit. It is difficult to envisage how the Crown could achieve its legitimate objective at the border, or be fair to the public interest expressed through the obscenity provisions of the *Criminal Code* as well as the interests of the importers of expressive material, without such a system. It is clear that the statutory scheme required supplementary measures by regulation or ministerial direction beyond the skeletal provisions that were made. The operation of the statutory scheme, as found by the trial judge, created a barrier to free expression that exceeded the government's legitimate objectives, but that is a matter for regulatory or administrative not *necessarily* legislative action. In my view the basic statutory scheme set forth in the Customs legislation, properly implemented by the government within the

sa compétence sur le droit criminel (*Simmons*, précité). Les procédures douanières sont rationnellement liées à cet objectif.

(ii) *L'atteinte minimale*

149 Les fonctionnaires des douanes n'ont le pouvoir de refuser l'entrée du matériel sexuellement explicite que si celui-ci appartient à la catégorie étroite du matériel pornographique, que le Parlement a validement criminalisé pour cause d'obscénité. Relativement aux publications licites, l'atteinte autorisée par le Parlement se limite aux délais, coûts et contrariétés inhérents aux procédures d'inspection, de classement et de dédouanement. Contrairement à l'affaire *Butler*, le présent pourvoi ne porte pas sur la privation d'un droit lié à la liberté d'expression, mais plutôt sur la période temporaire durant laquelle il faut attendre avant d'être mis en possession de matériel licite importé, pendant que celui-ci est traité.

150 Comme il a été expliqué, la législation douanière établit un régime sommaire comprenant une inspection frontalière, une procédure de classement à des fins tarifaires et une série d'appels internes et judiciaires en cas de prohibition pour cause de constatation d'obscénité. Les dispositions relatives à l'inspection et à la classification sont inhérentes à tout contrôle frontalier et sont valides à moins que les appelants ne puissent démontrer l'existence d'un droit constitutionnel à des frontières ouvertes, ce qu'ils n'ont pas fait. Les dispositions en matière de révision, réexamen et appel ont été insérées au bénéfice des importateurs. Il est difficile d'imaginer comment, sans un tel système, la Couronne pourrait réaliser l'objectif légitime qu'elle vise aux frontières ou être juste envers l'intérêt public exprimé par les dispositions relatives à l'obscénité du *Code criminel* d'une part, et les intérêts des importateurs de matériel expressif d'autre part. Il est clair que le régime établi par la loi nécessitait la prise, par règlement ou directive ministérielle, de mesures supplémentaires afin de compléter les dispositions sommaires existantes. Comme l'a constaté le juge de première instance, l'application du régime prévu par la loi a créé un obstacle à la liberté d'expression qui est excessif par rapport aux objectifs légitimes du gouvernement, mais il

2000 SCC 69 (CanLII)

powers granted by Parliament, was capable of being administered with minimal impairment of the s. 2(*b*) rights of importers, apart from the reverse onus provision which should be declared inapplicable to the obscenity issue for the reasons previously mentioned.

s'agit d'une question qui commande une solution réglementaire ou administrative, pas *nécessairement* législative. À mon avis, s'il est adéquatement mis en œuvre par le gouvernement, dans le respect des pouvoirs conférés par le Parlement, le régime de base prévu par la législation douanière pourrait être administré de manière à ne porter atteinte que de façon minimale aux droits garantis aux importateurs par l'al. 2*b*), exception faite de la disposition portant inversion de la charge de la preuve, qui doit être déclarée inapplicable à la question de l'obscénité pour les raisons mentionnées antérieurement.

151 Parliament created a broad regulation-making power in s. 164(1)(*j*) of the *Customs Act* for the better implementation of the Act. Parliament has given the executive the authority to put in place by regulation an administrative or institutional structure that would protect the expressive rights of the appellants and others. The problem here is not with the legislators but with the failure of those responsible to exercise the powers that they possess, including, according to the trial judge, the failure of Customs to make available adequate resources to do the job effectively.

Le Parlement a créé un large pouvoir de réglementation à l'al. 164(1)*j*) de la *Loi sur les douanes* en vue de permettre la mise en œuvre efficace de la Loi. Le Parlement a donné à l'exécutif le pouvoir d'établir, par règlement, un régime administratif ou institutionnel protégeant le droit à la liberté d'expression des appelants et autres intéressés. En l'espèce, le problème n'est pas le fait du législateur, mais résulte plutôt de l'omission des autorités concernées d'exercer les pouvoirs dont elles disposent, y compris, de l'avis du juge de première instance, de l'omission des Douanes de fournir les ressources adéquates pour que le travail soit effectué efficacement.

(d) Overall Proportionality

d) La proportionnalité globale

152 In my view Parliament has struck an appropriate balance between the limiting effects of the Customs legislation and the legislative objective of prohibiting the entry of socially harmful material. As held in *Butler*, at p. 509, the benefits sought by the criminalization of obscenity are the avoidance of harm and the enhancement of respect for all members of society, and the promotion of non-violence and equality in their relations with each other. If I am correct that the source of the appellants' problem lies at the administrative level rather than the legislative level, the restriction imposed by Parliament to catch expressive materials that violate s. 163 of the *Criminal Code* at the international border does not outweigh the importance of the legislative objective.

Je suis d'avis que le Parlement a établi l'équilibre approprié entre les effets restrictifs de la législation douanière et l'objectif de la loi qui consiste à prohiber l'entrée de matériel préjudiciable à la société. Comme il a été jugé dans l'arrêt *Butler*, à la p. 509, les avantages recherchés par la criminalisation de l'obscénité sont de parer aux préjudices et de favoriser le respect de tous les membres de la société, les comportements non violents et l'égalité dans les relations mutuelles des gens. Si j'ai raison de dire que la source du problème des appelants se situe au niveau administratif plutôt qu'au niveau législatif, la restriction qu'a imposée le Parlement en vue d'intercepter le matériel expressif visé par l'art. 163 du *Code criminel* aux frontières internationales ne l'emporte pas sur l'importance de l'objectif de la loi.

2000 SCC 69 (CanLII)

(e) Deleterious Effects Versus Salutary Benefits

The deleterious effects on the appellants found by the trial judge went way beyond any salutary benefits for Canadian society in this case, but that is not the test. The test is whether the deleterious effects of the Customs legislation, properly administered, exceed the salutary effect of the Customs legislation. The Customs legislation, properly administered, is designed to prevent entry into Canada of material that in all probability is obscene, i.e., likely to cause harm in excess of the community's standard of tolerance. That is a salutary benefit, although there is little evidence in the record on this point, apart from identification of some adult heterosexual pornographic magazines which are regularly and apparently effectively monitored. Against this, the deleterious effect on importers of lawful material is expected by Parliament to be no more than temporary detention and the various costs in time and money reasonably occasioned by the processing of the goods. If the Customs legislation operated as intended, as it apparently does across a broad range of commercial and other goods, the deleterious effects would be outweighed by its salutary benefit. The problem, to repeat, is in the implementation and it is to the remedy for the deficient administration of the Customs legislation that I now turn.

J. *Remedy*

In my view, the appellants have established that:

1. Section 152(3) of the *Customs Act* should not be construed and applied so as to place the onus on an importer to establish that goods are not obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

e) Les effets préjudiciables par rapport aux effets bénéfiques

153 Les effets préjudiciables aux appelants constatés par le juge de première instance dépassaient largement tout effet bénéfique pour la société canadienne en l'espèce, mais il ne s'agit pas là du critère applicable. Le critère consiste à se demander si les effets préjudiciables de la législation douanière dépassent les effets bénéfiques de celle-ci lorsqu'elle est bien appliquée. Bien appliquée, la législation douanière vise à empêcher l'entrée au Canada de matériel qui, selon toute probabilité, est obscène, c'est-à-dire susceptible de causer un préjudice excédant le seuil de tolérance de la société. Il s'agit là d'un effet bénéfique, bien qu'il y ait peu d'éléments de preuve au dossier à cet égard, si ce n'est la mention de certains magazines pornographiques destinés aux adultes hétérosexuels qui sont contrôlés de façon régulière et apparemment de manière efficace. En comparaison, le Parlement ne voit pas d'autres effets préjudiciables pour les importateurs de matériel licite que la retenue temporaire des marchandises et les divers coûts en temps et en argent raisonnablement occasionnés par le traitement des marchandises. Si la législation douanière était appliquée de la manière envisagée, comme elle l'est apparemment en ce qui concerne un large éventail de biens — commerciaux et autres —, ses effets préjudiciables seraient surpassés par son effet bénéfique. Je le répète, le problème réside dans la mise en œuvre, et je vais maintenant me pencher sur la réparation relative à l'application déficiente de la législation douanière.

J. *La réparation*

154 À mon avis, les appelants ont établi les points suivants:

1. Le paragraphe 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que les marchandises ne sont pas obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

2000 SCC 69 (CanLII)

2. The rights of the appellants under s. 2(*b*) and s. 15(1) of the *Charter* have been infringed in the following respects:

(a) They have been targeted as importers of obscene materials despite the absence of any evidence to suggest that gay and lesbian erotica is more likely to be obscene than heterosexual erotica, or that the appellants are likely offenders in this regard;

(b) In consequence of the targeting, the appellants have suffered excessive and unnecessary prejudice in terms of delays, cost and other losses in having their goods cleared (if at all) through Canada Customs;

(c) The reasons for this excessive and unnecessary prejudice include:

(i) failure by Customs to devote a sufficient number of officials to carry out the review of the appellants' publications in a timely way;

(ii) the inadequate training of the officials assigned to the task;

(iii) the failure to place at the disposal of these officials proper guides and manuals, failure to update Memorandum D9-1-1 and its accompanying illustrative manual in a timely way, and the failure to develop workable procedures to deal with books consisting mostly or wholly of written text;

(iv) failure to establish internal deadlines and related criteria for the expeditious review of expressive materials;

(v) failure to incorporate into departmental guides and manuals relevant advice received from time to time from the Department of Justice;

(vi) failure to provide the appellants in a timely way with notice of the basis for detention of publications, the opportunity to make meaningful submissions on

2. Il a été porté atteinte de la manière suivante aux droits qui sont garantis aux appelants par l'al. 2*b*) et le par. 15(1) de la *Charte*:

a) Les appelants ont été visés comme importateurs de matériel obscène malgré l'absence de tout élément de preuve tendant à indiquer que le matériel érotique gai et lesbien risque davantage d'être obscène que le matériel érotique hétérosexuel, ou encore que les appelants sont vraisemblablement des contrevenants à cet égard.

b) Du fait qu'ils ont été ciblés, les appelants ont souffert d'un préjudice excessif et inutile en raison des délais, frais et autres pertes subis afin de faire dédouaner leurs marchandises (si tant est qu'ils y sont parvenus) par Douanes Canada.

c) Les raisons de ce préjudice excessif et inutile sont notamment:

(i) l'omission des Douanes d'affecter un nombre suffisant de fonctionnaires au contrôle des publications des appelants pour faire effectuer cette tâche en temps utile;

(ii) la formation inadéquate des fonctionnaires affectés à cette tâche;

(iii) l'omission de mettre à la disposition de ces fonctionnaires des guides et manuels appropriés, l'omission de mettre à jour en temps utile le Mémorandum D9-1-1 et le guide illustré connexe, et l'omission d'élaborer des procédures applicables pour évaluer les livres constitués entièrement ou essentiellement de texte;

(iv) l'omission d'établir des délais et autres critères connexes applicables à l'interne en vue d'assurer le contrôle expéditif du matériel expressif;

(v) l'omission d'incorporer aux guides et manuels du ministère les avis pertinents reçus du ministère de la Justice;

(vi) l'omission de donner aux appelants, en temps utile, un avis les informant des raisons de la retenue des publications, ainsi que la possibilité de présenter des

2000 SCC 69 (CanLII)

a re-determination, and reasonable access to the disputed materials for that purpose; and

(vii) failure to extend to the appellants the equal benefit of fair and expeditious treatment of their imported goods without discrimination based on sexual orientation.

observations utiles en cas de révision ou réexamen, et, à cette fin, de consulter le matériel contesté; et

(vii) l'omission d'accorder aux appelants l'égalité de bénéfice en matière de traitement équitable et expéditif de leurs marchandises importées, indépendamment de toute discrimination fondée sur l'orientation sexuelle.

2000 SCC 69 (CanLII)

It is apparent that this catalogue particularizes in greater detail the declaration issued by the trial judge, namely:

THIS COURT DECLARES that Tariff Code 9956(a) of Schedule VII and s. 114 of the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) and ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, S.C. 1986, c. 1 (2nd Supplement) have at times been construed and applied in a manner contrary to s. 2(b) and s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

155 Il est apparent que cette liste vient préciser le jugement déclaratoire suivant, qui a été rendu par le juge de première instance:

[TRADUCTION] LA COUR DÉCLARE que le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII, l'art. 114 du *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3e supplément) et les art. 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2e supplément), ont à l'occasion été interprétés et appliqués d'une manière contraire à l'al. 2b) et au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

The Crown did not cross-appeal the grant of the declaration and neither in this Court nor in the British Columbia Court of Appeal did the appellants make submissions on whether or how a declaration under s. 24(1) of the *Charter* could be better framed to grant substantial relief. Their objective there as here was to get rid of the legislation altogether.

156 La Couronne n'a pas formé d'appel incident contre le jugement déclaratoire. De plus, les appelants n'ont présenté aucune observation à notre Cour ou à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique sur la question de savoir s'il est possible de mieux formuler le jugement déclaratoire fondé sur le par. 24(1) de la *Charte* afin d'accorder une réparation substantielle et, si oui, de quelle façon. Leur objectif, tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, était de faire invalider l'ensemble des mesures législatives.

Having rejected that s. 52 argument, except as to the reverse onus provision, the remaining question is whether the Court should attempt to fashion a more structured s. 24(1) remedy. I conclude, with some hesitation, that it is not practicable to do so. The trial concluded on December 20, 1994. We are told that in the past six years, Customs has addressed the institutional and administrative problems encountered by the appellants. In the absence of more detailed information as to what precisely has been done, and the extent to which (if at all) it has remedied the situation, I am not prepared to endorse my colleague's conclusion that these measures are "not sufficient" (para. 262) and have offered "little comfort" (para. 265). Equally,

157 L'argument fondé sur l'art. 52 ayant été rejeté, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve, il reste à répondre à la question de savoir si notre Cour devrait tenter de façonner une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1). C'est avec une certaine réticence que je conclus que cela n'est pas réalisable. Le procès s'est terminé le 20 décembre 1994. On nous dit qu'au cours des six dernières années, les Douanes ont corrigé les problèmes institutionnels et administratifs éprouvés par les appelants. En l'absence de données plus précises sur ce qui a été fait exactement et sur la mesure dans laquelle on a ainsi remédié à la situation (si tant est qu'on l'a fait), je ne suis pas prêt à souscrire à la

however, we have not been informed by the appellants of the specific measures (short of declaring the legislation invalid or inoperative) that in the appellants' view would remedy any continuing problems.

158 The most detailed suggestion the appellants have made in the way of a s. 24(1) remedy is the following request:

> . . . in the final alternative an injunction restraining Customs from applying and administering the *Customs Tariff*, S.C. 1987, c. 41 (3rd Supplement) s. 114, Schedule VII, Code 9956(a) and the *Customs Act*, S.C. 1986 (2nd Supp.), s. 58 and s. 71, as amended, permanently or until such time as there is no risk that the unconstitutional administration will continue.

The first branch of the proposed injunction ("permanently") amounts to a s. 52 declaration of inoperability, which I do not consider justified. The second branch ("until such time") sets an unrealistic standard ("no risk"). If diluted to a call for constitutional behaviour, the result would add little to the general duty that falls on any government official to act in accordance with the Constitution, injunction or no injunction, and would scarcely advance the objectives of either clarity or enforceability. A more structured s. 24(1) remedy might well be helpful but it would serve the interests of none of the parties for this Court to issue a formal declaratory order based on six-year-old evidence supplemented by conflicting oral submissions and speculation on the current state of affairs. The views of the Court on the merits of the appellants' complaints as the situation stood at the end of 1994 are recorded in these reasons and those of my colleague Iacobucci J. These findings should provide the appellants with a solid platform from which to launch any further action in the Supreme

conclusion de mon collègue selon laquelle ces mesures ne sont «pas suffisantes» (par. 262) et ne sont pas d'un «grand secours» (par. 265). Dans le même ordre d'idées, toutefois, les appelants ne nous ont pas indiqué quelles sont, à leur avis, les mesures précises (à défaut de déclarer les dispositions législatives invalides ou inopérantes) qui permettraient de corriger tout problème qui subsisterait.

La suggestion la plus précise formulée par les appelants relativement à une réparation fondée sur le par. 24(1) est la demande suivante:

> [TRADUCTION] . . . en dernier recours, une injonction interdisant aux Douanes d'appliquer le *Tarif des douanes*, L.C. 1987, ch. 41 (3e supplément), art. 114, annexe VII, code 9956a), et la *Loi sur les douanes*, L.C. 1986, ch. 1 (2e suppl.), art. 58 et 71, et leur modification, en permanence ou jusqu'à ce qu'il n'y ait plus aucun risque que l'application inconstitutionnelle se poursuive.

Le premier volet de l'injonction proposée (l'interdiction «en permanence») équivaut à une déclaration d'inapplicabilité fondée sur l'art. 52, réparation que je ne considère pas justifiée. Le deuxième volet de l'injonction proposée (l'interdiction «jusqu'à ce qu'») fixe un objectif irréaliste («aucun risque»). Si on réduit l'injonction à un appel au maintien d'un comportement conforme à la Constitution, cela ajouterait peu à l'obligation générale qui incombe à tout fonctionnaire — injonction ou non — d'agir en conformité avec la Constitution, et favoriserait très peu les objectifs de clarté et d'applicabilité. Le fait de prononcer une réparation plus structurée en vertu du par. 24(1) pourrait bien être utile, mais il ne servirait les intérêts d'aucune des parties que notre Cour rende une ordonnance déclaratoire formelle sur la foi d'une preuve vieille de six ans, complétée par des plaidoiries contradictoires et des conjectures quant à l'état actuel de la situation. Les vues de notre Cour sur le fond des plaintes des appelants, au regard de la situation qui existait à la fin de 1994, sont exprimées dans les présents motifs et dans ceux de mon collègue le juge Iacobucci. Ces constatations devraient fournir aux appelants des assises solides, susceptibles de fonder toute autre action qu'ils estimeraient néces-

2000 SCC 69 (CanLII)

Court of British Columbia should they consider that further action is necessary.

VIII. Disposition

The appeal is therefore allowed in part, and a declaration will issue under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* that s. 152(3) of the *Customs Act* is not to be construed and applied so as to place on an importer the onus to establish that goods are *not* obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Criminal Code*. The burden of proving obscenity rests on the Crown or other person who alleges it.

The constitutional questions stated by the Chief Justice on July 8, 1999 should be answered as follows:

1. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36) in whole or in part, insofar as they authorize customs officials to detain and prohibit material deemed to be obscene, or in their application to either textual or gay and lesbian material or to both, infringe s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is yes, except with respect to the reverse onus provision as presently construed and applied by Canada Customs.

3. Do ss. 58 and 71 of the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.), and s. 114 and Code 9956(*a*) of Schedule VII of the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.) (now s. 136(1) and tariff item 9899.00.00 of the List of Tariff Provisions set out in the schedule to the *Customs Tariff*, S.C. 1997, c. 36), in whole or in part, in their application to gay and

saire d'intenter devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

VIII. Le dispositif

159 Le pourvoi est donc accueilli en partie, et un jugement déclaratoire portant que le par. 152(3) de la *Loi sur les douanes* ne doit pas être interprété et appliqué de manière à imposer à l'importateur la charge d'établir que des marchandises *ne* sont *pas* obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel* est rendu en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La charge de prouver l'obscénité incombe à la Couronne ou à la personne qui invoque ce moyen.

160 Les questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef le 8 juillet 1999 doivent recevoir les réponses suivantes:

1. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en totalité ou en partie, l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils autorisent les fonctionnaires des douanes à retenir et à interdire du matériel réputé obscène, ou lorsqu'ils sont appliqués à des écrits ou à du matériel destinés aux gais et aux lesbiennes, ou les deux à la fois?

La réponse est oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

La réponse est oui, sauf en ce qui concerne la disposition portant inversion de la charge de la preuve telle qu'elle est actuellement interprétée et appliquée par Douanes Canada.

3. Les articles 58 et 71 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.), et l'art. 114 et le code 9956*a*) de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.) (maintenant le par. 136(1) et le numéro tarifaire 9899.00.00 de la Liste des dispositions tarifaires contenue dans l'annexe du *Tarif des douanes*, L.C. 1997, ch. 36), violent-ils, en tota-

2000 SCC 69 (CanLII)

lesbian material, infringe s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer is no. The appellants' equality rights are not infringed by the Customs legislation itself.

4. If the answer to question 3 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The question need not be answered.

161 The appellants have been compelled to come to this Court to achieve even the limited relief they have obtained, and they are therefore entitled to their costs in this Court and in the British Columbia Court of Appeal on a party and party basis. The award of costs at trial in favour of the appellants dated March 29, 1996 is affirmed.

The reasons of Iacobucci, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

IACOBUCCI J. (dissenting in part) —

I. Introduction and Summary

162 The individual appellants in this appeal operate a bookstore in Vancouver, the Little Sisters Book and Art Emporium ("Little Sisters"). The store is also an appellant. As described in their amended statement of claim:

6. The principal business of Little Sisters is the sale of books and magazines most of which are written by and for homosexual men and women. Little Sisters also operates a mail order business selling books to customers all across Canada.

7. Most of the books and magazines sold by Little Sisters are published in the United States and imported into Canada by Little Sisters.

lité ou en partie, le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans la mesure où ils sont appliqués à du matériel destiné aux gais et aux lesbiennes?

La réponse est non. La législation douanière elle-même ne porte pas atteinte aux droits à l'égalité des appelants.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, la justification de cette violation peut-elle se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

Les appelants ont dû se pourvoir devant notre Cour pour obtenir la réparation, par ailleurs limitée, qui leur est accordée; ils ont en conséquence droit aux dépens, taxés entre parties, devant notre Cour et devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. L'ordonnance datée du 29 mars 1996 par laquelle le tribunal de première instance accordait les dépens aux appelants est confirmée.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Arbour et LeBel rendus par

LE JUGE IACOBUCCI (dissident en partie) —

I. Introduction et sommaire

Les personnes physiques appelantes au présent pourvoi exploitent une librairie à Vancouver, soit Little Sisters Book and Art Emporium («Little Sisters»). La librairie, également partie appelante, est décrite ainsi dans la déclaration modifiée:

[TRADUCTION]

6. La principale activité de Little Sisters est la vente de livres et de magazines, dont la plupart sont écrits pour des hommes et des femmes homosexuels par des hommes et des femmes homosexuels. Little Sisters exploite également une entreprise de vente par correspondance de livres à des clients à travers tout le pays.

7. La plupart des livres et des magazines vendus par Little Sisters sont publiés aux États-Unis et importés par celle-ci au Canada.

2000 SCC 69 (CanLII)

All commercial goods imported into Canada, including books, magazines, and other expressive materials, are subject to the *Customs Tariff*, R.S.C., 1985, c. 41 (3rd Supp.), and the *Customs Act*, R.S.C., 1985, c. 1 (2nd Supp.) (together, the "Customs legislation"). The appellants argue that applying these procedures to the books and magazines imported by Little Sisters violates their rights to freedom of speech, and to equality, which are guaranteed under ss. 2(*b*) and 15, respectively, of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

163 Toutes les marchandises importées au Canada, y compris les livres, les magazines et autres formes de matériel expressif, sont assujetties aux dispositions du *Tarif des douanes*, L.R.C. (1985), ch. 41 (3e suppl.), et de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985), ch. 1 (2e suppl.) (collectivement appelées ci-après la «législation douanière»). Les appelants prétendent que l'application de la procédure prévue aux livres et aux magazines importés par Little Sisters porte atteinte au droit à la liberté d'expression et aux droits à l'égalité qui leur sont garantis par l'al. 2*b*) et par l'art. 15, respectivement, de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

I have had the benefit of reading the reasons of my colleague Binnie J. in this case. While I agree with his conclusion that the Customs legislation, as applied to books, magazines, and other expressive materials, violates the appellants' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*, it is my opinion that the legislation itself violates s. 2(*b*) and is not demonstrably justified in a free and democratic society. In particular, the Customs legislation does not minimally impair the appellants' rights, nor do the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects on the right of free expression.

164 J'ai eu l'avantage de lire les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie dans la présente affaire. Bien que je sois d'accord avec sa conclusion que l'application de la législation douanière aux livres, magazines et autres formes de matériel expressif porte atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2*b*) de la *Charte*, je suis d'avis que la législation elle-même contrevient à cet alinéa et que sa justification ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique. En particulier, la législation douanière ne porte pas atteinte le moins possible aux droits des appelants et ses avantages ne l'emportent pas sur les effets préjudiciables qu'elle a sur la liberté d'expression.

With regard to the appellants' claim that the Customs legislation also violates the equality guarantee contained in s. 15(1) of the *Charter*, I agree with my colleague Binnie J. that it is only the application of the legislation, not the legislation itself, that has resulted in violations of the appellants' equality rights. The harm-based obscenity test set out by this Court in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, is not in need of modification and applies equally to all materials regardless of the sexual orientation of the individuals involved or the characters depicted. The Customs legislation, which imports the obscenity provision in s. 163(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and thus the test outlined in *Butler*, therefore does not in and of itself infringe s. 15(1) of the *Charter*.

165 Relativement à la prétention des appelants que la législation douanière porte également atteinte à la garantie d'égalité prévue au par. 15(1) de la *Charte*, je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Binnie que seule l'application de la loi, et non la loi elle-même, a entraîné la violation du droit des appelants à l'égalité. Le critère de détermination de l'obscénité en fonction du préjudice qui a été établi par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n'a pas besoin d'être modifié et s'applique à toute forme de matériel expressif, indépendamment de l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. La législation douanière, qui incorpore la disposition relative à l'obscénité, le par. 163(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et par conséquent le critère exposé dans l'arrêt *Butler*, ne contrevient donc pas en soi au par. 15(1) de la *Charte*.

2000 SCC 69 (CanLII)

166 However, the current procedures by which Customs enforces s. 163(8) at the border are grossly inadequate. With a few minor exceptions, expressive materials are classified when entering Canada in the same manner as mundane commercial goods. The Customs legislation lacks the most basic procedures necessary for a fair and accurate determination of whether something is obscene. Compounding these legislative deficiencies is the fact that Customs officers, while no doubt well-intentioned and conscientious civil servants, lack the training, time or resources to accomplish the task set for them. In my respectful opinion, the Customs legislation makes no meaningful accommodation for the expressive freedoms raised by this appeal. Such a regime cannot be demonstrably justified in a free and democratic society.

Toutefois, la procédure actuelle suivie par les Douanes pour l'application du par. 163(8) à la frontière est tout à fait inadéquate. À quelques exceptions mineures près, les diverses formes de matériel expressif sont, à leur entrée au Canada, classées de la même manière que des biens courants. La législation douanière souffre de l'absence de la plus élémentaire forme de procédure nécessaire pour déterminer de manière équitable et précise si quelque chose est obscène. Ces lacunes de la législation sont exacerbées par le fait que, quoiqu'ils soient sans nul doute des fonctionnaires bien intentionnés et consciencieux, les douaniers n'ont ni la formation, ni le temps, ni les ressources pour accomplir la tâche qui leur est confiée. À mon humble avis, la législation douanière ne comporte aucune mesure concrète pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en cause dans le présent pourvoi. La justification d'un tel régime ne peut pas se démontrer dans une société libre et démocratique.

167 The appropriate remedy for this violation of the appellants' constitutional rights is to strike down Tariff Code 9956(*a*) (now Tariff Item 9899.00.00) of the *Customs Tariff*. Particularly in a case like the one before us, where there is an extensive record of the improper detention of non-obscene works, the only choice to ensure full protection of the constitutional rights at stake is to invalidate the legislation and invite Parliament to remedy the constitutional infirmities.

La réparation convenable à l'égard de cette atteinte aux droits constitutionnels des appelants consiste à invalider le code tarifaire 9956*a*) (maintenant le numéro tarifaire 9899.00.00) du *Tarif des douanes*. Plus particulièrement dans une affaire comme celle dont nous sommes saisis, où il y a de nombreux antécédents de retenue irrégulière d'ouvrages non obscènes, la seule façon d'assurer la protection complète des droits constitutionnels en jeu est d'invalider les dispositions législatives contestées et d'inviter le Parlement à remédier aux atteintes à la Constitution.

II. Factual and Legal Background

II. Le contexte factuel et juridique

168 While both the courts below and my colleague Binnie J. have done an excellent job of summarizing the voluminous record in this appeal, I wish to provide my own synopsis in order to emphasize several points that are particularly relevant to my reasoning. I will first outline the Customs legislation challenged in this appeal and then describe the history of Customs' enforcement of this legislation. This examination will demonstrate that the problems with the Customs regime are not simply the product of isolated mistakes by individual Customs officers; instead, they reflect systemic

Bien que les juridictions inférieures et mon collègue le juge Binnie aient fait un excellent résumé du volumineux dossier du présent pourvoi, je désire en donner ma propre synthèse afin de souligner plusieurs éléments particulièrement pertinents pour mon raisonnement. Je vais d'abord présenter la législation douanière contestée dans le présent pourvoi et ensuite faire l'historique de son application par les Douanes. Cet examen démontrera que les difficultés que pose le régime douanier ne sont pas simplement le fruit d'erreurs isolées commises par certains douaniers, mais témoignent plutôt de

2000 SCC 69 (CanLII)

problems that can only be adequately addressed by rewriting the applicable legislation.

A. *The Relevant Constitutional and Statutory Provisions*

The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides the following:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Section 163 of the *Criminal Code* prohibits the production or dissemination of obscene materials. The definition of obscenity is found in s. 163(8):

163. . . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene.

The *Customs Act*, ss. 58, 60, 63, 64 and 71 (as in force at the time of the trial), sets out the procedures whereby Customs determines the tariff classification of imported goods:

l'existence de problèmes systémiques qui ne peuvent être corrigés adéquatement qu'en réécrivant les dispositions législatives applicables.

A. *Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes*

Voici les dispositions pertinentes de la *Charte canadienne des droits et libertés*: 169

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'article 163 du *Code criminel* interdit la production et la diffusion de matériel obscène. La définition de l'obscénité se trouve au par. 163(8): 170

163. . . .

(8) Pour l'application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l'exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l'un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l'horreur, la cruauté et la violence.

La *Loi sur les douanes*, aux art. 58, 60, 63, 64 et 71 (en vigueur au moment du procès), expose la procédure suivie par les Douanes pour déterminer le classement tarifaire des marchandises importées: 171

2000 SCC 69 (CanLII)

58. (1) An officer may determine the tariff classification . . . of imported goods at any time before or within thirty days after they are accounted for . . . .

. . .

(5) Where an officer does not make a determination . . . under subsection (1) in respect of goods, a determination of the tariff classification . . . of the goods shall, for the purposes of sections 60, 61 and 63, be deemed to have been made thirty days after the time the goods were accounted for . . . in accordance with any representations made at that time in respect of the tariff classification . . . by the person accounting for the goods.

(6) A determination of tariff classification . . . is not subject to review or to be restrained, prohibited, removed, set aside or otherwise dealt with except to the extent and in the manner provided by sections 60 to 65.

60. (1) The importer . . . may . . .

(*a*) within ninety days, or

(*b*) where the Minister deems it advisable, within two years

after the time the determination . . . was made in respect of the goods under section 58, request a re-determination of the tariff classification . . . .

(2) A request under this section shall be made to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, a designated officer shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

63. (1) Any person may,

(*a*) within ninety days after the time he was given notice of a decision under section 60 . . . or

(*b*) where the Minister deems it advisable, within two years after the time a determination . . . was made under section 58,

request a further re-determination of the tariff classification . . . re-determined . . . under section 60 . . . .

58. (1) L'agent peut intervenir, soit avant, soit dans les trente jours suivant leur déclaration en détail [. . .] pour effectuer le classement tarifaire [. . .] des marchandises importées.

. . .

(5) À défaut de l'intervention de l'agent prévue par le paragraphe (1), le classement tarifaire [. . .] [est] considér[é], pour l'application des articles 60, 61 et 63, comme ayant été fai[t] trente jours après la date de la déclaration en détail [. . .] selon les énonciations que celle-ci comporte à cet égard.

(6) Le classement tarifaire [. . .] [n'est] susceptibl[e] de révision ou réexamen, de restriction, d'interdiction, d'annulation, de rejet ou de toute autre forme d'intervention que dans la mesure et selon les modalités prévues aux articles 60 à 65.

60. (1) L'importateur [. . .] peut [. . .]:

a) soit dans les quatre-vingt-dix jours suivant la date du classement tarifaire [. . .] prév[u] à l'article 58, en demander la révision;

b) soit, si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant cette date, demander pareille révision.

(2) La demande prévue au présent article est à présenter à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, l'agent désigné procède dans les meilleurs délais à la révision et donne avis de sa décision au demandeur.

63. (1) Toute personne peut demander le réexamen de la révision:

a) dans les quatre-vingt-dix jours suivant l'avis de la décision prise en vertu de l'article 60 [. . .];

b) si le ministre l'estime souhaitable, dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l'article 58.

2000 SCC 69 (CanLII)

(2) A request under this section shall be made to the Deputy Minister in the prescribed manner and in the prescribed form containing the prescribed information.

(3) On receipt of a request under this section, the Deputy Minister shall, with all due dispatch, re-determine the tariff classification . . . and give notice of his decision to the person who made the request.

64. The Deputy Minister may re-determine the tariff classification . . . of imported goods

(*a*) within two years after the time a determination . . . was made under section 58, where the Minister deems it advisable,

. . .

(*c*) at any time, where the person who accounted for the goods . . . has failed to comply with any of the provisions of this Act or the regulations or has committed an offence under this Act in respect of the goods,

(*d*) at any time, where the re-determination . . . would give effect to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada made in respect of the goods, and

(*e*) at any time, where the re-determination . . . would give effect in respect of the goods, in this paragraph referred to as the "subsequent goods", to a decision of the Canadian International Trade Tribunal, the Federal Court or the Supreme Court of Canada . . . made in respect of

(i) other like goods of the same importer or owner imported on or prior to the date of importation of the subsequent goods, where the decision relates to the tariff classification of those other goods,

. . .

and, where the Deputy Minister makes a re-determination . . . under this section, the Deputy Minister shall forthwith give notice of that decision to the person who accounted for the goods . . . the importer of the goods or the person who was the owner of the goods at the time of release.

71. (1) Where the release of goods has been refused on the ground that the goods have been determined to be prohibited goods as described in code 9956 or 9957 of Schedule VII to the *Customs Tariff*, re-determination may be requested under sections 60 and 63 or made

(2) La demande prévue au présent article est à présenter au sous-ministre, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme et avec les renseignements déterminés par le ministre.

(3) Sur réception de la demande prévue au présent article, le sous-ministre procède dans les meilleurs délais au réexamen et donne avis de sa décision au demandeur.

64. Le sous-ministre peut procéder au réexamen du classement tarifaire [. . .] des marchandises importées:

a) dans les deux ans suivant le classement [. . .] prév[u] à l'article 58, si le ministre l'estime souhaitable;

. . .

c) à tout moment, si la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] ne s'est pas conformée à la présente loi ou à ses règlements, ou a enfreint les dispositions de cette loi applicables aux marchandises;

d) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada rendue au sujet des marchandises;

e) à tout moment, au cas où le nouveau classement [. . .] donnerait effet, pour ce qui est des marchandises en cause, à une décision du Tribunal canadien du commerce extérieur, de la Cour fédérale ou de la Cour suprême du Canada [. . .] rendue au sujet:

(i) soit d'autres marchandises pareilles du même importateur ou propriétaire importées au plus tard à la même date que les marchandises en cause, si la décision porte sur le classement tarifaire des premières,

. . .

Le cas échéant, il donne avis sans délai de sa décision à la personne qui a déclaré en détail les marchandises en cause [. . .] à l'importateur des marchandises ou à la personne qui était propriétaire des marchandises au moment de leur dédouanement.

71. (1) En cas de refus de dédouanement de marchandises fondé sur une décision de classement parmi les marchandises prohibées visées aux codes 9956 et 9957 de l'annexe VII du *Tarif des douanes*, cette décision peut faire l'objet des révisions ou réexamens prévus aux

2000 SCC 69 (CanLII)

under section 64 and appeals may be taken under sections 67 and 68 in respect of the determination . . . .

172 The *Customs Tariff*, s. 114, states that "[t]he importation into Canada of any goods enumerated or referred to in Schedule VII is prohibited". Schedule VII, Code 9956(*a*), prohibits importation of:

> Books, printed paper, drawings, paintings, prints, photographs or representations of any kind that
>
> (*a*) are deemed to be obscene under subsection 163(8) of the *Criminal Code*;

173 Several aspects of this regulatory scheme warrant comment. The first is that the initial classification decision, according to s. 58 of the *Customs Act*, is to be made by "[a]n officer". Section 2 of the Act states that a Customs officer includes any "person employed in the administration or enforcement" of the *Customs Act*, and any member of the Royal Canadian Mounted Police. In practice, these decisions are made by Customs Inspectors and Commodity Specialists, the front-line Customs officers. The statute does not designate any specialized officers to make obscenity determinations. Instead, any one of the approximately 4,000 Customs officers working at the border can prohibit a book from entering the country. The officers receive minimal training with regard to obscenity determinations and are not required to have any specialized knowledge of art or literature.

174 At high-volume border crossings, such as the Toronto region, certain Commodity Specialists are given special responsibilities over obscenity determinations. Goods suspected of being obscene are detained and forwarded to a Commodity Specialist for classification. However, John Shearer, the Director General of the Tariff Programs Division, testified that working on obscenity classifications is perceived to be more stressful and limiting career-wise. As a result, as Smith J. recognized, "Customs employees generally consider this work to be undesirable, not all officers participate in it

articles 60, 63 et 64, ainsi que des appels ou recours prévus aux articles 67 et 68 . . .

L'article 114 du *Tarif des douanes* précise que «[l']importation au Canada des marchandises dénommées ou visées à l'annexe VII est prohibée». Le code 9956*a*) de l'annexe VII interdit l'importation des:

> Livres, imprimés, dessins, peintures, gravures, photographies ou reproductions de tout genre qui:
>
> *a*) sont réputés obscènes au sens du paragraphe 163(8) du *Code criminel*;

Plusieurs aspects de ce régime de réglementation appellent des observations. Le premier est le fait que, en vertu de l'art. 58 de la *Loi sur les douanes*, la décision initiale en ce qui concerne le classement est prise par un «agent». Aux termes de l'art. 2 de la Loi, est un agent des douanes toute «personne affectée à l'exécution ou au contrôle d'application» de la *Loi sur les douanes* ainsi que tout membre de la Gendarmerie royale du Canada. En pratique, ces décisions sont prises par les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, c'est-à-dire les agents des douanes qui travaillent en première ligne. La Loi ne désigne aucun agent spécialisé pour prendre les décisions en matière d'obscénité. Au contraire, chacun des quelque 4 000 agents des douanes en poste aux frontières peut interdire l'entrée d'un livre au pays. Les agents ne reçoivent qu'une formation minimale à l'égard des décisions qu'ils sont appelés à prendre en matière d'obscénité, et ils ne sont pas tenus d'avoir des connaissances approfondies en art ou en littérature.

Aux postes frontaliers où le volume de marchandises est grand, la région de Toronto par exemple, certains spécialistes des marchandises se voient confier des responsabilités spéciales à l'égard des décisions en matière d'obscénité. Les marchandises soupçonnées d'être obscènes sont retenues et remises à un spécialiste des marchandises aux fins de classement. Toutefois, John Shearer, directeur général de la Division des programmes douaniers, a témoigné que le travail au classement en matière d'obscénité est considéré plus stressant et limitatif du point de vue de la carrière. Par conséquent,

2000 SCC 69 (CanLII)

and those assigned to it are regularly moved from these duties into other areas, generally after three to six months" ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, at para. 44).

comme l'a reconnu le juge Smith, [TRADUCTION] «les employés des Douanes considèrent généralement ce travail comme indésirable, les agents n'y participent pas tous et ceux qui y sont affectés se voient d'ordinaire assigner d'autres fonctions, généralement au bout de trois à six mois» ((1996), 18 B.C.L.R. (3d) 241, au par. 44).

Section 58 is also notable for its failure to offer any guidance as to how the tariff classification is to be made. It does not provide for even the simplest of hearings. It does not allow the importer to present evidence, call witnesses, or submit written arguments. It does not require the officer to provide reasons for the decision to prohibit. It does not even require the officer to read or view the material in question. In fact, the only guidance offered by s. 58 is that the tariff classification of imported goods "may" be determined within 30 days of its arrival.

175 Il convient également de souligner le fait que l'art. 58 ne donne pas d'indications quant à la manière d'établir le classement tarifaire. Il ne prévoit même pas la plus élémentaire audience. Il n'autorise pas l'importateur à produire des éléments de preuve, à faire entendre des témoins ou à présenter des observations écrites. Il n'oblige pas l'agent à motiver la décision de prohiber le matériel en question. Il n'exige même pas que l'agent lise ou regarde ce matériel. En fait, la seule indication fournie par l'art. 58 est que le classement tarifaire des marchandises importées «peut» être déterminé dans un délai de 30 jours de leur arrivée.

At the time this case was heard by the Supreme Court of British Columbia, s. 60 established the first level of review for a s. 58 determination (the *Customs Act* has since been amended to remove this level of review: S.C. 1997, c. 36, s. 166). Section 60 sets out little more than the right to appeal "to a designated officer in the prescribed manner and in the prescribed form"; there is no right to even the most rudimentary hearing. In practice, s. 60 re-determinations are made by a Tariff and Values Administrator (TVA). TVAs also serve as advisors to lower level Customs officers. While TVAs have more training than Customs Inspectors or Commodity Specialists, they can hardly be called experts. As Frank Lorito, a former TVA, testified, his obscenity training consisted of five to ten hours with his predecessor going over materials, and one day spent at the Prohibited Importations Directorate (PID). Moreover, reviewing

176 Au moment où la présente affaire a été entendue par la Cour suprême de la Colombie-Britannique, l'art. 60 établissait le premier niveau de révision des décisions prises en vertu de l'art. 58 (la *Loi sur les douanes* a depuis lors été modifiée pour éliminer ce niveau de révision: L.C. 1997, ch. 36, art. 166). L'article 60 ne fait pas beaucoup plus qu'établir le droit d'appel «à l'agent désigné, selon les modalités réglementaires ainsi qu'en la forme [. . .] déterminé[e]»; aucun droit à une audience, même la plus sommaire, n'est prévu. En pratique, les révisions fondées sur l'art. 60 sont faites par un applicateur du tarif et des valeurs («ATV»). Les ATV servent également de conseillers aux agents des douanes de rang inférieur. Même si les ATV ont une formation plus grande que les inspecteurs des douanes et les spécialistes des marchandises, on peut difficilement les qualifier d'experts. Comme l'a dit Frank Lorito, un ancien ATV, durant son témoignage, sa formation en matière d'obscénité a consisté en une période de cinq à dix heures passées à examiner des documents en compagnie de son prédécesseur, et une journée à la direction générale des importations prohibées (DGIP). De plus, l'examen de matériel qui serait

2000 SCC 69 (CanLII)

allegedly obscene material accounts for only a small percentage of a TVA's workload.

177 The final level of administrative review is established by s. 63, which provides for an appeal to the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise. Under s. 2(3), the Deputy Minister is authorized to delegate his powers under the Act to any person. In practice, these powers are delegated to a handful of TVAs working at the PID. The TVAs at the PID are generally people with advanced degrees (though not necessarily in literature), and they receive several days of informal training from more senior officers upon being appointed. While the importer is allowed to put forward any information for consideration, s. 63 does not require that the Deputy Minister (or his or her delegate) consider that information, nor is there a right to a hearing of any kind.

178 Having exhausted three levels of administrative review, an importer is entitled under s. 67 to appeal the Deputy Minister's determination. While reviews of the determinations for all other goods are made by the Canadian International Trade Tribunal, materials prohibited under Tariff Code 9956(*a*) are reviewed by the superior court of a province or territory. This is the scheme's only special accommodation for the expressive rights at stake in the appeal. Section 68 grants the right to seek leave to appeal from the superior court to the Federal Court.

B. *Enforcement of the Customs Legislation*

179 The central documents for enforcing Tariff Code 9956(*a*) are: (1) Memorandum D9-1-1, "Interpretative Policy and Procedures for the Administration of Tariff Code 9956" — an internal directive for Customs staff not generally available to the public; and (2) a large binder entitled "Prohibited Importations Directorate Material to Assist in the Interpretation of Tariff Code 9956, Memorandum D9-1-1 With Respect to Obscenity" — which is also an internal Customs document not available to the

obscène ne représente qu'un faible pourcentage de la charge de travail des ATV.

Le dernier niveau de révision administrative est prévu à l'art. 63, qui établit un appel auprès du sous-ministre du Revenu national, Douanes et Accise. En vertu du par. 2(3), le sous-ministre est autorisé à déléguer à toute personne les pouvoirs que lui confère la Loi. En pratique, ces pouvoirs sont délégués à un groupe d'ATV travaillant à la DGIP. Les ATV de la DGIP détiennent généralement un diplôme d'études supérieures (quoique ce ne soit pas nécessairement en littérature) et, lorsqu'ils sont nommés, ils reçoivent plusieurs jours de formation informelle de la part d'agents plus expérimentés. Quoique l'importateur soit autorisé à soumettre de l'information pour examen, l'art. 63 n'oblige pas le sous-ministre (ou son délégué) à tenir compte de cette information, et aucun droit à une quelconque forme d'audience n'est prévu.

L'importateur qui a épuisé les trois niveaux de révision administrative peut, en vertu de l'art. 67, interjeter appel de la décision du sous-ministre. Alors que la révision des décisions relatives à toutes les autres marchandises relève du Tribunal canadien du commerce extérieur, la révision des décisions relatives aux marchandises prohibées en vertu du code tarifaire 9956*a*) relève de la cour supérieure de la province ou du territoire concerné. Il s'agit de la seule mesure spéciale prévue par le régime pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en jeu dans ces appels. L'article 68 accorde le droit de demander à la Cour fédérale l'autorisation d'appeler de la décision de la cour supérieure.

B. *L'application de la législation douanière*

Les principaux documents relatifs à l'application du code tarifaire 9956*a*) sont: (1) le Mémorandum D9-1-1, intitulé «Politique d'interprétation et procédure concernant l'application du code tarifaire 9956» — directive interne à l'intention du personnel des Douanes qui n'était généralement pas mise à la disposition du public; (2) un gros relieur intitulé [TRADUCTION] «Guide d'interprétation de la direction générale des importations prohibées du code tarifaire 9956 et du Mémorandum

2000 SCC 69 (CanLII)

public. Both documents describe what types of materials are deemed obscene by Customs (examples include depictions of bondage, pregnant or lactating women, postures of submission or humiliation, child abuse and necrophilia), while the latter binder contains reproductions of previously seized materials.

D9-1-1 relativement à l'obscénité» — également un document interne des Douanes qui n'était pas mis à la disposition du public. Les deux documents décrivent les divers types de matériel réputés obscènes par les Douanes (on y trouve des exemples de représentations d'asservissement, de femmes enceintes ou allaitantes, de personnes en position de soumission ou d'humiliation, d'exploitation d'enfants et de nécrophilie), et le relieur contient des reproductions de matériel saisi antérieurement.

Until September 29, 1994 — mere days before the commencement of the trial in this case — Memorandum D9-1-1 prohibited depictions of anal penetration. This prohibition persisted to that date in spite of the fact that on March 18, 1992 — a full 30 months earlier — the Department of Justice had sent an analysis of the *Butler* decision to senior counsel at Customs, reaching the following conclusion:

180 Jusqu'au 29 septembre 1994 — quelques jours à peine avant le début du procès dans la présente affaire — le Mémorandum D9-1-1 prohibait les représentations de pénétration anale. Cette prohibition a été maintenue jusqu'à cette date malgré le fait que, le 18 mars 1992 — soit au moins 30 mois avant —, le ministère de la Justice avait fait parvenir à l'avocat principal des Douanes une analyse de l'arrêt *Butler*, dans laquelle on tirait la conclusion suivante:

> . . . as we have advised in previous opinions, there is no jurisprudence supporting the proposition that all depictions or descriptions of anal penetration are obscene in and of themselves on the basis that anal penetration is inherently degrading or dehumanizing. [Emphasis in original.]

> [TRADUCTION] . . . comme nous l'avons indiqué dans des avis antérieurs, aucune décision judiciaire n'appuie la proposition que toutes les représentations de pénétration anale sont en soi obscènes parce que cette activité est intrinsèquement dégradante ou déshumanisante. [Souligné dans l'original.]

As this episode makes clear, Memorandum D9-1-1 is only Customs' interpretation of s. 163(8); there is no guarantee that it conforms with what this Court said in *Butler*. In fact, for over two years Memorandum D9-1-1 was directly at odds with our jurisprudence.

Comme ce fait l'indique clairement, le Mémorandum D9-1-1 ne constitue que l'interprétation que font les Douanes du par. 163(8); rien ne garantit qu'elle soit conforme à ce que notre Cour a dit dans l'arrêt *Butler*. En fait, pendant plus de deux ans, le Mémorandum D9-1-1 était en contradiction directe avec notre jurisprudence.

Initial determinations by Customs officers are often not completed within the 30-day period prescribed by s. 58. Section 60 re-determinations took up to three and one-half months, and s. 63 re-determinations have taken over a year. Smith J. concluded that these problems were a result of "the inability of customs officers to deal with such a large volume of materials in the short time they have available" (para. 114).

181 Souvent, la décision initiale de l'agent des douanes n'est pas rendue dans le délai de 30 jours prescrit par l'art. 58. En effet, il a parfois fallu attendre jusqu'à trois mois et demi pour obtenir la révision prévue à l'art. 60 et plus d'un an pour le réexamen visé à l'art. 63. Le juge Smith a estimé que ces problèmes résultaient de [TRADUCTION] «l'incapacité des agents des douanes de traiter un volume aussi important de marchandises dans les courts délais dont ils disposent» (par. 114).

Customs officers' review of imported materials is frequently superficial and context-insensitive. A

182 L'examen du matériel importé par les agents des douanes est fréquemment accompli de manière

2000 SCC 69 (CanLII)

typical example is provided by the testimony of Scenery Slater, a Customs Inspector at the Vancouver Mail Center, describing how she would review a videotape:

> [W]e would view it on fast forward. And if there was — there was a scene or scenes we deemed might be potentially prohibited, we rewind and slow it down to verify, and do this through the entirety of the tape.

When asked whether she would typically read a book in its entirety, she responded as follows:

> That was rarely necessary. It's — what you — what you would initially do is you would try to determine the gist of the book . . . . If you started reading it and the general nature was sort of sensationalistic in a sexual manner, and you might flip through to make sure the entirety is like that, go to various sections throughout. . . . You would find — try to find at least two to three instances of having something prohibited and then once you hit three in the — it was deemed that the rest of the book was of the same nature you would prohibit it there without reading the rest of it.

183 Several Customs officers testified that they did not even attempt to judge the political, artistic, or literary merit of a particular work. Mr. Shearer freely admitted that Customs officers do not hold themselves out to be experts on artistic or literary merit. Moreover, Customs officers often do not understand the context in which a book was written. For example, Linda Murphy, the Director of the PID, admitted her lack of understanding of "the S and M practices engaged in by some people in our society". Another Customs officer admitted that she had not recognized Marguerite Duras as a major French novelist of the twentieth century, and that she generally did not have enough time to investigate the literary credentials of the authors whose books appear before her for review. As Smith J. noted (at para. 116), "[t]here is no formal procedure for placing evidence of artistic or literary merit before the classifying officers".

superficielle et sans égard au contexte. Un exemple typique ressort du témoignage de Scenery Slater, inspecteure des douanes au Centre de courrier de Vancouver, qui a décrit la manière dont elle s'y prendrait pour examiner une vidéocassette:

> [TRADUCTION] [N]ous la visionnons en défilement accéléré. Et s'il y a — s'il y avait une ou plusieurs scènes qui selon nous pourraient être prohibées nous rembobinons et visionnons à nouveau plus lentement pour vérifier, et nous faisons de même pour l'ensemble de la cassette.

Lorsqu'on lui a demandé si elle lisait habituellement les livres en entier, elle a répondu ce qui suit:

> [TRADUCTION] C'est rarement nécessaire. C'est — ce qu'on — ce qu'on fait au départ c'est essayer de déterminer l'idée générale du livre [. . .] Si on commence à le lire et que la nature générale est plutôt sensationnaliste du point de vue sexuel, alors on va peut-être le feuilleter pour s'assurer que l'ensemble du livre est comme ça, on en regarde différentes parties [. . .] On trouve — on tente de trouver au moins deux à trois exemples de choses prohibées, et une fois qu'on en a trouvé trois dans le — on estime que le reste du livre est de la même nature et on le prohibe sans lire le reste.

Plusieurs agents des douanes ont témoigné qu'ils ne tentaient même pas de juger la valeur politique, artistique ou littéraire de l'ouvrage. Monsieur Shearer a volontiers reconnu que les agents des douanes ne prétendent pas être des experts de la valeur artistique ou littéraire. De plus, il arrive souvent que les agents des douanes ne comprennent pas le contexte dans lequel un livre a été écrit. Par exemple, Linda Murphy, directrice de la DGIP, a admis son manque de compréhension des [TRADUCTION] «pratiques sadomasochistes auxquelles se livrent certaines personnes dans notre société». Un autre agent des douanes a admis qu'elle ne savait pas que Marguerite Duras était une importante auteure française du vingtième siècle, et qu'elle n'avait généralement pas suffisamment de temps pour s'enquérir des antécédents littéraires des auteurs dont les livres lui sont soumis aux fins de contrôle. Comme l'a souligné le juge Smith (au par. 116), [TRADUCTION] «[i]l n'y a aucune procédure formelle permettant de présenter aux agents de classement des éléments de preuve relatifs à la valeur artistique ou littéraire».

2000 SCC 69 (CanLII)

Incorrect determinations are the inevitable result of these factors. If Customs officers have no literary training; if they receive no arguments or submissions from importers; if they do not take artistic merit into account; if they do not attempt to investigate the literary reputation of the author; if they know nothing about the culture for which various books are written; one perhaps should not be surprised that mistakes will often be made. And indeed, the record is full of mistaken determinations by Customs. Smith J. provided the following statistical summary (at para. 100):

> The plaintiffs identified 261 titles detained from imported shipments destined for Little Sisters since 1984, seventy-seven of them on more than one occasion. Of those, sixty-two were released for delivery after examination pursuant to s. 58. Little Sisters sought re-determinations pursuant to s. 60 on 210 prohibitions and were successful on twenty-eight. Of 150 re-determinations sought pursuant to s. 63, they were successful on forty-six. As mentioned, they were successful on their one appeal pursuant to s. 67. Thus, roughly 20% of prohibitions at the s. 58 level were considered to be incorrect by Tariff and Values Administrators acting pursuant to s. 60, and roughly 30% of the decisions of lower-ranking officers were considered to be incorrect by Tariff Administrators reviewing the materials pursuant to s. 63. Such high rates of error indicate more than mere differences of opinion and suggest systemic causes.

Behind the statistics are countless anecdotes of incorrect seizures. Customs have prohibited entry of photographs taken by three Vancouver artists, which had been taken abroad as part of an internationally recognized work on lesbian sexuality. Jane Rule, the winner of a prize for best Canadian novel of 1978, had her award-winning book *Contract With the World* detained for inspection by Customs. The book was released only because the supervisor of the officer reviewing the book happened to recognize Jane Rule's name. In the 1980s, Customs seized a film on male masturbation destined for the University of Manitoba's Medical School: see A. A. Borovoy, *When Freedoms Col-*

184 Il est inévitable que ces divers facteurs entraînent des décisions erronées. Si les agents des douanes n'ont aucune formation en littérature, s'ils ne reçoivent aucune observation — orale ou écrite — des importateurs, s'ils ne tiennent pas compte de la valeur artistique, s'ils ne tentent pas de s'enquérir de la réputation littéraire de l'auteur et s'ils ne connaissent rien de la culture à propos de laquelle différents livres sont écrits, il ne faudrait peut-être pas se surprendre qu'il survienne souvent des erreurs. D'ailleurs, le dossier regorge d'exemples de décisions erronées prises par les Douanes. Le juge Smith a fourni le résumé statistique suivant (au par. 100):

> [TRADUCTION] Les demandeurs ont fait état de 261 titres faisant partie des expéditions importées destinées à Little Sisters qui ont été retenus depuis 1984, dont soixante-dix-sept à plus d'une occasion. De ces titres, soixante-deux ont été dédouanés après l'examen prévu à l'art. 58. Little Sisters a sollicité, en vertu de l'art. 60, la révision de 210 prohibitions et a eu gain dans vingt-huit cas. Des 150 réexamens qu'elle a sollicités en vertu de l'art. 63, elle a eu gain de cause dans quarante-six. Comme il a été mentionné, les demandeurs ont eu gain de cause dans le seul appel interjeté en vertu de l'art. 67. Par conséquent, environ 20 % des prohibitions prononcées en vertu de l'art. 58 ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif et des valeurs en vertu de l'art. 60, et environ 30 % des décisions des agents de niveau inférieur ont été jugées erronées par les applicateurs du tarif qui ont réexaminé le matériel en vertu de l'art. 63. Des taux d'erreur aussi élevés révèlent bien plus que de simples différences d'opinion et suggèrent l'existence de causes systémiques.

185 Derrière les statistiques se cachent d'innombrables anecdotes de saisies erronées. Les Douanes ont interdit l'entrée de photographies prises par trois artistes de Vancouver, lesquelles avaient été emportées à l'étranger en tant que parties d'une œuvre reconnue internationalement sur la sexualité des lesbiennes. Jane Rule, lauréate du prix pour le meilleur roman canadien en 1978, a vu son livre primé *Contract With the World* retenu aux fins d'inspection par les Douanes. Le livre a été dédouané uniquement parce que le surveillant de l'agent qui contrôlait le livre a reconnu le nom de Jane Rule. Dans les années 1980, les Douanes ont saisi un film sur la masturbation masculine qui

2000 SCC 69 (CanLII)

lide: The Case for Our Civil Liberties (1988), at p. 62.

186 An importer or exporter with a history of dealing in pornography is also susceptible to increased scrutiny. During the time period relevant to this appeal, Customs officers in British Columbia inspected virtually every shipment of books and magazines headed to Little Sisters. The frequent detention and prohibition of imported goods caused substantial hardship to Little Sisters and its suppliers. Janine Fuller, an employee of Little Sisters, testified as follows:

I think there's many different ramifications for the store. One is accountability to the customers who come into the store having to explain over and over and over again why specific titles might not be available. We do a tremendous amount of special orders for people, having to indicate to them when we make those special orders that we can't in good conscience assure them that this book is going to arrive undetained by Canada Customs.

I don't know of many book stores that have to go through that tedious and expensive process. I think there's also a sense of self-censorship that occurs around ordering books in that you start to try and read into what you think a customs agent would be assessing a book at and you order accordingly. . . . So it certainly cuts down on what your book orders are.

187 Little Sisters' suppliers were also affected by Customs' policies. One of Little Sisters' main suppliers, Inland Distributors Ltd., routinely had its shipments inspected. Golden-Lee Book Distributors, Inc. actually ceased shipping to Little Sisters as of September 1, 1994, for the following reason:

As I am sure you are aware every shipment we send to you, whether containing questionable material or not, is detained for months at a time. When shipments are returned to us they are always missing books. Further,

était destiné à la Faculté de médecine de l'Université du Manitoba: voir A. A. Borovoy, *When Freedoms Collide: The Case for Our Civil Liberties* (1988), à la p. 62.

Les importateurs ou exportateurs ayant des antécédents en matière de matériel pornographique sont également susceptibles de faire l'objet d'une surveillance accrue. Durant la période pertinente à l'égard du présent pourvoi, les agents des douanes en Colombie-Britannique ont inspecté pratiquement tous les envois de livres et de magazines destinés à Little Sisters. Les fréquentes retenues et prohibitions ont causé des difficultés considérables à Little Sisters et à ses fournisseurs. Voici ce qu'a dit Janine Fuller, une employée de Little Sisters, dans son témoignage:

[TRADUCTION] Je pense que cette situation a de nombreuses répercussions pour le magasin. L'une d'elles est le fait qu'il faut sans cesse expliquer aux clients qui viennent au magasin les raisons pour lesquelles certains titres pourraient ne pas être disponibles. Nous faisons énormément de commandes spéciales pour les gens, et nous devons leur expliquer lorsque nous faisons ces commandes que nous ne pouvons pas en toute bonne foi leur garantir que le livre arrivera sans avoir été retenu par Douanes Canada.

Je ne connais pas beaucoup de librairies qui doivent se soumettre à ce processus fastidieux et coûteux. Je pense qu'il se développe aussi une tendance à l'autocensure lorsque vient le temps de commander des livres, car on commence à tenter de deviner ce sur quoi l'agent des douanes évaluera un livre et on commande en conséquence. [. . .] Donc, cela limite certainement le genre de livres qu'on commande.

Les fournisseurs de Little Sisters ont également été affectés par les politiques des Douanes. Inland Distributors Ltd., l'un des principaux fournisseurs de Little Sisters, a vu ses expéditions être inspectées de façon routinière. Golden-Lee Book Distributors, Inc. a dans les faits cessé ses expéditions à Little Sisters le 1er septembre 1994, et ce pour la raison suivante:

[TRADUCTION] Comme vous le savez sans doute, chaque envoi que nous vous faisons est retenu pendant des mois, qu'il contienne ou non du matériel douteux. Lorsque des envois nous sont retournés, il manque tou-

2000 SCC 69 (CanLII)

the books returned to us are so damaged that we have to write them off as unsalable.

jours des livres. En outre, les livres qui nous sont retournés sont si endommagés que nous devons les passer par profits et pertes parce qu'ils sont invendables.

While Little Sisters and its suppliers are routinely targeted, mainstream bookstores receive more favourable treatment. For example, the operator of Duthie Books, a general interest bookstore in British Columbia, testified that at the request of Little Sisters they ordered a number of books that had been prohibited when destined for Little Sisters. The shipping instructions were intentionally made identical to those given by Little Sisters. In spite of the fact that Customs inspected the books, they arrived without incident. Similarly, books that were prohibited when destined for Little Sisters were widely available at other general interest bookstores in Vancouver, and even at the Vancouver Public Library. Moreover, Little Sisters was not the only victim. As Nadine Strossen has noted in *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), at p. 231, within two and one-half years after *Butler* was decided, over half of all Canadian feminist bookstores had had materials confiscated or detained by Customs.

188 Tandis que Little Sisters et ses fournisseurs sont pris pour cibles de façon routinière, les librairies grand public reçoivent un traitement plus favorable. Par exemple, l'exploitant de Duthie Books, une librairie d'intérêt général située en Colombie-Britannique, a témoigné qu'à la demande de Little Sisters sa librairie avait commandé un certain nombre de livres qui avaient été frappés de prohibition lorsque destinés à Little Sisters. Les commandes avaient à dessein été formulées exactement comme Little Sisters l'avait fait. Bien que les Douanes aient inspecté les livres en question, ceux-ci se sont rendus sans incident. De même, des livres qui avaient été prohibés lorsque destinés à Little Sisters étaient largement disponibles dans des librairies d'intérêt général de Vancouver et même à la bibliothèque publique de Vancouver. De plus, Little Sisters n'était pas la seule victime. Comme l'a souligné Nadine Strossen dans *Defending Pornography: Free Speech, Sex, and the Fight for Women's Rights* (1995), à la p. 231, au cours des deux ans et demi qui ont suivi l'arrêt *Butler*, plus de la moitié des librairies féministes au Canada ont eu du matériel confisqué ou retenu par les Douanes.

There is also evidence that high-profile books receive favourable treatment. The appellants noted two instances where such books — specifically, Madonna's *Sex*, and Bret Easton Ellis's *American Psycho* — were permitted entry in spite of containing depictions that are indistinguishable from items routinely prohibited by Customs. *Sex* contains an account of a sexual encounter with a pubescent boy. *American Psycho* contains explicit accounts of sex and violence. The protagonist describes in detail how he seduces, tortures, rapes, and kills his victims.

189 La preuve révèle également que les livres dont la sortie est fortement médiatisée reçoivent un traitement favorable. Les appelants ont mentionné deux cas où on a autorisé l'entrée de livres de ce genre — soit le livre de Madonna intitulé *Sex*, et celui de Bret Easton Ellis intitulé *American Psycho* — malgré le fait qu'ils contenaient des représentations qui ne peuvent être différenciées des articles régulièrement prohibés par les Douanes. *Sex* contient le récit d'une aventure sexuelle avec un garçon pubère. *American Psycho* contient des descriptions explicites de sexe et de violence. Le protagoniste explique en détail la façon dont il séduit, torture, viole et tue ses victimes.

After an earlier public relations problem caused by the detention of Salman Rushdie's book *Satanic Verses*, Customs approached *American Psycho*'s publisher, Random House, about pre-screening the

190 À la suite du problème de relations publiques qu'avait causé la retenue du livre de Salman Rushdie, *Les versets sataniques*, les Douanes ont proposé à la maison d'édition de *American Psycho*,

2000 SCC 69 (CanLII)

book. The review was conducted by senior officials rather than front-line Customs Inspectors, who ultimately concluded that the book did not depict the undue exploitation of sex. I do not question the merits of that decision. However, I would note that had such attention been paid to items destined for Little Sisters, many of the mistakes detailed above might have been avoided.

Random House, de faire un contrôle anticipé du livre. Le contrôle a été fait par des fonctionnaires supérieurs plutôt que par des inspecteurs de première ligne, et les fonctionnaires ont jugé que le livre ne constituait pas une exploitation indue des choses sexuelles. Je ne mets pas en doute le bienfondé de cette décision. Toutefois, je tiens à souligner que si on avait accordé une telle attention aux biens destinés à Little Sisters, bon nombre des erreurs décrites précédemment auraient pu être évitées.

191 In spite of all these problems, John Shearer, the Director General of Tariff Programs Division, saw no problems with the targeting of Little Sisters:

Malgré toutes ces difficultés, John Shearer, le directeur général de la Division des programmes douaniers, ne considérait pas que la prise pour cible de Little Sisters soulevait quelque problème que ce soit:

> [T]here was no evidence that there was any harassment. Our understanding of the way the system works is that, indeed, this was a normal enforcement practice that met the practices and procedures we follow in the Department.

> [TRADUCTION] [I]l n'y avait aucune preuve de harcèlement. Selon notre façon de concevoir le fonctionnement du système, il s'agissait de fait d'un cas d'application ordinaire, conforme aux pratiques et procédures que nous suivons au ministère.

That Mr. Shearer could say this in light of the compelling evidence to the contrary presented in the course of this appeal emphasizes the depth of the problem.

Le fait que M. Shearer ait pu faire cette affirmation en regard de la preuve irrésistible à l'effet contraire qui a été présentée au cours du présent pourvoi fait bien ressortir l'ampleur du problème.

192 The net effect of Customs' enforcement of Code 9956(*a*) against Little Sisters is well-summarized by Smith J. as follows (at para. 99):

L'effet net de l'application du code 9956*a*) à Little Sisters par les Douanes a été bien résumé par le juge Smith, qui s'est exprimé ainsi (au par. 99):

> The delays and disruptions caused by detained and prohibited shipments have affected Little Sisters financially and in other ways. Often, material is dated by the time it is received and has lost its sales value. Publications denied entry to Little Sisters are often successfully imported and sold by other stores. Planned events, like book launches, are sometimes jeopardized when Customs interrupts shipment of the publications involved. The proprietors often refer customers to local general-interest stores to obtain publications that Little Sisters is unable to import. More subtly, Mr. Deva and Ms. Fuller must be very circumspect in their ordering. They are uncomfortable with this self-censorship.

> [TRADUCTION] Les délais et les inconvénients causés par la retenue et la prohibition d'envois qui lui étaient destinés ont fait du tort à Little Sisters sur le plan financier ainsi qu'à d'autres égards. Souvent, le matériel n'est plus récent au moment de sa réception et a perdu sa valeur commerciale. Les publications qu'on refuse de dédouaner en faveur de Little Sisters sont souvent importées sans problème et vendues par d'autres magasins. Des activités prévues, tels des lancements de livres, sont parfois compromises lorsque les Douanes interceptent l'envoi contenant les publications en cause. Les propriétaires dirigent souvent des clients vers des magasins d'intérêt général afin qu'ils puissent obtenir des publications que Little Sisters est incapable d'importer. Plus subtilement, M. Deva et M^me^ Fuller doivent être très circonspects dans leurs commandes. Cette autocensure les met mal à l'aise.

2000 SCC 69 (CanLII)

A discussion of the facts as brief as this cannot capture adequately the complexities of the record compiled in this appeal. Nevertheless, I hope to have conveyed a basic portrayal of the Customs legislation and its enforcement.

III. Analysis

A. *Applicability of Butler*

I agree with my colleague Binnie J.'s defence of the harm-based approach to obscenity set out by this Court in *Butler*, *supra*. In particular, I agree with his conclusions that the *Butler* test does not distinguish between materials based on the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. It seems to me that the *Butler* test applies equally to heterosexual, homosexual and bisexual materials. The use of national community standards as the arbiter of what materials are harmful, and therefore obscene, remains the proper approach. I agree with Binnie J.'s conclusions that the harm-based approach is not merely morality in disguise and that the *Butler* test does apply to written materials.

On this latter point, however, I wish to emphasize Binnie J.'s holding that it will be "very difficult to make the case of obscenity against a book, which is a medium perhaps less likely to be conducive to harm and more likely to be protected by the artistic merit or 'inherent necessities' defence" (para. 65). This is borne out by the fact that relatively few books have been held to be obscene in Canada: see, e.g., *Brodie v. The Queen*, [1962] S.C.R. 681 (*Lady Chatterley's Lover* by D. H. Lawrence not obscene), and *R. v. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure* by John Cleland not obscene — a similar result was reached by the U.S. Supreme Court in *A Book Named "John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure" v. Attorney General of Massachusetts*, 383 U.S. 413

193 Un aussi bref exposé des faits ne permet pas de cerner convenablement toutes les subtilités du dossier constitué dans le présent pourvoi. Néanmoins, j'espère avoir présenté l'essentiel de la législation douanière et de son application.

III. L'analyse

A. *L'applicabilité de l'arrêt Butler*

194 Je suis d'accord avec la défense que fait mon collègue le juge Binnie de l'approche fondée sur la détermination de l'obscénité en fonction du préjudice qu'a énoncée notre Cour dans l'arrêt *Butler*, précité. Je souscris notamment à sa conclusion selon laquelle le critère établi dans *Butler* ne fait, en ce qui concerne le matériel, aucune distinction fondée sur l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Il me semble que le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique également au matériel hétérosexuel, homosexuel ou bisexuel. Le recours à des normes sociales nationales pour juger si du matériel est préjudiciable et, de ce fait, obscène demeure l'approche appropriée. Je suis également d'accord avec les conclusions du juge Binnie selon lesquelles l'approche fondée sur le préjudice n'est pas simplement du moralisme déguisé et le critère établi dans l'arrêt *Butler* s'applique aux écrits.

195 Sur ce dernier point, toutefois, je désire souligner la conclusion du juge Binnie, selon laquelle il est «très difficile de démontrer le caractère obscène d'un livre, moyen d'expression qui est peut-être moins susceptible de causer un préjudice mais en même temps davantage susceptible de bénéficier de la protection des moyens de défense fondés sur la valeur artistique ou les "besoins internes"» (par. 65). Cette conclusion est étayée par le fait que relativement peu de livres ont été jugés obscènes au Canada: voir, par exemple, *Brodie c. The Queen*, [1962] R.C.S. 681 (*L'Amant de Lady Chatterley* de D. H. Lawrence, non obscène), et *R. c. C. Coles Co.*, [1965] 1 O.R. 557 (C.A.) (*Fanny Hill — Memoirs of a Woman of Pleasure*, par John Cleland, non obscène — la même conclusion a été tirée par la Cour suprême des États-Unis dans *A Book Named «John Cleland's Memoirs of a Woman of Pleasure» c. Attorney General of Mas-*

2000 SCC 69 (CanLII)

(1966)). As Porter C.J.O. stated for the majority in *C. Coles Co.*, at p. 563:

> The freedom to write books, and thus to disseminate ideas, opinions, and concepts of the imagination — the freedom to treat with complete candour of an aspect of human life and the activities, aspirations and failings of human beings — these are fundamental to progress in a free society. In my view of the law, such freedom should not, except in extreme circumstances, be curtailed.

196 I also wish to make it absolutely clear that a book must be read in its entirety when determining whether or not it is obscene. As Judson J. stated in the majority opinion in *Brodie*, at p. 702:

> [A determination of obscenity] necessarily involves a reading of the whole book with the passages and words to which objection is taken read in the context of the whole book. Of that now there can be no doubt. No reader can find a dominant characteristic on a consideration of isolated passages and isolated words. Under this definition the book now must be taken as a whole. It is not the particular passages and words in a certain context that are before the Court for judgment but the book as a complete work. The question is whether the book as a whole is obscene not whether certain passages and certain words, part of a larger work, are obscene.

See also the concurring opinion of Ritchie J. at p. 709. Customs must keep these points in mind when dealing with written works in the future.

197 I further agree with Binnie J. that the *Butler* test does not mean that concerns for minority expression cannot be taken into account. This is because, as my colleague points out, the national community standard relates only to harm not to taste. While *Butler* must be applied in a contextual manner, I am not convinced that homosexual pornography is so distinct from heterosexual pornography that a different standard must apply. As this Court recognized in *Butler*, at p. 502, "a direct link between obscenity and harm to society may be difficult, if not impossible, to establish". Nonetheless,

sachusetts, 383 U.S. 413 (1966)). Comme l'a dit le juge en chef Porter de la Cour d'appel de l'Ontario, au nom de la majorité, dans l'arrêt *C. Coles Co.*, à la p. 563:

> [TRADUCTION] La liberté d'écrire des livres et, par conséquent, celle de diffuser des idées, opinions et autres fruits de l'imagination — la liberté de traiter sans retenue d'un aspect de la vie humaine et des activités, des aspirations et des faiblesses des êtres humains — sont fondamentales pour le progrès dans une société libre. Selon ma vision du droit, cette liberté ne devrait pas être restreinte, sauf dans des circonstances extrêmes.

Je désire aussi qu'il soit absolument clair qu'un livre doit être lu au complet lorsqu'on détermine s'il est obscène ou non. Comme l'a dit le juge Judson pour la majorité dans l'arrêt *Brodie*, à la p. 702:

> [TRADUCTION] [Une constatation d'obscénité] suppose nécessairement la lecture de l'ensemble du livre, les extraits et les mots contestés étant considérés dans le contexte de l'ensemble du livre. Cela ne saurait maintenant être mis en doute. Aucun lecteur ne peut dégager une caractéristique dominante après examen d'extraits et de mots isolés. Suivant cette définition, le livre doit donc désormais être considéré globalement. Ce ne sont pas des passages et des mots donnés dans un certain contexte qu'on demande à la Cour de juger mais le livre en tant qu'œuvre complète. Il s'agit non pas de déterminer si certains extraits et certains mots, faisant partie d'un ouvrage, sont obscènes, mais plutôt si l'ouvrage dans son ensemble est obscène.

Voir également l'opinion concordante du juge Ritchie à la p. 709. Les Douanes devront avoir ces points à l'esprit lorsqu'ils examineront des écrits dans le futur.

Je partage en outre l'opinion du juge Binnie que le critère établi dans l'arrêt *Butler* ne signifie pas que le souci de protéger la liberté d'expression de la minorité ne peut être pris en compte. Il en est ainsi parce que, comme le souligne mon collègue, la norme sociale nationale est fonction du préjudice et non du goût. Quoique l'arrêt *Butler* doive être appliqué d'une manière contextuelle, je ne suis pas convaincu que la pornographie homosexuelle soit à ce point différente de la pornographie hétérosexuelle qu'il faille lui appliquer une norme distincte. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

we concluded that "it is reasonable to presume that exposure to images bears a causal relationship to changes in attitudes and beliefs". See also *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 994; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 776.

Butler, précité, à la p. 502, «il [peut] être difficile, voire impossible, d'établir l'existence d'un lien direct entre l'obscénité et le préjudice causé à la société». Néanmoins, nous avons jugé qu'«il est raisonnable de supposer qu'il existe un lien causal entre le fait d'être exposé à des images et les changements d'attitude et de croyance». Voir également *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 994; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, à la p. 776.

Given the near impossibility of demonstrating conclusive proof in these kinds of cases, this Court has wisely held on many occasions that the legislature is owed a certain amount of deference in fashioning solutions. The respondent Canada relied primarily on the evidence of Dr. Neil Malamuth. In his report, he concluded that "homosexual pornography may have harmful effects even if it is distinct in certain ways from heterosexual pornography". In his opinion, even allowing for differences in content, the messages conveyed in homosexual pornography were sufficiently similar to those in heterosexual pornography to raise an apprehension of harm.

198 Étant donné qu'il est presque impossible de présenter une preuve concluante dans ce genre d'affaires, notre Cour a sagement conclu, à de nombreuses reprises, qu'il convenait de faire preuve d'un certain degré de déférence envers le législateur dans l'élaboration des solutions. Le Canada intimé s'est appuyé principalement sur la preuve fournie par le Dr Neil Malamuth. Dans son rapport, ce dernier a conclu que [TRADUCTION] «la pornographie homosexuelle peut avoir des effets préjudiciables même si elle se distingue à certains égards de la pornographie hétérosexuelle». À son avis, même en tenant compte des différences de contenu, les messages transmis par la pornographie homosexuelle étaient suffisamment similaires à ceux transmis par la pornographie hétérosexuelle pour faire naître une appréhension de préjudice.

The types of harms that *Butler* concluded might be exacerbated by obscenity are capable of being present in all human relationships, regardless of the sexual orientation of the individuals involved. There is no evidence that the homosexual community is immune from the kinds of problems that s. 163's obscenity provisions are designed to address. On the contrary, the evidence is, sadly, that gay and lesbian relationships suffer from physical, sexual, and mental abuse in much the same way that heterosexual relationships do: see F. C. I. Hickson et al., "Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex" (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, at p. 281; D. Island and P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), at p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Relationships* (1992), at p. 115; and S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Per-*

199 Les types de préjudices qui, a-t-on conclu dans l'arrêt *Butler*, sont susceptibles d'être exacerbés par l'obscénité, peuvent se retrouver dans toutes relations humaines, indépendamment de l'orientation sexuelle des personnes en cause. Il n'y a aucune preuve que la communauté homosexuelle est à l'abri du genre de problèmes auxquels les dispositions en matière d'obscénité de l'art. 163 visent à remédier. Au contraire, la preuve indique malheureusement que les relations gaies et lesbiennes donnent lieu sensiblement aux mêmes abus physiques, sexuels et psychologiques que les relations hétérosexuelles: voir F. C. I. Hickson et autres, «Gay Men as Victims of Nonconsensual Sex» (1994), 23 *Archives of Sexual Behavior* 281, à la p. 281; D. Island et P. Letellier, *Men Who Beat the Men Who Love Them: Battered Gay Men and Domestic Violence* (1991), à la p. 1; C. M. Renzetti, *Violent Betrayal: Partner Abuse in Lesbian Rela-*

spective on the Lesbian Sexual Revolution (1993), at pp. 187-88. As a result, I conclude that there is a reasoned apprehension of harm from homosexual obscenity, and that *Butler* should apply to all obscenity, regardless of the sexual orientation of its audience.

tionships (1992), à la p. 115; et S. Jeffreys, *The Lesbian Heresy: A Feminist Perspective on the Lesbian Sexual Revolution* (1993), aux pp. 187 et 188. En conséquence, j'estime que l'obscénité homosexuelle fait naître une appréhension raisonnée de préjudice, et que l'arrêt *Butler* doit s'appliquer à toute forme d'obscénité, indépendamment de l'orientation sexuelle du public visé.

B. *Does the Customs Legislation Violate Section 2(b) of the Charter?*

B. *La législation douanière viole-t-elle l'al. 2b) de la Charte?*

200 The respondents properly conceded that the Customs legislation violates s. 2(*b*). As this Court made clear in *Butler*, *supra*, at p. 489, depictions of purely physical sexual activity can be expression. This Court has ruled many times that even speech without any "redeeming" qualities deserves the protection of s. 2(*b*): see, e.g., *Keegstra*, *supra*, at p. 732; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1206 (the "*Prostitution Reference*") (*per* Wilson J., in dissent but not on this point). Especially given the high value of the non-obscene materials affected by the Customs legislation, the violation of s. 2(*b*) is clear.

Les intimés ont à juste titre concédé que la législation douanière contrevenait à l'al. 2*b*). Comme l'a clairement indiqué notre Cour dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 489, les représentations d'activités purement sexuelles peuvent constituer une forme d'expression. Notre Cour a jugé à de nombreuses reprises que même une forme d'expression dénuée de toute qualité «rachetant ses lacunes» méritait la protection de l'al. 2*b*): voir, par exemple, *Keegstra*, précité, à la p. 732; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1206 (le *«Renvoi relatif à la prostitution»*) (le juge Wilson, dissidente, mais non sur ce point). Compte tenu particulièrement de la grande valeur du matériel non obscène touché par la législation douanière, la violation de l'al. 2*b*) est claire.

C. *Does the Customs Legislation Violate Section 15(1) of the Charter?*

C. *La législation douanière viole-t-elle le par. 15(1) de la Charte?*

201 For the reasons given by my colleague Binnie J., I agree that the Customs legislation does not itself violate s. 15(1) of the *Charter*. The Customs legislation incorporates the obscenity definition in s. 163(8) of the *Criminal Code*. As I have already made clear, the harm-based test for obscenity set out in *Butler* is the same for all materials, regardless of the sexual orientation of the individuals involved or characters depicted. While it is arguable that pornographic materials play a more important role in the gay and lesbian communities (because these communities are defined by their sexuality and because they are minority communities), gays and lesbians remain able to access pornographic materials that do not create a substantial risk of harm. Any heightened need for pornogra-

Pour les motifs exposés par mon collègue le juge Binnie, je reconnais que la législation douanière ne viole pas en soi le par. 15(1) de la *Charte*. La législation douanière incorpore la définition d'obscénité figurant au par. 163(8) du *Code criminel*. Comme je l'ai déjà indiqué clairement, le critère de détermination de l'obscénité en fonction du préjudice qui a été établi dans l'arrêt *Butler* s'applique à tout matériel, indépendamment de l'orientation sexuelle des personnes en cause ou des personnages représentés. Quoiqu'il soit possible d'affirmer que le matériel pornographique joue un rôle plus important dans les communautés gaie et lesbienne (parce qu'il s'agit de communautés minoritaires définies par leur sexualité), les gais et les lesbiennes ne cessent pas d'avoir accès au

2000 SCC 69 (CanLII)

phy in these communities, if such a need indeed exists, must be met through the use of non-harmful pornography. Therefore legislation banning obscenity alone has no adverse effects, and it is unnecessary to proceed with the rest of the analysis prescribed under *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497.

matériel pornographique qui ne crée pas un risque appréciable de préjudice. Tout besoin supérieur de pornographie dans ces communautés, à supposer bien entendu qu'un tel besoin existe, doit être comblé au moyen de pornographie non préjudiciable. Par conséquent, les dispositions législatives interdisant l'obscénité ne produisent pas à elles seules d'effets préjudiciables, et il est inutile de compléter l'analyse prescrite par l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497.

2000 SCC 69 (CanLII)

This said, it is crucial to keep in mind that, as Smith J. found at para. 282 of his reasons for judgment and as my colleague Binnie J. concludes at para. 123, the application of the Customs legislation has discriminated against gays and lesbians in a manner that violated s. 15. This is an important factor in determining the appropriate remedy in this appeal.

202 Cela dit, il est essentiel de se rappeler, comme ont conclu le juge Smith au par. 282 de ses motifs de jugement et mon collègue le juge Binnie au par. 123 des siens, que l'application de la législation douanière a été source de discrimination à l'endroit des gais et des lesbiennes, d'une manière incompatible avec l'art. 15. Il s'agit d'un facteur important dans la détermination de la réparation qui convient dans le présent pourvoi.

D. *Legislation Versus Application*

D. *La législation et son application*

To this point, I have largely agreed with the conclusions of my colleague Binnie J. We differ, however, over the crucial issue of whether the Customs legislation itself is responsible for the constitutional violations documented in this case, or whether it is only the legislation's application that was at fault. We also differ over whether the infringements of the appellants' free expression rights have been justified by the government. Before turning to the s. 1 analysis, I wish to establish why I have reached the conclusion that it is the Customs legislation itself that is also responsible for the s. 2(*b*) violations in this case.

203 Jusqu'à maintenant, j'ai souscrit en grande partie aux conclusions de mon collègue le juge Binnie. Nous divergeons toutefois d'opinion sur la question cruciale de savoir si la législation douanière elle-même est responsable des violations de la Constitution qui sont documentées en l'espèce ou si celles-ci résultent uniquement de son application. Nous divergeons également d'opinion sur la question de savoir si les atteintes au droit à la liberté d'expression des appelants ont été justifiées par le gouvernement. Avant de passer à l'analyse relative à l'article premier, je tiens à expliquer pourquoi j'arrive à la conclusion que c'est la législation douanière elle-même qui est également responsable des violations de l'al. 2*b*) en l'espèce.

As noted, both my colleague Binnie J. and the courts below agreed that the legislation had been administered in an unconstitutional manner. In their opinion, the Customs legislation is capable of constitutional application and therefore a declaratory remedy is sufficient to safeguard the *Charter* rights involved. With the greatest respect, I cannot agree that this is the proper approach. This Court's precedents demand sufficient safeguards in the leg-

204 Comme je l'ai mentionné, tant mon collègue le juge Binnie que les juridictions inférieures sont d'avis que la loi a été appliquée de manière inconstitutionnelle. Selon eux, la législation douanière peut être appliquée de manière constitutionnelle et, de ce fait, un jugement déclaratoire suffit pour sauvegarder les droits garantis par la *Charte* qui sont en cause. En toute déférence, je ne peux accepter qu'il s'agit là de l'approche appropriée. La juris-

islative scheme itself to ensure that government action will not infringe constitutional rights. In the face of an extensive record of unconstitutional application, it is not enough merely to provide a structure that could be applied in a constitutional manner. This is particularly the case where fundamental *Charter* rights, such as the right to free expression, are at stake. The legislation itself must provide an adequate process to ensure that *Charter* rights are respected when the legislation is applied at the administrative level.

prudence de notre Cour exige que le régime législatif lui-même comporte des garanties suffisantes pour faire en sorte que les actes du gouvernement ne portent pas atteinte aux droits garantis par la Constitution. Compte tenu de l'imposant bilan d'application inconstitutionnelle, il n'est pas suffisant de se contenter d'établir un régime qui pourrait être appliqué de manière constitutionnelle. C'est particulièrement vrai dans les cas où des droits fondamentaux garantis par la *Charte*, telle la liberté d'expression, sont en jeu. La loi elle-même doit établir un processus propre à assurer le respect des droits garantis par la *Charte* lorsqu'elle est appliquée au niveau administratif.

205 Consequently, I disagree with my colleague Binnie J.'s interpretation of this Court's decisions in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, and *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91. In my opinion, these cases illustrate the vigilance of this Court in protecting *Charter* rights when the legislative scheme in question is being applied in an unconstitutional fashion. Regardless of whether the legislation is under- or over-inclusive, if it lends itself to the repeated violations of *Charter* rights, as does the legislative scheme here, the legislation itself is partially responsible and must be remedied.

Par conséquent, je suis en désaccord avec l'interprétation que fait mon collègue le juge Binnie des décisions de notre Cour dans les affaires *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91. À mon avis, ces arrêts illustrent la vigilance avec laquelle notre Cour protège les droits garantis par la *Charte* lorsque le régime législatif en question est appliqué de façon inconstitutionnelle. Peu importe que la loi ait une portée trop restreinte ou trop large, si elle prête flanc aux violations répétées des droits garantis par la *Charte*, comme le fait le régime législatif en l'espèce, elle est alors partiellement responsable et doit être corrigée.

206 In *Hunter v. Southam*, this Court considered a law that was, like the one at bar, capable of being applied in a constitutional manner. The law in question set out the procedures by which the Restrictive Trade Practices Commission (RTPC) authorized searches by the Combines Investigation Branch (CIB) to gather evidence of violations of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, s. 10. The law allowed the CIB to enter any premises "on which the Director [of the CIB] believes there may be evidence relevant to the matters being inquired into", so long as a member of the RTPC granted an authorizing certificate available on *ex parte* application by the CIB: *Combines Investigation Act*. The government submitted that "the constitutionality of s. 10 ought to be considered on the basis of whether its provisions could be

Dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, notre Cour a examiné des mesures législatives qui, comme celles en cause en l'espèce, pouvaient être appliquées d'une manière constitutionnelle. Les dispositions en question établissaient la procédure par laquelle la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (la «CPRC») autorisait la Direction des enquêtes sur les coalitions (la «DEC») à procéder à des fouilles ou perquisitions pour recueillir des éléments de preuve établissant des contraventions à la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, art. 10. Les dispositions contestées permettaient à la DEC de pénétrer dans tout local «où le directeur [de la DEC] cro[yait] qu'il p[ouvait] exister des preuves se rapportant à l'objet de l'enquête», dans la mesure où un membre de la CPRC délivrait un certificat d'autorisation, que la

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

applied consistently with the *Charter*" (p. 153 (emphasis in original)). If such an approach had been adopted, the law probably would have been upheld. Nothing stopped RTPC members from issuing certificates only if there were reasonable and probable grounds that a search would uncover evidence.

DEC pouvait obtenir sur demande *ex parte*: *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Le gouvernement a prétendu qu' «en examinant la constitutionnalité de l'art. 10 il faut se demander si ses dispositions peuvent être appliquées de manière compatible avec la *Charte*» (p. 153 (souligné dans l'original)). Si une telle approche avait été retenue, la validité des dispositions aurait probablement été confirmée. Rien n'empêchait les membres de la CPRC de ne délivrer des certificats que s'ils croyaient, pour des motifs raisonnables et probables, que la fouille ou la perquisition permettrait de découvrir des éléments de preuve.

However, Dickson J. (as he then was), writing for a unanimous Court, roundly rejected that argument. He stated, at p. 166, that to read the legislation "as simply allowing the authorizing party to satisfy himself on [the legality of the search], without requiring him to do so, would in my view be clearly inadequate" (emphasis in original). Permissive legislation was not enough. The statute had to require prior authorization of the search by a "neutral and impartial" arbiter (at pp. 160-62). In that case, it was not thought sufficient to leave it to those applying the statute to deal with the matter; similarly here, it hardly seems appropriate to entrust the Customs bureaucracy, in its administration of the Customs legislation, to deal with the matter through proper recognition of the constitutional values in play.

207 Toutefois, le juge Dickson (plus tard Juge en chef), s'exprimant pour la Cour à l'unanimité, a carrément rejeté cet argument. Il a dit ceci, à la p. 166 : «[i]l serait, à mon avis, manifestement incorrect de considérer que [les dispositions législatives] permettent simplement à la partie qui donne l'autorisation de vérifier [la légalité de la fouille], sans l'obliger à le faire» (souligné dans l'original). L'existence de dispositions législatives créant une faculté ne suffisait pas. La loi devait exiger que la fouille soit préalablement autorisée par un arbitre «neutre et impartial» (pp. 160 à 162). Dans cette affaire, on a jugé qu'il n'était pas suffisant de laisser aux responsables de l'application de la loi le soin de se charger de cette question; de même, en l'espèce, il apparaît peu judicieux de confier à la bureaucratie douanière, lorsqu'elle applique la législation douanière, la responsabilité de donner effet aux valeurs constitutionnelles en jeu.

Other decisions by this Court have confirmed *Hunter v. Southam*'s early promise not to entrust the vindication of constitutional rights to the executive branch. The most important case upholding this principle is *Morgentaler*, *supra*. In that case a majority of this Court (with Dickson C.J. and Beetz J. writing separately) struck down Canada's abortion law for unduly restricting access to abortions. While in *Morgentaler* the problem was a surfeit of "procedure" rather than an absence, the basic problem was the same as in this appeal: the legislation created unacceptable delays and limita-

208 D'autres arrêts de notre Cour ont confirmé la promesse faite plus tôt dans l'arrêt *Hunter c. Southam* de ne pas confier au pouvoir exécutif la défense des droits constitutionnels. La décision la plus importante qui a confirmé ce principe est l'arrêt *Morgentaler*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour à la majorité a invalidé (le juge en chef Dickson et le juge Beetz ayant rédigé des motifs distincts) les dispositions législatives canadiennes en matière d'avortement parce qu'elles restreignaient indûment l'accès aux avortements. Quoique, dans *Morgentaler*, le problème ait été non pas une absence

tions on the right to an abortion, just as the Customs legislation creates unacceptable delays and limitations on the right to import non-obscene expressive materials. As Dickson C.J. wrote in *Morgentaler*, at p. 75, "many women whom Parliament professes not to wish to subject to criminal liability will nevertheless be forced by the practical unavailability of the supposed defence to risk liability or to suffer other harm such as a traumatic late abortion caused by the delay inherent in the s. 251 system". Similarly in this appeal, a great number of non-obscene works that Parliament did not intend to prohibit have been barred from entering the country as a result of the flaws inherent in the current regime.

de «procédure» mais une procédure surabondante, le problème fondamental était le même que dans le présent pourvoi: les dispositions législatives avaient créé des délais et des restrictions inacceptables relativement au droit à l'avortement, tout comme la législation douanière crée de tels délais et restrictions relativement au droit d'importer du matériel expressif non obscène. Comme a écrit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, à la p. 75, «beaucoup de femmes que le Parlement prétend ne pas vouloir tenir criminellement responsables seront néanmoins forcées, par l'impossibilité pratique de se prévaloir de cette supposée défense, de prendre le risque d'être tenues responsables ou de s'exposer à un autre danger, tel un avortement tardif traumatisant, en raison des délais inhérents au système de l'art. 251». De même, dans le présent pourvoi, une grande quantité d'œuvres non obscènes, que le Parlement n'entendait pas prohiber, ne peuvent entrer au pays par suite des lacunes intrinsèques du régime actuel.

209 *Morgentaler* also rejected the argument that any problems were a product of maladministration, not the legislation itself. As Beetz J. noted at pp. 92-93, three main factors contributed to the impugned delays in the system: "(1) the absence of hospitals with therapeutic abortion committees in many parts of Canada; (2) the quotas which some hospitals with committees impose on the number of therapeutic abortions which they perform and (3) the committee requirement itself". Only the third of these was directly imposed by the legislation. Under the legislation it was entirely open to the Canadian Council on Hospital Accreditation and the provincial Ministers of Health to approve more hospitals to perform abortions. The legislation did not prevent hospitals from appointing more therapeutic abortion committees. The legislation did not force hospitals to set insufficient abortion quotas. Nonetheless, the majority of the Court recognized that these problems were attributable to the legislation's own shortcomings: see *ibid.*, at p. 62, *per* Dickson C.J.; at p. 98, *per* Beetz J.

L'arrêt *Morgentaler* a également rejeté l'argument selon lequel les problèmes étaient imputables non pas à la loi elle-même mais à sa mauvaise application. Comme l'a souligné le juge Beetz, aux pp. 92 et 93, trois facteurs principaux contribuaient aux délais reprochés au système: «(1) l'absence, dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront et (3) l'obligation même de recourir à un comité». Seul le troisième de ces facteurs était directement imposé par la loi elle-même. Selon la loi, il était tout à fait loisible au Conseil canadien d'agrément des hôpitaux et aux ministres provinciaux de la Santé d'accréditer ou d'approuver davantage d'hôpitaux afin qu'ils puissent pratiquer des avortements. La loi n'empêchait pas les hôpitaux de constituer davantage de comités de l'avortement thérapeutique. La loi n'obligeait pas les hôpitaux à fixer des contingents d'avortements insuffisants. Néanmoins, notre Cour à la majorité a reconnu que ces problèmes étaient attribuables aux lacunes de la loi elle-même: voir, *ibid.*, à la p. 62, le juge en chef Dickson; à la p. 98, le juge Beetz.

2000 SCC 69 (CanLII)

A final example is *Bain*, *supra*, where this Court struck down Crown Attorneys' power to "stand aside" up to 48 prospective jurors without cause. Writing for a plurality, Cory J. decided at pp. 103-4, that this was unacceptable:

> Unfortunately it would seem that whenever the Crown is granted statutory power that can be used abusively then, on occasion, it will indeed be used abusively. The protection of basic rights should not be dependent upon a reliance on the continuous exemplary conduct of the Crown, something that is impossible to monitor or control. Rather the offending statutory provision should be removed. [Emphasis added.]

In concurring reasons, Stevenson J. similarly held, at p. 155, that while "the stand by may be used beneficially, I do not think we can rely on professed good intentions to uphold such a disparity".

The issue is therefore not solely whether the Customs legislation is capable of being applied constitutionally, as Binnie J. suggests. Instead, the crucial consideration is that the legislation makes no reasonable effort to ensure that it will be applied constitutionally to expressive materials. It lacks an adequate process to ensure that s. 2(*b*) rights are fully considered and respected. The Customs legislation's failure in this regard practically invites violations of the right to free expression, which is exactly what has happened. It is the inevitable result of leaving the protection of fundamental *Charter* rights solely to the good faith discretion of delegated power.

In this case, Binnie J. argues that a failure at the implementation level can be addressed at that level. As will be discussed below, however, the government has provided little reason to believe that reforms at the implementation level will ade-

Un dernier exemple est l'arrêt *Bain*, précité, dans lequel notre Cour a annulé le pouvoir du substitut du procureur général d'«écarter» sans justification jusqu'à 48 candidats jurés. S'exprimant au nom d'une pluralité de juges, le juge Cory a conclu, aux pp. 103 et 104, que ce pouvoir était inacceptable: 210

> Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie. [Je souligne.]

Dans ses motifs concordants, le juge Stevenson a lui aussi conclu, à la p. 155, que «la mise à l'écart peut être employée de façon bénéfique, mais je ne crois pas que nous puissions nous en remettre à l'expression de bonnes intentions pour justifier une telle inégalité».

La question en litige ne consiste donc pas uniquement à déterminer si la législation douanière peut être appliquée de façon constitutionnelle, comme le suggère le juge Binnie. Au contraire, le point fondamental est le fait que cette législation ne comporte aucune mesure raisonnable visant à assurer qu'elle soit appliquée au matériel expressif d'une manière conforme à la Constitution. Elle n'est dotée d'aucun processus propre à permettre la prise en considération et le respect intégraux des droits garantis par l'al. 2*b*). La déficience de la législation douanière à cet égard constitue pratiquement une invitation à la violation de la liberté d'expression, exactement ce qui s'est produit. Il s'agit du résultat inévitable du fait de s'en remettre uniquement à la bonne foi du délégataire d'un pouvoir discrétionnaire pour ce qui concerne la protection des droits fondamentaux garantis par la *Charte*. 211

En l'espèce, le juge Binnie avance qu'un manquement au niveau de la mise en œuvre peut être corrigé à ce niveau. Comme nous le verrons plus loin, cependant, le gouvernement a donné peu de raisons de croire que des réformes au niveau de la 212

2000 SCC 69 (CanLII)

quately protect the expressive rights involved or that any such reforms will not be dependent on exemplary conduct by Customs officials to avoid future violations of constitutional rights. Furthermore, it is not just the "rough and ready border screening procedure", as referred to by Binnie J. (at para. 80), that has been responsible for these constitutional infirmities, but the entire system by which these screening decisions are reviewed. Violations of expressive rights stemming from the review procedures are caused by the legislation itself and cannot be remedied at the implementation level. They require Parliament to turn its attention to the entire scheme under which expressive materials are prevented from entering Canada and to craft a response which at least makes a significant effort to take the expressive rights which are interfered with by such a regime into account.

mise en œuvre protégeront convenablement les droits à la liberté d'expression en cause ou que le succès de telles réformes à prévenir de futures atteintes aux droits constitutionnels ne dépendra pas du maintien par les agents des douanes d'une conduite exemplaire. En outre, ce n'est pas seulement la «procédure sommaire de contrôle frontalier» mentionnée par le juge Binnie (au par. 80) qui est responsable de ces déficiences constitutionnelles, mais bien l'ensemble du système de révision de ces décisions initiales. Les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression qui découlent de la procédure de révision sont causées par la loi elle-même et ne peuvent être corrigées au niveau de la mise en œuvre. Pour y remédier, le Parlement doit revoir l'ensemble du régime qui empêche l'entrée au Canada du matériel expressif et élaborer une solution par laquelle on s'efforcerait à tout le moins de prendre en compte les droits à la liberté d'expression auxquels porte atteinte ce régime.

213 In fact, the trial judge himself found that some of the violations of expressive rights in this case stemmed from the Customs legislation itself. He stated (at para. 234):

> The deleterious effects of the legislation, as opposed to the effects of its administration and application, are that admissible material is sometimes detained to be examined for compliance and that wrong decisions are sometimes made in the classification of materials.

En fait, le juge de première instance lui-même a estimé que certaines atteintes aux droits liés à la liberté d'expression découlaient en l'espèce de la législation douanière elle-même. Voici ce qu'il dit (au par. 234):

> [TRADUCTION] Les effets préjudiciables de la législation, par opposition aux effets de son administration et de son application, sont le fait que du matériel admissible est parfois retenu aux fins de contrôle de sa conformité et que des décisions erronées sont parfois prises dans le classement du matériel.

When the problems at the review stages are also taken into consideration, it is clear that the legislative scheme must take significant responsibility for the violations of expressive rights that have been documented in this case. This is not surprising when one considers that the Customs legislation was designed to deal with mechanical, objective determinations under a taxing regime and not nuanced judgments on literary and expressive values that are inherently subjective. I therefore conclude that it is the Customs legislation itself which is largely responsible for the infringement of s. 2(*b*) *Charter* rights in this case.

Lorsqu'on prend également en compte les problèmes survenant aux étapes de révision, il est clair que le régime établi par la loi porte une part appréciable de responsabilité pour les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression documentées en l'espèce. Cela n'est pas étonnant si l'on considère que la législation douanière a été conçue pour permettre la prise de décisions mécaniques et objectives en application d'un régime d'imposition et non la formulation d'opinions nuancées sur des valeurs littéraires et expressives qui sont intrinsèquement subjectives. J'arrive donc à la conclusion que c'est la législation douanière elle-même qui, en l'espèce, est largement responsable de l'atteinte aux droits garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

2000 SCC 69 (CanLII)

E. *Is the Violation of Section 2(b) Justified Under Section 1?*

(i) Introduction

Having reached this conclusion, I will now turn my attention to whether the government has successfully justified the violations of expressive rights in this case. As the analysis below will establish, I do not agree with the view that the Customs legislation minimally impairs the appellants' s. 2(*b*) rights or that the benefits of the legislation outweigh its detrimental effects. While Binnie J. concludes that it is only s. 152 of the *Customs Act* which cannot be justified under s. 1, and therefore must be read down, I believe the whole regime must fall.

The appropriate test under s. 1 is well-known. There are three essential requirements: (1) the limit on *Charter* freedoms must be "prescribed by law"; (2) the law in question must be directed at a "pressing and substantial objective"; and (3) the means chosen must be a rational, proportionate response to the legislative objective. There are three elements of the third requirement: the law must show a rational connection to the government's objective, it must minimally impair the rights in question, and the legislation's benefits must outweigh its deleterious effects on *Charter* rights. See, e.g., *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at paras. 21 and 97; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 887; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Both Smith J. and Macfarlane J.A. suggested that *Butler* controlled the s. 1 analysis in this appeal: see Smith J.'s reasons for judgment, at para. 206; Macfarlane J.A.'s reasons for judgment ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), at para. 75. With

E. *La violation de l'al. 2b) est-elle justifiée au regard de l'article premier?*

(i) Introduction

Ayant tiré cette conclusion, je vais maintenant examiner la question de savoir si le gouvernement a réussi à justifier les atteintes aux droits liés à la liberté d'expression dans la présente affaire. Comme l'établira l'analyse qui suit, je ne partage pas l'avis que la législation douanière porte le moins possible atteinte aux droits garantis aux appelants par l'al. 2*b*) ou que ses avantages l'emportent sur ses effets préjudiciables. Bien que le juge Binnie conclue que seul l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* ne peut être justifié au regard de l'article premier et doit donc recevoir une interprétation atténuante, j'estime pour ma part que l'ensemble du régime doit être invalidé. 214

Le critère approprié pour l'application de l'article premier est bien connu. Il comporte trois conditions essentielles: (1) la restriction des libertés garanties par la *Charte* doit être «prescrite par une règle de droit»; (2) la loi en question doit viser un «objectif urgent et réel»; (3) les moyens choisis doivent constituer une solution rationnelle et proportionnelle à l'objectif visé par la loi. La troisième condition se subdivise en trois éléments: il doit exister un lien rationnel entre la loi et l'objectif du gouvernement, la loi doit porter le moins possible atteinte aux droits en question et les avantages de la loi doivent l'emporter sur les effets préjudiciables qu'elle a sur les droits garantis par la *Charte*. Voir, par exemple, *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, aux par. 21 et 97; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 887; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. 215

Tant le juge Smith, du tribunal de première instance, que le juge Macfarlane de la Cour d'appel ont avancé que, en l'espèce, l'arrêt *Butler* régit l'analyse fondée sur l'article premier: voir les motifs du juge Smith, au par. 206, et ceux du juge Macfarlane ((1998), 54 B.C.L.R. (3d) 306), au par. 75. En toute déférence, je ne peux pas être 216

2000 SCC 69 (CanLII)

respect, I cannot agree. The appellants put the point well at para. 87 of their factum:

> *Butler* concerned Parliament's constitutional competence to proscribe the distribution of obscene material. *Butler* had nothing to do with the **process** by which material is judged to be obscene except to the extent that it is judged to be obscene after a criminal trial process. [Emphasis in original.]

While the reasoning of *Butler* is obviously instructive for many aspects of this appeal, I cannot accept that it is dispositive of the s. 1 analysis.

(ii) The Importance of Context

217 As this Court has frequently pointed out, context is indispensable to the s. 1 analysis of freedom of expression cases:

> In essence, context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right.

(*Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87)

See also *Canadian Broadcasting Corp. v. New Brunswick* (*Attorney General*), [1996] 3 S.C.R. 480, at para. 63; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199. at paras. 129-34; *Butler*, *supra*, at p. 500. A vitally important contextual factor is the nature of the expressive activity the state is seeking to restrict: see *Keegstra*, *supra*, at p. 760. In *Thomson Newspapers*, at para. 91, Bastarache J. explained that the nature of the expression in question matters "not because a lower standard is applied, but because the low value of the expression may be more easily outweighed by the government objective". Similarly, in *RJR-MacDonald*, *supra*, McLachlin J. (as she then was) noted at para. 134 that "nothing in the jurisprudence suggests that the contextual approach reduces the obligation on the state to meet the burden of demonstrating that the limita-

d'accord. Les appelants ont bien énoncé la question au par. 87 de leur mémoire:

> [TRADUCTION] L'affaire *Butler* portait sur la compétence constitutionnelle du Parlement de proscrire la diffusion de matériel obscène. L'affaire *Butler* ne concernait aucunement le **processus** par lequel le matériel est jugé obscène, sauf dans la mesure où il est jugé obscène au terme d'un procès criminel. [En caractères gras dans l'original.]

Quoique le raisonnement suivi dans l'arrêt *Butler* soit évidemment instructif relativement à bien des aspects du présent pourvoi, je ne peux accepter l'argument qu'il a un caractère déterminant en ce qui concerne l'analyse fondée sur l'article premier.

(ii) L'importance du contexte

Comme l'a fréquemment souligné notre Cour, le contexte est un élément indispensable de l'analyse fondée sur l'article premier dans les affaires de liberté d'expression:

> Essentiellement, le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte*.

(*Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, au par. 87)

Voir également *Société Radio-Canada c. Nouveau-Brunswick (Procureur général)*, [1996] 3 R.C.S. 480, au par. 63; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, aux par. 129 à 134; *Butler*, précité, à la p. 500. La nature de l'activité d'expression que l'État cherche à restreindre constitue un facteur crucial: voir *Keegstra*, précité, à la p. 760. Dans *Thomson Newspapers*, précité, au par. 91, le juge Bastarache a expliqué que la nature de la forme d'expression en question avait de l'importance «pas parce qu'une norme moins exigeante est appliquée, mais plutôt parce que, compte tenu dans certains cas de la faible valeur de la forme d'expression en cause, l'objectif du gouvernement l'emporte plus facilement sur celle-ci». De même, dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a souligné, au par. 134,

2000 SCC 69 (CanLII)

tion on rights imposed by the law is reasonable and justified". In short, neither the value of the expressive material, nor any other contextual factor, will ever be determinative.

que «la jurisprudence n'indique aucunement que l'analyse contextuelle diminue l'obligation qu'a l'État de démontrer que la restriction des droits est raisonnable et justifiée». En bref, ni la valeur du matériel expressif ni aucun autre facteur contextuel n'auront jamais un rôle déterminant.

2000 SCC 69 (CanLII)

As Sopinka J. stated in *Butler*, *supra*, at p. 499, the core values of freedom of expression include "the search for truth, participation in the political process, and individual self-fulfilment". Obscenity "does not stand on an equal footing with other kinds of expression which directly engage the 'core' of the freedom of expression values": *Butler*, *supra*, at p. 500; cf. *Keegstra*, *supra*, at pp. 762-63. However, the very nature of a contextual approach demands attention to how the Customs legislation is actually applied. As Smith J. found, at para. 223, "much homosexual erotica that has been prohibited as obscene is not, in fact, obscene". Moreover, these were not isolated errors like those dismissed as constitutionally insignificant by Dickson C.J. in *Keegstra*, *supra*, at p. 783. To the contrary, Smith J. found "grave systemic problems in the Customs administration" (para. 250), not isolated instances of "illegal police harassment". Smith J.'s conclusion is confirmed by a record that is replete with detentions and seizures of award-winning novels, safe-sex manuals, celebrations of gay and lesbian identity, and other extremely meritorious items.

218 Comme l'a dit le juge Sopinka dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 499, parmi les valeurs qui constituent l'essence de la liberté d'expression mentionnons «la recherche de la vérité, [. . .] la participation au processus politique et [. . .] l'épanouissement personnel». L'obscénité «n'est pas du même calibre que les autres genres d'expression qui touchent directement à l'«essence» des valeurs relatives à la liberté d'expression»: *Butler*, précité, à la p. 500; *cf. Keegstra*, précité, aux pp. 762 et 763. Toutefois, une démarche contextuelle exige de par sa nature même que l'on porte attention à la manière dont la législation douanière est appliquée dans les faits. Comme a conclu le juge Smith, au par. 223, [TRADUCTION] «une large part du matériel érotique homosexuel qui a été prohibé pour cause d'obscénité n'est pas, dans les faits, obscène». De plus, il ne s'agissait pas d'erreurs isolées comme celles qui ont été qualifiées de négligeables sur le plan constitutionnel par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Keegstra*, précité, à la p. 783. Au contraire, le juge Smith a conclu à l'existence de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves dans l'administration douanière» (par. 250), et non de cas isolés de «harcèlement policier illégal». La conclusion du juge Smith est confirmée par un dossier qui regorge d'exemples de retenues et de saisies de romans primés, de guides sur les pratiques sexuelles sans risque, d'éloges de l'identité homosexuelle et d'autres documents extrêmement valables.

The government's burden under s. 1 is to justify the actual infringement on rights occasioned by the impugned legislation, not simply that occasioned by some hypothetical ideal of the legislation. In my view, my colleague Binnie J. incorrectly analyzes the s. 1 justification with regard only to the Customs legislation when properly administered. Examining such a hypothetical ideal runs the risk of allowing even egregious violations of *Charter*

219 Conformément à l'article premier, le gouvernement a l'obligation de justifier les atteintes réelles causées aux droits par la loi contestée, et non pas simplement celles causées par une hypothétique version idéale de la loi. À mon avis, mon collègue le juge Binnie fait erreur en analysant la justification requise par l'article premier au regard seulement de la législation douanière lorsqu'elle est bien appliquée. L'examen d'un tel idéal hypothé-

rights to go unaddressed. Obviously any substantive standard for obscenity will have difficulties in application, regardless of the institutional setting in which it is applied. As we recognized in *Butler* and *Keegstra*, this will not necessarily be cause for concern. Where, however, the challenge is to the procedures by which the law is enforced, the fact that far more materials are prohibited than intended is extremely relevant.

tique risque de permettre que même des violations flagrantes de la *Charte* soient passées sous silence. Il est évident que toute norme substantielle en matière d'obscénité sera difficile d'application, indépendamment du cadre institutionnel dans lequel elle est appliquée. Comme nous l'avons reconnu dans les arrêts *Butler* et *Keegstra*, cela ne constituera pas nécessairement une source de préoccupation. Toutefois, lorsque la contestation vise les procédures au moyen desquelles la loi est appliquée, le fait que beaucoup plus de matériel soit prohibé que ce qui est voulu est extrêmement pertinent.

220 Many of the seized items were eventually determined not to be obscene. These wrongfully detained items clearly engaged the values underlying the guarantee of free expression in s. 2(*b*). A number of commentators have stated that it is important that all Canadians have the freedom to criticize and challenge the dominant culture: As Wendy McElroy has noted in *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), at p. 141: "Freedom of speech is the ally of those who seek change; it is the enemy of those who seek to maintain control. Pornography is nothing more or less than freedom of speech applied to the sexual realm". Similarly, C. Paglia has described pornographic images as "shock devices to break down bourgeois norms of decorum, reserve, and tidiness": *Vamps & Tramps* (1994), at p. 66; see also L. Duggan, N. Hunter and C. S. Vance, "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.", in V. Burstyn, ed., *Women Against Censorship* (1985), 130, at p. 145; M. D. Lepofsky, "Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation", in F. E. McArdle, ed., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, at p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), at p. 157; and L. Nead, "From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality", in N. Mirzoeff, ed., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, at p. 489.

Bon nombre des articles qui ont été saisis ont en bout de ligne été jugés non obscènes. Ces articles retenus à tort faisaient manifestement intervenir les valeurs qui sous-tendent la garantie de liberté d'expression prévue par l'al. 2*b*). Plusieurs auteurs ont indiqué qu'il est important que tous les Canadiens soient libres de critiquer et de contester la culture dominante. Comme l'a fait remarquer Wendy McElroy, dans *XXX: A Woman's Right to Pornography* (1995), à la p. 141: [TRADUCTION] «La liberté de parole est l'alliée de ceux qui prônent le changement; elle est l'ennemie de ceux qui désirent conserver le pouvoir. La pornographie n'est rien de plus et rien de moins que la liberté de parole appliquée au domaine sexuel». De même, C. Paglia a qualifié les images pornographiques [TRADUCTION] «d'instruments de choc pour briser les normes bourgeoises que sont les convenances, la réserve et l'ordre»: *Vamps & Tramps* (1994), à la p. 66; voir également L. Duggan, N. Hunter et C. S. Vance, «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.», dans V. Burstyn, dir., *Women Against Censorship* (1985), 130, à la p. 145; M. D. Lepofsky, «Towards a Purposive Approach to Freedom of Expression and its Limitation», dans F. E. McArdle, dir., *The Cambridge Lectures 1989* (1990), 1, à la p. 11; S. Tisdale, *Talk Dirty to Me: An Intimate Philosophy of Sex* (1994), à la p. 157; L. Nead, «From the Female Nude: Art, Obscenity and Sexuality», dans N. Mirzoeff, dir., *The Visual Culture Reader* (1998), 485, à la p. 489.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

Another contextual factor, identified in *Irwin Toy*, *supra*, at pp. 993-94, is whether the government is mediating between competing groups as a social policy maker. In such cases, a more deferential approach is appropriate than when the government acts as a "singular antagonist of the individual whose right has been infringed"; see also *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 772. In this appeal, the Customs legislation attempts to balance the right to free expression and the government interest in protecting society from obscene materials. Clearly some latitude to Parliament is appropriate. That said, I agree with McLachlin J.'s warning at para. 136 of *RJR-MacDonald*, *supra*:

Deference must not be carried to the point of relieving the government of the burden which the *Charter* places upon it of demonstrating that the limits it has imposed on guaranteed rights are reasonable and justifiable. . . . To carry judicial deference to the point of accepting Parliament's view simply on the basis that the problem is serious and the solution difficult, would be to diminish the role of the courts in the constitutional process and to weaken the structure of rights upon which our constitution and our nation is founded.

While deference is appropriate, our Court cannot abdicate its duty to demand that the government justify legislation limiting *Charter* rights.

(iii) A Limit Prescribed by Law

Section 1 of the *Charter* allows only those limits on rights that are "prescribed by law". Citing *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at pp. 635 and 639, Smith J. described the test as follows (at para. 153):

What is required is that the law in question be sufficiently intelligible to provide fair notice to citizens, that is, "an understanding that certain conduct is the subject

Un autre facteur contextuel, dégagé dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, aux pp. 993 et 994, est la question de savoir si le gouvernement joue le rôle d'arbitre entre des groupes opposés lorsqu'il agit comme architecte de la politique sociale. Dans de tels cas, une approche empreinte d'une plus grande déférence convient davantage que dans les cas où le gouvernement agit en tant qu'«adversaire singulier de l'individu dont le droit a été violé»; voir également l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, à la p. 772. Dans le présent pourvoi, la législation douanière tente de mettre en équilibre le droit à la liberté d'expression et l'intérêt qu'a l'État à protéger la société contre l'obscénité. Il est clairement approprié de laisser une certaine latitude au Parlement. Cela dit, je suis d'accord avec la mise en garde suivante, faite par le juge McLachlin au par. 136 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité:

Le respect porté ne doit pas aller jusqu'au point de libérer le gouvernement de l'obligation que la *Charte* lui impose de démontrer que les restrictions qu'il apporte aux droits garantis sont raisonnables et justifiables. [. . .] Les tribunaux se trouveraient à diminuer leur rôle à l'intérieur du processus constitutionnel et à affaiblir la structure des droits sur lesquels notre constitution et notre nation sont fondées, s'ils portaient le respect jusqu'au point d'accepter le point de vue du Parlement simplement pour le motif que le problème est sérieux et la solution difficile.

Quoiqu'il convienne de faire montre de déférence, notre Cour ne peut pas faire abstraction de l'obligation qui lui incombe d'exiger du gouvernement qu'il justifie les mesures législatives restreignant des droits garantis par la *Charte*.

(iii) Une restriction prescrite par une règle de droit

L'article premier de la *Charte* n'autorise que les restrictions aux droits qui sont prescrites «par une règle de droit». Citant l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, aux pp. 635 et 639, le juge Smith a décrit ainsi le critère (au par. 153):

[TRADUCTION] Il faut que la règle de droit en question soit suffisamment intelligible pour constituer un avertissement raisonnable aux citoyens, savoir «la conscience

of legal restrictions" (p. 635). In addition, the law must be precise enough that it sufficiently describes the boundaries of unlawful conduct and delineates "an area of risk to allow for substantive notice to citizens" (p. 639).

qu'une certaine conduite est assujettie à des restrictions légales» (p. 635). En outre, la règle de droit doit être assez précise pour décrire de façon suffisante les contours de la conduite illégale et pour délimiter «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis» (p. 639).

See also *Butler*, *supra*, at p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at pp. 35-11 and 35-12.

Voir également *Butler*, précité, à la p. 490; P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, aux pp. 35-11 et 35-12.

223 There can be no doubt that the Customs legislation itself is relatively clear; the challenges made by the appellants and Finch J.A. focused on whether the substantive standard for obscenity set out in s. 163(8) of the *Criminal Code*, as applied by Customs, is an intelligible standard.

Il ne fait aucun doute que la législation douanière elle-même est relativement claire; les objections formulées par les appelants et le juge Finch portaient principalement sur la question de savoir si la norme substantielle établie au par. 163(8) du *Code criminel* en matière d'obscénité, telle qu'elle est appliquée par les Douanes, constitue une norme intelligible.

224 In his dissent Finch J.A. found, at para. 218, that Memorandum D9-1-1 was not "law"; that Customs officers could not apply the legislation without the memo; and that therefore the standard being applied was not one prescribed by law. I agree with Finch J.A. that Memorandum D9-1-1 is not "law"; indeed, this was conceded on appeal. However, and with great respect, I cannot agree that Customs officers are entirely without an intelligible standard. First of all, the fact that a law requires administrative interpretation is not necessarily fatal. For example, in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, the Court considered a law restricting political participation by public servants. The plaintiffs in that appeal claimed that the limit on their rights was not prescribed by law because it "require[d] extensive guidelines in the form of non-authoritative views" (p. 94), just as Memorandum D9-1-1 does in the present appeal. The Court rejected that claim. Even though the legislation presented "considerable difficulty in application to a specific situation", "difficulty of interpretation cannot be equated

Dans sa dissidence, le juge Finch a conclu, au par. 218, que le Mémorandum D9-1-1 ne constituait pas «une règle de droit», que les agents des douanes ne pouvaient pas appliquer la législation sans le Mémorandum et que, en conséquence, la norme qui était appliquée n'était pas prescrite par une règle de droit. Je partage l'avis du juge Finch que le Mémorandum D9-1-1 ne constitue pas «une règle de droit»; ce point a d'ailleurs été concédé en appel. En toute déférence, cependant, je ne peux accepter que les agents des douanes ne disposent d'absolument aucune norme intelligible. Premièrement, le fait qu'une règle de droit nécessite une interprétation administrative n'est pas nécessairement déterminant. Par exemple, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, notre Cour a examiné une règle de droit restreignant les activités politiques des fonctionnaires. Dans ce pourvoi, les demandeurs prétendaient que la restriction apportée à leurs droits n'était pas prescrite par une règle de droit parce qu'elle «rend[ait] nécessair[e] des lignes directrices détaillées revêtant la forme d'opinions qui ne font pas autorité en la matière» (p. 94), tout comme le fait le Mémorandum D9-1-1 dans la présente affaire. Notre Cour a rejeté cette prétention. Même si l'«application [de la loi] à un cas particulier est [. . .] fort difficile», la «difficulté d'inter-

2000 SCC 69 (CanLII)

with the absence of any intelligible standard" (pp. 96-97).

Second, and more importantly, I believe the Customs legislation (through s. 163(8)) provides an intelligible standard for the simple reason that the *Butler* test is an intelligible standard. In *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 639, we held that legislation must define "an area of risk to allow for substantive notice to citizens". Subsection 163(8) provides "substantive notice to citizens" in the criminal context. It is equally capable of providing such notice in the Customs context. Whether the procedures in place for applying that standard are sufficient to protect the expressive rights at stake — the question to which I will soon turn — is an entirely different matter.

(iv) Pressing and Substantial Objective

In *Butler*, *supra*, at p. 496, this Court recognized that "the harm caused by the proliferation of materials which seriously offend the values fundamental to our society is a substantial concern which justifies restricting the otherwise full exercise of the freedom of expression". The Customs legislation is similarly intended to limit the importation of obscene materials into the country, and I conclude that this objective is pressing and substantial.

That said, I would note that in *Butler*, *supra*, at p. 498, Sopinka J. also warned that "the objective of the impugned section is valid only in so far as it relates to the harm to society associated with obscene materials". What is challenged primarily in this appeal is not the exclusion of obscenity from this country; instead, it is the legislation which establishes the procedural mechanism for doing so, by which a great number of non-obscene works are detained or prohibited. The narrow ambit of the government's legitimate purpose will be important to remember when determining whether the Customs legislation is a proportional

prétation n'emporte pas absence de norme intelligible» (pp. 96 et 97).

225 Deuxièmement, élément encore plus important, j'estime que la législation douanière (par l'entremise du par. 163(8)) fournit une norme intelligible tout simplement parce que le critère énoncé dans l'arrêt *Butler* constitue une telle norme. Dans l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 639, nous avons jugé que la loi devait circonscrire «une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis». Le paragraphe 163(8) fait en sorte que «les citoyens soient prévenus quant au fond» en matière criminelle. Il est également capable de le faire en contexte douanier. La question de savoir si les procédures qui existent actuellement aux fins d'application de cette norme suffisent pour protéger les droits liés à la liberté d'expression en cause — aspect que je vais bientôt examiner — constitue une toute autre question.

(iv) L'objectif urgent et réel

226 Dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 496, notre Cour a reconnu que «le préjudice causé par la prolifération de matériel qui va sérieusement à l'encontre des valeurs fondamentales de notre société constitue une préoccupation réelle qui justifie la restriction du plein exercice de la liberté d'expression». La législation douanière vise elle aussi à limiter l'importation de matériel obscène au pays, et j'estime qu'il s'agit d'un objectif urgent et réel.

227 Cela dit, je tiens à souligner que dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 498, le juge Sopinka a également fait la mise en garde suivante: «l'objectif de la disposition attaquée est valide seulement dans la mesure où il vise le préjudice que le matériel obscène risque de causer à la société». Dans le présent pourvoi, ce n'est pas l'exclusion de l'obscénité de notre pays qui est contestée au premier chef, mais plutôt les mesures législatives qui établissent le mécanisme procédural servant à cette fin et en vertu duquel beaucoup d'œuvres non obscènes sont retenues ou prohibées. Il sera important de se rappeler le champ d'application restreint de

2000 SCC 69 (CanLII)

response to the danger posed by the entry of obscene materials to Canada.

(v) Proportionality

(a) *Rational Connection*

228 This test is not particularly onerous. As McLachlin J. stated in *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 154, a rational connection may be found "on the basis of reason or logic, without insisting on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective": see also *ibid.*, at para. 184, *per* Iacobucci J., concurring; *Keegstra*, *supra*, at p. 776. Applying this standard in *Butler*, *supra*, at p. 504, Sopinka J. held that scientific proof of obscenity laws' efficacy was unnecessary:

> . . . I am of the view that there is a sufficiently rational link between the criminal sanction, which demonstrates our community's disapproval of the dissemination of materials which potentially victimize women and which restricts the negative influence which such materials have on changes in attitudes and behaviour, and the objective.

229 In my opinion, preventing obscene materials from ever entering the country is also a rational a means of protecting society from harm. While, as noted above, the Customs legislation in practice prohibits many works that are not obscene, I believe this argument is better addressed to minimal impairment than rational connection.

(b) *Minimal Impairment*

(1) Introduction

230 In light of the Customs legislation's failure to acknowledge effectively the unique *Charter* concerns raised by expressive materials, I conclude that it is not minimally intrusive. As noted above, the only accommodation made for expressive

l'objectif légitime du gouvernement lorsque viendra le moment de déterminer si la législation douanière est une réponse proportionnée au danger que constitue l'entrée de matériel obscène au Canada.

(v) La proportionnalité

a) *Le lien rationnel*

Ce critère n'est pas particulièrement exigeant. Comme l'a dit le juge McLachlin dans l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité, au par. 154, on peut conclure à l'existence d'un lien rationnel «sur le fondement de la raison ou de la logique, sans insister sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif»: voir également, *ibid.*, au par. 184, le juge Iacobucci, dans des motifs concordants; *Keegstra*, précité, à la p. 776. Appliquant cette norme dans l'arrêt *Butler*, précité, à la p. 504, le juge Sopinka a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'apporter la preuve scientifique de l'efficacité des dispositions en matière d'obscénité:

> . . . j'estime qu'il existe un lien suffisamment rationnel entre l'objectif et la sanction pénale, qui, d'une part, montre la désapprobation de notre société à l'égard de la diffusion de matériel qui risque de victimiser les femmes et, d'autre part, restreint l'influence négative que ce genre de matériel risque d'avoir sur les changements d'attitude et de comportement.

À mon avis, le fait d'empêcher du matériel obscène d'entrer au pays constitue également un moyen rationnel de protéger la société contre les préjudices. Bien que, comme je l'ai mentionné précédemment, la législation douanière interdise dans les faits de nombreuses œuvres qui ne sont pas obscènes, j'estime qu'il est préférable d'examiner cet argument à l'étape de l'atteinte minimale plutôt qu'à celle du lien rationnel.

b) *L'atteinte minimale*

(1) Introduction

Étant donné que la législation douanière ne tient pas compte concrètement des considérations particulières que soulève le matériel expressif eu égard à la *Charte*, j'estime que ces dispositions ne sont pas le moins attentatoire possible. Comme je l'ai

2000 SCC 69 (CanLII)

materials is that their review under s. 67 is done by a superior court rather than by the Canadian International Trade Tribunal. In my view, this is insufficient to safeguard the fundamental *Charter* rights at stake. The sheer number of contested prohibitions, and the cost of challenging them through the various levels of administrative review, make it completely impracticable for the appellants to contest each one of them up to the s. 67 level. Thus the one accommodation provided is not even triggered for the vast majority of prohibitions.

mentionné précédemment, la seule mesure spéciale qui a été prise en ce qui concerne le matériel expressif est le fait que la révision prévue par l'art. 67 est effectuée par une cour supérieure plutôt que par le Tribunal canadien du commerce extérieur. À mon avis, cette mesure ne suffit pas pour protéger les droits fondamentaux garantis par la *Charte* qui sont en jeu. Le nombre considérable de prohibitions contestées et les coûts qu'entraîne leur contestation aux différents niveaux de révision administrative font en sorte qu'il est totalement impossible en pratique pour les appelants de les contester toutes jusqu'au niveau de révision prévu par l'art. 67. Par conséquent, la seule mesure spéciale qui a été prévue n'entre même pas en jeu dans la vaste majorité des prohibitions.

Context must be kept in mind at this stage of the analysis. While the Customs legislation does not engage the appellants' personal liberty interests, as is the case with an obscenity-related charge under s. 163 of the *Criminal Code*, it does engage one of the rights most central to the well-being of a free and democratic society — that of free expression. The protection of expressive freedom is central to the social and political discourse in our country. If such a fundamental right is to be restricted, it must be done with care. This is particularly the case when the nature of the interference is one of prior restraint, not subsequent silencing through criminal sanction.

231 Il faut avoir le contexte à l'esprit à cette étape de l'analyse. Quoique la législation douanière ne fasse pas intervenir les droits à la liberté personnelle des appelants, comme le fait une accusation relative à l'obscénité portée en vertu de l'art. 163 du *Code criminel*, elle fait intervenir l'un des droits les plus fondamentaux pour le bien-être d'une société libre et démocratique — la liberté d'expression. La protection de la liberté d'expression est vitale pour le discours social et politique dans notre pays. Si un droit aussi fondamental doit être restreint, cela doit être fait avec soin, particulièrement lorsque la nature de l'atteinte prend la forme d'une restriction préalable, et non d'une réduction au silence subséquente au moyen d'une sanction pénale.

(2) The Nature of Prior Restraint

(2) La nature des restrictions préalables

The Customs legislation enacts a prior restraint on speech. A prior restraint is "a requirement that the censor, acting to enforce standards announced by statute, must approve before one may publish or exhibit": A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2nd ed. 1986), at p. 135. By contrast, subsequent prohibitions depend "not on prior censorship, but on subsequent criminal prosecutions and on their *in terrorem* effect": *ibid.*, at p. 136. Prior restraints are particularly severe restrictions on speech.

232 La législation douanière édicte une restriction préalable à la liberté de parole. Constitue une restriction préalable [TRADUCTION] «l'obligation que le censeur, lorsqu'il applique des normes annoncées par la loi, doive donner son autorisation avant la publication ou l'exposition»: A. M. Bickel, *The Least Dangerous Branch* (2e éd. 1986), à la p. 135. À l'opposé, les prohibitions subséquentes reposent [TRADUCTION] «non pas sur une censure préalable, mais sur des poursuites criminelles subséquentes et sur leur effet *in terrorem*»: *ibid.*, à la p. 136. Les restrictions préalables constituent des restrictions particulièrement sérieuses à la liberté de parole.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

233 The common law has a long tradition disfavouring prior restraint. For example, in the famous English case of *Entick v. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, the plaintiff sued several of the King's messengers in trespass for entering into his home, searching through his private papers, and seizing certain items. The defence relied on a King's warrant authorizing them to search for seditious writings. The court rejected their defence, holding that the State could not invade a person's privacy without any evidence that he was guilty of libel (at p. 817):

> The warrant in our case was an execution in the first instance, without any previous summons, examination, hearing the plaintiff, or proof that he was the author of the supposed libels; . . . it was left to the discretion of these defendants to execute the warrant in the absence or presence of the plaintiff, when he might have no witness present to see what they did . . . .

La common law a comme tradition de longue date de décourager les restrictions préalables. Par exemple, dans la célèbre affaire anglaise *Entick c. Carrington* (1765), 2 Wils. K.B. 275, 95 E.R. 807, le demandeur avait poursuivi plusieurs des messagers du Roi pour intrusion parce qu'ils avaient pénétré dans sa demeure, fouillé dans ses documents personnels et saisi certains articles. La défense a invoqué le mandat du Roi autorisant les messagers à exécuter la fouille en vue de trouver des écrits séditieux. La cour a rejeté ce moyen de défense, jugeant que l'État ne pouvait pas violer la vie privée d'une personne en l'absence de toute preuve qu'elle était coupable de libelle (à la p. 817):

> [TRADUCTION] En l'espèce, le mandat était un cas d'exécution immédiate, sans citation préalable à comparaître, sans interrogatoire préalable, sans audition du demandeur et sans preuve qu'il était l'auteur des libelles reprochés; [. . .] Les défendeurs avaient le pouvoir discrétionnaire d'exécuter le mandat soit en présence du demandeur soit en son absence, alors même que ce dernier pouvait n'avoir aucun témoin présent pour observer ce qu'ils faisaient. . .

234 Similarly, in his *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1770), Book IV, at pp. 151-52, Blackstone equates prior restraints with the death of free speech:

> The liberty of the press is indeed essential to the nature of a free state: but this consists in laying no *previous* restraints upon publications, and not in freedom from censure for criminal matter when published. Every freeman has an undoubted right to lay what sentiments he pleases before the public; to forbid this, is to destroy the freedom of the press; but if he publishes what is improper, mischievous, or illegal, he must take the consequence of his own temerity. [Italics in original; underlining added.]

De même, dans *Commentaries on the Laws of England* (4e éd. 1770), Livre IV, aux pp. 151 et 152, Blackstone assimile les interdictions préalables à la mort de la liberté d'expression:

> La liberté de la presse est véritablement essentielle à la nature d'un État libre: mais ce qui la constitue, c'est l'affranchissement de tout obstacle, de toute restriction *avant* la publication, et non de toute répression de toute punition *après* la publication, si l'objet en est criminel. Tout homme libre a le droit incontestable de publier telles opinions qu'il lui plaît; le lui défendre, ce serait détruire la liberté de la presse; mais si ce qu'il publie est inconvenant, nuisible, ou illégal, il doit supporter les conséquences de sa propre témérité. [En italique dans l'original; je souligne.]
>
> (Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, aux pp. 453 et 454)

Interpreting this common law history as incorporated into the First Amendment to the United States Constitution, former United States Chief Justice Hughes wrote in *Near v. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), at p. 713, that the "chief purpose"

Considérant que cette tradition de la common law avait été incorporée au Premier Amendement de la Constitution américaine, l'ancien juge en chef des États-Unis Hughes a écrit, dans *Near c. Minnesota*, 283 U.S. 697 (1931), à la p. 713, que [TRADUC-

of the right to free speech is "to prevent previous restraints upon publication".

I would stop short of asserting, like Blackstone, that any prior restraint is necessarily destructive of freedom of the press. As the respondent Attorney General of British Columbia points out, this Court has not universally adhered to a rule against prior restraints: see, e.g., *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892. (The same is true of the United States Supreme Court: see *Times Film Corp. v. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) However, we have demanded that prior restraint only be used where necessary to vindicate the societal interests at stake. For example, in *Dagenais*, *supra*, the Court put constitutional limits on the use of publication bans. The Court placed the burden of proof on the party seeking the ban; required the trial judge to consider all reasonable alternatives to a ban; directed the trial judge to limit the scope of the ban as much as possible; and permitted a ban only where the privacy rights at stake outweighed the right to free speech (at pp. 881 and 890-91). In short, a prior restraint was permitted only when it was necessary, and when it was as narrowly tailored as possible. Similarly, in *Taylor*, *supra*, the prior restraint was only imposed after the appellants had been held in contempt of a prior order to cease and desist disseminating hate speech. Moreover, neither of these cases involved a pure prior restraint on speech. In both cases, the bans were enforced by subsequent punishment, not by a requirement, like the one in the Customs legislation, to submit materials for approval.

There are very good reasons for the traditional reticence of English, American, and Canadian

TION] «[l']objet premier» du droit à la liberté d'expression est «d'empêcher les restrictions préalables à la publication».

235 Je n'irais pas jusqu'à affirmer, comme Blackstone, que toute restriction préalable a nécessairement pour effet de détruire la liberté de la presse. Comme le souligne le procureur général de la Colombie-Britannique intimé, notre Cour n'a pas adhéré universellement à une règle prohibant les restrictions préalables: voir, par exemple, *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892. (Il en est également de même pour la Cour suprême des États-Unis: voir *Times Film Corp. c. City of Chicago*, 365 U.S. 43 (1961).) Nous avons toutefois exigé que les restrictions préalables ne soient utilisées que dans les cas où cela est nécessaire pour défendre les intérêts sociétaux en jeu. Par exemple, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, notre Cour a imposé des restrictions d'ordre constitutionnel à l'usage des interdictions de publication. Notre Cour a imposé la charge de la preuve à la partie qui sollicite l'interdiction et elle a précisé que le juge de première instance devait examiner toutes les solutions de rechange raisonnables à l'interdiction, restreindre autant que possible la portée de l'interdiction et ne prononcer l'interdiction que dans les cas où les droits à la vie privée en jeu l'emportent sur le droit à la liberté d'expression (aux pp. 881, 890 et 891). En résumé, le recours à une restriction préalable n'a été autorisé que lorsque cela était nécessaire et que la restriction était aussi limitée que possible. De même, dans *Taylor*, précité, l'interdiction préalable a été imposée seulement après que les appelants eurent été déclarés coupables d'outrage au tribunal pour avoir refusé d'obtempérer à une ordonnance antérieure leur interdisant de diffuser de la propagande haineuse. Qui plus est, ni l'une ni l'autre de ces affaires ne portaient sur une authentique restriction préalable de la liberté d'expression. Dans les deux affaires, le respect des interdictions était assuré par voie de sanction subséquente, et non pas, comme le prévoit la législation douanière, par l'obligation de soumettre le matériel aux fins d'approbation.

236 De très bonnes raisons expliquent la réticence traditionnelle des tribunaux anglais, américains et

2000 SCC 69 (CanLII)

courts to impose prior restraints on speech. As Thomas Emerson argued in "The Doctrine of Prior Restraint" (1955), 20 *L. & Contemp. Probs*. 648, at pp. 656-59, all systems of prior restraint have certain inherent flaws. These include the breadth of potential censorship, delays in publication of time-sensitive material, a lack of transparency, and a propensity to favour censorship over speech. This last flaw is perhaps the most important, as Emerson's prediction is a chillingly accurate prediction of how the Customs legislation at issue has been applied (at p. 659):

> The function of the censor is to censor. He has a professional interest in finding things to suppress. His career depends upon the record he makes. He is often acutely responsive to interests which demand suppression — interests which he himself represents — and not so well attuned to the more scattered and less aggressive forces which support free expression . . . . The long history of prior restraint reveals over and over again that the personal and institutional forces inherent in the system nearly always end in a stupid, unnecessary, and extreme suppression.

See also Bickel, *supra*, at p. 141. Moreover, Emerson argued, at p. 670, that the "worst evils of the system are likely to accumulate" where the system "entrusts the prevention of communication to an executive official". This is not to criticize the character of those charged with enforcing the Customs legislation. I have no doubt that they are generally honest, well-intentioned, hard-working civil servants. Emerson's point, to the contrary, is that the institutional dynamics of prior restraint commonly produce the kinds of "grave systemic problems" found in this case by Smith J. A constitutional scheme of prior restraint at the border must, at the very least, recognize and make accommodations for the inherent dangers in such a system.

canadiens à imposer des restrictions préalables en matière de liberté d'expression. Comme a soutenu Thomas Emerson dans «The Doctrine of Prior Restraint» (1955), 20 *L. & Contemp. Probs.* 648, aux pp. 656 à 659, tout régime de restriction préalable comporte certaines lacunes intrinsèques. Parmi ces lacunes, mentionnons le champ d'application de la censure potentielle, les délais dans la publication de matériel à durée de vie critique, le manque de transparence et la propension à favoriser la censure par rapport à la liberté d'expression. Cette dernière lacune est peut-être la plus importante, car la prédiction d'Emerson a été confirmée avec une troublante exactitude par la manière dont la législation douanière en cause a été appliquée (à la p. 659):

> [TRADUCTION] Le rôle du censeur est de censurer. Il a un intérêt professionnel à trouver des choses à supprimer. Sa carrière dépend des résultats qu'il obtient. Il est souvent extrêmement sensible aux intérêts qui exigent la suppression — intérêts qu'il représente lui-même — et moins en accord avec les forces plus éparses et moins agressives qui appuient la liberté d'expression [. . .] La longue histoire des restrictions préalables révèle invariablement que le jeu des forces personnelles et institutionnelles inhérentes au système aboutit presque toujours à des suppressions stupides, inutiles et extrêmes.

Voir également Bickel, *op. cit.*, à la p. 141. De plus, Emerson a affirmé, à la p. 670, que les [TRADUCTION] «pires maux du système tendent à s'accumuler» lorsque le système «confie la prévention de la communication à un fonctionnaire de l'administration». Ce qui précède ne se veut pas une critique de l'intégrité des personnes chargées de l'application de la législation douanière. Je n'ai aucun doute que ces personnes sont des fonctionnaires généralement honnêtes, bien intentionnés et travaillants. L'argument d'Emerson, au contraire, est que la dynamique institutionnelle d'un régime d'interdiction préalable produit généralement le genre de [TRADUCTION] «problèmes systémiques graves» dont le juge Smith a constaté l'existence en l'espèce. Pour être constitutionnel, un régime de restriction préalable à la frontière doit à tout le moins reconnaître les dangers inhérents à une telle procédure et prévoir des mécanismes permettant d'y parer.

2000 SCC 69 (CanLII)

(3) The Customs Regime Is Not Minimally Intrusive

The facts of this appeal are consistent with Emerson's critique. The flaws in the Customs regime are not the product of simple bad faith or maladministration, but rather flow from the very nature of prior restraint itself. Given these inherent dangers it is obviously important to have procedural protections in the legislation itself that can minimize the dangers posed by prior restraint. The Customs legislation fails the s. 1 analysis primarily because it lacks any such protections.

In my respectful opinion, a minimally intrusive scheme would ensure that those enforcing the law actually obey its dictates. To determine whether something is obscene, it must be seen in its entirety, with close attention to context, tone, and purpose. A work that may appear to be obscene may in fact be a biting political satire or critique. Customs officers have consistently failed to apply *Butler*'s command to consider the context and artistic merit of items under consideration.

In short, the Customs legislation displays all the hallmarks of prior restraint criticized by *Entick v. Carrington*, Blackstone, and Emerson. While procedural safeguards might alleviate many of these problems, their complete absence from the Customs legislation simply confirms the inadequacy of the current scheme. Absolute discretion rests in a bureaucratic decision-maker, who is charged with making a decision without any evidence or submissions, without any requirement to render reasons for decision, and without any guarantee that the decision-maker is aware of or understands the legal test he or she is applying. Such a system cannot be minimally intrusive.

(3) Le régime douanier n'est pas le moins attentatoire possible

237 Les faits du présent pourvoi concordent avec la critique faite par Emerson. Les lacunes du régime douanier ne résultent pas de simples actes de mauvaise foi ou de mauvaise application, mais découlent plutôt de la nature même d'un régime de restriction préalable. Compte tenu de ces dangers intrinsèques, il est évidemment important d'intégrer à la législation elle-même des garanties procédurales qui permettent de réduire au minimum les dangers créés par la restriction préalable. La législation douanière ne résiste pas à l'analyse fondée sur l'article premier, principalement parce qu'elle ne comporte aucune mesure de protection de ce genre.

238 À mon humble avis, un régime qui serait le moins attentatoire possible veillerait à ce que ceux qui appliquent la loi obéissent bien à ses prescriptions. Pour déterminer si une chose est obscène, il faut l'examiner au complet, en accordant une grande attention au contexte, au ton et à l'objet. Une œuvre peut paraître obscène mais être en réalité une satire ou critique politique mordante. Les agents des douanes ont systématiquement omis d'appliquer l'ordre qui a été donné dans l'arrêt *Butler* de tenir compte du contexte et de la valeur artistique des articles examinés.

239 En bref, la législation douanière présente toutes les caractéristiques des régimes de restriction préalable qu'ont critiquées le tribunal dans l'affaire *Entick c. Carrington* ainsi que les auteurs Blackstone et Emerson. Quoique des garanties procédurales soient susceptibles d'atténuer bon nombre de ces problèmes, l'absence totale de ces garanties dans la législation douanière ne fait que confirmer le caractère inadéquat du régime actuel. Un pouvoir discrétionnaire absolu est conféré à un décideur administratif, qui est chargé de prendre une décision en l'absence de toute preuve ou observation, sans être tenu de la motiver et sans aucune garantie qu'il connaît ou comprend le critère légal qu'il applique. Un tel système ne saurait être le moins attentatoire possible.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

240 And indeed, the Customs legislation is readily distinguishable from all previous cases in which this Court has upheld a restriction on freedom of speech. In *Keegstra*, *supra*, *R. v. Lucas*, [1998] 1 S.C.R. 439, and *Butler*, *supra*, the person whose speech was restricted had the benefit of a criminal trial and all its concomitant procedural safeguards. *Irwin Toy*, *supra*, involved a similar scheme of subsequent punishment. In *Dagenais*, *supra*, a prior restraint was only justified after a careful judicial balancing process that took into account the free speech interests at stake. In *Taylor*, *supra*, the restriction on free speech was imposed by an independent, specialized tribunal that had many of the trappings of a judicial body. A prior restraint was imposed only after a determination, in an adversarial setting, that Mr. Taylor had violated Canada's provisions regarding hate speech. The Customs legislation, by contrast, offers none of the protections of a criminal trial; it is enforced by relatively untrained bureaucrats rather than a judge or specialized adjudicator; and it targets expressive material, often of high literary value, aimed at adults.

D'ailleurs, la présente affaire concernant la législation douanière peut facilement être différenciée de toutes les autres affaires où notre Cour a confirmé la validité d'une restriction à la liberté d'expression. Dans les arrêts *Keegstra*, précité, *R. c. Lucas*, [1998] 1 R.C.S. 439, et *Butler*, précité, la personne dont la liberté d'expression était restreinte avait profité d'un procès criminel et de toutes les garanties procédurales qui l'accompagnent. L'arrêt *Irwin Toy*, précité, portait sur un régime de sanction subséquente analogue. Dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la restriction préalable n'a été considérée justifiée qu'au terme seulement d'un délicat processus de pondération judiciaire ayant pris en compte les droits à la liberté d'expression en jeu. Dans l'arrêt *Taylor*, précité, la restriction à la liberté d'expression avait été imposée par un tribunal administratif spécialisé indépendant, qui possédait plusieurs des caractéristiques d'un tribunal judiciaire. La restriction préalable n'avait été imposée qu'après la prise, dans le cadre d'une procédure contradictoire, d'une décision portant que M. Taylor avait contrevenu aux dispositions législatives canadiennes sur la propagande haineuse. La législation douanière, par contraste, ne comporte aucune des mesures de protection qu'offre un procès criminel; elle est appliquée par des bureaucrates relativement peu formés plutôt que par un juge ou un décideur spécialisé; de plus, elle vise du matériel expressif qui a souvent une grande valeur littéraire et qui est destiné à des adultes.

241 I disagree with the suggestion that a less intrusive system is difficult to envision. A less intrusive scheme is clearly possible. One obvious option is that of expeditious judicial determination, which is favoured in the United States. The United States Supreme Court held, in *Freedman v. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), at p. 58, that: "[B]ecause only a judicial determination in an adversary proceeding ensures the necessary sensitivity to freedom of expression, only a procedure requiring a judicial determination suffices to impose a valid final restraint". The court went even further in *United States v. Thirty-Seven Photographs*, 402 U.S. 363 (1971), where it considered a Customs regime that provided for immediate referral to a federal district

Je ne partage pas l'opinion selon laquelle il est difficile d'imaginer un régime moins attentatoire. Un tel régime est clairement possible. Une solution évidente, qui est celle que l'on privilégie aux États-Unis, consiste à faire trancher la question de manière expéditive par un tribunal judiciaire. La Cour suprême des États-Unis a tiré la conclusion suivante, dans *Freedman c. Maryland*, 380 U.S. 51 (1965), à la p. 58: [TRADUCTION] «[P]arce que seule une décision judiciaire prise dans le cadre d'une procédure contradictoire assure la nécessaire attention à la liberté d'expression, seule une procédure exigeant une décision judiciaire permet d'imposer une restriction finale valide». La cour est allée encore plus loin dans *United States c.*

court of any material suspected of being obscene. The court held that such proceedings must be instituted within 14 days, and completed within 60 days of commencement. Such expeditious review was essential to ensure that "administrative delay does not in itself become a form of censorship" (p. 367).

Thirty-Seven Photographs, 402 U.S. 363 (1971), où elle a examiné un régime douanier prévoyant le renvoi immédiat à une cour de district fédérale de tout matériel soupçonné d'être obscène. La cour a estimé qu'une telle procédure devait être engagée dans un délai de 14 jours et complétée dans un délai de 60 jours de son introduction. Une révision aussi expéditive était essentielle pour faire en sorte que [TRADUCTION] «le délai administratif ne devienne pas en soi une forme de censure» (p. 367).

2000 SCC 69 (CanLII)

While I do not believe that expeditious judicial determination is necessary for the Customs regime to be minimally impairing, I would like to point out several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently required by the Customs legislation:

242

Bien que je ne croie pas qu'une décision judiciaire expéditive soit nécessaire pour que le régime douanier soit le moins attentatoire possible, je désire souligner plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu:

- Allowing importers to examine the prohibited goods.
- Establishing a time limit within which importers are entitled to a final determination.
- Placing the burden of proof on the government to prove that something is obscene.
- Requiring Customs officers to consider evidence or arguments submitted in support of detained goods.
- Requiring Customs officers making determinations under ss. 58, 60, and 63 to compile a record and give reasons for their decisions.
- Entitling importers to at least a rudimentary hearing, which could be done by written submissions.
- Ensuring that Customs officers enjoy a large degree of independence, so that the role of "prosecutor" and "judge" is not merged into a single Customs officer position.
- Setting up a specialized tribunal at high-volume entry points, such as Vancouver and Fort Erie, to review front-line decisions regarding obscenity determinations.
- Compiling a database of items that have been reviewed and determined to be non-obscene.

- Permettre aux importateurs d'examiner les marchandises prohibées.
- Fixer le délai dans lequel les importateurs ont droit à une décision finale.
- Imposer au gouvernement la charge de prouver qu'une chose est obscène.
- Obliger les agents des douanes à prendre en considération les éléments de preuve ou les arguments présentés à l'égard des marchandises retenues.
- Obliger les agents des douanes qui rendent des décisions en vertu des art. 58, 60 et 63 à constituer un dossier et à motiver leurs décisions.
- Accorder aux importateurs à tout le moins le droit à une audience sommaire, qui pourrait être tenue par présentation d'observations écrites.
- Assurer aux agents des douanes une grande indépendance, afin qu'ils ne jouent pas à la fois le rôle de «poursuivant» et celui de «juge».
- Établir aux points d'entrée très occupés, tels Vancouver et Fort Erie, un tribunal spécialisé chargé de réviser les décisions rendues en première ligne en matière d'obscénité.
- Constituer une banque de données à l'égard d'articles contrôlés et jugés non obscènes.

Some of these suggestions are outlined by Professors B. Cossman and B. Ryder, "Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters* Case" (1996), 7 *Constitutional Forum* 103, at p. 109.

243 I do not believe that all of these safeguards are constitutionally necessary. However, the absence of all of them is, in my opinion, strong evidence that Parliament has not made any significant attempt to accommodate the free speech rights at stake in this appeal. Such a law cannot be minimally intrusive.

244 In short, the legislation does almost nothing to accommodate the free speech rights at stake in this appeal:

> Apart from the right to appeal the deputy minister's redetermination to court (sections 67 and 71), no special procedures are established by the act for determining whether publications should be classed as prohibited. The legislative policy of the Canadian government appears to be that such determinations are to be treated as raising legal issues no different in difficulty or importance than those raised by the determination of the correct tariff on other goods. The elementary point that other tariff classifications have nothing to do with freedom of expression appears to have been overlooked in the drafting of the legislation.

(B. Ryder, "Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada", in K. Petersen and A. C. Hutchinson, eds., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, at p. 133)

245 The respondent Canada replies that "since Canada imports much of its pornography, the appellants' suggested alternative to the impugned legislation would bring the legitimate work of Customs to a standstill" (factum, at para. 68). In essence, the respondent asserts that the costs of a minimally intrusive scheme would outweigh its benefits. Since this issue is more appropriately addressed under the third prong of the proportionality test, I will now turn to that question.

Certaines de ces suggestions sont abordées par les professeurs B. Cossman et B. Ryder dans «Customs Censorship and the *Charter*: The *Little Sisters* Case» (1996), 7 *Forum constitutionnel* 103, à la p. 109.

Je ne crois pas que toutes ces mesures de protection soient nécessaires sur le plan constitutionnel. Toutefois, le fait qu'elles soient toutes absentes constitue à mon avis une solide indication que le Parlement n'a pas fait d'effort appréciable pour tenir compte des droits à la liberté d'expression en jeu dans le présent pourvoi. Une telle loi ne peut pas être la moins attentatoire possible.

En résumé, la législation douanière ne fait presque rien pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu dans le présent pourvoi:

> [TRADUCTION] Hormis le droit d'interjeter appel auprès des tribunaux de la décision du sous-ministre en cas de révision ou réexamen (articles 67 et 71), la loi n'établit aucune procédure spéciale en vue de déterminer si les publications devraient être déclarées prohibées. La politique du gouvernement canadien dans cette loi semble être que ces décisions ne doivent pas être considérées comme soulevant des questions de droit plus difficiles ou importantes que celles soulevées par la détermination du tarif applicable à d'autres marchandises. Le fait élémentaire que le classement tarifaire d'autres marchandises n'a rien à voir avec la liberté d'expression semble avoir été négligé dans le cours de la rédaction de la loi.

(B. Ryder, «Undercover Censorship: Exploring the History of the Regulation of Publications in Canada», dans K. Petersen et A. C. Hutchinson, dir., *Interpreting Censorship in Canada* (1999), 129, à la p. 133)

Le Canada intimé répond que, [TRADUCTION] «comme le Canada importe une large part de sa pornographie, la solution que proposent les appelants en remplacement des dispositions contestées aurait pour effet de paralyser le travail légitime accompli par les Douanes» (mémoire, au par. 68). Essentiellement, l'intimé affirme que les coûts d'un régime qui serait le moins attentatoire possible l'emporteraient sur ses avantages. Étant donné qu'il est préférable d'examiner cette question au troisième volet du critère de la proportionnalité, je vais maintenant passer à ce volet.

2000 SCC 69 (CanLII)

(c) *Proportionality of Effects*

I have concluded that the deleterious effects of the existing Customs regime outweigh its benefits. The first obvious deleterious effect of the current system is the extraordinarily high rate of error. As discussed, 75 of 210 prohibitions challenged by Little Sisters were overturned. Added to the 62 out of 261 detained items that were eventually released, this is a disturbing rate of error. This rate would likely have been higher had the appellants possessed the resources to challenge all prohibitions to the level of s. 71 review by the superior court. As it is, they only challenged one prohibition to that level, where they were successful. Such a high rate of error results in a substantial number of non-obscene materials being wrongfully detained or prohibited. This is a significant deleterious effect. Every book wrongfully prohibited from entering Canada inflicts a wound on our literary and cultural freedoms; every unjustified interference with intellectual freedom to some extent embarrasses our country on the world stage.

Aside from such abstract harms, these detentions have had a dramatic, tangible effect on the lives of countless Canadians. Alternative bookstores like Little Sisters have had their viability threatened by the constant delays and outright prohibitions. Authors and artists have suffered the indignity of having their works condemned as obscene, and not fit to enter the country. Perhaps most important of all, ordinary Canadians have been denied important pieces of literature. This effect is particularly significant for homosexuals. That homosexuals are a disadvantaged group in Canadian society cannot be disputed: see *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, *Egan*, *supra*. Homosexual literature is an important means of self-discovery and affirmation for gay, lesbian and bisexual individuals. In a society which marginalizes sexual difference, literature has the potential to show individuals that they are not alone and that others share their experience. To ban books carrying these messages can

c) *La proportionnalité des effets*

246 J'ai jugé que les effets préjudiciables du régime douanier existant excédaient ses avantages. Le premier effet préjudiciable du régime actuel est son taux d'erreur extraordinairement élevé. Comme il a été mentionné plus tôt, 75 des 210 prohibitions qu'a contestées Little Sisters ont été levées. Si on les ajoute aux 62 articles sur 261 qui ont été retenus puis finalement dédouanés, cela donne un taux d'erreur troublant. Ce taux aurait probablement été plus élevé si les appelants avaient disposé des ressources nécessaires pour contester toutes les prohibitions jusqu'à l'étape de la révision par la cour supérieure en vertu de l'art. 71. Dans les faits, ils n'ont contesté qu'une prohibition devant cette juridiction et ils ont eu gain de cause. Du fait de ce taux d'erreur aussi élevé, un nombre considérable d'articles non obscènes sont erronément retenus ou prohibés. Il s'agit là d'un effet préjudiciable important. Chaque fois qu'on empêche à tort un livre d'entrer au Canada, on porte atteinte à nos libertés littéraires et culturelles; chaque atteinte injustifiée à notre liberté intellectuelle crée dans une certaine mesure une situation embarrassante pour notre pays sur la scène internationale.

247 Hormis ces préjudices abstraits, ces retenues ont eu des conséquences tangibles et dramatiques sur la vie d'innombrables Canadiens. Les librairies parallèles telle Little Sisters ont vu leur viabilité menacée par les délais continuels et les prohibitions proprement dites. Des auteurs et des artistes ont essuyé l'affront de voir leurs œuvres condamnées pour cause d'obscénité et déclarées indignes d'entrer au pays. Fait peut-être le plus important, on a privé l'ensemble des Canadiens d'importantes œuvres littéraires. Cet effet a une incidence particulière sur les homosexuels. Le fait que les homosexuels constituent un groupe défavorisé dans la société canadienne ne peut être contesté: voir *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Egan*, précité. La littérature homosexuelle est un important moyen de découverte et d'affirmation de soi pour les gais, les lesbiennes et les bisexuels. Dans une société qui marginalise la différence sexuelle, la littérature peut leur permettre de découvrir qu'ils ne sont pas seuls et que

2000 SCC 69 (CanLII)

only reinforce the existing perceptions gay, lesbian and bisexual individuals have of their marginalization by society.

d'autres partagent leur expérience. Le fait de prohiber des livres véhiculant ces messages ne peut que renforcer les perceptions qu'ont les gais, les lesbiennes et les bisexuels de leur marginalisation par la société.

248 Weighed against these costs are the benefits of a Customs regime that makes almost no special accommodations for the free expression rights at stake. We are not concerned in this appeal with the benefits of keeping obscenity out of Canada, as the appellants do not challenge the government's right to exclude genuinely obscene materials. What the appellants challenge, and what the respondents must justify, are the lack of safeguards in the Customs legislation for expressive rights protected by s. 2(*b*) of the *Charter*.

Comparativement à ces coûts, il y a les avantages d'un régime douanier qui ne comporte presque aucune mesure spéciale pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression en jeu. Le présent pourvoi ne porte pas sur les avantages qui découlent du fait d'empêcher le matériel obscène d'entrer au Canada, puisque les appelants ne contestent pas le droit du gouvernement d'exclure le matériel véritablement obscène. Ce que les appelants contestent, et ce que les intimés doivent justifier, c'est l'absence, dans la législation douanière, de mesures visant à protéger les droits liés à la liberté d'expression garantis par l'al. 2*b*) de la *Charte*.

249 The benefits of the present legislation are primarily monetary, as the reforms sought by the appellants will require public expenditures. However, it is important not to overestimate those costs. Our jurisprudence has never said that the Constitution mandates luxurious responses. But having no adequate response is not constitutionally acceptable. In my opinion, the benefits of the current system cannot outweigh the costs imposed by the Customs legislation.

Les avantages de la législation actuelle sont principalement d'ordre financier, car les réformes sollicitées par les appelants exigeront la dépense de deniers publics. Il importe toutefois de ne pas surestimer ces coûts. La Cour n'a jamais dit dans sa jurisprudence que la Constitution commande des solutions fastueuses. Toutefois, l'absence de solution adéquate n'est pas acceptable sur le plan constitutionnel. À mon avis, les avantages du système actuel ne peuvent pas l'emporter sur les coûts qu'impose la législation douanière.

250 All this said, it is unlikely that complying with the Constitution's mandates will be costless. However, this Court has rarely allowed that fact alone to be determinative. Going back to *Hunter v. Southam*, *supra*, this Court has not hesitated to impose potentially costly requirements on government in the interest of vindicating *Charter* freedoms: see also *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; see also A. Lajoie, "De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux" (1991), 36 *McGill L.J.* 1338. Moreover, the government has not presented any evidence that a

Cela dit, il est peu probable que la conformité aux prescriptions de la Constitution se fasse sans frais. Toutefois, notre Cour a rarement accepté que ce seul fait soit déterminant. Si on remonte à l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, notre Cour n'a pas hésité à imposer des obligations potentiellement coûteuses au gouvernement dans le but de faire respecter des libertés garanties par la *Charte*: voir également *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; voir également A. Lajoie, «De l'interventionnisme judiciaire comme apport à l'émergence des droits sociaux» (1991), 36 *R.D. McGill* 1338. En outre, le gouver-

2000 SCC 69 (CanLII)

scheme with more procedural safeguards would be impossible: see *RJR-MacDonald*, *supra*, at para. 163, *per* McLachlin J.; *ibid.*, at para. 188, *per* Iacobucci J. In the absence of any such evidence I am loathe to assume that Parliament is completely incapable of devising a cost-effective legislative scheme that better protects the constitutional rights in question.

On the other hand, I recognize the context in which any new legislative scheme must operate. As Smith J. pointed out at trial (at para. 48):

> There are approximately 240 ports of entry in Canada, and in the fiscal year 1993-1994, for example, almost 230,000 shipments, made up of about 330,000,000 goods, were imported through them. Customs officials estimate that there are approximately 10.5 million entry transactions each year and that between 20,000 and 40,000 items of mail enter the Customs Mail Center daily in Vancouver alone.

Canada is a huge importer of expressive materials. A large reason why this case arose is that Little Sisters, and other bookstores catering to the gay and lesbian community, need to import many of the books and magazines they stock from the United States. Given the tremendous volume of materials that must be processed at our borders, leeway must be accorded to Parliament in striking an appropriate balance between administrative efficiency and the protection of expressive rights. I realize that a front-line screening process is a necessity under a prior restraint approach, that government resources are limited, that the border cannot be policed perfectly, and that mistakes in obscenity determinations will occur. For these reasons, I agree with my colleague Binnie J. that Parliament must be accorded some flexibility in establishing an appropriate Customs regime. However, I cannot agree that the Customs legislation presently in force, which makes almost no effort to accom-

nement n'a présenté aucune preuve indiquant qu'il serait impossible d'établir un régime comportant davantage de garanties procédurales: voir *RJR-MacDonald*, précité, au par. 163, le juge McLachlin; *ibid.*, au par. 188, le juge Iacobucci. En l'absence de preuve à cet effet, je suis réticent à supposer que le Parlement est absolument incapable d'élaborer un régime législatif qui, tout en étant efficient, protégerait mieux les droits constitutionnels en cause.

Par ailleurs, je suis conscient du contexte dans lequel tout nouveau régime législatif devrait s'appliquer. Comme l'a souligné le juge Smith au procès (au par. 48): 251

> [TRADUCTION] Il y a environ 240 points d'entrée au Canada, et au cours de l'exercice 1993-1994, par exemple, presque 230 000 envois, constitués d'environ 330 000 000 biens, ont été importés par ces points. Les agents des douanes estiment qu'environ 10,5 millions de déclarations de marchandises sont faites chaque année et que le centre de courrier des Douanes de Vancouver reçoit à lui seul de 20 000 à 40 000 pièces postales chaque jour.

Le Canada est un très grand importateur de matériel expressif. L'une des principales raisons pour lesquelles la présente affaire s'est présentée est que Little Sisters et d'autres librairies desservant la communauté gaie et lesbienne doivent importer des États-Unis bon nombre des livres et magazines qu'elles vendent. Compte tenu de l'énorme volume de matériel qui doit être traité à nos frontières, il faut accorder au Parlement la latitude requise pour établir l'équilibre approprié entre l'efficience administrative et la protection des droits liés à la liberté d'expression. Je reconnais que l'existence d'un mécanisme de contrôle en première ligne est une nécessité dans le cadre d'un régime de restriction préalable, que les ressources de l'État sont limitées, que la surveillance frontalière ne peut pas être parfaite et que des décisions erronées seront prises en matière d'obscénité. Pour ces motifs, je partage l'opinion de mon collègue le juge Binnie selon laquelle il faut accorder au Parlement une certaine souplesse dans l'établissement du régime douanier approprié. Toutefois, je ne peux accepter que la législation douanière actuellement en vigueur — et dans laquelle pratiquement aucun

2000 SCC 69 (CanLII)

modate constitutionally protected expressive rights, has struck the appropriate balance.

(vi) Conclusions

252 My colleague Binnie J. concludes that part of the Customs legislation violates s. 2(*b*) and that this violation was not justified under s. 1. As a result, he holds that the reverse onus requirement in s. 152 of the *Customs Act* is unconstitutional and must be read down (para. 105). I am not convinced that it is only part of the Customs legislation that is unconstitutional. As the Customs legislation makes only the most meagre of efforts to accommodate expressive rights and as it has created deleterious effects that far outweigh the primarily monetary benefits which result from the chosen legislative approach, I believe the Customs legislation as a whole cannot survive s. 1 scrutiny. The fact is that this legislation has resulted in an appalling level of over-censorship. The government has simply not established that the serious violation of the appellants' s. 2(*b*) rights caused by this legislation is demonstrably justified in our free and democratic society. The remaining question is the appropriate remedy.

F. *What Is the Appropriate Remedy?*

253 Given Smith J.'s finding that there were "grave systemic problems" in the administration of the law — a conclusion with which I whole-heartedly agree — the primarily declaratory remedy relied on by Binnie J. is simply inadequate. Systemic problems call for systemic solutions. I believe that Customs' history of improper censorship, coupled with its inadequate response to the declarations of the courts below, confirms that only striking down the legislation in question will guarantee vindication of the appellants' constitutional rights. Having

effort n'est déployé pour tenir compte des droits liés à la liberté d'expression protégés par la Constitution — réalise l'équilibre approprié.

(vi) Conclusions

Mon collègue le juge Binnie conclut qu'une partie de la législation douanière viole l'al. 2*b*) et que cette violation ne peut être justifiée au regard de l'article premier. En conséquence, il estime que la disposition portant inversion de la charge de la preuve prévue à l'art. 152 de la *Loi sur les douanes* est inconstitutionnelle et doit recevoir une interprétation atténuante (par. 105). Je ne suis pas convaincu que seule une partie de la législation douanière soit inconstitutionnelle. Comme la législation douanière ne comporte que des mesures minimales en vue de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression et qu'elle crée des effets préjudiciables qui excèdent considérablement les avantages — principalement d'ordre financier — qui résultent de la solution législative choisie, j'estime que l'ensemble de la législation douanière ne peut résister à l'examen fondé sur l'article premier. Le fait est que cette législation a entraîné un degré consternant de censure excessive. Le gouvernement n'a tout simplement pas démontré que l'atteinte grave causée par ces mesures législatives aux droits garantis aux appelants par l'al. 2*b*) pouvait se justifier dans le cadre de notre société libre et démocratique. La question qu'il reste à résoudre est celle de la réparation qu'il convient d'accorder.

F. *Quelle est la réparation qui convient?*

Étant donné que le juge Smith a conclu à l'existence de «problèmes systémiques graves» dans l'application de la loi — conclusion à laquelle je souscris entièrement —, la réparation principalement déclaratoire à laquelle s'en remet le juge Binnie est tout simplement insuffisante. Des problèmes systémiques commandent des solutions systémiques. J'estime que les antécédents des Douanes en matière de censure irrégulière, conjugués à leur réponse insuffisante aux jugements déclaratoires des juridictions inférieures, confirment que seule l'invalidation des mesures législatives en cause garantira le respect des droits constitutionnels des appelants. Ayant jugé que ces

2000 SCC 69 (CanLII)

concluded that the law must fall, I will offer some broad guidelines for future reform.

(i) Legislation Must Ensure Constitutional Application

As was already illustrated in reviewing this Court's decisions in *Morgentaler*, *Hunter v. Southam*, and *Bain*, it is legislation itself, not merely its application, that must make an effort to ensure that constitutionally protected rights are not infringed. In this case, it is true that nothing in the Customs legislation itself forces Customs to ignore evidence of literary and artistic merit; to make decisions without even allowing written submissions from the parties affected; and to discriminate against gay and lesbian materials. However, the legislation does call for prior restraint by an investigatory rather than adjudicatory body, and does not provide for any meaningful safeguards aimed at preventing the inevitable flaws that result from such a system.

Effectively, the respondents call on this Court to trust them. Indeed, when questioned at oral arguments about what guarantee we have that the mistakes of the past will not continue, counsel for the respondent Canada replied "what may have occurred then, I trust will not occur now". Our jurisprudence, most explicitly in *Bain* has consistently rejected such flimsy constitutional protections. In *Morgentaler*, *Hunter v. Southam* and *Bain*, this Court rejected the government's invitation to trust them. Instead, we demanded that the legislature enact laws that affirmatively safeguarded constitutional rights, rather than leaving them to the mercy of administrators.

In fact, the respondents' approach would mean that every unconstitutional law requires no more than a declaratory remedy; after all, Parliament is fully capable of amending a law to bring it into

mesures législatives doivent être invalidées, je vais fournir quelques indications générales en vue d'une future réforme.

(i) Un texte de loi doit pourvoir à la constitutionnalité de son application

254 Comme l'a illustré l'examen que j'ai fait plus tôt des arrêts de notre Cour *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, c'est dans la loi elle-même, et non pas simplement dans le cadre de son application, qu'il faut s'efforcer de prévenir la violation des droits protégés par la Constitution. En l'espèce, il est vrai que rien dans la législation douanière ne contraint les Douanes à faire abstraction de la preuve de la valeur littéraire ou artistique, à rendre des décisions sans même permettre aux parties touchées de présenter des observations écrites et à réserver un traitement discriminatoire au matériel gai et lesbien. Toutefois, la législation douanière implique l'application d'un régime de restriction préalable par un organisme jouant un rôle d'enquête plutôt que juridictionnel, et elle ne comporte aucune mesure de protection concrète visant à prévenir les inévitables dérapages d'un tel système.

255 Dans les faits, les intimés demandent à notre Cour de s'en remettre à eux. D'ailleurs, lorsqu'on lui a demandé durant des plaidoiries quelle garantie nous avions que les erreurs du passé ne se reproduiraient pas, l'avocat du Canada intimé a répondu ceci: [TRADUCTION] «j'ai confiance que ce qui a pu se passer à l'époque ne se reproduira plus». Notre Cour a toujours rejeté, et ce de façon on ne peut plus explicite dans l'arrêt *Bain*, des mesures de protection constitutionnelle aussi fragiles. Dans les arrêts *Morgentaler*, *Hunter c. Southam* et *Bain*, notre Cour a refusé l'invitation que lui faisait le gouvernement de s'en remettre à lui. Nous avons plutôt demandé au législateur d'édicter des lois protégeant de façon positive les droits constitutionnels plutôt que de laisser ceux-ci à la merci d'administrateurs.

256 En fait, suivant l'approche proposée par les intimés, toute règle de droit inconstitutionnelle n'exigerait rien de plus qu'un jugement déclaratoire comme réparation; après tout, le Parlement

2000 SCC 69 (CanLII)

compliance with the Constitution at any time. I therefore disagree with Binnie J.'s conclusion that, with the exception of s. 152(3) of the *Customs Act*, a declaratory remedy is sufficient in this case. While the government is free to delegate powers, it must do so in a way that ensures — or at the very least attempts to ensure — that *Charter* rights will be respected.

est parfaitement capable de modifier une loi à tout moment pour la rendre conforme à la Constitution. Je suis donc en désaccord avec la conclusion du juge Binnie selon laquelle, à l'exception du par. 152(3) de la *Loi sur les douanes*, un jugement déclaratoire est une réparation suffisante en l'espèce. Quoique le gouvernement soit libre de déléguer des pouvoirs, il doit le faire d'une manière qui assure — ou qui à tout le moins tente d'assurer — que les droits garantis par la *Charte* seront respectés.

257 The respondents' request for trust is particularly inappropriate in this appeal, where there is a voluminous record of discriminatory enforcement. Counsel for the intervener the Canadian AIDS Society summed up the point well in his oral submissions:

> What the Customs is saying to us in effect is, having [been] in your henhouse for almost twenty years, this fox has now become vegetarian, and should remain in charge with no further restrictions. Well, speaking for the chickens, we are not very reassured. . . .

La demande des intimés qu'on s'en remette à eux est particulièrement malvenue dans le présent pourvoi, où il y a un volumineux bilan d'application discriminatoire. L'avocat de la Société canadienne du SIDA intervenante a bien résumé la question dans sa plaidoirie:

> [TRADUCTION] Ce que les Douanes nous disent dans les faits c'est ceci, après avoir passé presque vingt ans dans le poulailler, le renard est devenu végétarien et il devrait demeurer en charge sans restriction supplémentaire. Et bien, au nom des poulets, nous disons que nous ne sommes pas très rassurés. . .

As a matter of logic, reason, and constitutional precedent, the appellants are entitled to more. Even leaving aside the precedents of *Hunter v. Southam*, *Morgentaler*, and *Bain*, Customs have proven themselves unworthy of trust. In such a situation, in my respectful opinion, the only proper solution is to give Parliament the opportunity to re-write the legislation.

La logique, la raison et les précédents en matière constitutionnelle nous disent que les appelants ont droit à plus. Indépendamment même des arrêts *Hunter c. Southam*, *Morgentaler* et *Bain*, les Douanes se sont montrées totalement indignes de confiance. Vu la situation, à mon humble avis, la seule solution convenable consiste à donner au Parlement la possibilité de réécrire les mesures législatives.

(ii) Declaratory Relief Is Insufficient

(ii) Une réparation de nature déclaratoire ne suffit pas

258 The need to strike down the Customs legislation as it applies to expressive materials is reinforced by comparison with the alternate remedy adopted by both the courts below, and by Binnie J. in this Court. Declarations are, in many cases, an appropriate constitutional remedy. As Kent Roach has summarized in his *Constitutional Remedies in Canada* (loose-leaf ed.), at para. 12.30, declarations are often preferable to injunctive relief because they are more flexible, require less supervision, and are more deferential to the other

La nécessité de déclarer la législation douanière inopérante à l'égard du matériel expressif ressort avec plus d'acuité si on compare cette réparation avec celle retenue tant par les juridictions inférieures que par le juge Binnie de notre Cour. Dans bien des cas, le jugement déclaratoire constitue la réparation constitutionnelle convenable. Kent Roach résume bien ce point dans son ouvrage intitulé *Constitutional Remedies in Canada* (éd. feuilles mobiles), au par. 12.30, lorsqu'il dit qu'un jugement déclaratoire est souvent préférable à une

2000 SCC 69 (CanLII)

branches of government. However, declarations can suffer from vagueness, insufficient remedial specificity, an inability to monitor compliance, and an ensuing need for subsequent litigation to ensure compliance: see *ibid*., at para. 12.320.

injonction parce qu'il constitue une réparation plus souple, exigeant moins de surveillance et permettant de faire montre d'une plus grande déférence envers les autres pouvoirs de l'État. Toutefois, les jugements déclaratoires peuvent souffrir des maux suivants: imprécision, spécificité insuffisante de la réparation, impossibilité de contrôler le respect du jugement et, de ce fait, obligation de recourir de nouveau aux tribunaux pour le faire respecter: voir *ibid*., au par. 12.320.

2000 SCC 69 (CanLII)

Mahe v. Alberta, [1990] 1 S.C.R. 342, illustrates the appropriate role of declaratory relief. In that case the Court held that Edmonton's school system violated s. 23 of the *Charter* because it did not grant sufficient "management and control" over French-language education to the linguistic minority. In determining the appropriate remedy, Dickson C.J. recognized, at pp. 391-92, that the impugned provisions of the *School Act* were "'permissive' provisions, that is, they do not prevent authorities from acting in accordance with the *Charter*, but neither do they guarantee that such compliance will occur". The Chief Justice declined to strike down the legislation, instead choosing to issue a declaration. He feared that "the result of a declaration of invalidity would be to create a legislative vacuum" (p. 392), which would potentially leave the appellants worse off. The Court therefore simply issued "a declaration in respect of the concrete rights which are due to the minority language parents in Edmonton under s. 23" (p. 392). Similarly in *Eldridge*, *supra*, the Court simply declared that services must be provided to the deaf instead of striking down the entire legislative scheme.

259 L'arrêt *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, illustre bien le rôle que doit jouer le jugement déclaratoire. Dans cet arrêt, notre Cour a conclu que le système scolaire d'Edmonton contrevenait à l'art. 23 de la *Charte* parce qu'il ne conférait pas à la minorité linguistique un pouvoir de «gestion et de contrôle» suffisant sur l'éducation en langue française. En déterminant la réparation convenable, le juge en chef Dickson a reconnu, aux pp. 391 et 392, que les dispositions contestées de la *School Act* étaient «des dispositions "créant une faculté", c'est-à-dire qu'elles n'empêchent pas les autorités d'agir conformément à la *Charte*, mais elles ne garantissent pas non plus que celle-ci sera respectée». Le Juge en chef a refusé d'invalider les dispositions en cause, préférant plutôt rendre un jugement déclaratoire. Il craignait qu'«une déclaration d'invalidité aurait pour effet de créer un vide législatif» (p. 392) susceptible d'aggraver la situation des appelants. La Cour a donc simplement prononcé «une déclaration à l'égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l'art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton» (p. 392). De même, dans l'arrêt *Eldridge*, précité, notre Cour a simplement déclaré que des services devaient être fournis aux personnes sourdes au lieu de déclarer inopérant l'ensemble du régime établi par loi.

The rationale behind the remedial choice in those cases does not apply to the present appeal. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials will not make the appellants worse off; it will fully vindicate their rights. While the appellants are admittedly not entitled to any particular legislative scheme, they are entitled to a remedy that will prevent further

260 La raison qui justifiait la réparation choisie dans ces arrêts ne s'applique pas dans le présent pourvoi. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif n'aggravera pas la situation des appelants; elle assurera le respect complet de leurs droits. Bien qu'il soit vrai que les appelants n'ont pas droit à un régime législatif particulier, ils ont néanmoins droit à une réparation

systematic and consistent violations of their constitutional rights. Only invalidating the impugned Customs legislation will achieve that goal.

261 A final reason that declaratory relief is inappropriate in this case is the difficulties the appellants face in enforcing it. This case has been a massive undertaking for the appellants. Proving the constitutional violations recognized by Smith J. required the production of an enormous record. Unfortunately, if the appellants are unsatisfied with the government's compliance with the declaration affirmed by this Court, they have little choice but to try to assemble a similar record documenting the enforcement of the Customs regime since the declaration was made. This is obviously a heavy burden, and indeed unfair. A stronger remedy is necessary to vindicate the appellants' rights.

qui empêchera qu'on continue de violer systématiquement leurs droits constitutionnels. Seule l'invalidation de la législation douanière contestée permettra de réaliser cet objectif.

La dernière raison pour laquelle un jugement déclaratoire n'est pas une réparation convenable en l'espèce découle des difficultés qu'éprouvent les appelants à faire respecter une telle mesure. La présente affaire a constitué une entreprise colossale pour les appelants. La preuve des violations constitutionnelles dont le juge Smith a constaté l'existence a exigé la production d'un énorme dossier. Malheureusement, si les appelants ne sont pas satisfaits de la manière dont le gouvernement se conforme au jugement déclaratoire dont notre Cour a confirmé la validité, ils n'auront pas d'autre choix que de tenter d'assembler à nouveau un dossier semblable, documentant l'application du régime douanier depuis le prononcé du jugement déclaratoire. Il s'agit évidemment d'une tâche très lourde et du reste injuste. Une réparation plus énergique est nécessaire pour faire respecter les droits des appelants.

(iii) Reforms Undertaken Since Smith J.'s Declaration Are Insufficient

(iii) Les réformes apportées depuis le jugement déclaratoire du juge Smith sont insuffisantes

262 In my respectful opinion, declaratory relief has already proven ineffective. As Roach, *supra*, at para. 13.884 has noted, "declaratory relief does not facilitate continued judicial supervision and may not be effective where governments do not take prompt and good faith steps to comply with the declaration". While obviously we lack evidence of the enforcement of the Customs regime since Smith J.'s declaration, I believe that the reforms thus far are not sufficient.

À mon humble avis, le jugement déclaratoire s'est déjà révélé une réparation inefficace en l'espèce. Comme l'a mentionné Roach, *op. cit.*, au par. 13.884, [TRADUCTION] «le respect d'un jugement déclaratoire n'est pas quelque chose qui peut être facilement contrôlé de façon continue par les tribunaux et une réparation peut ne pas se révéler efficace lorsque les gouvernements n'agissent pas promptement et de bonne foi pour s'y conformer». Quoique nous ne n'ayons évidemment pas de preuve concernant l'application du régime douanier depuis le jugement déclaratoire rendu par le juge Smith, j'estime que les réformes apportées jusqu'à présent ne sont pas suffisantes.

263 The first remedial measure, effected almost immediately, was to put in place "interim procedures . . . designed to prevent the detention of books with literary, artistic, scholarly or instructional merit which would override Schedule VII,

La première mesure correctrice — qui a été apportée pratiquement sur-le-champ — a consisté à mettre en place [TRADUCTION] «une procédure temporaire [. . .] visant à prévenir la retenue de livres ayant une valeur littéraire, artistique, savante

2000 SCC 69 (CanLII)

Tariff Code 9956(a) consideration" (respondent Canada's factum, at p. 8). Specifically, before detaining any book Customs Inspectors were instructed to consult designated officers, who in turn would consult the Prohibited Importations Directorate. Any detained book would be read by one of the designated officers, and the determination would be reviewed by another officer. Any prohibition would be reviewed by a Tariff and Values Administrator.

Subsequently, over two years after Smith J.'s reasons for judgment were released, Customs effected seven specific reforms which are described in the respondent Canada's factum (at pp. 8-9):

(a) Memorandum D9-1-1 was re-written with particular attention being given to s. 2(b) *Charter* rights, artistic merit and importers [*sic*] rights.

(b) A series of Information Bulletins were issued by the Prohibited Importations Unit of Customs, with the purpose of clarifying issues relating to the administration of Tariff Item 9899.00.00. These Bulletins are available to the public through the Prohibited Importations Unit.

(c) The somewhat complicated B2 form by which an importer appealed a determination was replaced by a simple written request for re-determination or review.

(d) Importers may submit with their re-determination request any evidence which they view as relevant.

(e) When goods are detained and suspected of being obscene, the importer receives a written notice containing the following information: a brief description of the goods; port of entry; date of detention; statement of reasons for the detention, and a contact name and telephone number. The importer is also invited to view the materials and submit evidence in writing attesting to their admissibility.

(f) If the goods are determined to be obscene according to the legislation, the importer receives a written notice of determination containing the following information: a brief description of the goods; the

ou instructive qui écarterait l'examen fondé sur le code tarifaire 9956a) de l'annexe VII» (mémoire du Canada intimé, à la p. 8). Plus précisément, on a ordonné aux inspecteurs des douanes de ne pas retenir de livre avant d'avoir consulté un agent désigné, qui à son tour devait consulter la direction générale des importations prohibées. Tout livre retenu doit être lu par l'un des agents désignés et la décision doit être révisée par un autre agent. Toute interdiction doit être révisée par un applicateur du tarif et des valeurs.

Subséquemment, soit plus de deux ans après le dépôt des motifs de jugement du juge Smith, les Douanes ont apporté sept réformes précises, qui sont décrites dans le mémoire du Canada intimé (aux pp. 8 et 9):

[TRADUCTION]

a) Le Mémorandum D9-1-1 a été réécrit en accordant une attention particulière aux droits garantis par l'al. 2b) de la *Charte*, à la valeur artistique et aux droits des importateurs.

b) Une série de bulletins d'information ont été établis par l'Unité des importations prohibées des Douanes dans le but de clarifier certaines questions touchant l'application du numéro tarifaire 9899.00.00. Le public peut obtenir ces bulletins en s'adressant à l'Unité des importations prohibées.

c) Le formulaire B2, qui était relativement complexe et au moyen duquel l'importateur interjetait appel de la décision, a été remplacé par une simple demande écrite de révision ou réexamen.

d) Les importateurs peuvent joindre à leur demande de révision tout élément de preuve qu'ils considèrent pertinent.

e) Lorsque des marchandises qu'on soupçonne d'être obscènes sont retenues, on transmet à l'importateur un avis écrit faisant état des renseignements suivants: une description sommaire des marchandises; l'identité du bureau d'entrée; la date de la retenue; les motifs de retenue ainsi que le nom et le numéro de téléphone d'une personne-ressource. On invite également l'importateur à examiner le matériel et à présenter par écrit des éléments de preuve justifiant leur admissibilité.

f) Si les marchandises sont jugées obscènes au regard de la loi, l'importateur est informé de la décision au moyen d'un avis écrit donnant les renseignements suivants: une brève description des marchandises; les

264

2000 SCC 69 (CanLII)

reasons for prohibition; a contact name and telephone number; a list of options available, including instructions for appeal. If the goods are not obscene, they are forwarded immediately to the importer after any duties and taxes, if applicable, are paid.

(g) Customs officers are instructed to resolve all doubts in favour of freedom of expression.

265 With respect, I am not satisfied that these measures will remedy the "grave systemic problems" found by Smith J. They are largely hortatory or permissive. The new provisions also seem to rely heavily on the expertise of the Prohibited Importations Directorate. This is not reassuring. Linda Murphy, the Director of that group, testified that she was completely unaware of the cultural practices of various sexual minorities, and that she did not consider it her job to consider a book's purpose and effect. Given the absence of any legislative provisions to ensure that importers' arguments and evidence will be considered and that decisions will be rendered in a timely fashion, these reforms offer little comfort.

266 By the foregoing, I do not mean to suggest that the reforms effected thus far are without merit. Many of them may prove extremely valuable. However, both constitutional precedent and common sense suggest that when a government agency has systematically violated constitutional rights, structural reforms are necessary. In *Morgentaler*, *supra*, the Court could also have simply issued a declaration. The various federal and provincial ministries could have approved more hospitals, eliminated quotas, and otherwise solved the problems identified by this Court. However, the Court recognized that such a solution was inappropriate. Where the problems are a direct result of flaws in the legislation itself, as I believe is the case here, patchwork measures aimed at various symptoms will not cure the underlying ailment. As Smith J. found, and as I have endeavoured to demonstrate in these reasons, the flaws in the Cus-

raisons justifiant la prohibition; le nom et le numéro de téléphone d'une personne-ressource; la liste des solutions qui s'offrent à l'importateur, y compris les instructions à suivre pour interjeter appel. Si les marchandises ne sont pas obscènes, elles sont remises immédiatement à l'importateur après paiement des droits et taxes, s'il y a lieu.

g) Les agents des douanes ont comme instruction d'interpréter tout doute en faveur de la liberté d'expression.

En toute déférence, je ne suis pas convaincu que ces mesures remédieront aux «problèmes systémiques graves» constatés par le juge Smith. Elles participent largement de la nature d'une recommandation ou faculté. Les nouvelles dispositions semblent également s'en remettre beaucoup à l'expertise de la direction générale des importations prohibées. Cela n'a rien de rassurant. Linda Murphy, directrice de ce groupe, a témoigné qu'elle ignorait totalement les pratiques culturelles des différentes minorités sexuelles et qu'elle n'estimait pas que l'examen de l'objet et de l'effet d'un livre faisait partie de ses fonctions. Vu l'absence de toute disposition législative visant à assurer que les arguments et éléments de preuve présentés par les importateurs seront pris en considération et que les décisions seront rendues en temps utile, ces réformes ne sont pas d'un grand secours.

Je ne veux pas dire par ce qui précède que les réformes apportées jusqu'ici sont sans mérite. Nombre d'entre elles pourraient se révéler extrêmement valables. Toutefois, tant les précédents en matière constitutionnelle que le bon sens suggèrent que, dans les cas où un organisme gouvernemental a porté atteinte de façon systématique à des droits garantis par la Constitution, des réformes structurelles s'imposent. Dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, notre Cour aurait également pu se contenter de rendre un jugement déclaratoire. Les différents ministères fédéraux et provinciaux auraient pu accréditer plus d'hôpitaux, éliminer les contingents et résoudre autrement les problèmes relevés par notre Cour. Celle-ci a toutefois reconnu qu'une telle solution ne convenait pas. Lorsque les problèmes résultent directement de lacunes existant dans la loi elle-même, ce qui à mon avis est le cas en l'espèce, des mesures disparates s'attaquant à

2000 SCC 69 (CanLII)

toms regime are systemic. They flow from the very nature of prior restraint, and require careful consideration by Parliament. Declaratory relief, in my opinion, is not appropriate.

divers symptômes ne feront pas disparaître la cause profonde du mal. Comme l'a constaté le juge Smith et comme je me suis efforcé de le démontrer dans les présents motifs, les lacunes du régime douanier ont un caractère systémique. Elles découlent de la nature même d'un régime de restriction préalable et elles doivent être examinées avec soin par le Parlement. À mon avis, le jugement déclaratoire n'est pas la réparation qui convient.

The need for structural reform is reinforced by Customs' long history of excessive, inappropriate censorship. Before the appellants launched this case, Customs illegally prohibited depictions of anal penetration; it systematically targeted Little Sisters and other alternative bookstores; it favoured books by mainstream authors like Bret Easton Ellis and Madonna, in comparison to gay and lesbian authors; and it failed to consider artistic merit in spite of *Butler*'s clear instruction to always err on the side of protecting expressive freedom. Customs has entirely fulfilled Emerson's dire predictions of how a system of prior restraint will work in practice.

267 La nécessité d'une réforme structurelle est renforcée par la longue histoire de censure excessive et inappropriée de la part des Douanes. Avant que les appelants n'engagent la présente affaire, les Douanes prohibaient illégalement les représentations de pénétration anale, visaient systématiquement Little Sisters et d'autres librairies parallèles, accordaient un traitement favorable aux livres d'auteurs faisant partie du courant dominant tels Bret Easton Ellis et Madonna, comparativement à ceux d'auteurs et auteures gais et lesbiennes, et ne tenaient pas compte de la valeur artistique malgré l'instruction claire de l'arrêt *Butler* de toujours privilégier la protection de la liberté d'expression. Les Douanes ont entièrement réalisé les sinistres prédictions d'Emerson sur la façon dont un régime de restriction préalable fonctionnera en pratique.

These are not the kinds of problems that can be solved by simply directing Customs to behave themselves. In all the circumstances, further indulgence misses the mark; what is needed is the firm guidance that only new legislation from Parliament can provide. Striking down the applicability of the Customs legislation to expressive materials is consistent with the "*Charter* Dialogue Between Courts and Legislatures", as it was described by Peter Hogg and Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. This Court has frequently recognized the importance of fostering a dialogue between courts and legislatures: see *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668, at para. 57; *Vriend*, *supra*, at para. 139. Particularly where, as here, it appears that Parliament has not turned its mind to the issue at hand,

268 Il ne s'agit pas de problèmes qui peuvent être réglés simplement en ordonnant aux Douanes de bien se comporter. Compte tenu de toutes les circonstances, on se tromperait en continuant à faire preuve d'indulgence; ce qui est requis, ce sont des indications fermes, que seule une nouvelle loi du Parlement est à même de fournir. Le fait de déclarer la législation douanière inapplicable au matériel expressif est conforme au [TRADUCTION] «dialogue sur la *Charte* entre les tribunaux et le législateur» qu'ont décrit Peter Hogg et Allison Bushell: (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 75. Notre Cour a fréquemment reconnu l'importance de favoriser le dialogue entre les tribunaux et le législateur: voir *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668, au par. 57; *Vriend*, précité, au par. 139. Particulièrement dans les cas où, comme en l'espèce, il apparaît que le Parlement n'a pas prêté attention à la question en litige, l'invalidation des mesures légis-

2000 SCC 69 (CanLII)

striking down the legislation may encourage much needed changes.

269 This would not be the first time a court has struck down the Customs provisions for obscenity. In 1985, the Federal Court held that the existing Customs legislation was an unjustifiable infringement of the right to free expression: see *Luscher v. Deputy Minister, Revenue Canada, Customs and Excise*, [1985] 1 F.C. 85 (C.A.). The law had prohibited "immoral and indecent" works, a standard the Federal Court correctly held to be unduly vague. The government almost immediately introduced new legislation tying the standard to the *Criminal Code* definition of obscenity, and in the House of Commons debates various Members applauded the Court's ruling: see *House of Commons Debates*, vol. III, 1st Sess., 33rd Parl., April 2, 1985, at pp. 3605-6, 3608 and 3611.

270 It required a court ruling to force Parliament to rethink the substantive standard Customs is to apply at the border. It seems to me that the same should be done for the procedural mechanisms used to apply that standard. Broad, structural reforms are necessary to remedy the manifold problems identified through the course of this appeal, and I fear those remedies will only come if this Court acts decisively, as the Federal Court did in 1985, to invalidate the existing legislation.

(iv) Remedial Options

271 Given the remedy adopted by Binnie J., Parliament will not, strictly speaking, have to amend the current legislation. However, Parliament is not restricted to acting only when this Court tells it to. Even accepting my colleague's conclusion in this appeal, I would quote the wise words of Frankfurter J., dissenting, in *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), at p. 670:

latives contestées peut susciter des changements grandement nécessaires.

Ce ne serait pas la première fois qu'un tribunal invalide des dispositions douanières en matière d'obscénité. En 1985, la Cour fédérale a jugé que la législation douanière de l'époque portait atteinte de manière injustifiable au droit à la liberté d'expression: voir *Luscher c. Sous-ministre, Revenu Canada, Douanes et Accise*, [1985] 1 C.F. 85 (C.A.). Le texte de loi prohibait les ouvrages «immoraux ou indécents», norme que la Cour fédérale a avec raison jugé indûment imprécise. Le gouvernement a presque sur-le-champ présenté de nouvelles dispositions législatives rattachant la norme à la définition d'obscénité figurant dans le *Code criminel*, et, lors des débats de la Chambre des communes, différents députés ont applaudi à la décision de la cour: voir *Débats de la Chambre des communes*, vol. III, 1re sess., 33e lég., 2 avril 1985, aux pp. 3605, 3606, 3608 et 3611.

Il a fallu une décision judiciaire pour forcer le Parlement à repenser la norme substantielle que les Douanes doivent appliquer à la frontière. Il me semble qu'il faudrait faire de même à l'égard des mécanismes procéduraux servant à l'application de cette norme. De vastes réformes structurelles sont nécessaires pour corriger les divers problèmes constatés dans le cadre du présent pourvoi, et je crains que ces corrections ne viendront que si, à l'instar de la Cour fédérale en 1985, notre Cour agit de façon décisive et invalide la loi existante.

(iv) Les réparations possibles

Vu la réparation retenue par le juge Binnie, le Parlement ne sera pas à strictement parler tenu de modifier la loi actuelle. Le Parlement n'est toutefois pas contraint d'agir uniquement lorsque notre Cour lui dit de le faire. Même si j'acceptais la conclusion tirée par mon collègue dans le présent pourvoi, je citerais quand même les judicieux propos qui suivent, qu'a formulés le juge Frankfurter, en dissidence, dans *West Virginia State Board of Education c. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943), à la p. 670:

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

Our constant preoccupation with the constitutionality of legislation rather than with its wisdom tends to preoccupation of the . . . mind with a false value. The tendency of focussing attention on constitutionality is to make constitutionality synonymous with wisdom, to regard a law as all right if it is constitutional. Such an attitude is a great enemy of liberalism.

[TRADUCTION] Notre constante préoccupation pour la constitutionnalité des lois plutôt que pour leur sagesse répond à une préoccupation de [. . .] l'esprit pour une fausse valeur. La tendance à s'attacher à la question de la constitutionnalité a pour effet d'assimiler la constitutionnalité à la sagesse, de faire en sorte qu'une loi est considérée adéquate si elle est constitutionnelle. Une telle attitude constitue une grande ennemie du libéralisme.

The constitutional is not always synonymous with the optimal: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 142, *per* Lamer C.J. Sometimes "constitutionality" means only that an unimpressive, minimal threshold has been met. I hope that Parliament, recognizing this truth, will address the problems identified in this appeal even without an order from this Court.

Le fait qu'une mesure soit constitutionnelle ne signifie pas toujours qu'elle est aussi la mesure optimale: *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 142, le juge en chef Lamer. Parfois, la «constitutionnalité» d'une mesure signifie tout simplement que celle-ci respecte un critère minimal et peu impressionnant. Je ne peux qu'espérer que, reconnaissant cette vérité, le Parlement s'attaquera aux problèmes mentionnés dans le présent pourvoi, même en l'absence d'ordonnance de notre Cour.

Books are different from other goods crossing the border. As Voltaire noted, "Liberty of thought is the life of the soul": *Essay on Epic Poetry* (1727). While he was writing in the context of political speech, I believe the words of Cory J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1336, are apt here:

272

Les livres sont différents des autres marchandises qui traversent la frontière. Comme l'a souligné Voltaire, [TRADUCTION] «La liberté de pensée est la vie de l'âme»: *Essay on Epic Poetry* (1727). Même si le juge Cory s'exprimait dans le contexte de l'expression politique, j'estime que ses propos dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1336, sont pertinents en l'espèce:

It is difficult to imagine a guaranteed right more important to a democratic society than freedom of expression. . . . The vital importance of the concept cannot be over-emphasized. No doubt that was the reason why the framers of the *Charter* set forth s. 2(*b*) in absolute terms which distinguishes it, for example, from s. 8 of the *Charter* which guarantees the qualified right to be secure from unreasonable search. It seems that the rights enshrined in s. 2(*b*) should therefore only be restricted in the clearest of circumstances.

Il est difficile d'imaginer une liberté garantie qui soit plus importante que la liberté d'expression dans une société démocratique. [. . .] On ne peut trop insister sur l'importance primordiale de cette notion. C'est sans aucun doute la raison pour laquelle les auteurs de la *Charte* ont rédigé l'al. 2*b*) en termes absolus, ce qui le distingue, par exemple, de l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit plus relatif à la protection contre les fouilles et perquisitions abusives. Il semblerait alors que les libertés consacrées par l'al. 2*b*) de la *Charte* ne devraient être restreintes que dans les cas les plus clairs.

Cory J. went on to cite (at p. 1337) the following passage from John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), at p. 14:

Le juge Cory a poursuivi en citant, à la p. 1337, les propos suivants de John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and Considerations on Representative Government* (1946), à la p. 14:

If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person,

[TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâil-

than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

lonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

273 Books with no political context must not be undervalued. John Milton recognized the universal value of literature in his *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

Il ne faut pas sous-estimer la valeur des livres qui n'ont aucun aspect politique. John Milton a reconnu la valeur universelle de la littérature dans son ouvrage intitulé *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644):

[A]s good almost kill a Man as kill a good Book; who kills a Man kills a reasonable creature, God's Image; but he who destroys a good Book, kills reason itself, kills the Image of God, as it were in the eye. Many a man lives a burden to the Earth; but a good Book is the precious life-blood of a master spirit, embalmed and treasured upon purpose to a life beyond life.

[TRADUCTION] [A]utant presque, tuer un Homme que tuer un bon Livre! Qui tue un Homme tue une créature de raison à l'Image de Dieu; mais celui-là qui détruit un bon Livre tue la raison elle-même, tue l'Image et comme le regard de Dieu. Plus d'un homme vit qui n'est que fardeau pour la Terre; mais un bon Livre est le sang vital d'un esprit supérieur, précieux trésor embaumé et gardé à dessein, en vue d'une vie qui dépasse la vie.

Obviously this Court has previously recognized that some expressive materials merit suppression. But we must do so only with sombre recognition that we are choosing the lesser of two very great evils.

Certes, notre Cour a reconnu dans le passé que certaines formes de matériel expressif méritaient d'être supprimées. Mais nous ne devons le faire qu'en reconnaissant à regret que nous choisissons le moindre de deux très grands maux.

274 Freedom of speech means not just the right to question the dominant political structure, but to question the dominant society and culture. Unfortunately, the Customs legislation has systematically stifled that right. I sincerely hope that Parliament will recognize this grave injustice. In that hope, I will offer several suggestions as to how the current legislative scheme could be constitutionally improved. I have already set out a list, at para. 242, of several means of accommodating the expressive rights at stake that are not currently mandated by the Customs legislation. While not all of these protections are constitutionally required, some are worthy of special emphasis. I should also emphasize the point made above that, because of the volume and complexity of materials imported into Canada, Parliament must be accorded flexibility in fashioning its response.

La liberté d'expression ne s'entend pas seulement du droit de remettre en cause le régime politique dominant, mais aussi celui de remettre en cause la société et la culture dominantes. Malheureusement, la législation douanière a systématiquement étouffé ce droit. Je souhaite sincèrement que le Parlement reconnaisse cette grave injustice. À cette fin, je vais faire plusieurs suggestions sur la manière dont le régime législatif actuel pourrait être amélioré sur le plan constitutionnel. J'ai déjà énuméré, au par. 242, plusieurs mesures qui ne sont pas prescrites actuellement par la législation douanière et qui permettraient de tenir compte des droits liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. Quoique ces mesures de protection ne soient pas toutes requises par la Constitution, certaines méritent une attention particulière. Je dois également rappeler le point mentionné précédemment, selon lequel en raison de la masse et de la complexité du matériel qui est importé au Canada, il faut accorder au Parlement la souplesse requise dans l'élaboration de la solution.

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

First, I believe that new legislation must provide for a number of basic standards to properly safeguard the fundamental expressive rights at stake. At a minimum, there should be a procedure to allow citizens to be promptly informed of the fact that expressive materials which they are attempting to import have been detained, along with the preliminary reasons for this detention. The importer should then have a right to examine the detained materials and to make effective representations as to why the detained materials are not obscene. A right to make "effective representations" would include, among other things, the right to make at least written submissions, to present evidence, and a statutory guarantee that these submissions and evidence will be considered by the decision-maker. As pointed out by Binnie J., the onus must be on the state to establish, on a balance of probabilities, that the detained materials are in fact obscene under s. 163(8) of the *Criminal Code*. Determinations should be made in a prompt fashion, and brief reasons must be given when materials are determined to be obscene. A time limit to exhaust the administrative decision and internal appeal mechanisms should be provided, with any materials not released or prohibited within the prescribed time being automatically released. Of course, a further right of appeal must continue to exist to the superior court of a province. The goal would be to create an open, expeditious process that allows for greater interaction between the individuals affected and the state.

275 Premièrement, j'estime que les nouvelles dispositions législatives devraient établir un certain nombre de règles de base afin de protéger adéquatement les droits fondamentaux liés à la liberté d'expression qui sont en jeu. À tout le moins, il faudrait établir une procédure permettant aux citoyens d'être informés promptement du fait que le matériel expressif qu'ils désirent importer a été retenu, ainsi que des raisons préliminaires de cette décision. L'importateur devrait alors avoir le droit d'examiner le matériel retenu et de présenter des arguments utiles quant aux raisons pour lesquelles le matériel retenu n'est pas obscène. Le droit de présenter des «arguments utiles» comporterait entre autres le droit de présenter au moins des arguments écrits et des éléments de preuve ainsi que la garantie légale que ces arguments et éléments de preuve seront pris en considération par le décideur. Comme l'a souligné le juge Binnie, il incombe à l'État de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, que le matériel retenu est effectivement obscène au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Les décisions devraient être rendues promptement et accompagnées de brefs motifs lorsque le matériel est jugé obscène. Un délai devrait être prévu pour l'épuisement des mécanismes de décision administrative et d'appel interne, et le matériel non dédouané ni prohibé dans le délai prescrit serait automatiquement dédouané. Il va de soi que le droit d'appel supplémentaire à la cour supérieure de la province doit être maintenu. L'objectif serait de créer un processus ouvert et expéditif, permettant une plus grande interaction entre les personnes touchées et l'État.

Second, I believe that Parliament should give consideration to the establishment of a specialized administrative tribunal to expeditiously review obscenity determinations made by front-line Customs officers. The animating principles in establishing such a tribunal should be independence and effectiveness. A model could be the boards that currently review and classify all films that are publicly displayed in each province. While front-line Customs Inspectors would still make the initial determination as to whether something should be detained, the questionable materials should then immediately be passed on to the tribunal for a

276 Deuxièmement, j'estime que le Parlement devrait envisager d'établir un tribunal administratif spécialisé qui serait chargé de réviser de manière expéditive les décisions en matière d'obscénité rendues par les agents de première ligne des Douanes. Les principes qui devraient guider l'établissement d'un tel tribunal seraient l'indépendance et l'efficacité. Les commissions chargées d'examiner et de classer les films présentés au public dans chaque province pourraient servir de modèle. Les inspecteurs de première ligne des Douanes continueraient de décider initialement si une chose doit être retenue, mais dans les cas dis-

prompt decision. The procedures of such a tribunal should provide for similar rights to those just discussed in relation to the drafting of new Customs legislation.

277 As the great majority of commercial shipments of books enter Canada at a handful of high-volume ports of entry, it would be efficient for a tribunal of this nature to operate in these places. In my opinion, such a system would not necessarily be much more onerous on the government than the existing one. It would free ordinary Customs officers to fulfil the many other functions that they are far better equipped to perform. Moreover, by separating the function of screening the material from actually determining its status, it would avoid the problem identified in *Hunter v. Southam*, *supra*, of merging the investigatory and adjudicatory functions. As Dickson J. noted in that case at p. 164: "A member of the R.T.P.C. passing on the appropriateness of a proposed search under the *Combines Investigation Act* is caught by the maxim *nemo judex in sua causa*. He simply cannot be the impartial arbiter necessary to grant an effective authorization."

278 Implicit in such a regime is that the tribunal will be properly staffed and have access to adequate resources. For any administrative agency to be independent and efficacious, its members must be at arm's length from government, its procedures must be sufficiently developed, its resources must be proportionate to its workload (perhaps with some sort of case management system), it must be properly managed, and its staff and members must receive adequate training and legal advice.

279 Finally, and as a further alternative, I believe that Parliament may wish to consider relying on the criminal law to deal with the importation of

cutables le matériel serait transmis immédiatement au tribunal pour qu'il statue promptement à cet égard. La procédure d'un tel tribunal devrait comporter les mêmes droits que ceux qui ont été mentionnés relativement à la rédaction de la nouvelle législation douanière.

Étant donné que la vaste majorité des expéditions commerciales de livres arrivent au Canada par un petit nombre de points d'entrée, où sont traités de larges volumes de marchandises, il serait efficace d'établir un tel tribunal à ces endroits. À mon avis, un tel système ne serait pas nécessairement beaucoup plus coûteux pour le gouvernement que le système actuel. Il aurait pour effet de libérer les agents des douanes ordinaires, qui pourraient vaquer à leurs nombreuses autres fonctions pour lesquelles ils sont beaucoup mieux préparés. De plus, le fait de séparer les fonctions de contrôle préliminaire du matériel et de qualification de celui-ci préviendrait le problème mentionné dans l'arrêt *Hunter c. Southam*, précité, soit celui de la fusion des rôles d'enquêteur et de décideur. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson dans cet arrêt, à la p. 164: «Un membre de la CPRC qui examine l'opportunité de procéder à une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* est touché par la maxime *nemo judex in sua causa*. Il ne peut tout simplement pas être l'arbitre impartial nécessaire pour accorder une autorisation valable.»

Dans un tel régime, il est entendu que le tribunal devrait disposer des ressources suffisantes, notamment du personnel approprié. Pour qu'un organisme administratif soit indépendant et efficace, il ne doit exister aucune lien de dépendance entre ses membres et le gouvernement, sa procédure doit être suffisamment sophistiquée, ses ressources doivent être proportionnées à sa charge de travail (le tribunal pourrait peut-être être doté d'un genre de système de gestion des dossiers), il doit être bien géré et son personnel ainsi que ses membres doivent recevoir la formation et les avis juridiques dont ils ont besoin.

Enfin, une autre solution de rechange qui, selon moi, pourrait être envisagée par le Parlement serait de s'en remettre au droit criminel, plutôt qu'à un

2000 SCC 69 (CanLII)

2000 SCC 69 (CanLII)

obscene materials into the country in lieu of a prior restraint regime. In 1958, the Tariff Board was asked to re-determine the admissibility of the novel *Peyton Place*, which had been banned in 1956. The majority of the Board, by a 2-1 margin, found it to be non-obscene: see *Dell Publishing Co. v. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. The decision itself is unremarkable; what is remarkable is what the majority said in a postscript not found in the reported version cited above:

> The Board, with great respect, wishes to draw to the attention of the Government an opinion which it has formed as a consequence of performing this rather distasteful responsibility. We cannot bring ourselves to believe that either the officers of the Department of National Revenue, Customs and Excise, or ourselves are qualified to make the kind of decision involved in classifying books under tariff item 1201. Essentially, this is a decision that a book would constitute an offence under the Criminal Code if publicly sold or publicly offered for sale in Canada. Such decisions, we believe, should be made by courts with appropriate jurisdiction in criminal matters.
>
> Therefore, unless there are compelling reasons to the contrary, we suggest that tariff item 1201 be amended so as to apply only to books which have been adjudged to constitute an offence under the Criminal Code. [Emphasis added.]

(National Archives of Canada, RG 79, vol. 276, file 471)

As a matter of public policy, I agree with the Tariff Board majority's suggestion. However, as a matter of law, I am quite rightly restricted to determining what is constitutional; and, as already noted, that does not necessarily overlap perfectly with what is optimally right or just. A system of prior restraint which sufficiently respects the expressive rights of Canadians may well be constitutional. But in the digital and information age in which we now find ourselves, I question whether such an approach continues to be either fair or effective. In my respectful opinion, a better approach would be to have Customs officers alert

régime de restriction préalable, pour lutter contre l'importation de matériel obscène au pays. En 1958, on a demandé à la Commission du tarif de procéder au réexamen de l'admissibilité du roman *Peyton Place*, qui avait été prohibé en 1956. La Commission, à une majorité de deux contre un, a jugé le livre non obscène: voir *Dell Publishing Co. c. Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise* (1958), 2 T.B.R. 154. La décision elle-même n'a rien de remarquable; ce qui l'est toutefois ce sont les propos suivants, qui ont été ajoutés par la majorité en post-scriptum mais ne figurent pas dans la version publiée susmentionnée de sa décision:

> [TRADUCTION] En toute déférence, la Commission souhaite faire part au gouvernement de l'opinion que lui a inspirée l'exécution de cette tâche désagréable. Nous ne pouvons pas nous résoudre à croire que les fonctionnaires du ministère du Revenu national, Douanes et Accise, ou nous-mêmes soyons qualifiés pour prendre le genre de décision que comporte le classement des livres sous le numéro tarifaire 1201. Essentiellement, il s'agit de décider si le livre donnerait lieu à une infraction au Code criminel s'il était vendu ou offert en vente au public au Canada. Nous croyons que ces décisions devraient être prises par les tribunaux compétents en matière criminelle.
>
> Par conséquent, à moins qu'il n'y ait des raisons impérieuses de ne pas le faire, nous suggérons que le numéro tarifaire 1201 soit modifié de façon à ne viser que les livres dont on a jugé qu'ils donnaient lieu à une infraction au Code criminel. [Je souligne.]

(Archives nationales du Canada, GA 79, vol. 276, dossier 471)

280 Du point de vue des politiques d'intérêt général, je suis d'accord avec la suggestion de la majorité de la Commission du tarif. Sur le plan juridique, toutefois, mon rôle se limite à juste titre à déterminer si une mesure est constitutionnelle; et, comme il a été souligné plus tôt, cette mesure ne correspond pas nécessairement de façon parfaite à celle qui serait optimalement appropriée ou juste. Un régime de restriction préalable qui respecte suffisamment les droits liés à la liberté d'expression des Canadiens peut fort bien être constitutionnel. Toutefois, dans l'ère de l'information et du numérique dans laquelle nous vivons aujourd'hui, je me

2000 SCC 69 (CanLII)

the proper authorities when questionable materials come to their attention, and leave the obscenity determination to prosecutorial discretion and the courts. This accords with Blackstone's view, outlined above (at para. 234), that every individual should have the right to put their views forward, but if these views happen to be illegal they must "take the consequence of [their] own temerity". Under this approach, every Canadian would be able to import any expressive material they desire into the country, but if those materials are obscene they must be ready to accept the consequences of their action, which may include seizure of the materials and, possibly, the laying of criminal charges.

281 No doubt there are many other steps that could be taken to improve the current system. I put these suggestions forward to show that there is a variety of approaches available to Parliament to underscore the importance of ensuring Canadians have access to as many expressive materials as possible while realizing the practical constraints that are involved. Because the present regime essentially treats books like any other commodity, I hope that Parliament will review and revise the current Customs legislation to reflect the seminal importance of freedom of expression in our Canadian democracy.

IV. Conclusion

282 In conclusion, I respectfully cannot agree with my colleague Binnie J. that the only amendment needed to the existing legislation is to shift the onus from the importer to the government. Without the opportunity for importers to make effective representations and a statutory guarantee that decisions will be made in a timely fashion, I question the significance of a shift in onus. In my opinion, the record in this appeal amply bears out Smith J.'s

demande si une telle approche continue d'être équitable ou efficace. À mon humble avis, une meilleure façon de faire serait que les agents des douanes alertent les autorités compétentes lorsqu'ils voient du matériel suspect et qu'ils laissent au ministère public, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de poursuivre, et en bout de ligne aux tribunaux, le soin de prendre les décisions en matière d'obscénité. Cette façon de faire est conforme à l'opinion de Blackstone, citée plus tôt (au par. 234), selon laquelle il faut respecter le droit de toute personne d'exprimer ses opinions, mais que si ces opinions se révèlent illégales, cette personne doit «supporter les conséquences de sa propre témérité». Suivant cette approche, chaque Canadien pourrait importer au pays tout le matériel expressif qu'il désire, mais si le matériel était obscène, il devrait être prêt à accepter les conséquences de ses actes, notamment le fait que ce matériel pourrait être saisi et que des accusations criminelles pourraient être portées.

Il ne fait aucun doute que de nombreuses autres mesures pourraient être prises pour améliorer le système actuel. Je fais ces suggestions pour illustrer l'éventail des solutions dont dispose le Parlement afin de souligner qu'il est important de garantir aux Canadiens l'accès à autant de sources de matériel expressif que possible, tout en tenant compte des contraintes d'ordre pratique qui entrent en jeu. Étant donné que le régime actuel traite les livres essentiellement comme toute autre marchandise, j'espère que le Parlement examinera la législation douanière actuelle et la modifiera pour qu'elle reflète l'importance fondamentale de la liberté d'expression dans notre démocratie canadienne.

IV. Conclusion

En conclusion, je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue le juge Binnie que la seule modification que requiert la loi actuelle consiste à déplacer la charge de la preuve, de façon qu'elle incombe non plus à l'importateur mais au gouvernement. Étant donné que les importateurs n'ont pas la possibilité de présenter des arguments utiles et que la loi ne comporte aucune garantie que les décisions seront rendues en temps opportun, je

conclusion that there are "grave systemic" flaws in the enforcement of the Customs legislation. But I cannot agree that the remedy is simply to issue a declaration and take it on faith that Canada Customs — an agency which, it bears repeating, has a long and ignominious record of excessive censorship throughout this century — will reform its ways.

I would therefore allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal and declare, pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that Schedule VII, Tariff Code 9956(*a*) (now Tariff Item 9989.00.00) is of no force and effect. I would suspend this declaration of invalidity for a period of 18 months to allow the government time to choose the preferred remedial option described in these reasons, and to take the related steps necessary to make the implementation of the chosen option effective.

Appeal allowed in part with costs, IACOBUCCI, ARBOUR *and* LEBEL JJ. *dissenting in part*.

Solicitors for the appellants: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitor for the respondents the Minister of Justice and Attorney General of Canada and the Minister of National Revenue: The Department of Justice, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian AIDS Society: Elliott & Kim, Toronto.

m'interroge sur la portée qu'aura ce déplacement de la charge de la preuve. À mon avis, le dossier produit en l'espèce confirme amplement la conclusion du juge Smith selon laquelle l'application de la législation douanière comporte des lacunes «systémiques graves». Je ne peux toutefois accepter que la réparation qui convienne consiste simplement à rendre un jugement déclaratoire et à avoir confiance que Douanes Canada — organisme qui, il convient de le répéter, a une longue et honteuse histoire de censure excessive au cours de ce siècle — changera sa façon de faire.

283 Par conséquent, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et, en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, je déclarerais inopérant le code tarifaire 9956*a*) de l'annexe VII (maintenant le numéro tarifaire 9989.00.00). Je suspendrais la prise d'effet de cette déclaration d'invalidité pour une période de 18 mois, afin de donner au gouvernement le temps de choisir la solution correctrice qu'il préfère parmi celles décrites dans les présents motifs, et de prendre les mesures requises pour mettre en œuvre efficacement la solution qu'il aura retenue.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens, les juges IACOBUCCI, ARBOUR *et* LEBEL *sont dissidents en partie*.

Procureurs des appelants: Arvay Finlay, Victoria.

Procureur des intimés le ministre de la Justice et procureur général du Canada et le ministre du Revenu national: Le ministère de la Justice, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Société canadienne du SIDA: Elliott & Kim, Toronto.

2000 SCC 69 (CanLII)

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Conference of the Arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Solicitors for the intervener PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund (LEAF): Karen Busby and Claire Klassen, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Conférence canadienne des arts: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante EGALE Canada Inc.: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenante Equality Now: Janine Benedet, Toronto.

Procureurs de l'intervenante PEN Canada: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Karen Busby et Claire Klassen, Winnipeg.

2000 SCC 69 (CanLII)

TAB 10

CanLII

Roach v. Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship), 1994 CanLII 3453 (FCA), [1994] 2 FC 406

Date:	1994-01-20
File number:	A-249-92
Other citations:	[1994] FCJ No 33 (QL) — [1994] CarswellNat 1463 — 23 Imm LR (2d) 1 — 46 ACWS (3d) 387 — 113 DLR (4th) 67 — 164 NR 370 — 72 FTR 304
Citation:	Roach v. Canada (Minister of State for Multiculturalism and Citizenship), 1994 CanLII 3453 (FCA), [1994] 2 FC 406, <https://canlii.ca/t/4nm5>, retrieved on 2022-06-09

roach v. canada

A-249-92

Charles C. Roach (*Appellant*)

v.

The Minister of State for Multiculturalism and Citizenship (*Respondent*)

Indexed as: Roach v. Canada *(Minister of State for Multiculturalism and Citizenship) (C.A.)*

Court of Appeal, MacGuigan, Linden and McDonald, JJ.A."Toronto, November 4, 1993; Ottawa, January 20, 1994.

Citizenship and Immigration " Status in Canada " Citizens " Appeal from decisions under R. 419 striking out declaration as disclosing no reasonable cause of action " Appellant seeking Canadian citizenship but unwilling to swear allegiance to Queen because of republican views " Whether oath of allegiance in Citizenship Act unconstitutional " Nature of oath explained " Taking of oath not coercive burden infringing appellant's Charter rights " Comparison between citizens by birth and non-citizens seeking citizenship through naturalization meaningless " Plain and obvious appellant having no chance of success at trial.

Constitutional law " Charter of Rights " Appellant alleging violation of Charter rights based on requirement in citizenship application to take oath or make affirmation of allegiance to Queen " Oath of allegiance binding so long as Constitution unamended " Not diminishing exercise of fundamental freedoms in Charter, s. 2(b), (c), (d) " Appellant having no chance of success at trial " Constitution ultimate criterion measuring laws, actions, discriminatory burdens.

This was an appeal from the judgment of Joyal J. sustaining the decision of Giles A.S.P. under Rule 419 striking out the appellant's declaration on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. The appellant, a Toronto lawyer born in Trinidad and Tobago who has been a permanent resident of Canada and British subject for more than 34 years, applied for Canadian citizenship but, because of his republican views, he was unwilling to swear allegiance to the Queen, which is required as part of the oath-taking ceremony. He alleged that being required to take an oath or make an affirmation of allegiance to the Queen was a violation of his Charter rights. For that reason, he sought a declaration that he was entitled to a grant of citizenship without having to take the oath or affirmation of citizenship in its present form. The Trial Judge held that the oath or affirmation was to the Queen as Head of State, that the requirement for such oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds and that the appellant's remedy lay in the political realm. The issue in this appeal was whether the oath of allegiance to the Queen contained in the *Citizenship Act* could be considered as a violation of the appellant's constitutional rights under the Charter.

Held (Linden J.A. dissenting in part), the appeal should be dismissed.

Per MacGuigan J.A.: An oath is a solemn declaration before God or on something sacred that a statement is true; an affirmation fills the same role for those who do not wish to take an oath. The oath of allegiance to the Queen as Head of State for Canada is binding in the same way as the rest of the Constitution of Canada so long as the Constitution is unamended in that respect. Given that the appellant did not advocate revolutionary change, that is change contrary to the Constitution itself, his freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association under section 2 of the Charter could not be limited by the oath of allegiance which in no way diminishes the exercise of those freedoms. It was "plain and obvious" and "beyond doubt" that the appellant would have no chance of success at trial in that regard. In arguing that the process to obtain citizenship requires from non-citizens an oath of allegiance to the Queen, which Canadian citizens by birth are not required to take, the appellant made a meaningless comparison of groups. Birth-citizens are not required to take an oath of allegiance because they need not submit to a process to obtain the citizenship they already have. Oaths or affirmations express a solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life. The appellant could hardly complain that, in order to become a Canadian citizen, he had to express agreement with the fundamental structure of our country. The Constitution is itself the ultimate criterion by which all laws, actions and discriminatory burdens are measured.

Per Linden J.A. (dissenting in part): One of the main reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim (or declaration) as disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. It is only in the most obvious cases that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant. With respect to both freedom of conscience and freedom of religion, the appellant had to show that the burden imposed on him by the oath was more than trivial or insubstantial. The appellant has not raised a plausible argument about the imposition of a coercive burden on his conscientiously-held views which bridle at swearing an oath to anyone but a Supreme Being. His real objection was not to the method of oath making but to its content. His claim under paragraph 2(*a*) of the Charter regarding freedom of conscience should therefore be struck out. Similarly, his allegation that the oath of citizenship restricts his freedom of religion since the Queen is the "Head of the Anglican Church" must be struck out. The oath requires no statement of allegiance to Anglicanism nor to the Queen in relation to her role in the Church of England. The appellant's claim with respect to effects on his freedom of religion did not disclose a burden which is more than trivial or insubstantial. The relationship between an oath of allegiance to the Queen in her capacity of Head of State and the appellant's religious practice and beliefs was too remote. Although freedom of thought, belief and opinion in paragraph 2(*b*) of the Charter is distinct from freedom of conscience, much of the same analysis could be applied to these freedoms: there must be some coercive burden flowing out of the impugned law. Given that, nowadays, freedom to criticize the monarchy and other Canadian institutions is guaranteed by the Charter and that, by taking this oath, the appellant might feel inhibited to some extent in his anti-monarchy activities, his claim with respect to freedom of thought should not be struck out. While there was no evidence to suggest that the purpose of the oath or affirmation of citizenship is to curtail freedom of expression, strict adherence to the oath or affirmation of loyalty to the Queen might be felt by the appellant to prevent him from expressing his republicanism, even though it might not in law actually do so. The appellant's claim that the oath or affirmation abridges his freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(*b*) of the Charter should, therefore, not be struck out. Freedom of peaceful assembly was geared toward protecting the physical gathering together of people and was not intended to protect the objects of an assembly that is organized to foster freedom of thought, belief, opinion or expression, or freedom of association, for that would be protected independently. The portion of the appellant's declaration relating to freedom of peaceful assembly should, therefore, be struck out. With respect to freedom of association under paragraph 2(*d*) of the Charter, it could not be said at this stage that the appellant, given the opportunity to adduce evidence and arguments, could not succeed on that point and, therefore, this portion of the declaration should not be struck out. The standard for cruel and unusual treatment under section 12 of the Charter is whether the treatment outrages standards of decency. The consequences to the appellant of not swearing the oath or making the affirmation could not be said to outrage standards of decency and therefore, this portion of the declaration should be struck out.

The appellant's claim that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter could be justified by the fact that a permanent resident desiring to become a naturalized citizen is required to take the oath while people who are Canadian citizens by birth are not. Non-citizens would be denied equality under the law in that the *Citizenship Act* appears to draw a distinction between two groups, namely people who attain citizenship automatically by birth and people who must apply for citizenship. In addition to the differential treatment, the appellant would have to demonstrate at trial that any inequality under the law is discriminatory. The appellant's claim under section 27 of the Charter should also be struck out as that provision is merely an aid to interpretation and not a substantial provision that can be violated.

statutes and regulations judicially considered

Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act, 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 2, 12, 15(1), 27.

Citizenship Act, R.S.C., 1985, c. C-29, ss. 2, 5 (as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1), 10, 12(3), 24.

Citizenship Regulations, C.R.C., c. 400.

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 101.

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 41(*a*), 52.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 131 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17).

Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 419.

cases judicially considered

applied:

Andrews v. Law Society of British Columbia, [1989] 1 S.C.R. 142; (1989), 1989 CanLII 2 (SCC), 56 D.L.R. (4th) 1; [1989], 2 W.W.R. 289; 34 B.C.L.R. (2d) 273; 25 C.C.E.L. 255; 10 C.H.R.R. D/5719; 36 C.R.R. 193; 91 N.R. 255.

considered:

R. v. Swain, 1991 CanLII 104 (SCC), [1991] 1 S.C.R. 933; (1991), 1990 CanLII 6816 (ON SC), 75 O.R. (2d) 388; 71 D.L.R. (4th) 551; 63 C.C.C. (3d) 481; 5 C.R. (4th) 253; 3 C.R.R. (2d) 1; 125 N.R. 1; 47 O.A.C. 81; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, 1980 CanLII 21 (SCC), [1980] 2 S.C.R. 735; (1980), 115 D.L.R. (3d) 1; 33 N.R. 304; *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, 1985 CanLII 74 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 441; (1985), 18 D.L.R. (4th) 481; 12 Admin. L.R. 16; 13 C.R.R. 287; 59 N.R. 1; *Hunt v. Carey Canada Inc.*, 1990 CanLII 90 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 959; *Benner v. Canada (Secretary of State)*, 1993 CanLII 2978 (FCA), [1994] 1 F.C. 250; (1993), 155 N.R. 321 (C.A.); *R. v. Bannerman* (1966), 1966 CanLII 634 (MB CA), 55 W.W.R. 257; 48 C.R. 110 (Man. C.A.); *R. v. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (SCC), [1988] 1 S.C.R. 30; (1988), 44 D.L.R. (4th) 385; 37 C.C.C. (3d) 449; 62 C.R. (3d) 1; 31 C.R.R. 1; 82 N.R. 1; 26 O.A.C. 1; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, 1986 CanLII 12 (SCC), [1986] 2 S.C.R. 713; (1986), 35 D.L.R. (4th) 1; 30 C.C.C. (3d) 385; 87 CLLC 14,001; 55 C.R. (3d) 193; 28 C.R.R. 1; 71 N.R. 161; 19 O.A.C. 239; *Schachtschneider v. Canada*, 1993 CanLII 2982 (FCA), [1994] 1 F.C. 40; (1993), 154 N.R. 321 (C.A.); *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929); *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, 1989 CanLII 87 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 927; (1989), 58 D.L.R. (4th) 577; 25 C.P.R. (3d) 417; 94 N.R. 167; *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943); *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, 1987 CanLII 88 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 313; (1987), 78 A.R. 1; 38 D.L.R. (4th) 161; [1987] 3 W.W.R. 577; 51 Alta. L.R. (2d) 97; 87 CLLC 14,021; [1987] D.L.Q. 225; 74 N.R. 99.

referred to:

Omychund v. Barker (1744), 26 E.R. 15; *R. v. Khan*, 1990 CanLII 77 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 531; (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; 79 C.R. (3d) 1; 113 N.R. 53; 41 O.A.C. 353; *R. v. B. (K.G.)*, 1993 CanLII 116 (SCC), [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, 1985 CanLII 69 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 295; (1985), 60 A.R. 161; 18 D.L.R. (4th) 321; [1985] 3 W.W.R. 481; 37 Alta. L.R. (2d) 97; 18 C.C.C. (3d) 385; 85 CLLC 14,023; 13 C.R.R. 64; 58 N.R. 81; *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943); *R. v. Keegstra*, 1990 CanLII 24 (SCC), [1990] 3 S.C.R. 697; (1990), 114 A.R. 81; [1991] 2 W.W.R. 1; 77 Alta. L.R. (2d) 193; 61 C.C.C. (3d) 1; 3 C.P.R. (2d) 193; 1 C.R. (4th) 129; 117 N.R. 284; *R. v. Butler*, 1992 CanLII 124 (SCC), [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Smith (Edward Dewey)*, 1987 CanLII 64 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 1045; (1987), 40 D.L.R. (4th) 435; [1987] 5 W.W.R. 1; 15 B.C.L.R. (2d) 273; 34 C.C.C. (3d) 97; 58 C.R. (3d) 193; 31 C.R.R. 193; 75 N.R. 321; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1992 CanLII 87 (SCC), [1992] 1 S.C.R. 711; (1992), 90 D.L.R. (4th) 289; 2 Admin. L.R. (2d) 125; 72 C.C.C. (3d) 214; 8 C.R.R. (2d) 234; 16 Imm. L.R. (2d) 1; 135 N.R. 161; *R. v. Turpin*, 1989 CanLII 98 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1296; (1989), 48 C.C.C. (3d) 8; 69 C.R. (3d) 97; 39 C.R.R. 306; 96 N.R. 115; 34 O.A.C. 115; *Symes v. Canada*, 1993 CanLII 55 (SCC), [1993] 4 S.C.R. 695; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, 1989 CanLII 96 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1219; (1989), 59 D.L.R. (4th) 321; [1989] 4 W.W.R. 193; 58 Man. R. (2d) 161; 26 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6183; 89 CLLC 17,012; 45 C.R.R. 115; 94 N.R. 373; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, 1989 CanLII 97 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1252; (1989), 59 D.L.R. (4th) 352; [1989] 4 W.W.R. 39; 58 Man. R. (2d) 1; 25 C.C.E.L. 1; 10 C.H.R.R. D/6205; 89 CLLC 17,011; 47 C.R.R. 274; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 1990 CanLII 121 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 232; (1990), 111 N.R. 161; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, 1991 CanLII 60 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 69; (1991), 82 D.L.R. (4th) 321; 37 C.C.E.L. 195; 91 CLLC 14,026; 125 N.R. 241; *R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*, 1991 CanLII 76 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 577; (1991), 7 C.R. (4th) 117; 128 N.R. 81; *Schachter v. Canada*, 1992 CanLII 74 (SCC), [1992] 2 S.C.R. 679; (1992), 93 D.L.R. (4th) 1, 92 CLLC 14,036; 10 C.R.R. (2d) 1; 139 N.R. 1; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993 CanLII 75 (SCC), [1993] 3 S.C.R. 519; (1993), 107 D.L.R. (4th) 342, 158 N.R. 1; *R. v. Seaboyer* (1987), 1987 CanLII 174 (ON CA), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, 1989 CanLII 281 (YK CA), [1990] N.W.T.R. 55; [1990] 1 W.W.R. 193; (1989), 39 B.C.L.R. (2d) 358; 1989 CanLII 7247 (YK CA), 51 C.C.C. (3d) 265; [1990] 1 C.N.L.R. 92, 74 C.R. (3d) 57; 44 C.R.R. 122 (Y.T.C.A.).

authors cited

Abella, Irving M. *A Coat of Many Colours: Two Centuries of Jewish Life in Canada*. Toronto: Lester & Orpen Dennys, 1990.

Canada. Prime Minister. *The Constitution and the People of Canada*. Ottawa: Government of Canada, 1969.

Gochnauer, M. "Oaths, Witnesses and Modern Law" (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67.

Levinson, Sanford. "Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths" (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440.

MacKinnon, Frank. *The Crown in Canada*. Calgary: Glenbow-Alberta Institute, 1976.

Morton, Frederic. *The Rothschilds: A Family Portrait*. New York: Atheneum, 1962.

APPEAL from Trial Division decision (1992 CanLII 8551 (FC), [1992] 2 F.C. 173; (1992), 53 F.T.R. 241 (T.D.)) sustaining decision of Associate Senior Prothonotary striking out the appellant's declaration under Rule 419 on the ground that it disclosed no reasonable cause of action. Appeal dismissed.

counsel:

Charles C. Roach on his own behalf.

Bonnie J. Boucher for respondent.

solicitors:

Charles C. Roach, Toronto, on his own behalf.

Deputy Attorney General of Canada for respondent.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

MacGuigan J.A.: In my view, Joyal J. as Trial Judge [1992 CanLII 8551 (FC), [1992] 2 F.C. 173] and, before him, Giles A.S.P. were right in striking out the whole of the appellant's declaration under Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] on the ground that it disclosed no reasonable cause of action.

I have had the opportunity of reading the reasons for judgment of my brother Linden and I am in agreement with his explanation of the legislation, of the test for disclosing no reasonable cause of action, and of the nature of an oath, and with his striking out the appellant's claim with respect both to cruel and unusual treatment or punishment (section 12 of the Charter) [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] and to the multicultural heritage of Canadians (section 27). I am also in agreement with his reasons for striking out the appellant's declaration in relation to the freedom of conscience and religion (paragraph 2(*b*)), except that in my opinion the oath of allegiance could not be even a trivial or insubstantial interference with the appellant's exercise of those freedoms. I am not in agreement with the rest of my colleague's reasons for decision or with his disposition of the case.

An oath is a solemn declaration before God or on something sacred that a statement is true; an affirmation fills the same role for those who do not wish to take an oath. The oath of allegiance required under the *Citizenship Act* [R.S.C., 1985, c. C-29] is to the effect that the oath-taker (or affirmer) "will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors." Although there is an immemorial common law tradition behind the role of the monarch as Head of State, that is now subsumed by section 9 of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]], which provides with respect to executive power that "The Executive Government and Authority of and over Canada is hereby declared to continue and be vested in the Queen," and by section 17, which provides with respect to legislative power that "There shall be One Parliament for Canada, consisting of the Queen, or Upper House styled the Senate, and the House of Commons." Since Canada is a constitutional and not an absolute monarchy, the Queen does not rule personally, but rather may be said to "reign" by constitutional convention, through the advice of ministers drawn from the party with an actual or presumed majority in the House of Commons.[1]*ftnote[1] The conventions of the Canadian Constitution are endowed with constitutional authority by virtue of the words in the preamble of the *Constitution Act, 1867*, that Canada have "a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom." They could, of course, be specified or amended by constitutional amendment. The principal proposal to provide a realistic statement of the conventions underlying the Canadian system was that by then Prime Minister Trudeau, *The Constitution and the People of Canada*, published by the Government of Canada in 1969, and was never adopted.

If the provisions of the *Constitution Act, 1867* and any others dependent on them (such as sections 10-16) were repealed or amended so as, for example, to substitute some differently designated person for the monarch, it cannot be doubted that the monarch would no longer be the Head of State for Canada, provided of course that the constitutional amendment were properly made under Part V of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]], since "the office of the Queen" is specifically made amendable by paragraph 41(*a*) of the *Constitution Act, 1982* "by resolutions of the Senate and House of Commons and of the legislative assembly of each province."

Against this constitutional background, the oath of allegiance has to be understood to be binding in the same way as the rest of the Constitution of Canada not forever, nor in some inherent way, but only so long as the Constitution is unamended in that respect.

It is a matter of common sense and common consent that it is neither unconstitutional, nor illegal, nor inappropriate to advocate the amendment of the Constitution. The proponents of the Meech Lake and Charlottetown Accords did not walk with trepidation in their advocacy of those amendments at least not on that score. Paragraph 41(*a*) of the *Constitution Act, 1982* itself "dares" constitutionally to legitimize the abolition of the monarchy. All that is required for constitutional legitimacy is that the constitutionally provided amending formula be followed.

Given that the appellant does not advocate revolutionary change (i.e., change contrary to the Constitution itself),[2]*ftnote[2] If he did advocate revolutionary change, such advocacy could not, of course, receive constitutional protection, since it would be by definition anti-constitutional. his freedom of expression (paragraph 2(*b*)), freedom of peaceful assembly (paragraph 2(*c*)) and freedom of association (paragraph 2(*d*)) cannot conceivably be limited by the oath of allegiance, since the taking of the oath of allegiance in no way diminishes the exercise of those freedoms. The fact that the oath "personalizes" one particular constitutional provision has no constitutional relevance, since that personalization is derived from the Constitution itself. As it was put by Professor Frank MacKinnon, *The Crown in Canada*, Glenbow-Alberta Institute, 1976, at page 69, "Elizabeth II is the personal expression of the Crown of Canada". Even thus personalized, that part of the Constitution relating to the Queen is amendable, and so its amendment may be freely advocated, consistently with the oath of allegiance, either by expression, by peaceful assembly or by association.

This is sufficient to dispose of the appellant's challenge to the oath of allegiance on the basis of section 2 of the Charter. No facts would be pleaded that would prove the appellant's allegation. It is "plain and obvious" and "beyond doubt" that the appellant has no chance of success at trial in this regard.

The appellant also claims that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter, which reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The authorities show that in addition to differential treatment, a complainant must establish that any such denial of equality is discriminatory: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 142; *R. v. Swain* 1991 CanLII 104 (SCC), [1991] 1 S.C.R. 933.

Andrews is particularly helpful for the case at bar in this respect since it also dealt with the position of non-citizens. In *Andrews*, where a law society denied admission to the practice of law to non-citizens, discrimination was found to exist for two reasons: (1) a burden was imposed on non-citizen applicants for legal practice in the form of a three-year delay, the period of residence required for citizenship; (2) this burden was imposed in relation to non-citizenship, which was held to be an analogous category to those specifically enumerated in subsection 15(1).

In the case at bar it is not precisely citizenship which is in question, but rather the process required for citizenship. The appellant's objection is not even that a process is required for citizenship, but only that the process requires an oath of allegiance to the Queen, which Canadian citizens by birth are not required to take.

This is a meaningless comparison of groups. Birth-citizens are not, of course, required to take an oath of allegiance because they need not submit to a process to obtain the citizenship they already have. Their exemption, as it were, is not one from the oath itself, but from the citizenship process.

Moreover, the burden imposed on the appellant is only the minuscule one of the time and the effort involved in the uttering of the twenty-four words of allegiance. To hold this to be a coercive burden that would trigger the invocation of subsection 15(1) would in my opinion be to trivialize the Charter.

Of course, the total consequences of the swearing or affirming of these twenty-four words (as opposed to their nominal burden) are not at all trivial. Not only are the consequences as a whole not contrary to the Constitution, but it would hardly be too much to say that they are the Constitution. They express a solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution as it has been and is, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life. The appellant can hardly be heard to complain that, in order to become a Canadian citizen, he has to express agreement with the fundamental structure of our country as it is.

What our country may come to be, on the other hand, as I have suggested in relation to section 2 of the Charter, is for millions of Canadian citizens to work out over time, a process in which the appellant can himself share, if he only allows himself to do so. He cannot use his dream of a republican Constitution as a legal basis for denying the legitimacy of the present form of government. The present Constitution could indeed evolve into his ideal republic, provided that the intervening political

process were peacefully constitutional. If the appellant, idiosyncratically, were to feel that thus pledging his allegiance to the existing Constitution were a "burden", this would not be a burden of which the law could take any cognizance. The Constitution, as it exists at any given time, cannot be unconstitutional, nor can it be constitutionally burdensome. It is itself the ultimate criterion by which all laws, actions and discriminatory burdens are measured.

Any remaining aspects of the appellant's claim under subsection 15(1) have already been disposed of in my consideration of section 2.

The Court raised with the parties the question of its jurisdiction under section 101 of the *Constitution Act, 1867*, to issue a declaration in such a case, and allowed them additional weeks after the hearing to submit argument on this question. I did not find these arguments, as presented, helpful, and, as the appellant's declaration is being struck out in any event, I do not find it necessary to resolve this issue as well.

The appeal must therefore be dismissed with costs.

McDonald J.A.: I agree.

• • •

The following are the reasons for judgment rendered in English by

Linden J.A. (dissenting in part): The issue on this appeal is whether the oath of allegiance to the Queen contained in the *Citizenship Act*, R.S.C., 1985, c. C-29, might, in the circumstances of this case, be found to be unconstitutional. More particularly, the appellant, a republican, claims that being required to take an oath of allegiance to the Queen is a violation of his constitutional rights guaranteed by several different sections of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. His declaration was struck out pursuant to Rule 419 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] as disclosing "no reasonable cause of action" by the Associate Senior Prothonotary, which decision was affirmed by the Trial Division. He now appeals to this Court.

The appellant, a member of the Ontario Bar, who was born in Trinidad and Tobago, has been a permanent resident of Canada as a British subject for more than 34 years. The appellant alleges that, over the years, his rights as a British subject and permanent resident have been eroded such that he can no longer vote in elections, stand for public office, or be employed in the Public Service. The appellant applied for and is eligible for Canadian citizenship. Prior to commencing this litigation, the appellant sought from various Government Ministers an exemption from the oath of citizenship in its present form. He was unsuccessful in his requests. The appellant is willing to take an oath to be a loyal Canadian citizen, to obey the laws of Canada and to fulfil his citizenship duties. However, because of his republican views, he is not willing to swear allegiance to the Queen, something which is currently required as part of the oath-taking ceremony.

The appellant commenced an action for declaratory relief against the Crown by filing a declaration, seeking a declaration that he is entitled to a grant of citizenship without having to take the oath or affirmation of citizenship in its present form. In the alternative, the appellant sought a declaration that he is entitled to an exemption from being required to take the citizenship oath or affirmation in its present form. In particular, the appellant alleged that being required to take an oath or make an affirmation of allegiance to the Queen is a violation of his Charter rights.

THE *CITIZENSHIP ACT* PROVISIONS

The eligibility requirements for Canadian citizenship are set out in section 5 [as am. by R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 44, s. 1] of the *Citizenship Act*. When those requirements are met, the Minister must issue a citizenship certificate. According to subsection 12(3), however, the certificate does not take effect until the person to whom it has been issued complies with the requirements of the Act and the *Citizenship Regulations*, C.R.C., c. 400, respecting the oath of citizenship. An oath or affirmation of citizenship is the last step in attaining Canadian citizenship. Section 24 of the Act states:

24. Where a person is required under this Act to take the oath of citizenship, the person shall swear or affirm in the form set out in the schedule and in accordance with the regulations.

The Schedule to the *Citizenship Act* contains the oath or affirmation itself, in the following form:

I swear (*or* affirm) that I will be faithful and bear true allegiance to Her Majesty Queen Elizabeth the Second, Queen of Canada, Her Heirs and Successors, and that I will faithfully observe the laws of Canada and fulfil my duties as a Canadian citizen.

The Minister is empowered by paragraph 5(3)(*b*) of the *Citizenship Act* to waive the requirement that a person take an oath of citizenship in the case of any person under a disability. It reads as follows:

5. . . .

(3) The Minister may, in his discretion, waive on compassionate grounds,

. . .

(*b*) in the case of any person under a disability . . . the requirement that the person take the oath of citizenship.

Disability is defined in section 2 of the *Citizenship Act* as the incapacity of a minor or of a person who is mentally incompetent. The appellant, consequently, is not a person under a disability within the meaning of the *Citizenship Act*, so that the Minister is not authorized to waive the requirement of the citizenship oath for him. Were the Minister or the Citizenship Court more broadly authorized by Parliament to waive the requirement of the citizenship oath in appropriate cases, this litigation might have been avoided. However, as the legislation stands, the Court must consider the appellant's contention that the oath of citizenship is unconstitutional, at least in relation to his situation.

JUDGMENTS BELOW

The motion to strike was heard before the Associate Senior Prothonotary who granted the motion "without prejudice to the plaintiff's right to file a claim or declaration outlining a complete cause of action devoid of irrelevant material within the jurisdiction of the Court" (see page 22, Case). Costs of the motion were awarded against the appellant in any event of the cause.

The appellant appealed to the Trial Division, where his appeal was dismissed. Mr. Justice Joyal stated that, in Canada, the Queen is equivalent to "State" or "Crown" and that the oath or affirmation of citizenship requires an oath or affirmation to this country's Head of State. He held that it was not constitutionally significant that our Head of State is a monarch and an Anglican. Further, the appellant was free to make an affirmation if to make an oath was contrary to his conscience.

Mr. Justice Joyal concluded as follows [at page 179]:

The appellant must be aware that Canada is a secular state and although many of its laws reflect religious tradition, culture and values, they are nonetheless secular or positivistic in nature. To grant exemptions of the kind claimed by the appellant would be to permit the imposition of private beliefs, religious or otherwise, on laws of general application, a condition which would be in contradiction with the principles of a secular state.

Mr. Justice Joyal stated that, in his view, the oath or affirmation could not be challenged on Charter grounds, and indicated that the appellant's remedy lay in the political realm. He dismissed the appeal with costs.

THE TEST FOR DISCLOSING NO REASONABLE CAUSE OF ACTION

The governing test for dismissing an action or striking out a claim as disclosing no reasonable cause of action is a difficult one to meet. Our Courts are rightly reluctant to snuff out potentially meritorious actions prematurely. We try to err on the side of giving each person a day in court, striking out claims only in the plainest and most obvious cases. As Mr. Justice Estey wrote for the Supreme Court of Canada in *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada et al.*, 1980 CanLII 21 (SCC), [1980] 2 S.C.R. 735, at page 740:

On a motion such as this a court should, of course, dismiss the action or strike out any claim made by the plaintiff only in plain and obvious cases and where the court is satisfied that "the case is beyond doubt". [Emphasis added.]

This standard was adopted by the Supreme Court of Canada in the context of a Charter claim in *Operation Dismantle Inc. et al. v. The Queen et al.*, 1985 CanLII 74 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 441. Madam Justice Wilson, in concurring reasons, stated, at page 486:

The law then would appear to be clear. The facts pleaded are to be taken as proved. When so taken, the question is do they disclose a reasonable cause of action, *i.e.* a cause of action "with some chance of success". [Emphasis added.]

The majority in *Operation Dismantle, supra*, led by Chief Justice Dickson, cited *Inuit Tapirisat, supra*, and then quoted the concurring reasons of Madam Justice Wilson with approval.

In *Hunt v. Carey Canada Inc.*, 1990 CanLII 90 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 959, Madam Justice Wilson did an extensive survey of the law on striking out claims for disclosing no reasonable cause of action. She concluded, writing for the Court, at page 980:

[A]ssuming that the facts as stated in the statement of claim can be proved, is it "plain and obvious" that the plaintiff's statement of claim discloses no reasonable cause of action? As in England, if there is a chance that the plaintiff might succeed, then the plaintiff should not be "driven from the judgment seat". [Emphasis added.]

Consequently, if it is "plain and obvious" or "beyond doubt" that the appellant cannot succeed, the declaration should be struck out, but if there is "some chance of success" or "a chance that the plaintiff might succeed", the action should be allowed to proceed to trial.

A document such as a statement of claim or, as in this case, a declaration does not contain the evidence required to prove the facts that the plaintiff alleges. The facts alleged may or may not be proven at the trial"that is, it may or may not be shown that the appellant holds the views he alleges he holds and it may or may not be shown that the potential negative consequences will actually transpire. One of the driving reasons behind the high threshold for striking out a statement of claim for disclosing no reasonable cause of action is to prevent a court from embarking on a resolution of factual issues raised in a case in the absence of any evidence. The danger of such a course is obvious: there is an inadequate record upon which to make the factual determinations necessary to the disposition of a case. Further, a statement of claim contains only a skeleton of a legal argument, which will be fleshed out in submissions before the trial Court. It is only in the most obvious of cases, therefore, that the opportunity to present evidence and full legal argument should be denied a litigant.

In applying this standard to the appellant's declaration, it should be borne in mind that these reasons are not in any way relevant to whether the appellant's action will or should succeed at trial; they are limited only to a consideration of whether he might succeed at trial. Consequently, these reasons must not be read as expressing any views, one way or the other, on the ultimate merits of any of the appellant's allegations.

THE APPELLANT'S CLAIM

The appellant's declaration alleges that the oath of citizenship is contrary to several sections of the Charter, including paragraphs 2(*a*), 2(*b*), 2(*c*), 2(*d*), section 12, and subsection 15(1). The appellant also claims that these Charter rights should be interpreted in accordance with section 27, which encourages the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians. I will deal with each of the appellant's arguments in turn.

It should be noted that the appellant has not distinguished in his declaration between taking an oath and making an affirmation. The religious character of taking an oath is not an issue for the appellant and this is rightly so given the availability of the affirmation. In other words, the form of the oath is not in issue, only its content. The appellant is objecting to making any commitment of loyalty or allegiance to Her Majesty the Queen that is binding on his conscience, whether that commitment be evinced by way of oath or affirmation. Therefore, the word "oath" as used in the declaration should be read as referring to both an oath and an affirmation.

THE NATURE OF AN OATH

Through an oath or affirmation, a person attests that he or she is bound in conscience to perform an act or to hold to an ideal faithfully and truly. An oath "relies on the individual's inner sense of personal worth and what is right". It engages the "will and conscience of the taker of the oath." (See Gochnauer, Oaths, Witnesses and Modern Law (1991), 4 *Can. J. Law & Jur.* 67, at pages 71-73.) In the past it invariably invoked the aid of the Supreme Being as "rewarder of truth" and as "avenger of falsehood." (See *Omychund v. Barker* (1744), 26 E.R. 15, at page 32).

Nowadays, however, simple affirmations are generally accepted. Being allowed to affirm instead of swearing an oath was a major human rights achievement for our society. Minority religious groups in the past were denied rights because of their inability or unwillingness to swear the oath. For example, Professor Irving Abella in his fascinating book, *A Coat of Many Colours*, (1990), at page 20, tells how Ezekiel Hart, a person of the Jewish faith, ran and won an election as member of the Legislative Assembly of Quebec for Three Rivers in 1807. However, because he took the oath on the Old Testament with his head covered, rather than on the New Testament, he was barred from taking his seat and was replaced by the runner-up in the election. Hart ran and was elected again in 1808 and, though this time he indicated a willingness to swear the oath on the New Testament, he was again denied his seat on the basis that he would not be bound by such an oath and that he would "thereby profane the Christian religion". It was not until 1832 that Jewish people won the right to hold elected office in Quebec. The situation was worse in England, where it took 26 more years for Jews to be able to hold elected office. A similar sorry saga had to be enacted by Lionel de Rothschild, who had to be elected six times between 1847 and 1858 in the city of London before he was finally allowed to take his seat in the House of Commons, after swearing the oath on the Old Testament according to the Jewish tradition with his head covered. (See Morton, *The Rothschilds: A Family Portrait*, (1962), at page 163.) This problem, fortunately, no longer shames us.

We require oaths or affirmations as a method of binding the conscience in various circumstances such as testifying in Court, being admitted as a member of the Bar, as a Member of Parliament, on entering the Public Service, and, of course, there is also the oath of citizenship which is at issue in this appeal. These are all circumstances in which we seek to ensure certain paramount goals such as fidelity to the truth or loyalty to the country. As I stated in *Benner v. Canada (Secretary of State)*, 1993 CanLII 2978 (FCA), [1994] 1 F.C. 250 (C.A.), at page 281:

Swearing an oath as a prerequisite to citizenship is a common practice followed in many countries. It is, in essence, a simple inquiry as to whether an individual is committed to the country and shares the basic principles or ideals upon which the country was founded.

This view was dramatically proclaimed in the American context, by Justice Felix Frankfurter (see, Levinson, Constituting Communities Through Words That Bind: Reflections on Loyalty Oaths (1986), 84 *Mich. L. Rev.* 1440, at page 1441):

American citizenship implies entering upon a fellowship which binds people together by devotion to certain feelings and ideas and ideals summarized as a requirement that they be attached to the principles of the Constitution.

There is some jurisprudence on the relationship between oaths and the conscience of the oath-taker in the context of swearing to tell the truth in court proceedings. For example, in *R. v. Bannerman* (1966), 1966 CanLII 634 (MB CA), 55 W.W.R. 257 (Man. C.A.), at page 284, Dickson J. (as he then was) stated that the "object of the law in requiring an oath is to get at the truth relative to matters in dispute by getting a hold on the conscience of the witness." This fundamental relationship between the oath and the swearer's conscience has been reiterated in several Supreme Court decisions (see, for example, *R. v. Khan*, 1990 CanLII 77 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 531, and *R. v. B. (K.G.)*, 1993 CanLII 116 (SCC), [1993] 1 S.C.R. 740).

Criminal sanctions may even follow when persons who swear to tell the truth perjure themselves (see *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, section 131 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 27, s. 17]). In addition, a person's citizenship may be forfeited if someone obtains it "by false representation or fraud or knowingly concealing material circumstances" (see section 10, *Citizenship Act*, *supra*).

It can be seen that an oath or affirmation is a solemn matter whose function in our society is to secure important goals such as truth, justice, good government and national security. As Gochnauer, *supra*, at page 99, has explained:

As far back as we can trace the oath, it performs the social function of publicly committing the speaker to something *in the strongest possible way*. In the extremity of the undertaking it is equalled only by vows.

The appellant's declaration alleges that he adheres to this view of the oath. He states in paragraph 16: "The appellant believes that a public oath is the most solemn rite and that its terms must be faithfully observed."

An oath or affirmation, therefore, is not a matter to be taken lightly; when, for reasons of conscience, a person feels he or she cannot swear a certain oath or make a certain affirmation, one must carefully consider that position, for it shows that that person takes the oath seriously, something we wish to support.

THE FUNDAMENTAL FREEDOMS

The appellant contends that his fundamental freedoms will be violated if he is made to take the oath of loyalty to the Queen. Section 2 of the Charter protects what are referred to as fundamental freedoms:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(*c*) freedom of peaceful assembly; and

(*d*) freedom of association.

The appellant contends that each of these provisions are applicable in his case. I shall deal with them in turn.

(a) Freedom of conscience and religion

The appellant's first claim is that the citizenship oath in its present form violates his freedom of conscience under paragraph 2(*a*) since it is against his "conscience to make oaths to all but the Supreme Being and to principles such as truth, freedom, equality, justice and the rule of law." The appellant also claims that the oath or affirmation in its present form violates his freedom of religion under paragraph 2(*a*) inasmuch as the Queen is the "Head of the Anglican Church and the [appellant] is not of the Anglican faith."

There is little authoritative jurisprudence on freedom of conscience under paragraph 2(*a*) of the Charter. However, the concurring reasons of Madam Justice Wilson in *R. v. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (SCC), [1988] 1 S.C.R. 30, at page 179, are instructive in their approach to freedom of conscience. She stated:

It seems to me, therefore, that in a free and democratic society "freedom of conscience and religion" should be broadly construed to extend to conscientiously-held beliefs, whether grounded in religion or in a secular morality. Indeed, as a matter of statutory interpretation, "conscience" and "religion" should not be treated as tautologous if capable of independent, although related, meaning.

It seems, therefore, that freedom of conscience is broader than freedom of religion. The latter relates more to religious views derived from established religious institutions, whereas the former is aimed at protecting views based on strongly held moral ideas of right and wrong, not necessarily founded on any organized religious principles. These are serious matters of conscience. Consequently the appellant is not limited to challenging the oath or affirmation on the basis of a belief grounded in religion in order to rely on freedom of conscience under paragraph 2(*a*) of the Charter. For example, a secular conscientious objection to service in the military might well fall within the ambit of freedom of conscience, though not religion. However, as Madam Justice Wilson indicated, "conscience" and "religion" have related meanings in that they both describe the location of profound moral and ethical beliefs, as distinguished from political or other beliefs which are protected by paragraph 2(*b*).

In my view, with respect to both freedom of conscience and freedom of religion, the appellant will have to show that the burden imposed on him by the oath is more than trivial or insubstantial. As Dickson C.J. wrote in *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, 1986 CanLII 12 (SCC), [1986] 2 S.C.R. 713, at page 759:

The purpose of s. 2(*a*) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(*a*) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial.

The impact of a law or government action on freedom of conscience or religion has been called a "coercive burden" in cases such as *Edwards Books, supra*. In *Edwards Books, supra*, Chief Justice Dickson was discussing the state-imposed cost of Sunday-closing legislation on retailers who for religious reasons observe a sabbath or day of rest other than Sunday.

A similar analysis should be employed in assessing any interference with freedom of conscience. This would require a claimant to show that his or her conscientiously held moral views might reasonably be threatened by the legislation in question, and that the coercive burden on his or her conscience would not be trivial or insubstantial.

In my view, the appellant has not raised a plausible argument about the imposition of a coercive burden on his conscientiously held views which bridle at swearing an oath to anyone but a Supreme Being. Based on the facts as disclosed in the declaration and the statutory law, the appellant is not required to swear an oath to the Queen as he alleges, nor to anyone but a Supreme Being, if he chooses to swear. Moreover, he may decide to affirm rather than to swear, if that is objectionable to him. His real objection is not to the method of oath making, but to its content. His claim under paragraph 2(*a*) of the Charter regarding freedom of conscience should, therefore, be struck out. (This is not to say that the appellant might not have made a valid argument regarding freedom of conscience had he articulated a conscientious objection to the content of the oath or affirmation.)

Similarly, the appellant's allegation that the oath of citizenship restricts his freedom of religion since the Queen is the "Head of the Anglican Church" must be struck out. As Mr. Justice Joyal found, Parliament's purpose in framing the oath or affirmation was to require a statement of loyalty to Canada's head of state and its institutions, not to interfere with religious freedom. There is no mention in our Constitution nor in this oath of the Queen in her capacity as Head of the Church of England. The oath requires no statement of allegiance to Anglicanism nor to the Queen in relation to her role in the Church of England. Indeed, the Anglican Church of Canada is governed, not by the Queen, but by an independent Synod established in Canada. Therefore, the purpose of the oath or affirmation is not to interfere with the guarantee of freedom of religion, because its purpose was not in any way to insist upon loyalty to the Anglican Church.

Nor is the oath restrictive of the appellant's freedom of religion in its effects. The Supreme Court decided in *R. v. Big M Drug Mart Ltd. et al.*, 1985 CanLII 69 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 295, and *Edwards Books, supra*, that not only the purpose, but also the effects of legislation are relevant to determining its constitutionality. As Dickson C. J. stated in *Edwards Books, supra* [at page 752]:

Even if a law has a valid purpose, it is still open to a litigant to argue that it interferes by its effects with a right or freedom guaranteed by the *Charter*.

I summarized the test under paragraph 2(*a*) with respect to effects on freedom of religion in my reasons in *Schachtschneider v. Canada*, 1993 CanLII 2982 (FCA), [1994] 1 F.C. 40 (C.A.), at pages 65-66:

Yet while any law that involves a so-called coercive burden on an individual's practice of their religion"which really means no more than that the law has some influence on their religious practice"may potentially fall within the ambit of paragraph 2(*a*), it is clear that not all such laws contravene that paragraph. A trivial or insubstantial interference with religion is insufficient to violate paragraph 2(*a*). There must be a substantial enough interference that one's religious practice might reasonably or actually be threatened.

Edwards Books, supra, made it clear that the same can be said of a reasonable or actual threat to a religious belief as well as to a religious practice (at page 759).

The appellant's claim with respect to effects on his freedom of religion does not disclose a burden which is more than trivial or insubstantial. The relationship between an oath of allegiance to the Queen in her capacity of Head of State and the appellant's religious practice and beliefs is too remote. Basically, the appellant is objecting to the religion of the Queen, which cannot affect him in any way. Ironically, rather than the oath interfering with his freedom of religion, it might be said that the appellant wants to limit the religious freedom of the monarch. This view reflects the conclusion of Mr. Justice Joyal who found that the appellant's arguments regarding the Queen as head of the Anglican Church involved a "dialectic which is bereft of any legal or constitutional content" (at page 179). The appellant's allegation that the oath violates his freedom of religion must, therefore, be struck out.

(b) Freedom of thought, belief, opinion and expression

The appellant claims that swearing an oath or making an affirmation of loyalty to the Queen abridges his freedom of thought, belief, opinion and expression under paragraph 2(*b*) of the Charter. There is a discrete body of jurisprudence on freedom of expression, and therefore I will treat that issue separately later.

Freedom of thought, belief and opinion is distinct from freedom of conscience. Freedom of thought, belief and opinion encompasses many ideas and principles that are not matters of conscience, nor of right or wrong; what is involved here are political, social, economic or cultural ideas. We are dealing here in the realm of reason, not of faith, nor of morality. It is obvious that there are no sharp dividing lines here; these matters may blur into one another, making them difficult to differentiate.

It appears to me, however, that much the same analysis could be applied to these freedoms as to freedom of conscience and freedom of religion. There must be some coercive burden flowing out of the impugned law. The appellant claims that, if he swore allegiance to the Queen, he would feel honour-bound to refrain from thinking and expressing beliefs and opinions about the abolition of the monarchy; hence, he argues, a coercive burden would be placed on the exercise of his freedom of thought, belief and opinion.

The interpretation of most people would not so restrict the freedom of one who swore allegiance to the Queen. The views expressed by my brother MacGuigan as to the current meaning of the oath of allegiance make sense. It may well be the correct interpretation. Obviously, the newly-elected Bloc Québécois Members of Parliament had no difficulty swearing the oath of allegiance to the Queen, even though they are committed to working democratically to achieve a monarch-less independent state.

But it is not, with respect, plainly and obviously the meaning of the oath at this time. It must be recalled that there was a time when criticism of the monarchy was viewed as treason. Happily, that is no longer the case. Nowadays, freedom to criticize the monarchy and other Canadian institutions is obviously guaranteed by the Charter. It is unlikely that criminal proceedings for perjury would be undertaken against someone who violated his or her oath, but is it certain that steps might not be taken to cancel the citizenship of someone who, after swearing allegiance to the Crown, engages in activity which seeks to abolish it totally? If the oath of loyalty permits one to demonstrate that loyalty to the Crown by advocating its abolition, what is the point of that oath? Is that loyalty or is it disloyalty? Is the oath merely a meaningless formality? Is there any commitment to its content required? Does it have any purpose at all? If all the oath of allegiance achieves is to get someone to promise not to violate the criminal law and to avoid subversive and illegal political methods, something they are already obligated to do, is it of any value?

In my view, it is arguable, at least, that the oath of allegiance has some meaning other than merely promising to obey the criminal law and to use legitimate means for political change. What is involved here is not the mere utterance of a few words, as my brother MacGuigan suggests, but the expression of a "solemn intention to adhere to the symbolic keystone of the Canadian Constitution as it has been and is, thus pledging an acceptance of the whole of our Constitution and national life" as he also recognizes. If someone is fundamentally opposed to a significant aspect of that Constitution, and wishes to work toward its abolition, not merely its reform, it is arguable that that person may violate the oath by words and conduct in furtherance of that goal. It may not be unreasonable for the appellant, if he truly holds the beliefs he claims to hold, to feel that, by taking this oath, he is inhibited to some extent in his anti-monarchy activities. In other words, his serious view of the oath might be taken seriously. It may be that, after a trial, it might be concluded that the appellant was being made to choose between his political principles and his enjoyment of Canadian citizenship, something the Charter is supposed to prevent. It may be that Mr. Justice MacGuigan's view would prevail. It may be that section 1 might be invoked to justify any *prima facie* violation of the Charter, or it might not. In light of the uncertainty surrounding this question, it would be advisable, before resolving this matter, to have the benefit of factual underpinnings and full legal argument based on those facts.

On the applicability of freedom of thought to oaths of citizenship, I would like to refer to *United States v. Schwimmer*, 279 U.S. 644 (1929). In that case, a woman who was a conscientious objector was denied American citizenship since she stated that she would refuse to take up arms in defence of the United States, which was required by the citizenship oath at that time. In his dissenting reasons, Mr. Justice Holmes took the majority to task in ringing terms, at pages 654-655:

[I]f there is any principle of the Constitution that more imperatively calls for attachment than any other it is the principle of free thought"not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate. I think that we should adhere to that principle with regard to admission into, as well as to life within this country.

Mr. Justice Holmes' statement, protecting "freedom for the thought that we hate", which has carried the day in subsequent decisions of the United States Supreme Court, buttresses my conclusion that the appellant's claim with respect to freedom of thought should not be struck out (see, e.g., *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943)).

Turning to freedom of expression, the appellant alleges that taking an oath or making an affirmation of loyalty to the Queen would, in the future, hinder him from expressing his republicanism. The leading case on freedom of expression is *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, 1989 CanLII 87 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 927, in which the Supreme Court outlined the steps to be undertaken in analyzing an allegation of interference with freedom of expression.

The first step is whether the activity falls within the protected sphere of expression in that it is an activity that attempts to convey meaning. The declaration, while poorly drafted, appears to contemplate expression in the form of speech. This would obviously pass the first step, since this speech would be an attempt to convey a message of republicanism. The content of the speech is irrelevant at this first stage in deciding whether the speech is protected under paragraph 2(*b*) (see, e.g., *R. v. Keegstra*, 1990 CanLII 24 (SCC), [1990] 3 S.C.R. 697, and *R. v. Butler*, 1992 CanLII 124 (SCC), [1992] 1 S.C.R. 452).

The second step is to determine whether the purpose or effect of the government action is to restrict freedom of expression. There is no evidence, nor do I think any could be led, to suggest that the purpose of the oath or affirmation of citizenship is to curtail freedom of expression.

Turning to the effect of the legislation, the burden will be on the appellant to show that the effect of the oath or affirmation is to restrict his freedom of expression and that his expression seeks to promote at least one of the principles underlying freedom of expression, namely seeking and attaining the truth, participation in social and political decision-making or individual self-fulfilment and human flourishing. Promoting republicanism likely falls within these parameters. Thus, strict adherence to the oath or affirmation of loyalty to the Queen might be felt by the appellant to prevent him from expressing his republicanism, even though it might not in law actually do so.

The appellant's claim that the oath or affirmation abridges his freedom of expression as guaranteed by paragraph 2(*b*) of the Charter should, therefore, not be struck out.

The appellant might also have argued that being compelled to make a statement of allegiance to the Queen is itself a violation of his freedom of expression, just as the United States Supreme Court held in *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943). In that case a compulsory salute to the American flag was found to be a violation of freedom of expression. Mr. Justice Jackson wrote, at page 642 this oft-quoted passage:

If there is any fixed star in our constitutional constellation, it is that no official, high or petty, can prescribe what shall be orthodox in politics, nationalism, religion . . . or act their faith therein.

However, the appellant has not made this argument before this Court.

Before leaving this topic, it should be mentioned that one might argue that the appellant's personal feelings of inhibition regarding his belief in and expression of his republicanism are not constitutionally or legally irrelevant. An argument might be made that there is no nexus between the oath of citizenship and the appellant's freedom to believe in and to express his republicanism. It might be said that it is the appellant's republicanism, when combined with his belief that the terms of an oath must be faithfully observed, that prevents him from getting citizenship, and not the oath itself. This is not unlike the argument that was put before the Supreme Court in *Edwards Books, supra*, to the effect that it was the religion of Saturday observing retailers that imposed a burden on those retailers, and not the Sunday-closing laws. Chief Justice Dickson rejected this argument by comparing the relative positions of Saturday and Sunday observers in the absence of the impugned law (which were found to be the same), and then demonstrating that the law imposed on Saturday observing retailers a choice between breaking their sabbath or suffering a competitive disadvantage. Thus it was held that the law imposed a coercive burden on the free exercise of their religion by Saturday observers.

It may be contended that a careful analysis of the situation in the present appeal shows that it is equally wrong to say that it is the appellant who is inhibiting himself and not the law which is inhibiting him. Our courts must obviously beware of individuals who complain constantly that their freedom is threatened when it is not. However, one should compare the situation of someone born to Canadian citizenship and someone who is in all respects eligible for Canadian citizenship and faces only the oath as the final hurdle. Suppose that both of these people are republicans, who are extremely committed to their political beliefs, but they also believe that having sworn an oath of allegiance to an institution it would be wrong to advocate the abolition of that institution. In the absence of the oath of citizenship, both republicans would become citizens (the one on birth, the other through naturalization) and their positions would be equivalent. If the oath of citizenship is introduced by law for people seeking Canadian citizenship through naturalization, however, the republican who was not born a citizen appears to face a choice imposed by law between adhering to his or her beliefs, and thereby foregoing Canadian citizenship, or violating his or her beliefs as to the meaning of an oath of allegiance after swearing one.

It may be said, then, that the law requiring an oath of allegiance may deny the appellant the freedom to believe in a political principle, if he is able to prove the facts alleged at trial. Of course, if the appellant succeeds in establishing that a limit has been placed on his freedom under paragraph 2(*b*), that limit may be justified pursuant to section 1, but that is a question that is not at issue in this appeal, as I shall explain below.

(c) Freedom of peaceful assembly

The appellant next alleges that the oath or affirmation in its present form abridges his freedom of peaceful assembly under paragraph 2(*c*) of the Charter.

There is scant case law on the guarantee of freedom of peaceful assembly. However, what little there is would appear to indicate that freedom of peaceful assembly is geared towards protecting the physical gathering together of people. Nothing in the oath or affirmation prevents the appellant from assembling with others. In my opinion, paragraph 2(*c*) of the Charter was not intended to protect the objects of an assembly that is organized to foster freedom of thought, belief, opinion or expression, or freedom of association, for that would be protected independently. The portion of the appellant's declaration relating to freedom of peaceful assembly should, therefore, be struck out.

(d) Freedom of association

With respect to freedom of association under paragraph 2(*d*) of the Charter, the appellant's argument is that to uphold his pledge of loyalty to the Queen in the oath or affirmation of citizenship, he could not join republican associations or participate in any republican rallies or meetings. The appellant submits that he is a republican and that in order to adhere to an oath or affirmation of loyalty to the Queen, he would feel bound to abstain from joining republican associations or participating in the lawful activities of republican associations.

The leading case on paragraph 2(*d*) of the Charter is *Reference Re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, 1987 CanLII 88 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 313. McIntyre J., who wrote for the majority, at page 393, did not discuss whether incapacitating an individual from joining certain political associations would violate freedom of association. However, he did set out a description of the function of freedom of association in a democratic society:

Freedom of association is one of the most fundamental rights in a free society. The freedom to mingle, live and work with others gives meaning and value to the lives of individuals and makes organized society possible. The value of freedom of association as a unifying and liberating force can be seen in the fact that historically the conqueror, seeking to control foreign peoples, invariably strikes first at freedom of association in order to eliminate effective opposition. Meetings are forbidden, curfews are enforced, trade and commerce is suppressed, and rigid controls are imposed to isolate and thus debilitate the individual.

McIntyre J.'s broad statement of the purpose of paragraph 2(*d*) recognized that freedom of association is indispensable to the proper functioning of democracy. This could certainly comprehend the notion that a forced statement of loyalty to the Queen as representative of monarchism would violate freedom of association if, in fact, that oath of allegiance prevented an individual from joining an association of an anti-monarchical nature.

In particular, paragraph 2(*d*) protects the appellant's right to exercise his constitutional right to freedom of thought, belief, opinion and expression in combination with others. As McIntyre J. explained at page 409, *supra*:

It follows from this discussion that I interpret freedom of association in s. 2(*d*) of the *Charter* to mean that *Charter* protection will attach to the exercise in association of such rights as have *Charter* protection when exercised by the individual. Furthermore, freedom of association means the freedom to associate for the purposes of activities which are lawful when performed alone.

Freedom of association, therefore, protects the collective aspect of the exercise of individual freedoms such as freedom of thought, belief, opinion and expression. The sharing of ideas and activities with others strengthens and nourishes the individual's convictions, and ultimately provides for vital developments and needed changes in a democratic society.

It may be argued that it strikes at the very heart of democracy to curtail collective opposition and incentive for change by demanding loyalty to a particular political theory. Similarly, it may be said that it is wrong to build a barrier to joining associations dedicated to a different political theory. The appellant, though perhaps not legally forbidden to do this, might well feel so circumscribed, given the primitive state of the law at this time. Therefore, I cannot say at this stage that there is no chance that the appellant, given the opportunity to adduce evidence and arguments, could succeed on this point, and, therefore, this portion of the declaration should not be struck out.

SECTION 12"FREEDOM FROM CRUEL AND UNUSUAL PUNISHMENT

Section 12 of the Charter is a legal right and guarantees freedom from cruel and unusual punishment or treatment:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

The appellant contends that compelling him to take the oath or make the affirmation in its present form against his conscience under threat of exposure to loss of residential status and denial of citizenship is cruel and unusual treatment. This argument has no merit.

The standard for cruel and unusual treatment is whether the treatment outrages standards of decency (see *R. v. Smith (Edward Dewey)*, 1987 CanLII 64 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 1045, at page 1072, and *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1992 CanLII 87 (SCC), [1992] 1 S.C.R. 711). The consequences to the appellant of not swearing the oath or making the affirmation cannot be said to outrage standards of decency. He may not obtain citizenship, something that is most unfortunate, but this is hardly something that could be classified as "cruel and unusual treatment." This portion of the appellant's declaration should be struck out.

SUBSECTION 15(1)"EQUALITY RIGHTS

The appellant claims that the oath or affirmation is contrary to subsection 15(1) of the Charter which reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The appellant alleges that the oath or affirmation of citizenship is contrary to subsection 15(1) in three ways. First, a permanent resident desiring to become a naturalized citizen is required to take the oath while people who are Canadian citizens by birth are not. Second, a permanent resident who wishes to become a Canadian citizen and thereby attain full political rights is obliged to take the oath while residents who are citizens by birth are not required to take the oath to attain full political rights. Finally, the appellant claims that the oath sets up a class of human beings ("the Windsor family") who are represented as being perpetually superior to other human beings, which conflicts with the appellant's belief in the equality of all human beings because it prevents people born outside of Great Britain from attaining the highest office in Canada. I will address these allegations in reverse order.

The third claim under subsection 15(1) must be struck out. It is the monarchy itself, and not the oath or affirmation, which elevates the Windsor family to its exalted position. It is the traditions of the monarchy that also prevent people born outside of Britain from attaining the highest office in this country. As for the appellant's claim that the oath conflicts with his belief in the equality of all human beings, this is more properly a claim that might have been brought under paragraph 2(*a*) or 2(*b*) but was not.

The second claim under subsection 15(1) must also be struck out. There are no facts presented in the declaration which, if true, would support the appellant's allegation that "residents who are not citizens by birth" cannot attain full political rights in Canada. There is no factual basis in the declaration for this claim.

I am of the opinion, however, that the appellant's final claim under subsection 15(1) should not be struck out. Chief Justice Lamer summarized the proper approach under subsection 15(1) in *R. v. Swain*, 1991 CanLII 104 (SCC), [1991] 1 S.C.R. 933, at page 992:

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15"namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

The appellant's declaration discloses that people who become Canadian citizens by birth are not required to take the oath or make the affirmation of citizenship. Conversely, non-citizens who wish to become Canadian citizens through the process of naturalization are required, in addition to being otherwise qualified, to take the oath or make the affirmation of citizenship. Therefore, taking the facts in the declaration as true, it is possible to say that non-citizens are denied equality under the law in that the *Citizenship Act* appears to draw a distinction between two groups, namely people who attain citizenship automatically by birth and people who must apply for citizenship. The Government is not required to provide for automatic citizenship upon birth in Canada or to Canadian parents. However, having created two legal categories of people (those who do obtain automatic citizenship and those who must apply for citizenship), the Government must not deny equality under the law to either of these two groups.

This does not mean that it is not permissible to set up a process for new citizens; it must not, however, be a discriminatory process. Thus, in addition to the differential treatment, the appellant will have to demonstrate at trial that any inequality under the law is discriminatory. As Lamer C.J. stated in *Swain, supra*, to establish discrimination, the claimant must show that there is differential treatment which imposes a burden or withholds a benefit on the basis of a personal characteristic that is related to one of the grounds enumerated in subsection 15(1) or an analogous ground. However, a claimant will not succeed in showing discrimination by merely pointing to a disadvantageous distinction drawn on the basis of a personal characteristic related to an enumerated or analogous ground. Courts must also ensure that the claim falls within the primary purpose of subsection 15(1), which is mainly "to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society" (*Swain, supra*, at page 992). As Madam Justice Wilson stated in *R. v. Turpin*, 1989 CanLII 98 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1296, at page 1332:

A finding that there is discrimination will, I think, in most but not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

Taking the facts in the appellant's declaration as true, the differential treatment of non-citizens with respect to the oath of citizenship may be said to withhold citizenship from a person who, because of his or her beliefs, feels he or she cannot swear the oath. This, it may be argued, constitutes a denial of a benefit (citizenship) from someone, a benefit that apparently would not be withheld from a person of similar beliefs who was born a Canadian citizen.

According to the appellant, this differential treatment of non-citizens as a group is drawn on the basis of a personal characteristic (citizenship) which is also an analogous ground under subsection 15(1). As I stated in my concurring reasons in *Schachtschneider, supra*, one must distinguish between a ground of discrimination and the group enduring discrimination. For example, women as a group may endure discrimination on the ground of sex. The Supreme Court has recently recognized in the context of subsection 15(1) that a so-called sub-group may also experience discrimination on the basis of a broader ground (*Symes v. Canada*, 1993 CanLII 55 (SCC), [1993] 4 S.C.R. 695). This had already been accepted by the Supreme Court in the context of human rights legislation in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, 1989 CanLII 96 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1219, and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, 1989 CanLII 97 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 1252. I applied the reasoning in these cases to subsection 15(1) of the Charter in my reasons in *Schachtschneider, supra*, and the Supreme Court has also done so in *Symes, supra*. Thus non-citizens seeking Canadian citizenship through naturalization, as a group, may experience discrimination on the ground of citizenship.

Further, it is possible that non-citizens as a group are disadvantaged independently of the distinction at issue in this appeal and that the appellant may therefore be successful in showing the "indicia of discrimination such as stereotyping, historical disadvantage or vulnerability to political and social prejudice" (*Turpin, supra*, at page 1333). The Supreme Court has already held in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 142, that citizenship is an analogous ground under subsection 15(1) of the Charter and that non-citizens constitute a politically disadvantaged group in Canadian society that can be characterized as a "discrete and insular minority". The appellant's claim may, therefore, arguably fall within the ambit of subsection 15(1).

Before leaving my discussion of subsection 15(1), I would like to add that the analysis under subsection 15(1) differs from the analysis under paragraph 2(*a*). Under paragraph 2(*a*), a plaintiff must show a coercive burden on his or her freedom of conscience or religion that is more than trivial or insubstantial. This is not the case with respect to subsection 15(1). As I stated in my reasons in *Schachtschneider, supra*, at page 79:

Unlike the guarantee of freedom of religion in paragraph 2(*a*) of the Charter, however, the promise of equality in section 15 does not exclude claims on the basis that the violation is minuscule, trivial or insubstantial.

This follows from the decision of the Supreme Court in *Andrews, supra*. As McIntyre J. wrote, at page 182:

Where discrimination is found a breach of s. 15(1) has occurred and"where s. 15(2) is not applicable"any justification, any consideration of the reasonableness of the enactment; indeed, any consideration of factors which could justify the discrimination and support the constitutionality of the impugned enactment would take place under s. 1. This approach would conform with the directions of this Court in earlier decisions concerning the application of s. 1 and at the same time would allow for the screening out of the obviously trivial and vexatious claim.

Consequently, even if it turns out that subsection 15(1) is violated by the requirement of the citizenship oath, it may be a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society. The respondent will bear the burden of proving this aspect of the case, at the trial.

For these reasons, the appellant's first claim under subsection 15(1) should not be struck out.

SECTION 27"MULTICULTURAL HERITAGE

The appellant raises section 27 of the Charter which states:

27. This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

The appellant argues that the idea of an English hereditary monarchy precludes full participation in governing Canada by members of many different racial and multicultural groups. As with the appellant's other points, this argument is poorly framed since it appears to challenge the monarchy itself. Impliedly, however, the appellant is arguing that the oath of citizenship works against the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians in that it requires allegiance to an exclusively British institution that may be in conflict with the ideals of persons of non-British backgrounds.

It is not necessary to plead this provision. Nor is it a substantive provision that can be violated. Since section 27 does not protect a particular right or freedom, it being relevant only as an aid to interpretation, it should not be pleaded in the way it has been. His claim under section 27 should, therefore, be struck out.

SECTION 1

The appellant is not required in his declaration to anticipate or rebut the Government's arguments with respect to section 1 of the Charter. The likelihood of justification under section 1 for the oath or affirmation in its present form is, therefore, not relevant to this application to strike out the declaration, and I will, consequently, not consider at this stage any substantive arguments with respect to whether any potential Charter violations raised in the appellant's declaration are saved under section 1.

SUMMARY OF CONCLUSIONS ON THE CHARTER

The appellant's claim with respect to freedom of conscience and religion under paragraph 2(*a*), his claim under paragraph 2(*c*), his claim under section 12, the second and third of his claims under subsection 15(1), and his claim under section 27 should be struck out. The remainder of the appellant's declaration, involving arguments under paragraphs 2(*b*) and 2(*d*), and his first claim under subsection 15(1) while not a model of clarity in drafting nor of comprehensiveness in facts and law, cannot be said, plainly and obviously, to disclose no reasonable cause of action and should not be struck out at this preliminary stage.

REMEDIES

In order for the appellant's declaration not to be struck out, he must have requested a remedy that is within the jurisdiction of the Court. The Court cannot declare, as the appellant has requested, that the appellant is entitled to a grant of citizenship without having to take the oath in its present form, since the appellant has no right or entitlement to citizenship.

The appellant has also requested a constitutional exemption from the taking of the oath. The submissions of the parties on this issue are distinctly lacking in analysis, particularly given the highly contentious subject of constitutional exemptions. Suffice it to say that it is unclear that a constitutional exemption is available in a case such as this, where the appellant seeks primarily to challenge not government action under a constitutional law, but the constitutionality of the very law itself. A constitutional exemption is a remedy available under subsection 24(1) of the Charter. But, where legislation is found to be unconstitutional, the proper remedial course is normally under section 52 of the *Constitution Act, 1982*, which provides that a law that is inconsistent with the Constitution is of no force and effect. Cases such as *R. v. Smith (Edward Dewey)*, 1987 CanLII 64 (SCC), [1987] 1 S.C.R. 1045; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, 1990 CanLII 121 (SCC), [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, 1991 CanLII 60 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer; R. v. Gayme*, 1991 CanLII 76 (SCC), [1991] 2 S.C.R. 577; *Schachter v. Canada*, 1992 CanLII 74 (SCC), [1992] 2 S.C.R. 679; and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993 CanLII 75 (SCC), [1993] 3 S.C.R. 519, all appear to indicate that, where a law has been found unconstitutional and there is no delayed declaration of invalidity, a constitutional exemption may not be available. There exists also contrary authority (*R. v. Seaboyer* (1987), 1987 CanLII 174 (ON CA), 61 O.R. (2d) 290 (C.A.); *R. v. Chief*, 1989 CanLII 281 (YK CA), [1990] N.W.T.R. 55 (Y.T.C.A.)). Because of the uncertainty surrounding the matter at this time, I would leave the question of the appropriate remedy, if any, to the Trial Judge.

I note that the appellant's request for a declaratory judgment that he is entitled to an exemption from the requirement of taking the citizenship oath in its present form could also be read as a request to sever the offending portion from the oath. This sort of remedy under section 52 of the *Constitution Act, 1982* has been permitted by the Supreme Court in *Schachter, supra*.

CONCLUSION

In conclusion, I would affirm the Trial Court in part and allow the appeal in part and order that the appellant's claim under paragraphs 2(*a*) and 2(*c*), his claim under section 12, the second and third of his three claims under subsection 15(1) and his claim under section 27 be struck out. The claims under paragraphs 2(*b*) and 2(*d*) and the first claim under subsection 15(1) would, therefore, survive. A fresh statement of claim or declaration, consistent with these reasons and containing greater particularity, may be delivered within 30 days of the issuance of these reasons, if the appellant chooses to do so.

These reasons can, in no way, affect the possible merits of the remaining claims of the appellant. They merely indicate that it is not "plain and obvious" that some of them cannot ultimately succeed; they may or may not, depending on the evidence adduced and the arguments presented to the Trial Judge. Moreover, these reasons have not and cannot take into account any evidence offered or arguments that may or may not be made on behalf of the Government under section 1 of the Charter to justify any potential infringement of the appellant's Charter rights. All that has been done here is to identify those of the appellant's claims which had no chance of success, and to strike them out, and those that may have had a chance of success, and to refrain from striking them out, at this stage, leaving them for disposition after a trial.

TAB 11

2015 SCC 1 (CanLII)

Mounted Police Association of Ontario and British Columbia Mounted Police Professional Association, on their own behalf and on behalf of all members and employees of the Royal Canadian Mounted Police *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General of Alberta, Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., Mounted Police Members' Legal Fund, Confédération des syndicats nationaux, Canadian Police Association, Canadian Labour Congress, Canadian Civil Liberties Association, Public Service Alliance of Canada and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Association de la police montée de l'Ontario et British Columbia Mounted Police Professional Association, en leur propre nom et au nom de tous les membres et les employés de la Gendarmerie royale du Canada *Appelantes*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de la Saskatchewan, procureur général de l'Alberta, Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, Confédération des syndicats nationaux, Association canadienne des policiers, Congrès du travail du Canada, Association canadienne des libertés civiles, Alliance de la Fonction publique du Canada et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Indexed as: Mounted Police Association of Ontario *v.* Canada (Attorney General)

2015 SCC 1

File No.: 34948.

2014: February 18; 2015: January 16.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.

Répertorié : Association de la police montée de l'Ontario *c.* Canada (Procureur général)

2015 CSC 1

N° du greffe : 34948.

2014 : 18 février; 2015 : 16 janvier.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Karakatsanis et Wagner.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Right to collective bargaining — Scope of constitutional protection — Private associations of RCMP members challenging constitutionality of legislation excluding RCMP members from public service labour relations regime and imposing non-unionized regime — Legislatively imposed regime not independent from management and not providing for employee choice

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Droit de négocier collectivement — Portée de la protection constitutionnelle — Contestation par des associations privées de membres de la GRC de la constitutionnalité de la législation qui exclut les membres de la GRC du régime de relations du travail de la fonction publique et impose un régime non syndical — Le régime imposé par la législation n'est pas indépendant de

of association or input into selection of collective goals — Whether impugned legislation substantially interferes with right to meaningful process of collective bargaining and thereby infringes constitutional guarantee of freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361, s. 96 — Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22, s. 2(1) "employee" (d).

RCMP members are not permitted to unionize or engage in collective bargaining. They have been excluded from the labour relations regime governing the federal public service since collective bargaining was first introduced in the federal public service, first, under the *Public Service Staff Relations Act* ("*PSSRA*") and now under the *Public Service Labour Relations Act* ("*PSLRA*"). Instead, members of the RCMP are subject to a non-unionized labour relations scheme. At the time of the hearing of this appeal, that scheme was imposed upon them by s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988* ("*RCMP Regulations*"), since repealed and replaced by the substantially similar s. 56 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014*, SOR/2014-281.

The core component of the current RCMP labour relations regime is the Staff Relations Representative Program ("SRRP"). The SRRP is the primary mechanism through which RCMP members can raise labour relations issues (excluding wages), and the only form of employee representation recognized by management. The SRRP is governed by a National Executive Committee and is staffed by member representatives from various RCMP divisions and regions elected for a two-year term by both regular and civilian members of the RCMP. Two of its representatives act as the formal point of contact with the national management of the RCMP. The aim of the program is that, at each level of the hierarchy, members' representatives and management consult on human resources initiatives and policies, with the understanding that the final word always rests with management.

A little over 15 years ago, the Court held that the exclusion of RCMP members from collective bargaining under the *PSLRA*'s predecessor legislation did not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*: *Delisle v. Canada (Deputy*

la direction et ne permet pas aux employés de choisir leur association ni de participer au choix des objectifs collectifs — La législation contestée entrave-t-elle substantiellement le droit à un processus véritable de négociation collective et, du coup, viole-t-elle la garantie constitutionnelle relative à la liberté d'association? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361, art. 96 — Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22, art. 2(1) « fonctionnaire » d).

Les membres de la GRC ne peuvent ni se syndiquer ni négocier collectivement. Ils sont exclus du régime de relations de travail qui s'applique à la fonction publique fédérale depuis que la négociation collective y a été instaurée, tout d'abord en application de la première *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique* (« première *LRTFP* ») et aujourd'hui en application de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* actuellement en vigueur (« *LRTFP* actuelle »). Les membres de la GRC se trouvent plutôt assujettis à un régime non syndical de relations de travail. À la date de l'audition du présent pourvoi, ce régime leur était imposé par l'art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)* (« *Règlement de la GRC* »), abrogé depuis et remplacé par une disposition essentiellement similaire, l'art. 56 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014)*, DORS/2014-281.

Le Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF ») est au cœur du régime actuel de relations de travail de la GRC. Le PRRF constitue le principal mécanisme par lequel les membres de la GRC peuvent soulever des questions concernant les relations de travail (à l'exception de la solde), et l'unique forme de représentation des employés que reconnaît la direction. Le PRRF est dirigé par le Comité exécutif national (« CEN ») et il est composé de membres représentants provenant de diverses régions et divisions de la GRC et élus pour un mandat de deux ans par les membres réguliers et civils. Deux des représentants agissent comme point de contact officiel avec la direction nationale de la GRC. Le programme vise à permettre, à chaque niveau de la hiérarchie, la tenue de consultations entre les représentants des employés et la direction au sujet des initiatives et des politiques relatives aux ressources humaines, même s'il est entendu que la décision finale revient toujours à la direction.

Il y a un peu plus de 15 ans, la Cour a conclu que l'exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la première *LRTFP* alors en vigueur ne portait pas atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte* : *Delisle*

2015 SCC 1 (CanLII)

Attorney General), [1999] 2 S.C.R. 989. That case did not involve a direct challenge to the sufficiency of the entire RCMP labour relations scheme. Since that decision was rendered, the RCMP labour relations regime has undergone a number of changes that have increased the independence afforded to the SRRP, but none of those changes has substantially altered its purpose, place or function within the RCMP chain of command.

In May 2006, a constitutional challenge was initiated by two private associations of RCMP members whose goal is to represent RCMP members in Ontario and British Columbia on work-related issues, but who have never been recognized for the purpose of collective bargaining or consultation on workplace issues by RCMP management or the federal government. They sought a declaration that the combined effect of the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* and the imposition of the SRRP as a labour relations regime unjustifiably infringes members' freedom of association. A judge of the Ontario Superior Court of Justice concluded that s. 96 of the *RCMP Regulations*, which imposed the SRRP as a labour relations regime, substantially interfered with freedom of association and could not be justified under s. 1 of the *Charter*. However, the judge also held that the exclusion of RCMP members from the federal public service labour relations regime did not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. The Court of Appeal allowed the Attorney General of Canada's appeal and held that the current RCMP labour relations scheme does not breach s. 2(*d*) of the *Charter*.

Held (Rothstein J. dissenting): The appeal should be allowed. Section 96 of the *RCMP Regulations*, which was in effect at the time of the hearing of this appeal, infringed s. 2(*d*) of the *Charter*. Similarly, para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(*d*). Neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*. Had s. 96 of the *RCMP Regulations* not been repealed, it would have been declared to be of no force or effect. The offending provision of the *PSLRA* is of no force and effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This declaration of invalidity is suspended for a period of 12 months.

c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989. Dans cette affaire, la valeur constitutionnelle du régime de relations de travail de la GRC en entier n'était pas directement contestée. Depuis que ce jugement a été rendu, le régime de relations de travail de la GRC a connu plusieurs changements qui ont permis de rendre le PRRF plus indépendant, mais aucun de ces changements n'a eu pour effet de modifier sensiblement l'objectif qu'il poursuit, son rôle ou ses fonctions au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

En mai 2006, une contestation constitutionnelle a été intentée par deux associations privées de membres de la GRC dont l'objectif consiste à représenter des membres de la GRC en Ontario et en Colombie-Britannique quant aux questions relatives à leurs conditions de travail. Aucune n'a toutefois été reconnue à quelque moment que ce soit, par la direction de la GRC ou par le gouvernement fédéral, aux fins de négociations collectives ou de consultations au sujet d'enjeux relatifs au travail. Elles voulaient obtenir un jugement déclarant que l'effet combiné de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle et de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail viole la liberté d'association des membres d'une manière qui ne saurait se justifier. Un juge de la Cour supérieure de justice de l'Ontario a conclu que l'art. 96 du *Règlement de la GRC*, qui imposait le PRRF à titre de régime de relations de travail, entravait substantiellement la liberté d'association et ne pouvait se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Le juge était cependant également d'avis que l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail dans la fonction publique fédérale ne portait pas atteinte au droit garanti par l'al. 2*d*) de la *Charte*. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le procureur général du Canada et a conclu que le régime actuel de relations de travail de la GRC ne violait pas l'al. 2*d*) de la *Charte.*

Arrêt (le juge Rothstein est dissident) : Le pourvoi est accueilli. L'article 96 du *Règlement de la GRC*, qui était en vigueur au moment de l'audition du présent pourvoi, violait l'al. 2*d*) de la *Charte*. De même, l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2*d*). Aucune de ces violations n'est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. N'eût été son abrogation, l'art. 96 du *Règlement de la GRC* aurait été déclaré inopérant. La disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle est inopérante en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de 12 mois.

2015 SCC 1 (CanLII)

Per McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ.: The s. 2(*d*) guarantee of freedom of association protects a meaningful process of collective bargaining that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests. However, the current labour relations regime denies RCMP members that choice, and imposes on them a scheme that does not permit them to identify and advance their workplace concerns free from management's influence.

Section 2(*d*) protects three classes of activities: (1) the right to join with others and form associations; (2) the right to join with others in the pursuit of other constitutional rights; and (3) the right to join with others to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities. Viewed purposively, s. 2(*d*) guarantees the right of employees to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals. This guarantee includes a right to collective bargaining. Collective bargaining is a necessary precondition to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association. It is not a derivative right protected only if state action makes it effectively impossible to associate for workplace matters. That said, however, the right to collective bargaining is one that guarantees a process rather than an outcome or a particular model of labour relations.

The government cannot enact laws or impose a labour relations process that substantially interferes with the right of employees to associate for the purpose of meaningfully pursuing collective workplace goals. Just as a ban on employee association impairs freedom of association, so does a labour relations process that substantially interferes with the possibility of having meaningful collective negotiations on workplace matters. Similarly, a process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. Whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(*d*) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining.

La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner : La liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) protège l'existence d'un processus véritable de négociation collective qui offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre. Toutefois, le régime actuel de relations de travail prive les membres de la GRC de cette liberté de choix et leur impose un programme qui ne leur permet pas de définir et de faire valoir leurs préoccupations professionnelles à l'abri de l'influence de la direction.

L'alinéa 2*d*) protège trois catégories d'activités : (1) le droit de s'unir à d'autres et de constituer des associations; (2) le droit de s'unir à d'autres pour exercer d'autres droits constitutionnels; et (3) le droit de s'unir à d'autres pour faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force d'autres groupes ou entités. Considéré en fonction de son objet, l'al. 2*d*) garantit le droit des employés de véritablement s'associer en vue de réaliser des objectifs collectifs relatifs à leurs conditions de travail. Cette protection inclut un droit de négocier collectivement. La négociation collective est une condition qui doit nécessairement être réalisée pour permettre l'exercice véritable de la liberté d'association garantie par la Constitution. Il ne s'agit pas d'un droit dérivé protégé uniquement si l'acte de l'État rend effectivement impossible l'association en vue de régler des questions relatives au travail. Le droit à la négociation collective garantit toutefois un processus plutôt qu'un résultat ou qu'un modèle particulier de relations de travail.

Le gouvernement ne saurait adopter des lois ou imposer un processus de relations de travail qui entrave substantiellement le droit des employés de s'associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail. Tout comme l'interdiction pour des employés de s'associer porte atteinte à la liberté d'association, le modèle de relations de travail qui entrave substantiellement la possibilité d'engager de véritables négociations collectives sur des questions relatives au travail porte également atteinte à cette liberté. De même, un processus de négociation collective n'aura pas un caractère véritable s'il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. Quelle que soit la nature de la restriction, il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2*d*) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective.

2015 SCC 1 (CanLII)

A meaningful process of collective bargaining is a process that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine their collective interests and meaningfully pursue them. But choice and independence are not absolute: they are limited by the context of collective bargaining.

The degree of choice required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that enables employees to have effective input into the selection of the collective goals to be advanced by their association. Moreover, accountability to the members of the association plays an important role in assessing whether employee choice is present to a sufficient degree in any given labour relations scheme. A scheme that holds representatives accountable to the employees who chose them ensures that the association works towards the purposes for which the employees joined together.

In the same vein, the degree of independence required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that ensures that the activities of the association are aligned with the interests of its members. Although the function of collective bargaining is not served by a process which is dominated by or under the influence of management, like choice, independence in the collective bargaining context is not absolute. The degree of independence required is one that permits the activities of the association to be aligned with the interests of its members.

What is required to permit meaningful collective bargaining varies with the industry culture and workplace in question. As with all s. 2(*d*) inquiries, the required analysis is contextual. Choice and independence do not require adversarial labour relations; nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways. However, whatever the labour relations model, the *Charter* does not permit choice and independence to be eroded such that there is substantial interference with a meaningful process of collective bargaining.

This is not a case of a complete denial of the constitutional right to associate. Rather, it is a case of substantial interference with the right to associate for the purpose of addressing workplace goals through a meaningful process of collective bargaining, free from employer control.

Un processus véritable de négociation collective est tel qu'il offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de véritablement les réaliser. Cela dit, cette liberté de choix et cette indépendance ne sont pas absolues : elles sont limitées par le contexte de la négociation collective.

La liberté de choix requise par la *Charte* à des fins de négociation collective correspond à celle qui permet aux employés de participer véritablement au choix des objectifs collectifs que devra poursuivre leur association. En outre, l'obligation de l'association de rendre compte aux membres joue un rôle important pour apprécier la suffisance de la liberté de choix des employés dans un régime de relations de travail donné. Tout régime qui oblige les représentants à rendre compte aux employés qui les ont choisis garantit que l'association travaille à l'atteinte des objectifs pour lesquels les employés se sont associés.

Dans la même veine, l'indépendance exigée par la *Charte* à des fins de négociation collective se définit comme celle qu'assure une correspondance entre les activités de l'association et les intérêts de ses membres. Certes, l'objectif de la négociation collective n'est pas atteint si l'employeur domine ou influence le processus qui l'entoure, mais, à l'instar de la liberté de choix, l'indépendance dans le contexte de la négociation collective n'est pas absolue. L'indépendance requise est celle qui fait correspondre les activités de l'association aux intérêts de ses membres.

Les conditions nécessaires pour permettre une véritable négociation collective varient en fonction de la culture du secteur d'activité et du milieu de travail en question. Comme pour tous les examens fondés sur l'al. 2*d*), l'analyse requise est contextuelle. La liberté de choix et l'indépendance n'exigent pas des relations de travail de nature contradictoire; rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration. Sans égard au modèle de relations de travail, la *Charte* n'autorise cependant pas que la liberté de choix et l'indépendance soient affaiblies jusqu'au point où apparaît une entrave substantielle à l'existence d'un processus véritable de négociation collective.

En l'espèce, on ne se trouve pas devant un cas de négation complète du droit constitutionnel de s'associer. Il s'agit plutôt d'un cas d'entrave substantielle au droit de s'associer en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail au moyen d'un processus véritable de négociation

2015 SCC 1 (CanLII)

The flaws in the SRRP process do not permit meaningful collective bargaining, and are inconsistent with s. 2(*d*) of the *Charter*. That process fails to respect RCMP members' freedom of association in both its purpose and its effects.

Section 96 of the *RCMP Regulations* imposed the SRRP on RCMP members for the purpose of preventing collective bargaining through an independent association. Not only are members represented by an organization they did not choose and do not control, they must work within a structure that is part of the management organization of the RCMP and thus lacks independence from management. The SRRP process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining, and leaves members in a disadvantaged, vulnerable position.

The SRRP also infringes s. 2(*d*) in its effects. The relevant inquiry is directed at whether RCMP members can genuinely advance their own interests through the SRRP, without interference by RCMP management. On the record here, they cannot. Simply put, the SRRP is not an association in any meaningful sense, nor a form of exercise of the right to freedom of association. It is simply an internal human relations scheme imposed on RCMP members by management. The element of employee choice is almost entirely missing and the structure has no independence from management.

The second issue raised by the present constitutional challenge concerns the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* by para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1). This Court, in *Delisle*, held that the exclusion of the RCMP from the *PSSRA*, the *PSLRA*'s predecessor legislation, did not violate s. 2(*d*) of the *Charter*. Overturning precedents of this Court is not a step to be lightly taken. However, *Delisle* was decided before this Court's shift to a purposive and generous approach to labour relations and *Delisle* considered a different question and narrower aspects of the labour relations regime than those at issue here. It follows that the result in *Delisle* must be revisited.

The purpose of para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA*, viewed in its historical context, violates s. 2(*d*) of the *Charter*. The *PSSRA* and,

collective, à l'abri du contrôle de l'employeur. Les lacunes relevées dans le PRRF empêchent la tenue de véritables négociations collectives et violent l'al. 2*d*) de la *Charte*. Ce processus contrevient donc à la liberté d'association des membres de la GRC tant par son objet que par ses effets.

L'article 96 du *Règlement de la GRC* imposait aux membres de la GRC le PRRF afin d'empêcher la négociation collective au moyen d'une association indépendante. Non seulement les membres se trouvent représentés par un organisme qu'ils n'ont pas choisi et qu'ils ne contrôlent pas, mais ils sont tributaires d'une structure qui relève de l'organisme de gestion de la GRC et qui est ainsi dépourvue d'indépendance à l'égard de la direction. Les employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le PRRF n'établit pas, entre eux et l'employeur, l'équilibre essentiel à la tenue d'une véritable négociation collective.

Le PRRF viole également l'al. 2*d*) en raison de ses effets. La question qu'il faut poser est celle de savoir si les membres de la GRC peuvent faire véritablement valoir leurs propres intérêts, au moyen du PRRF, sans ingérence de la direction de la GRC. Le dossier de l'espèce démontre que tel n'est pas le cas. Autrement dit, le PRRF ne constitue pas une association au vrai sens du terme ni un exercice du droit à la liberté d'association. Il s'agit simplement d'un régime interne de relations humaines imposé aux membres de la GRC par la direction de celle-ci. La liberté de choix de l'employé devient donc pratiquement inexistante et la structure en question n'est pas indépendante de la direction.

La deuxième question que soulève la présente contestation constitutionnelle porte sur l'exclusion des membres de la GRC du régime établi par l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. Dans l'arrêt *Delisle*, la Cour a jugé que l'exclusion de cet organisme du régime de la première *LRTFP* ne violait pas l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il faut se garder d'écarter un précédent de la Cour à la légère. Cependant, la décision rendue dans *Delisle* a précédé le changement d'orientation effectué par la Cour vers une interprétation généreuse et téléologique des relations de travail et elle portait sur une question différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce et sur des aspects plus restreints du régime de relations de travail que ceux en cause dans la présente affaire. En conséquence, il y a lieu de revoir la décision rendue dans *Delisle*.

Considéré dans son contexte historique, l'objet de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle contrevient à l'al. 2*d*) de

2015 SCC 1 (CanLII)

later, the *PSLRA* established the general framework for labour relations and collective bargaining in the federal public sector. A class of employees, the members of the RCMP, has, since the initial enactment of this regime, been excluded from its application in order to prevent them from exercising their associational rights under s. 2(*d*). The purpose of excluding a specific class of employees from the labour relations regime in order to deny them the exercise of their freedom of association impermissibly breaches the constitutional rights of the affected employees.

Section 2(*d*) gives Parliament much leeway in devising a scheme of collective bargaining that satisfies the special demands of the RCMP. Beyond this, s. 1 of the *Charter* provides additional room to tailor a labour relations regime to achieve pressing and substantial objectives, provided it can show that these are justified. In the present case, the infringement of the guarantee of freedom of association cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

Although the government's objective of maintaining an independent and objective police force constitutes a pressing and substantial objective, the infringing measures are not rationally connected to their objective. First, it is not apparent how the exclusion of RCMP members from a statutorily protected collective bargaining process ensures the neutrality, stability or even reliability of the Force. Second, it is not established that permitting meaningful collective bargaining for RCMP members would disrupt the stability of the police force or affect the public's perception of its neutrality.

While this conclusion is sufficient to dispose of the s. 1 analysis, denying RCMP members any meaningful process of collective bargaining is also more restrictive than necessary to maintain the Force's neutrality, stability and reliability. The RCMP is the only police force in Canada without a collective agreement to regulate the working conditions of its officers. It has not been shown how or why the RCMP is materially different from the police forces that have the benefit of collective bargaining regimes that provide basic bargaining protections. A material difference between the forces having not been shown, it is clear that total exclusion of RCMP members from meaningful collective bargaining cannot be minimally impairing.

la *Charte*. Les deux versions successives de la *LRTFP* ont établi le cadre général applicable aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique fédérale. Une catégorie d'employés, soit les membres de la GRC, est exclue de ce régime, et ce, depuis son adoption, afin de les empêcher d'exercer le droit à la liberté d'association que leur confère l'al. 2*d*) de la *Charte*. L'objet de l'exclusion d'une catégorie particulière d'employés du régime de relations de travail en vue de les priver de l'exercice de leur droit à la liberté d'association contrevient de façon inacceptable aux droits constitutionnels des employés touchés.

L'alinéa 2*d*) accorde au législateur une grande latitude dans l'établissement d'un régime de négociation collective qui satisfait aux exigences spéciales de la GRC. En outre, l'article premier de la *Charte* accorde à celui-ci une marge de manœuvre additionnelle qui lui permet d'établir un régime de relations de travail pour atteindre des objectifs urgents et réels, dans la mesure, toutefois, où il peut démontrer que ces objectifs sont justifiés. En l'espèce, la violation de la liberté d'association garantie n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

Bien que l'objet du gouvernement de préserver une force policière indépendante et objective constitue un objectif urgent et réel, il n'existe pas de lien rationnel entre la mesure attentatoire et son objectif. D'une part, il est difficile de comprendre pourquoi l'exclusion des membres de la GRC d'un processus de négociation collective protégé par la loi peut assurer la neutralité, la stabilité ou même la fiabilité de cette force policière. D'autre part, il n'est pas établi que l'autorisation d'un véritable régime de négociation collective pour les membres de la GRC perturbera la stabilité de cette force policière ou influencera la perception du public quant à sa neutralité.

Bien que cette conclusion suffise pour mettre fin à l'analyse fondée sur l'article premier, le fait de priver les membres de la GRC d'un processus véritable de négociation collective est également plus restrictif que ce qui est nécessaire pour assurer la neutralité, la stabilité et la fiabilité de cette force policière. La GRC est la seule force policière au Canada n'ayant pas de convention collective qui régit les conditions de travail de ses agents. Il n'est établi ni comment ni pourquoi la GRC est substantiellement différente des forces policières qui bénéficient d'un régime de négociation collective leur accordant des protections fondamentales en matière de négociation. Une différence substantielle entre les forces policières n'ayant pas été établie, l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime véritable de négociation collective ne peut clairement pas constituer une atteinte minimale.

2015 SCC 1 (CanLII)

Having found that s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringe the freedom guaranteed to RCMP members under s. 2(*d*) of the *Charter*, and that these provisions cannot be saved under s. 1, the appropriate remedy is to strike down the offending provision of the *PSLRA* under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This declaration of invalidity is suspended for a period of 12 months. We would similarly strike down s. 96 of the *RCMP Regulations* were it not repealed. This conclusion does not mean that Parliament must include the RCMP in the *PSLRA* scheme. Section 2(*d*) of the *Charter* does not mandate a particular model of labour relations. Should it see fit to do so, Parliament remains free to enact any labour relations model it considers appropriate to address the specific context in which members of the RCMP discharge their duties, within the constitutional limits imposed by the guarantee enshrined in s. 2(*d*) and s. 1 of the *Charter*.

Per Rothstein J. (dissenting): The language used by the majority creates greater rights, and imposes greater restrictions on the government, than either a plain or generous reading of s. 2(*d*) of the *Charter* can logically provide. The interpretation of a *Charter* right must be principled and must not be so divorced from the text of the provision as to depart from the foundation of the right. When, in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, this Court recognized a derivative right to collective bargaining stemming from the purpose of s. 2(*d*) of the *Charter*, it extended constitutional rights beyond what had previously been accepted.

Now, less than four years after *Fraser* was decided, the majority further expands freedom of association and retreats from the effective impossibility test stated in that case. It also enshrines an adversarial model of labour relations as a *Charter* right, reversing this Court's findings in *Health Services* and in *Fraser* that s. 2(*d*) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome.

Après avoir statué que l'art. 96 du *Règlement de la GRC* et l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle portent atteinte à la liberté que garantit l'al. 2*d*) de la *Charte* aux membres de la GRC et ne peuvent se justifier au regard de l'article premier, la réparation appropriée consiste à annuler la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. La prise d'effet de cette déclaration d'invalidité est suspendue pour une période de 12 mois. N'eût été son abrogation, nous invaliderions également l'art. 96 du *Règlement de la GRC*. Cette conclusion signifie non pas que le législateur doit inclure la GRC dans le régime de la *LRTFP* actuelle. L'alinéa 2*d*) de la *Charte* n'impose pas un modèle particulier de relations du travail. S'il le juge à propos, le législateur demeure libre d'adopter tout modèle qu'il estime adapté au contexte particulier dans lequel les membres de cette organisation s'acquittent de leurs fonctions dans le respect des limites constitutionnelles imposées par la garantie prévue à l'al. 2*d*) et par l'article premier de la *Charte*.

Le juge Rothstein (dissident) : Les termes choisis par les juges majoritaires confèrent des droits plus étendus aux employés et restreignent encore davantage la marge de manœuvre du gouvernement que ce que le sens ordinaire ou une interprétation généreuse de l'al. 2*d*) de la *Charte* pourraient logiquement justifier. L'interprétation d'un droit protégé par la *Charte* doit reposer sur des principes et ne doit pas être dissociée du texte de la disposition au point de s'écarter du fondement du droit. En reconnaissant, dans *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et dans *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, l'existence d'un droit dérivé à la négociation collective fondé sur l'objectif visé par l'al. 2*d*) de la *Charte*, la Cour a élargi la portée des droits constitutionnels au-delà de ce qui avait déjà été reconnu.

Or, moins de quatre ans après le prononcé de l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires élargissent encore la portée de la liberté d'association et abandonnent le critère de l'impossibilité effective de mener une véritable négociation collective établi dans cet arrêt. Ils inscrivent également un modèle de relations de travail contradictoire en tant que droit reconnu par la *Charte*, ce qui revient à répudier les conclusions tirées antérieurement par la Cour dans *Health Services* et dans *Fraser* selon lesquelles l'al. 2*d*) ne garantit ni l'application d'un modèle particulier de négociation collective, ni l'obtention d'un résultat donné.

2015 SCC 1 (CanLII)

Section 2(*d*) of the *Charter* protects the right to associate to make collective representations and to have employers consider those representations in good faith. The majority in *Fraser* unambiguously held that the test to find an infringement of s. 2(*d*) in the labour relations context is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals. The language in *Fraser* does not support the majority's revised — and lowered — s. 2(*d*) standard. There is no doubt that the majority in *Fraser* firmly established a high threshold for infringement of the derivative right to collective bargaining. Fairness and certainty require that where settled law exists, courts must apply it to determine the result in a particular case. They may not identify a desired result and then search for a novel legal interpretation to bring that result about.

The essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(*d*) rights are protected in the collective bargaining context and it is only where legislation impairs the right of employees to have their interests advanced honestly and fairly that legislation will be constitutionally deficient.

Neither the choice of the organization representing employees for bargaining purposes nor the independence of that association are necessary to ensure that meaningful collective bargaining can occur. Choice and independence are central to Wagner-style labour relations and, by selecting choice and independence as constitutional requirements for meaningful collective bargaining, the majority mandates an adversarial model of labour relations and precludes others which may be just as or more effective in contributing to meaningful collective bargaining.

A statutorily designated bargaining model can ensure that employees' interests will be effectively represented to management even where the employees do not choose their individual representatives or the system in which this representation takes place. Section 2(*d*) requires that

L'alinéa 2*d*) de la *Charte* protège le droit de s'associer en vue de présenter des revendications collectives à l'employeur et de les voir prises en considération de bonne foi par ce dernier. Les juges majoritaires dans l'arrêt *Fraser* déclarent sans équivoque que le test permettant de conclure à une violation de l'al. 2*d*) dans le contexte des relations de travail est celui de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail. La formulation de l'arrêt *Fraser* n'appuie pas la norme révisée — et abaissée — que les juges majoritaires appliquent à l'al. 2*d*). Il ne fait aucun doute que, dans *Fraser*, les juges majoritaires ont fixé un seuil exigeant pour pouvoir conclure à la violation du droit dérivé à la négociation collective. L'équité et la notion de certitude exigent que, lorsque la jurisprudence est déjà fixée, les tribunaux doivent l'appliquer pour arrêter la solution dans l'affaire dont ils sont saisis. Ils ne peuvent pas déterminer à l'avance le résultat souhaité pour chercher ensuite une nouvelle interprétation juridique permettant d'obtenir ce résultat.

La caractéristique essentielle d'un régime de relations de travail qui permet aux employés d'exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité. Celle-ci est l'impératif constitutionnel auquel il faut satisfaire pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2*d*) sont protégés dans le contexte de la négociation collective, et ce n'est que si elle porte atteinte au droit des employés de faire défendre leurs droits honnêtement et équitablement qu'une loi sera considérée comme lacunaire sur le plan constitutionnel.

Ni le choix de l'organisation qui représente les employés aux fins de la négociation collective ni son indépendance face à la direction ne sont des éléments nécessaires pour assurer la tenue d'une véritable négociation collective. La liberté de choix et l'indépendance sont des aspects cruciaux des relations de travail structurées selon le modèle Wagner. En considérant que la liberté de choix et l'indépendance constituent des impératifs constitutionnels à la tenue de véritables négociations collectives, les juges majoritaires imposent un modèle de relations de travail contradictoire et ils écartent d'autres modèles qui peuvent être aussi efficaces sinon plus pour contribuer à la tenue de telles négociations.

Un modèle de négociation désigné par la loi peut garantir que les intérêts des employés seront efficacement défendus auprès de la direction même lorsqu'ils ne choisissent pas leurs représentants individuels ou le système dans le cadre duquel cette représentation s'effectue.

2015 SCC 1 (CanLII)

the voice with which employees communicate with their employer as a collective be representative of their interests. Provided that the spokespersons through whom employees make representations to their employer have a duty to represent the interests of all employees and that there is a means to hold those representatives to account, the workers' constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith is met. Representativeness is what *Fraser* mandates and there is no justification to embark upon the imposition of unnecessary constitutional constraints.

As with choice, the notion of independence is not an inherent aspect of collective bargaining. Where concerns are raised with respect to the independence of a legislatively prescribed employee association, the relevant question is not whether the association or process is independent in the sense that it segregates employees from management, but whether the process prevents employees, such as RCMP members, from associating to advance their collective workplace goals. To reiterate, the touchstone is representativeness. So long as employees have recourse to ensure that their views are put forward to management and that their representatives are working in their interests, the labour relations process will not be dominated by management and employees will have the means to work towards their collective workplace goals. Any representative who limits representation based on what management permits or who places their own employment interests above the interests of all employees will be held accountable for his or her own actions.

In the case at bar, the context of a national police force led to the adoption of a statutory collaborative labour relations model, the SRRP. The correct standard against which the SRRP should be evaluated is whether the process renders meaningful collective bargaining effectively impossible. Whether the *Fraser*-mandated effective impossibility test or the majority's new substantial interference test is applied, it is clear that the SRRP does not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

That Parliament chose a collaborative model like the SRRP as a means of facilitating employer-employee engagement for the national police force does not mean that that model has rendered it effectively impossible for RCMP members to achieve collective workplace goals.

L'alinéa 2*d*) exige que le porte-parole qui s'adresse à leur employeur en leur nom à tous représente leurs intérêts. À condition que le porte-parole par l'entremise duquel les employés font des représentations auprès de leur employeur ait l'obligation de représenter les intérêts de l'ensemble des employés et qu'il existe un moyen d'obliger ce porte-parole à rendre des comptes, le droit constitutionnel des travailleurs de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi est respecté. C'est la représentativité qu'exige l'arrêt *Fraser* et rien ne justifie d'imposer des contraintes constitutionnelles inutiles.

À l'instar de la liberté de choix, le principe d'indépendance ne constitue pas un élément inhérent à la négociation collective. Lorsque l'indépendance d'une association d'employés prescrite par la loi est mise en doute, la vraie question n'est pas celle de savoir si l'association ou le processus est indépendant, en ce sens qu'il ou elle dissocie les employés de la direction, mais plutôt celle de savoir si cette association ou ce processus empêche des employés, comme les membres de la GRC, de s'associer en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Une fois de plus, la pierre angulaire, c'est la représentativité. Dès lors que les employés disposent de recours pour s'assurer que leur point de vue est relayé à la direction et que leurs représentants travaillent dans leur intérêt, le processus de relations de travail n'est pas dominé par la direction et les employés disposent de moyens leur permettant de travailler en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Le représentant qui restreint le cadre de son mandat en fonction de ce que lui permet la direction ou qui fait passer ses intérêts professionnels avant ceux de l'ensemble des employés devra répondre de ses gestes.

Dans le cas qui nous occupe, le contexte d'un corps policier national a conduit à l'adoption d'un modèle de relations de travail créé par la loi et axé sur la collaboration, le PRRF. La norme qu'il convient d'appliquer pour examiner le PRRF est celle de savoir si le processus mis en place rend effectivement impossible la tenue d'une véritable négociation collective. Qu'on applique le test de l'impossibilité effective prévu par l'arrêt *Fraser* ou le nouveau test de l'entrave substantielle proposé par les juges majoritaires, il est évident que le PRRF ne porte pas atteinte au droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

Le fait que le législateur ait retenu un modèle axé sur la collaboration comme le PRRF pour favoriser les relations employeur-employés dans l'intérêt du corps policier national que constitue la GRC ne signifie pas que, du fait de l'adoption de ce modèle, il est effectivement

2015 SCC 1 (CanLII)

Although RCMP members did not choose their associational framework for bargaining purposes, they are able to democratically elect their representatives and those representatives have a statutory duty to represent employee interests. They can be replaced if they fail to uphold that duty. Management also has a constitutional obligation to consider in good faith the representations made on behalf of RCMP members. In short, the evidence before this Court is that Staff Relations Representatives fairly advance employee interests to RCMP management and thus the SRRP meets the constitutional requirement of representativeness mandated under this Court's interpretation of s. 2(*d*).

The purpose of excluding RCMP members from the *PSLRA* is not to interfere with collective bargaining, but is driven by a legitimate concern that the model imposed under that legislation is ill suited to the national police force. The evolution in the legal understanding of s. 2(*d*) since *Delisle* bears no relation to the majority's finding in that case as to the purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSLRA*'s predecessor legislation, and thus cannot be used to support revisiting the issues settled in *Delisle*. Although *Delisle* was decided before *Health Services* and *Fraser* ushered in a more expansive approach to labour relations, the jurisprudential developments since do not allow this Court to conclude that the purpose of the exclusion is to deny RCMP members' associational rights. In fact, changes to the SRRP since *Delisle* have reinforced the understanding that the program's goal is to enhance representation of the interests of RCMP members without the imposition of an adversarial model.

Even if *Delisle* had been incorrectly decided and the purpose of the exclusion contained in the *PSSRA* in 1967 was to deny RCMP members meaningful collective bargaining, it does not follow that this continues to be the purpose of para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* today. By 2003, when the *PSSRA* was replaced by the *PSLRA*, the RCMP labour relations scheme was considerably changed from that which existed in 1967. The decision to continue the exclusion was made with the knowledge that doing so did not deny members collective bargaining rights. These individuals were subject to a parallel labour relations regime — the

devenu impossible pour les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Certes, les membres de la GRC n'ont pas choisi leur cadre associatif pour les besoins de la négociation, mais ils sont en mesure d'élire démocratiquement leurs représentants qui, du fait de la loi, sont tenus de défendre les intérêts des employés. Ils peuvent d'ailleurs être remplacés s'ils manquent à ce devoir. La direction a également l'obligation constitutionnelle de tenir compte de bonne foi des observations présentées au nom des membres de la GRC. Bref, suivant la preuve soumise à la Cour, les représentants des relations fonctionnelles défendent équitablement les intérêts des employés auprès de la direction de la GRC; le PRRF respecte donc l'exigence constitutionnelle de représentativité exigée selon l'interprétation que la Cour a donnée à l'al. 2*d*).

L'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle n'a pas pour objet de nuire à la négociation collective; elle est plutôt motivée par la crainte légitime que le modèle prévu par cette loi ne convienne pas au service de police national que constitue la GRC. L'évolution de l'interprétation juridique de l'al. 2*d*) depuis l'arrêt *Delisle* n'a rien à voir avec la conclusion tirée par les juges majoritaires dans cet arrêt en ce qui concerne l'objet de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la première *LRTFP*. On ne peut donc pas s'en servir pour revenir sur des questions qui ont été tranchées dans cet arrêt. Certes, l'arrêt *Delisle* a été rendu avant que les arrêts *Health Services* et *Fraser* ne marquent le début d'une nouvelle ère se caractérisant par une interprétation large dans le contexte des relations de travail. Cependant, l'évolution de la jurisprudence depuis ne permet pas à la Cour de conclure que l'exclusion en question vise à priver les membres de la GRC de la liberté d'association. En fait, les modifications apportées au PRRF depuis l'arrêt *Delisle* ont renforcé l'idée que le programme a pour objet d'améliorer la défense des intérêts des membres de la GRC sans imposer un modèle contradictoire.

Même si l'arrêt *Delisle* était mal fondé et que l'exclusion prévue à la première *LRTFP* dans sa rédaction en vigueur en 1967 avait pour objet de priver les membres de la GRC d'une véritable négociation collective, il ne s'ensuit pas pour autant qu'il s'agit toujours de l'objectif visé par l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. En 2003, lorsque l'ancienne loi a été remplacée par la *LRTFP* actuelle, le régime de relations de travail de la GRC a été modifié de fond en comble par rapport à celui qui existait en 1967. La décision de maintenir l'exclusion a été prise à la lumière du fait que cela n'avait pas pour effet

2015 SCC 1 (CanLII)

SRRP. To ignore the significantly different context in which the exclusion of RCMP members was re-enacted in the *PSLRA* disregards the current legislative reality.

Had para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* been found to breach s. 2(*d*) of the *Charter*, it would nonetheless constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society and would therefore be justified under s. 1 of the *Charter*. Parliament is entitled to address concerns that an adversarial RCMP members' association might order its members to refuse to intervene in certain circumstances involving the labour disputes of others or that belonging to such associations could inhibit members from responding to such situations impartially. The RCMP is materially different from other Canadian police forces. The government must be permitted to organize the Force's labour relations in view of its distinctive and essential role as our national police force.

Cases Cited

By McLachlin C.J. and LeBel J.

Overruled: *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; **applied:** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; **explained:** *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; **referred to:** *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Bernard v. Canada (Attorney General)*, 2014 SCC 13, [2014] 1 S.C.R. 227; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001

de priver les membres de la GRC de leurs droits à la négociation collective. Ces individus étaient simplement assujettis à un régime de relations de travail parallèle : le PRRF. Ignorer le contexte radicalement différent dans lequel l'exclusion des membres de la GRC a été adoptée de nouveau dans la *LRTFP* actuelle revient à méconnaître la réalité législative actuelle.

Même si on concluait que l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle porte atteinte au droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*, cette atteinte constituerait néanmoins une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*. Le législateur a le droit de se préoccuper du fait qu'une association de membres de la GRC fondée sur un modèle contradictoire pourrait ordonner à ses membres de refuser d'intervenir dans certaines circonstances où il est question de conflits de travail d'autres groupes ou que le fait d'appartenir à de telles associations pourrait amener ses membres à hésiter à répondre à de telles situations de façon impartiale. La GRC est différente des autres forces policières canadiennes. Le gouvernement doit être habilité à organiser les relations de travail au sein de cette force policière en tenant compte du rôle particulier et essentiel de celle-ci en tant que service de police national.

Jurisprudence

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge LeBel

Arrêt renversé : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; **arrêt appliqué :** *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; **arrêt expliqué :** *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; **arrêts mentionnés :** *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2014

2015 SCC 1 (CanLII)

SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477; *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII; *Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825.

By Rothstein J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Dunmore v. Ontario* CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477; *Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, nº 45701/99, CEDH 2001-XII; *Serbian Eastern Orthodox Diocese c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976); *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937); *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

Citée par le juge Rothstein (dissident)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209; *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1

2015 SCC 1 (CanLII)

(Attorney General), 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting the Syndical Plan of the Sûreté du Québec, CQLR, c. R-14.
Agricultural Employees Protection Act, 2002, S.O. 2002, c. 16.
Canada Labour Code, R.S.C. 1985, c. L-2, Part I, s. 6.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 33.
Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program) [made pursuant to s. 21(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9; rep. SOR/2003-325].
Commissioner's Standing Orders (Representation), 1997, SOR/97-399, s. 3(*b*).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Expenditure Restraint Act, S.C. 2009, c. 2, s. 393.
Industrial Relations and Disputes Investigation Act, S.C. 1948, c. 54.
Interpretation Act, R.S.C. 1985, c. I-21, s. 44(*f*).
Labour Code, CQLR, c. C-27, s. 4.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935) (codified as amended at 29 U.S.C. §§ 151-169).
Ontario Provincial Police Collective Bargaining Act, 2006, S.O. 2006, c. 35, Sch. B.
Police Act, 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 83 to 86.
Public Service Labour Relations Act, S.C. 2003, c. 22 [as en. by *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2], s. 2(1) "employee" (*d*), Part 3.
Public Service Staff Relations Act, S.C. 1966-67, c. 72 [1970, c. P-35; 1985, c. P-35; rep. 2003, c. 22, s. 285], s. 2 "employee" (*e*), (*g*), (*j*).
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1985, c. R-10.
Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988, SOR/88-361 [rep. 2014-281, s. 58], s. 96 [ad. 89-581].
Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014, SOR/2014-281, ss. 56, 58.
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, c. R-17.

R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district nº 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 33.
Code canadien du travail, L.R.C. 1985, c. L-2, partie I, art. 6.
Code du travail, RLRQ, c. C-27, art. 4.
Consignes de 1997 du commissaire (représentation), DORS/97-399, art. 3*b*).
Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles) [adoptées en vertu du par. 21(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9; abr. DORS/2003-325].
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi d'interprétation, L.R.C. 1985, c. I-21, art. 44*f*).
Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles, L.O. 2002, c. 16.
Loi de 2006 sur la négociation collective relative à la Police provinciale de l'Ontario, L.O. 2006, c. 35, ann. B.
Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires, L.O. 2014, c. 5.
Loi des mesures de guerre, S.R.C. 1927, c. 206.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, L.R.C. 1985, c. R-10.
Loi sur le contrôle des dépenses, L.C. 2009, c. 2, art. 393.
Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec, RLRQ, c. R-14.
Loi sur les relations de travail dans la fonction publique, L.C. 2003, c. 22 [éd. par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2], art. 2(1) « fonctionnaire » *d*), partie 3.
Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique, S.C. 1966-67, c. 72 [1970, c. P-35; 1985, c. P-35; abr. 2003, c. 22, art. 285], art. 2 « fonctionnaire » *e*), *g*), *j*).
Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail, S.C. 1948, c. 54.
National Labor Relations Act, 49 Stat. 449 (1935) (modifiée et codifiée au 29 U.S.C. §§ 151-169).

2015 SCC 1 (CanLII)

School Boards Collective Bargaining Act, 2014, S.O. 2014, c. 5.
War Measures Act, R.S.C. 1927, c. 206.
Wartime Labour Relations Regulations, P.C. 1003 (1944).

Treaties and Other International Instruments

Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize, 68 U.N.T.S. 17, art. 9.
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.
International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 993 U.N.T.S. 3, art. 8.

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Toronto: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).
Adams, Roy J. "A Pernicious Euphoria: 50 Years of Wagnerism in Canada" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321.
Adams, Roy J. "Public Employment Relations: Canadian Developments in Perspective", in Gene Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring*. Don Mills, Ont.: Oxford University Press, 2001, 212.
Anderson, John C., and Thomas A. Kochan. "Collective Bargaining in the Public Service of Canada" (1977), 32 *Relat. ind.* 234.
Bogg, Alan, and Keith Ewing. "A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada" (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 379.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.
Burkett, Brian W. "The Future of the *Wagner Act*: A Canadian-American Comparison" (2013), 38 *Queen's L.J.* 363.
Canada. Advisory Committee on Labour Management Relations in the Federal Public Service. *Working Together in the Public Interest*. Ottawa: Treasury Board of Canada, 2001 (online: http://www.tbs-sct.gc.ca/report/fryer/wtpi-teip-eng.pdf).
Canada. Office of the Independent Investigator into RCMP Pension and Insurance Matters. *A Matter of Trust: Report of the Independent Investigator into Matters Relating to RCMP Pension and Insurance Plans*. Ottawa: The Office, 2007.

Police Act, 1990, S.S. 1990-91, c. P-15.01, art. 83 à 86.
Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988), DORS/88-361 [abr. 2014-281, art. 58], art. 96 [aj. 89-581].
Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014), DORS/2014-281, art. 56, 58.
Règlements des Relations ouvrières en temps de guerre, C.P. 1003 (1944).
Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992, S.N.L. 1992, c. R-17.

Traités et autres instruments internationaux

Convention (nº 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 68 R.T.N.U. 17, art. 9.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, 993 R.T.N.U. 3, art. 8.

Doctrine et autres documents cités

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed., Toronto, Canada Law Book, 1993 (loose-leaf updated June 2014, release 50).
Adams, Roy J. « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321.
Adams, Roy J. « Public Employment Relations : Canadian Developments in Perspective », in Gene Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring*, Don Mills (Ont.), Oxford University Press, 2001, 212.
Anderson, John C., and Thomas A. Kochan. « Collective Bargaining in the Public Service of Canada » (1977), 32 *Relat. ind.* 234.
Bogg, Alan, and Keith Ewing. « A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada » (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 379.
Brun, Henri, Guy Tremblay et Eugénie Brouillet. *Droit constitutionnel*, 5e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.
Burkett, Brian W. « The Future of the *Wagner Act* : A Canadian-American Comparison » (2013), 38 *Queen's L.J.* 363.
Canada. Bureau de l'enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d'assurances de la GRC. *Une question de confiance : Rapport de l'enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d'assurances de la GRC*, Ottawa, Le Bureau, 2007.
Canada. Comité consultatif sur les relations patronales-syndicales dans la fonction publique fédérale. *Travailler ensemble dans l'intérêt public*, Ottawa, Secretariat

2015 SCC 1 (CanLII)

Canada. Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service. *Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service*. Ottawa: Queen's Printer, 1965.

Canada. Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP. *Rebuilding the Trust: Report of the Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP*. Ottawa: The Task Force, 2007.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1969.

Caron, Renée. *Employment in the Federal Public Service*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated by Emond Harnden LLP, August 2009, release 5).

Carpenter, Dale. "Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale*: A Tripartite Approach" (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.

Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed. The Hague: Kluwer Law International, 2002.

Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2013.

Doorey, David J. "Graduated Freedom of Association: Worker Voice Beyond the Wagner Model" (2013), 38 *Queen's L.J.* 511.

Dorsey, James E. "Individuals and Internal Union Affairs: The Right to Participate", in Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*. Toronto: Butterworths, 1983, 193.

Forcese, Dennis. "Police Unionism: Employee-Management Relations in Canadian Police Forces" (1980), 4 *Canadian Police College Journal* 79.

Fudge, Judy. "Freedom of Association", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 527.

Fudge, Judy. "Introduction: Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection", in Fay Faraday, Judy Fudge and Eric Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case*. Toronto: Irwin Law, 2012, 1.

Hardy, J. Fred, and Allen Ponak. "Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police" (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87.

Inazu, John D. *Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 2012.

Kahn-Freund's Labour and the Law, 3rd ed. by Paul Davies and Mark Freedland. London: Stevens & Sons, 1983.

Kaufman, Bruce E. "Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years: A Reassessment", in Bruce E.

du Conseil du Trésor, 2001 (en ligne : http://www.tbs-sct.gc.ca/report/fryer/wtpi-teip-fra.pdf).

Canada. Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique. *Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1965.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*, Ottawa, Bureau du Conseil privé, 1969.

Canada. Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC. *Rétablir la confiance : Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC*, Ottawa, Le Groupe de travail, 2007.

Caron, Renée. *Employment in the Federal Public Service*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 2001 (loose-leaf updated by Emond Harnden LLP, August 2009, release 5).

Carpenter, Dale. « Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale* : A Tripartite Approach » (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.

Carter, Donald D., et al. *Labour Law in Canada*, 5th ed., The Hague, Kluwer Law International, 2002.

Coutu, Michel, et autres. *Droit des rapports collectifs du travail au Québec*, vol. 1, *Le régime général*, 2e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2013.

Doorey, David J. « Graduated Freedom of Association : Worker Voice Beyond the Wagner Model » (2013), 38 *Queen's L.J.* 511.

Dorsey, James E. « Individuals and Internal Union Affairs : The Right to Participate », in Kenneth P. Swan and Katherine E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law*, Toronto, Butterworths, 1983, 193.

États-Unis. National Labor Relations Board. *Legislative History of the National Labor Relations Act 1935*, vol. 1, Washington (D.C.), The Board, 1949.

Forcese, Dennis. « Le syndicalisme policier : relations de travail dans les forces policières canadiennes » (1980), 4 *Journal du Collège canadien de police* 85.

Fudge, Judy. « Freedom of Association », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 527.

Fudge, Judy. « Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection », in Fay Faraday, Judy Fudge and Eric Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada : Farm Workers and the Fraser Case*, Toronto, Irwin Law, 2012, 1.

Gendarmerie royale du Canada. Représentants de relations fonctionnelles. *Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final*, janvier 2003.

2015 SCC 1 (CanLII)

Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy*. Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 21.

MacDowell, Laurel Sefton. "Company Unionism in Canada, 1915-1948", in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy*. Armonk, N.Y.: M. E. Sharpe, 2000, 96.

MacKay, Robin. "The Royal Canadian Mounted Police and Unionization". Library of Parliament, Parliamentary Research Branch, Law and Government Division, September 3, 2003.

Middleton, J. P. *A Study Report on Police Associations*. Ottawa: RCMP, 1974.

Moon, Richard. "Freedom of Conscience and Religion", in Errol Mendes and Stéphane Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2013, 339.

Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale: visage juridique actuel et futur*. Saint-Nicolas, Qué.: Presses de l'Université Laval, 1999.

Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*. Toronto: Irwin Law, 2007.

Royal Canadian Mounted Police. Staff Relations Representatives. *SRR Challenge 2000 Review: Final Report*, January 2003.

Schabas, Paul B. "The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b)", in Ryder Gilliland, ed., *The Charter at Thirty*. Toronto: Canada Law Book, 2012, 1.

Taras, Daphne. "Reconciling Differences Differently: Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167.

Taras, Daphne Gottlieb. "Why Nonunion Representation Is Legal in Canada" (1997), 52 *Relat. ind.* 763.

United States. National Labor Relations Board. *Legislative History of the National Labor Relations Act 1935*, vol. 1. Washington, D.C.: The Board, 1949.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*. Montréal: Thémis, 2006.

Walzer, Michael. "The Concept of Civil Society", in Michael Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society*. Providence, R.I.: Berghahn Books, 1995, 7.

Wellington, Harry H. *Labor and the Legal Process*. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1968.

Hardy, J. Fred, and Allen Ponak. « Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police » (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87.

Inazu, John D. *Liberty's Refuge : The Forgotten Freedom of Assembly*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 2012.

Kahn-Freund's Labour and the Law, 3rd ed. by Paul Davies and Mark Freedland, London, Stevens & Sons, 1983.

Kaufman, Bruce E. « Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years : A Reassessment », in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy*, Armonk (N.Y.), M. E. Sharpe, 2000, 21.

MacDowell, Laurel Sefton. « Company Unionism in Canada, 1915-1948 », in Bruce E. Kaufman and Daphne Gottlieb Taras, eds., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy*, Armonk (N.Y.), M. E. Sharpe, 2000, 96.

MacKay, Robin. « The Royal Canadian Mounted Police and Unionization ». Bibliothèque du Parlement, Direction de la recherche parlementaire, Division du droit et du gouvernement, 3 septembre 2003.

Middleton, J. P. *Rapport d'étude sur les associations policières*, Ottawa, RCMP, 1974.

Moon, Richard. « Freedom of Conscience and Religion », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés*, 5e éd., Markham (Ont.), LexisNexis, 2013, 339.

Murray, Gregor, et Pierre Verge. *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur*, Saint-Nicolas (Qc), Presses de l'Université Laval, 1999.

Rootham, Christopher. *Labour and Employment Law in the Federal Public Service*, Toronto, Irwin Law, 2007.

Schabas, Paul B. « The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b) », in Ryder Gilliland, ed., *The Charter at Thirty*, Toronto, Canada Law Book, 2012, 1.

Taras, Daphne. « Reconciling Differences Differently : Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167.

Taras, Daphne Gottlieb. « Why Nonunion Representation Is Legal in Canada » (1997), 52 *Relat. ind.* 763.

Verge, Pierre, Gilles Trudeau et Guylaine Vallée. *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Thémis, 2006.

Walzer, Michael. « The Concept of Civil Society », in Michael Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society*, Providence (R.I.), Berghahn Books, 1995, 7.

Wellington, Harry H. *Labor and the Legal Process*, New Haven (Conn.), Yale University Press, 1968.

2015 SCC 1 (CanLII)

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg and Juriansz JJ.A.), 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268, 292 O.A.C. 202, 350 D.L.R. (4th) 261, 260 C.R.R. (2d) 242, 220 L.A.C. (4th) 107, [2012] O.J. No. 2420 (QL), 2012 CarswellOnt 6781 (WL Can.), setting aside a decision of MacDonnell J., 96 O.R. (3d) 20, 188 C.R.R. (2d) 225, 2009 CLLC ¶220-027, 2009 CanLII 15149, [2009] O.J. No. 1352 (QL), 2009 CarswellOnt 1780 (WL Can.). Appeal allowed, Rothstein J. dissenting.

Laura C. Young and *Patric Senson*, for the appellants.

Peter Southey, *Donnaree Nygard* and *Kathryn Hucal*, for the respondent.

Robin K. Basu and *Michael Dunn*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jonathan Penner, *Keith Evans* and *Karen Horsman*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Graeme G. Mitchell, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, for the intervener the Attorney General of Alberta.

James R. K. Duggan and *Alexander H. Duggan*, for the intervener Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.

John D. R. Craig and *Christopher D. Pigott*, for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund.

Benoit Laurin and *Éric Lévesque*, for the intervener Confédération des syndicats nationaux.

Ian J. Roland and *Michael Fenrick*, for the intervener the Canadian Police Association.

Steven Barrett and *Ethan Poskanzer*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg et Juriansz), 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268, 292 O.A.C. 202, 350 D.L.R. (4th) 261, 260 C.R.R. (2d) 242, 220 L.A.C. (4th) 107, [2012] O.J. No. 2420 (QL), 2012 CarswellOnt 6781 (WL Can.), qui a infirmé une décision du juge MacDonnell, 96 O.R. (3d) 20, 188 C.R.R. (2d) 225, 2009 CLLC ¶220-027, 2009 CanLII 15149, [2009] O.J. No. 1352 (QL), 2009 CarswellOnt 1780 (WL Can.). Pourvoi accueilli, le juge Rothstein est dissident.

Laura C. Young et *Patric Senson*, pour les appelantes.

Peter Southey, *Donnaree Nygard* et *Kathryn Hucal*, pour l'intimé.

Robin K. Basu et *Michael Dunn*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jonathan Penner, *Keith Evans* et *Karen Horsman*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Graeme G. Mitchell, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Roderick S. Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James R. K. Duggan et *Alexander H. Duggan*, pour l'intervenante l'Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.

John D. R. Craig et *Christopher D. Pigott*, pour l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie.

Benoit Laurin et *Éric Lévesque*, pour l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux.

Ian J. Roland et *Michael Fenrick*, pour l'intervenante l'Association canadienne des policiers.

Steven Barrett et *Ethan Poskanzer*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

2015 SCC 1 (CanLII)

Ranjan K. Agarwal and *Ashley L. Paterson*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Andrew Raven, *Andrew Astritis* and *Morgan Rowe*, for the intervener the Public Service Alliance of Canada.

Lindsay M. Lyster, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis and Wagner JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE AND LEBEL J. —

I. Introduction

[1] In this appeal, we must decide whether excluding members of the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") from collective bargaining under the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 ("*PSLRA*"), and imposing a non-unionized labour relations regime violates the guarantee of freedom of association in s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. This requires us to review the nature and interpretation of the right guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*, and to clarify the scope of the constitutional protection of collective bargaining recognized in *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, and *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3.

[2] RCMP members are not permitted to unionize or engage in collective bargaining. They have been excluded from the *PSLRA* and its predecessor statute since collective bargaining was first introduced in the federal public service in the late 1960s. Instead, there exists a non-unionized labour relations regime with three core components. First, members

Ranjan K. Agarwal et *Ashley L. Paterson*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Andrew Raven, *Andrew Astritis* et *Morgan Rowe*, pour l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada.

Lindsay M. Lyster, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Abella, Cromwell, Karakatsanis et Wagner rendu par

LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE LEBEL —

I. Introduction

[1] Dans le présent pourvoi, nous sommes appelés à décider si l'exclusion des membres de la Gendarmerie royale du Canada (« GRC ») du régime de négociation collective établi par la version actuelle de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2 (« *LRTFP* actuelle »), et si l'imposition d'un régime non syndical de relations du travail porte atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce faire, nous devons examiner la nature du droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte* ainsi que l'interprétation qui en a été donnée, et préciser la portée de la protection constitutionnelle accordée à la négociation collective par les arrêts *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, et *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3.

[2] Les membres de la GRC ne peuvent ni se syndiquer ni négocier collectivement. Ils sont exclus de l'application de la *LRTFP* actuelle et de la loi antérieure à cette dernière depuis que la négociation collective a été instaurée dans la fonction publique fédérale à la fin des années 1960. Ils se trouvent plutôt assujettis à un régime non syndical de relations

2015 SCC 1 (CanLII)

can advance their workplace concerns through the Staff Relations Representative Program ("SRRP"). Second, members' concerns regarding pay and benefits are communicated to management through the RCMP Pay Council process. Third, RCMP members have created the Mounted Police Members' Legal Fund ("Legal Fund"), a not-for-profit corporation funded through membership dues, which provides legal assistance to RCMP members for employment-related issues.

[3] A little over 15 years ago, this Court held that exclusion of RCMP members from collective bargaining under the *PSLRA*'s predecessor legislation did not infringe s. 2(*d*): *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989. On this appeal we are asked to reconsider that decision as it relates to the *PSLRA*. Unlike this appeal, however, *Delisle* did not involve a direct challenge to the sufficiency of the SRRP: *Delisle*, at para. 34.

[4] This case was heard together with a related appeal, brought by two Staff Relations Representatives ("SRRs") on behalf of all members of the RCMP, challenging the constitutionality of federal wage restraint legislation: *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125. While the factual background of both appeals overlap, they raise different legal issues. *Meredith* addresses the question of whether a piece of legislation and its implementation unconstitutionally interfered with the existing RCMP labour relations scheme, but does not challenge that scheme as a whole as constitutionally deficient under s. 2(*d*). The present appeal is directed at the constitutionality of the scheme comprising both the *PSLRA* exclusion and the SRRP process.

de travail reposant sur trois éléments principaux. Tout d'abord, les membres peuvent faire valoir leurs préoccupations à propos de leurs conditions de travail par l'entremise du Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF »). Ensuite, leurs représentations quant aux questions de nature salariale et quant à leurs avantages sociaux sont transmises à la direction grâce au Conseil de la solde de la GRC. Enfin, les membres de la GRC ont créé le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie (« Fonds de recours juridique ») — société à but non lucratif financée par leurs cotisations — qui leur fournit de l'assistance juridique pour les questions relatives à leur emploi.

[3] Il y a un peu plus de 15 ans, la Cour a conclu que l'exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la première *LRTFP* alors en vigueur ne portait pas atteinte à l'al. 2*d*) (*Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989). Dans le présent pourvoi, nous devons réexaminer cette décision en ce qui a trait à la *LRTFP* actuelle, même si dans l'affaire *Delisle*, contrairement à ce qui est en cause en l'espèce, la valeur constitutionnelle du PRRF n'était pas directement contestée (*Delisle*, par. 34).

[4] La présente cause a été entendue en même temps que le pourvoi connexe, formé par deux représentants des relations fonctionnelles (« RRF ») au nom de tous les membres de la GRC, pour contester la constitutionnalité des dispositions législatives diminuant les augmentations salariales accordées aux employés de l'administration fédérale (*Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125). Même si les faits en cause se recoupent, les deux pourvois soulèvent des questions juridiques différentes. Dans l'affaire *Meredith*, la Cour est appelée à décider si une loi et sa mise en œuvre ont interféré de manière inconstitutionnelle avec le régime existant de relations de travail à la GRC, sans que soit contestée la portée constitutionnelle de l'ensemble du régime au regard de l'al. 2*d*). Le présent pourvoi porte plutôt sur la constitutionnalité du régime qui comprend à la fois l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle et le système fondé sur le PRRF.

2015 SCC 1 (CanLII)

[5] We conclude that the s. 2(*d*) guarantee of freedom of association protects a meaningful process of collective bargaining that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests. The current RCMP labour relations regime denies RCMP members that choice, and imposes on them a scheme that does not permit them to identify and advance their workplace concerns free from management's influence. Accordingly, we allow the appeal and find that s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361 ("*RCMP Regulations*"),[1] which was in effect at the time of the hearing of this appeal, is inconsistent with s. 2(*d*) of the *Charter*. We also find that the exclusion of RCMP members from collective bargaining under para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(*d*) of the *Charter*. Neither infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

[5] Nous concluons que la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) protège l'existence d'un processus véritable de négociation collective qui offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre. Le régime actuel de relations de travail de la GRC prive les membres de cette liberté de choix et leur impose un programme qui ne leur permet pas de définir et de faire valoir leurs préoccupations professionnelles à l'abri de l'influence de la direction. Par conséquent, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi et nous concluons que l'art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361 (« *Règlement de la GRC* »)[1], qui était en vigueur lorsque le pourvoi a été entendu, viole l'al. 2*d*) de la *Charte*. Nous sommes également d'opinion que l'exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective prévu à l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2*d*) de la *Charte*. Enfin, selon nous, aucune de ces violations n'est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

II. The Parties

[6] The appellants are voluntary, private associations of RCMP members organized at the initiative of members. The Mounted Police Association of Ontario ("MPAO") is a non-profit corporation registered in Ontario, formed in 1998 from an amalgamation of two predecessor groups. It represents RCMP members in the National Division (the National Capital Region), Headquarters (RCMP national office in Ottawa) and "O" Division (Ontario, outside the National Capital Region). The British Columbia Mounted Police Professional Association ("BCMPPA") is a non-profit society incorporated in British Columbia in 1994. Its members are principally drawn from "E" Division (British Columbia). A similar organization, the Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., intervenes in

II. Les parties

[6] Les appelantes sont des associations de membres de la GRC, privées et volontaires, qui ont été mises sur pied par certains d'entre eux. L'Association de la police montée de l'Ontario (« APMO »), une société à but non lucratif immatriculée en Ontario, est issue de la fusion, en 1998, de deux groupes qui l'ont précédée. Elle représente des membres de la GRC appartenant à la Division nationale (de la région de la capitale nationale), à la Direction générale (du quartier général de la GRC à Ottawa) et à la Division « O » (de l'Ontario, excluant la région de la capitale nationale). La British Columbia Mounted Police Professional Association (« BCMPPA ») est une société à but non lucratif constituée en Colombie-Britannique en 1994. Ses membres proviennent principalement de la Division « E » (soit de

[1] Repealed since the hearing of this appeal (SOR/2014-281, s. 58) and replaced by a substantially similar provision, s. 56 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 2014*, SOR/2014-281 ("*RCMP Regulations, 2014*").

[1] Abrogé depuis l'audition du présent pourvoi (DORS/2014-281, art. 58) et remplacé par une disposition essentiellement similaire, l'art. 56 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (2014)*, DORS/2014-281 (« *Règlement de la GRC (2014)* »).

2015 SCC 1 (CanLII)

this appeal. It represents the majority of members of "C" Division (Quebec) as well as French-speaking members across Canada.

[7] The goal of all three associations is to represent RCMP members on work-related issues. The associations engage in political lobbying, educational efforts, and social activities. They provide advice and assistance to their members in discipline and grievance matters. Their operations are funded through membership dues, and the associations have no full-time staff. None of the associations has ever been recognized for the purpose of collective bargaining or consultation on workplace issues by RCMP management or the federal government.

[8] The respondent, the Attorney General of Canada, joined by a number of provincial Attorneys General, opposes the appellants' contention that the current labour relations scheme violates the guarantee of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*.

III. The Current Process

[9] The labour relations system currently in place at the RCMP is composed of three bodies: the SRRP, the Pay Council and the Legal Fund. The core component of the scheme is the SRRP.

[10] The SRRP is the primary mechanism through which RCMP members can raise labour relations issues (excluding wages), and the only form of employee representation recognized by management. The program is the result of consultations that took place as early as 1974. It was formalized in s. 96 of the *RCMP Regulations*:

96. (1) The Force shall have a Division Staff Relations Representative Program to provide for representation of

la Colombie-Britannique). Une organisation semblable, l'Association des membres de la Police Montée du Québec Inc., agit à titre d'intervenante dans le présent pourvoi. Elle représente la majorité des membres de la Division « C » (du Québec) de même que les membres francophones de l'ensemble du pays.

[7] Les trois associations ont pour objectif de représenter des membres de la GRC quant aux questions relatives à leurs conditions de travail. Elles participent à des activités de lobby politique et de sensibilisation, ainsi qu'à des activités sociales. Elles conseillent leurs membres et leur prêtent assistance en matière de discipline et de griefs. Leurs activités sont financées à même les cotisations des membres et elles n'ont aucun employé à temps plein. Aucune des associations n'a été reconnue à quelque moment que ce soit, par la direction de la GRC ou par le gouvernement fédéral, aux fins de négociations collectives ou de consultations au sujet d'enjeux relatifs au travail.

[8] L'intimé, le procureur général du Canada, auquel se sont joints plusieurs procureurs généraux des provinces, conteste la prétention des appelantes voulant que le régime actuel de relations de travail porte atteinte à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

III. Le processus actuel

[9] Le régime de relations de travail actuellement en vigueur au sein de la GRC s'articule autour de trois organismes : le PRRF, qui est au cœur du régime, le Conseil de la solde et le Fonds de recours juridique.

[10] Le PRRF constitue le principal mécanisme par lequel les membres de la GRC peuvent soulever des questions concernant les relations de travail (à l'exception de la solde), et l'unique forme de représentation des employés que reconnaît la direction. Le programme résulte de consultations menées dès 1974. Son existence était officialisée par l'art. 96 du *Règlement de la GRC* :

96. (1) La Gendarmerie établit un programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles

2015 SCC 1 (CanLII)

the interests of all members with respect to staff relations matters.

(2) The Division Staff Relations Representative Program shall be carried out by the division staff relations representatives of the members of the divisions and zones who elect them.

[11] The SRRP process is amplified by the RCMP Staff Relations Representative Program Constitution ("SRRP Constitution"), unilaterally adopted by the SRRP, and by an agreement between the National Executive Committee of the SRRP and the RCMP Commissioner addressing matters such as the composition of the program (the "Agreement"). The SRRP Constitution states the purpose of the program is to "promote mutually beneficial relations between Force management and the wider membership" (s. 2). To this end, the SRRP seeks to provide RCMP members "with fair and equitable representation in staff relations matters and to facilitate their participation in the development and implementation of Force policies and programs" (*ibid.*).

[12] The SRRP was designed to resolve issues at the lowest possible level within the RCMP hierarchy. The aim is that at each level (divisional, regional and national), members' representatives and management consult on human resources initiatives and policies, with the understanding that the final word always rests with management.

[13] Both the current and former RCMP regulations (s. 96, *RCMP Regulations*; s. 56, *RCMP Regulations, 2014*) provide for SRRP staffing by elected representatives known as the Staff Relations Representatives or SRRs. Thirty-four SRRs are elected by both regular and civilian members of the RCMP for a two-year term and serve in this capacity full-time. Additionally, 150 part-time sub-representatives are elected but continue to perform their regular duties while acting as representatives.

qui a pour objet d'assurer la représentation des membres en matière de relations fonctionnelles.

(2) Le programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles est mis en application par les représentants divisionnaires des relations fonctionnelles qu'élisent les membres des divisions et des secteurs.

[11] Le PRRF est complété à la fois par les Statuts du Programme des représentants des relations fonctionnelles de la GRC (les « Statuts du PRRF »), adoptés unilatéralement par le PRRF, et par une entente intervenue entre le Comité exécutif national du PRRF et le commissaire de la GRC qui précise, entre autres, la structure du programme (« Entente entre le commissaire et le PRRF »). Selon les Statuts du PRRF, le programme vise à « promouvoir des relations mutuellement avantageuses entre la direction et les membres de la Gendarmerie » (art. 2). À cette fin, il a pour objet d'offrir aux membres de la GRC « une représentation juste et équitable en matière de relations fonctionnelles et [de] faciliter leur participation à l'élaboration et à la mise en application des politiques et des programmes de la Gendarmerie » (*ibid.*).

[12] Le PRRF a été conçu pour régler les problèmes à l'échelon le plus bas possible de la hiérarchie de la GRC. Il vise à permettre, à chaque niveau (divisionnaire, régional et national), la tenue de consultations entre les représentants des membres et la direction au sujet des initiatives et des politiques relatives aux ressources humaines, même s'il est entendu que la décision finale revient toujours à la direction.

[13] Suivant à la fois l'ancien et l'actuel règlement de la GRC (l'art. 96 du *Règlement de la GRC*; l'art. 56 du *Règlement de la GRC (2014)*), le PRRF est appliqué par des représentants élus, connus sous le nom de représentants des relations fonctionnelles ou RRF. Trente-quatre RRF sont élus par les membres réguliers et civils de la GRC pour un mandat de deux ans et ils exercent cette fonction à temps plein. Le programme compte de plus 150 sous-représentants à temps partiel, qui sont élus, mais qui continuent d'exercer leurs fonctions courantes pendant leur mandat.

2015 SCC 1 (CanLII)

[14] The SRRP is organized regionally and divisionally (generally corresponding to a province or territory) to align with the RCMP's nation-wide structure. The National Caucus is the collective body of elected SRRs. Regional Caucuses comprise all SRRs in a region, while Divisional Caucuses comprise all SRRs and sub-representatives in a province or territory. Regional and Divisional Caucuses provide the formal point of contact between membership and regional and divisional management.

[15] The National Executive Committee ("NEC") is the governing body of the SRRP, as well as the presiding body of the National Caucus. The National Caucus elects two SRRs to fulfill a three-year term as full-time members of the NEC. In addition, one SRR is elected to the NEC by each of the five Regional Caucuses for a one-year term. The two full-time members of the NEC are the formal point of contact for the National Caucus with the national management of the RCMP (Commissioner, senior management, and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness). As such, they attend meetings of the RCMP's Senior Executive Committee, where strategic decisions are made.

[16] To fully understand the SRRP's role and function, it is necessary, as the application judge and the Court of Appeal did, to take a step back and review the history of labour relations at the RCMP and the origins of the SRRP. As we shall see, the SRRP has undergone a number of changes since its inception. None of them, however, has substantially altered its purpose, place or function within the RCMP chain of command.

A. *Origins of the Staff Relations Representative Program*

[17] RCMP members were forbidden from unionizing for much of the last century. From 1918 to 1974, *all* associational activities were prohibited on pain of instant dismissal, by virtue of Orders in Council P.C. 1918-2213 and later P.C. 174/1981 (1945). This policy was believed to be necessary to

[14] Le PRRF est organisé en régions et en divisions (qui correspondent pour ainsi dire aux provinces et aux territoires) de manière à refléter la structure de la GRC à l'échelle nationale. Son Caucus national est formé de l'ensemble des RRF. Les caucus régionaux comprennent tous les RRF d'une région, tandis que les caucus divisionnaires regroupent tous les RRF et sous-représentants d'une province ou d'un territoire. Les caucus régionaux et divisionnaires agissent comme point de contact officiel entre les membres et la direction régionale et divisionnaire.

[15] Le Comité exécutif national (« CEN ») constitue l'organe directeur du PRRF. En outre, il préside le Caucus national. Ce dernier élit deux RRF qui siègent à temps plein au CEN pour un mandat de trois ans, tandis qu'un RRF est élu par chacun des cinq caucus régionaux pour y siéger durant un mandat d'un an. Les deux membres à temps plein du CEN agissent comme point de contact officiel entre le Caucus national et la direction nationale de la GRC (le commissaire, la haute direction et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile). À ce titre, ils participent aux réunions de l'État-major supérieur de la GRC, lieu de prises des décisions stratégiques.

[16] Pour bien comprendre le rôle et la fonction du PRRF, il faut revenir sur l'histoire des relations de travail à la GRC et sur les origines du PRRF, comme l'ont fait le juge saisi de la demande et la Cour d'appel. Comme nous le verrons, le PRRF a connu plusieurs changements depuis sa création. Cependant, aucun d'entre eux n'a eu pour effet de modifier sensiblement l'objectif qu'il poursuit, son rôle ou ses fonctions au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

A. *Origines du Programme de représentants des relations fonctionnelles*

[17] Pendant une grande partie du siècle dernier, il était interdit aux membres de la GRC de se syndiquer. Entre 1918 et 1974, les décrets C.P. 1918-2213 et plus tard C.P. 174/1981 (1945) interdisaient *toute* activité associative, sous peine de congédiement immédiat. Cette politique était jugée nécessaire pour

2015 SCC 1 (CanLII)

preserve the loyalty of RCMP members and their obedience to superior orders, which could have been disturbed by allegiance to fellow workers: *Delisle*, at paras. 92-96, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting.

[18] Collective bargaining in the federal public service in Canada was implemented in 1967, with the adoption of the *Public Service Staff Relations Act*, S.C. 1966-67, c. 72 ("*PSSRA*"). Members of the RCMP were excluded from bargaining under that Act, as they continue to be excluded under the *PSLRA*. Prior to the enactment of the *PSSRA* in 1967, a committee struck by the government to examine whether and how to implement collective bargaining in the federal public service had expressed concerns related to loyalty and obedience within the Force. The concerns were of the same nature as the ones which had led to Orders in Council prohibiting all associational activities by RCMP members. In what is known as the Heeney Report, the committee recommended excluding RCMP members from the labour relations regime proposed by it: *Report of the Preparatory Committee on Collective Bargaining in the Public Service* (1965), at p. 27; *Delisle*, at paras. 97-98, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting. The Woods Report of 1968, however, recommended that federal law enforcement officials have the right to organize and engage in collective bargaining, subject to certain limitations (*Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1969), at para. 440).

[19] Later, in the early 1970s, dissatisfaction within the RCMP led members to take steps towards the formation of a members' association to advance their interests (J. F. Hardy and A. Ponak, "Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police" (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87, at pp. 89-90). An exploratory committee was established in 1972 in the hopes of establishing an association, and, by early 1974, well-attended meetings to consider forming an association were being held in Montréal, Toronto, Ottawa, Vancouver, and smaller

garantir la loyauté des membres de la GRC et leur obéissance aux ordres de leurs supérieurs, et ainsi éviter les conflits qu'aurait pu provoquer leur allégeance à la cause d'autres travailleurs (*Delisle*, par. 92-96, les juges Cory et Iacobucci, dissidents).

[18] L'existence d'un régime de négociation collective dans la fonction publique au Canada remonte à 1967, avec l'adoption de la première version de la *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, c. 72 (« première *LRTFP* »). Cette loi excluait les membres de la GRC du régime de négociation collective, un principe maintenu par la *LRTFP* actuelle. Avant l'adoption de la première *LRTFP* en 1967, le comité mis sur pied par le gouvernement pour examiner l'opportunité et la manière de mettre en œuvre un régime de négociation collective dans la fonction publique fédérale avait exprimé des inquiétudes sur la loyauté et l'obéissance au sein de la Gendarmerie. Le comité exprimait alors des préoccupations similaires à celles qui avaient mené à la prise des décrets interdisant aux membres de la GRC de se livrer à des activités associatives. Dans ce qui est connu sous le nom de Rapport Heeney, le comité recommandait l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail qu'il proposait (*Rapport du Comité préparatoire des négociations collectives dans la fonction publique* (1965), p. 27; *Delisle*, par. 97-98, les juges Cory et Iacobucci, dissidents). Le Rapport Woods de 1968 proposait toutefois d'accorder aux agents fédéraux responsables de l'application de la loi le droit de s'associer et de négocier collectivement, sous réserve de certaines limites (*Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1969), par. 440).

[19] Plus tard, au début des années 1970, le mécontentement qui se faisait sentir au sein de la GRC a incité ses membres à entreprendre de former une association pour défendre leurs intérêts (J. F. Hardy et A. Ponak, « Staff Relations in the Royal Canadian Mounted Police » (1983), 12 *J. Collective Negotiations* 87, p. 89-90). Un comité exploratoire a été créé en 1972 dans l'espoir de créer une association, et, au début de l'année 1974, des rencontres sur l'opportunité de constituer une association, qui ont attiré un grand nombre de participants, ont eu lieu à

2015 SCC 1 (CanLII)

centres (*SRR Challenge 2000 Review: Final Report* (January 2003), at pp. 10-11). In or around the same time, RCMP management began to show greater openness to members' concerns. The then-Commissioner began a series of annual meetings with members' representatives from each division. It is worth noting that those "representatives" were in some cases elected by the members, but in most cases, were simply appointed by their commanding officers and mandated to attend meetings in addition to their other full-time duties. Consultation occurred, but no agreement was reached on the issues that were raised.

Montréal, à Toronto, à Ottawa, à Vancouver et dans de petits centres (*Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final* (janvier 2003), p. 10-11). À la même époque, la direction de la GRC a commencé à manifester plus d'ouverture à l'égard des préoccupations des membres et le commissaire alors en poste a entamé une série de réunions annuelles avec les représentants des membres de chaque division. Il convient toutefois de souligner que, si ces « représentants » étaient dans certains cas élus par les membres, ils étaient, dans la plupart des cas, simplement nommés par leur commandant et devaient participer aux réunions en plus d'exercer leurs fonctions à temps plein. Des consultations eurent ainsi lieu, mais aucune entente ne fut conclue sur les questions soulevées.

[20] In May 1974, newly appointed RCMP Commissioner Maurice Jean Nadon met with representatives of RCMP members and proposed a plan to formalize labour relations within the RCMP. A referendum was held on the plan, and it was approved by members in all divisions except "C" Division (Quebec), where it was rejected. The Division Staff Relations Representative Program ("DSRRP") was, accordingly, implemented by Commissioner's Standing Order, which formed the program's legal basis from 1974 to 2003 (*Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)* (repealed by *Commissioner's Standing Orders Repealing the Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representatives Program)*, SOR/2003-325)). It featured full-time, elected representatives and it was to be funded by Divisional Commanding Officers from within divisional budgets. The DSRRP was led by a program director appointed by the RCMP Commissioner.

[20] En mai 1974, le nouveau commissaire, Maurice Jean Nadon, a rencontré les représentants des membres de la GRC et a proposé un plan en vue d'établir un régime formel de relations de travail au sein de la GRC. Le plan a fait l'objet d'un référendum et les membres de toutes les divisions l'approuvèrent, sauf la Division « C » (du Québec). Le Programme de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles (« PRDRF ») a donc été mis en œuvre par les Consignes du commissaire, qui en ont constitué le fondement juridique de 1974 à 2003 (*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* (abrogées par les *Consignes du commissaire abrogeant les Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)*, DORS/2003-325)). Le programme comptait des représentants élus qui exerçaient leurs fonctions à temps plein et devait être financé par les commandants divisionnaires à même les budgets de division. Le PRDRF était dirigé par un directeur nommé par le commissaire de la GRC.

[21] The program was progressively implemented within the RCMP. In 1987, a joint committee composed of management representatives and Division Staff Relations Representatives ("DSRRs") was formed to review the program. It concluded that many features of the labour relations plan proposed by the Commissioner in 1974 had never been

[21] Le programme a été mis en œuvre progressivement au sein de la GRC. En 1987, un comité mixte composé de représentants de la direction et de représentants divisionnaires des relations fonctionnelles (« RDRF ») a été formé pour en faire l'examen. Ce comité a conclu que de nombreux éléments du plan de relations de travail proposé par

2015 SCC 1 (CanLII)

formally implemented, and were in fact unknown to many RCMP members. At the recommendation of the committee, a chapter dedicated to the DSRRP was then inserted in the RCMP administration manual as a first step towards the program's formal recognition.

B. *The SRR Challenge 2000 Review*

[22] In 1999, a review of the inadequacies and shortcomings of the DSRRP was undertaken, partly in response to the constitutional challenge in *Delisle*. The SRR Challenge 2000 Review was the first review of the program to be undertaken at the initiative of the DSRRs. The Caucus of the DSRRP approached the Commissioner to discuss three key principles: independence and accountability; consultation and efficiency; and exclusive agency and caucus discipline (*SRR Challenge 2000 Review: Final Report*, at pp. 29-32).

[23] The SRR Challenge 2000 Review triggered two changes to the functioning of the program (whose name was changed to the SRRP and whose members are known as SRRs). The first change was the adoption by the SRRs of the SRRP Constitution as a governance scheme to replace Commissioner's Standing Orders that had until that time governed the program. The Constitution formalized matters such as the purpose of the program, its composition and its organization. The second change was the execution of the Agreement by the RCMP Commissioner and the NEC of the SRRP. Both changes were implemented in 2002.

[24] As a result of these changes, the Government of Canada repealed the redundant *Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*. However, some Commissioner's Standing Orders and provisions of the RCMP administrative manual remained in place, to cover matters not addressed by the SRRP Constitution. For instance, s. 3(*b*) of the *Commissioner's Standing Orders (Representation), 1997*, SOR/97-399, still limits the member representatives' rights to represent members in grievances, proceedings, preparations

le commissaire en 1974 n'avaient jamais été officiellement appliqués et que, en fait, les membres de la GRC en ignoraient même l'existence. Par suite de la recommandation du comité, un chapitre sur le PRDRF a alors été incorporé au Manuel d'administration de la GRC; il s'agissait d'une première étape vers une reconnaissance formelle de ce programme.

B. *L'Examen Défi 2000 du programme des RRF*

[22] En 1999, un examen des lacunes du PRDRF a été entrepris par suite, notamment, de la contestation constitutionnelle dans l'affaire *Delisle*. L'Examen Défi 2000 était le premier examen du programme entrepris à l'initiative des RDRF. Le caucus du PRDRF a communiqué avec le commissaire pour discuter de trois principes clés : l'indépendance et l'obligation de rendre compte, la consultation et l'efficience, ainsi que le statut d'unique agent négociateur et la discipline au sein du Caucus (*Examen Défi 2000 du programme des RRF : Rapport final*, p. 29-32).

[23] L'Examen Défi 2000 a provoqué deux changements dans le fonctionnement du programme (dont le nom a été changé pour le PRRF et dont les membres portent le titre de RRF). Le premier a été l'adoption par les RRF des Statuts du PRRF à titre de régime de gouvernance pour remplacer les Consignes du commissaire qui avaient jusqu'alors régi le programme. Les Statuts ont officialisé, entre autres, l'objet du programme, sa composition et son organisation. Le deuxième a été la signature de l'entente par le commissaire de la GRC et le CEN du PRRF. Ces deux changements sont survenus en 2002.

[24] Par suite de ces changements, le gouvernement du Canada a abrogé les *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* devenues redondantes. Cependant, certaines des Consignes du Commissaire et des dispositions du Manuel d'administration de la GRC sont demeurées en vigueur, car elles couvrent des sujets non abordés dans les Statuts du PRRF. Par exemple, l'al. 3*b*) des *Consignes de 1997 du commissaire (représentation)*, DORS/97-399, limite encore le droit des représentants des membres d'agir

2015 SCC 1 (CanLII)

or appeals under the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1985, c. R-10, where that representation "could impair the efficiency, administration or good government of the Force".

[25] Undoubtedly, the SRR Challenge 2000 Review increased the independence afforded to the SRRP. Pursuant to the Agreement, the NEC now names the SRR Program Director. It also administers its annual budget. However, the reform left the SRRP largely unchanged with respect to its role within the RCMP chain of command.

IV. The Present Constitutional Challenge

[26] The current challenge to the SRRP and *PSLRA* was commenced in May 2006. The appellants' application was heard in the Ontario Superior Court of Justice by MacDonnell J., who rendered his decision before this Court's judgment in *Fraser*: (2009), 96 O.R. (3d) 20. Applying the then-existing framework, he concluded that s. 96 of the *RCMP Regulations* substantially interfered with freedom of association because (i) the SRRP is not an independent association formed or chosen by members of the RCMP, and (ii) the interaction between the SRRP and management could not reasonably be described as a process of collective bargaining.

[27] The Court of Appeal for Ontario (Doherty, Rosenberg and Juriansz JJ.A.), in a decision rendered after this Court's decision in *Fraser*, reversed MacDonnell J.'s decision: 2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268. The court, per Juriansz J.A., focused on *Fraser*'s description of collective bargaining as a "derivative right" (para. 109, citing *Ontario (Public Safety and Security) v. Criminal Lawyers' Association*, 2010 SCC 23, [2010] 1 S.C.R. 815) and concluded that "a positive obligation to engage in good faith collective bargaining will only be imposed on an employer when it is effectively impossible for the workers to act collectively to achieve workplace goals" (para. 111).

au nom de ces derniers lors des griefs, des procédures, de la préparation d'observations ou d'appels visés par la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. 1985, c. R-10, lorsque la représentation « pourrait nuire à l'efficacité et à la bonne administration de la Gendarmerie ».

[25] Il ne fait aucun doute que l'Examen Défi 2000 a permis de rendre le PRRF plus indépendant. En effet, conformément à l'entente, le CEN nomme désormais le directeur du PRRF et administre le budget annuel du programme. Toutefois, la réforme n'a eu que peu d'incidence sur le rôle du PRRF au sein de la chaîne de commandement de la GRC.

IV. La présente contestation constitutionnelle

[26] La présente contestation du PRRF et de la *LRTFP* actuelle a été engagée en mai 2006. La demande des appelantes a été entendue par le juge MacDonnell de la Cour supérieure de justice de l'Ontario, qui a rendu sa décision avant que notre Cour se prononce dans l'affaire *Fraser* : (2009), 96 O.R. (3d) 20. Après avoir appliqué le cadre d'analyse alors reconnu, le juge MacDonnell a conclu que l'art. 96 du *Règlement de la GRC* entravait substantiellement la liberté d'association, parce que (i) le PRRF ne constituait pas une association indépendante formée ou choisie par les membres de la GRC, et que (ii) l'interaction entre le PRRF et la direction ne pouvait pas être raisonnablement qualifiée de processus de négociation collective.

[27] Dans un jugement postérieur à l'arrêt *Fraser* de notre Cour, la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg et Juriansz) a infirmé la décision du juge MacDonnell (2012 ONCA 363, 111 O.R. (3d) 268). La Cour d'appel, sous la plume du juge Juriansz, s'est concentrée sur la notion de « droit dérivé », terme employé par notre Cour dans l'arrêt *Fraser* pour décrire la négociation collective (par. 109, citant *Ontario (Sûreté et Sécurité publique) c. Criminal Lawyers' Association*, 2010 CSC 23, [2010] 1 R.C.S. 815), et a conclu que [TRADUCTION] « l'obligation positive de s'engager de bonne foi dans une négociation collective ne sera imposée à l'employeur que s'il est effectivement impossible pour les employés d'agir collectivement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail » (par. 111).

2015 SCC 1 (CanLII)

[28] The Court of Appeal held that it is not "effectively impossible" for RCMP members to meaningfully exercise their s. 2(*d*) right (para. 121) because of (1) the existence of voluntary associations such as the appellants; (2) the members' Legal Fund, which assists members; and (3) the SRRP. The Court of Appeal recognized that the SRRP was "created by regulation", was "not institutionally independent", and did not allow members of the RCMP to choose "a bargaining agent in a Wagner labour regime" (para. 128). It nevertheless concluded that RCMP members could act collectively through the SRRP to pursue workplace issues in a meaningful way. Accordingly, it held that the current labour relations scheme does not breach s. 2(*d*) of the *Charter*.

[28] La Cour d'appel a estimé qu'il n'est pas « effectivement impossible » pour les membres de la GRC d'exercer véritablement leur droit garanti par l'al. 2*d*) (par. 121) en raison de l'existence : (1) d'associations volontaires telles que les appelantes; (2) du Fonds de recours juridique qui fournit de l'assistance à ses membres; et (3) du PRRF. La Cour d'appel a reconnu que le PRRF a été [TRADUCTION] « créé par règlement », qu'il n'était pas « indépendant d'un point de vue institutionnel » et qu'il ne permettait pas aux membres de la GRC de choisir « un agent négociateur dans un régime de relations de travail de type Wagner » (par. 128). Elle a néanmoins conclu que les membres de la GRC pouvaient agir collectivement au moyen du PRRF, et ainsi faire valoir, de façon utile, toute préoccupation relative à leurs conditions de travail. En conséquence, selon la Cour d'appel, le régime actuel de relations de travail ne violait pas l'al. 2*d*) de la *Charte*.

V. Issues

[29] On February 20, 2013, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361, infringe s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

3. Does para. (*d*) of the definition of "employee" at s. 2(1) of *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, infringe s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Questions en litige

[29] Le 20 février 2013, la Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes :

1. L'article 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361, viole-t-il l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

3. L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, viole-t-il l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2015 SCC 1 (CanLII)

VI. Analysis

A. *Evolution of Section 2(d) Jurisprudence Toward a Purposive and Contextual Approach*

[30] The jurisprudence on freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter* — which developed mainly with respect to labour relations (J. Fudge, "Freedom of Association", in E. Mendes and S. Beaulac, eds., *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (5th ed. 2013), 527, at pp. 527-28) — falls into two broad periods. The first period is marked by a restrictive approach to freedom of association. The second period gradually adopts a generous and purposive approach to the guarantee.

[31] In what has come to be known as the Labour Trilogy, a majority of this Court held that s. 2(*d*) does not protect the right to bargain collectively or the right to strike: *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 (the "*Alberta Reference*"); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460.

[32] The reasoning is set out most fully in the three opinions issued in the *Alberta Reference*. There Le Dain J., in brief reasons supported by Beetz and La Forest JJ., endorsed an interpretation of s. 2(*d*) that would protect "the freedom to work for the establishment of an association, to belong to an association, to maintain it, and to participate in its lawful activity without penalty or reprisal" (p. 391). However, he described collective bargaining and the right to strike as "modern rights" created by statute, and hence not protected by s. 2(*d*) (*ibid.*).

[33] McIntyre J. reached the same conclusion, but for somewhat different reasons. In his view, freedom of association rested on the following proposition: ". . . the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others" (p. 395). Accordingly, McIntyre J. held that freedom

VI. Analyse

A. *Évolution de la jurisprudence sur l'al. 2d) vers une interprétation téléologique et contextuelle*

[30] La jurisprudence sur la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* — qui s'est principalement développée en matière de relations de travail (J. Fudge, « Freedom of Association », dans E. Mendes et S. Beaulac, dir., *Charte canadienne des droits et libertés* (5e éd. 2013), 527, p. 527-528) — se divise en deux périodes importantes. La première s'est caractérisée par une interprétation restrictive de la liberté d'association. La seconde a, pour sa part, graduellement privilégié une interprétation généreuse et fondée sur l'objet de la garantie constitutionnelle.

[31] Dans ce qu'on appelle désormais la « trilogie en droit du travail », la Cour a conclu à la majorité que l'al. 2*d*) ne garantit ni le droit de négocier collectivement ni celui de faire la grève (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460).

[32] Le raisonnement sous-tendant cette conclusion est expliqué en détail par les trois opinions formulées dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*. Dans de brefs motifs, auxquels ont souscrit les juges Beetz et La Forest, le juge Le Dain a retenu une interprétation de l'al. 2*d*) qui protégeait « la liberté de travailler à la constitution d'une association, d'appartenir à une association, de la maintenir et de participer à ses activités licites sans faire l'objet d'une peine ou de représailles » (p. 391). Toutefois, il a qualifié le droit de négocier collectivement et de faire la grève de « droits contemporains » créés par la loi et, partant, non protégés par l'al. 2*d*) (*ibid.*).

[33] Le juge McIntyre a conclu de la même manière, mais pour des motifs quelque peu différents. À son avis, la liberté d'association reposait sur la proposition selon laquelle : « . . . pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui » (p. 395). Par

2015 SCC 1 (CanLII)

of association protected a right to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual:

> The only basis on which it is contended that the *Charter* enshrines a right to strike is that of freedom of association. Collective bargaining is a group concern, a group activity, but the group can exercise only the constitutional rights of its individual members on behalf of those members. If the right asserted is not found in the *Charter* for the individual, it cannot be implied for the group merely by the fact of association. It follows as well that the rights of the individual members of the group cannot be enlarged merely by the fact of association. [pp. 398-99]

[34] After reviewing six possible approaches to the scope of s. 2(*d*), McIntyre J. concluded that freedom of association encompassed the right to form and join associations, the right to exercise other constitutional freedoms collectively, and the right to do in concert with others what an individual may lawfully do alone (p. 409). On the particular question before the Court, he found that an individual could not lawfully refuse to work, and that there was no individual equivalent of a strike conducted in accordance with labour legislation (p. 410). Accordingly, he concluded that the right to strike was not protected (p. 412).

[35] Dickson C.J., dissenting (Wilson J. concurring), would have allowed the appeal. He identified three possible approaches to s. 2(*d*). The first, which he termed the "constitutive" approach, protects the freedom to belong to or form an association (p. 362). The second, the "derivative" approach, goes beyond the constitutive approach to protect associational activity that relates specifically to other constitutional freedoms enumerated in s. 2 (p. 364). Dickson C.J. rejected these alternatives as too restrictive and opted for a third approach. In his view, a purposive approach to freedom of association was needed. He identified the purpose and scope of s. 2(*d*) as follows, at pp. 365-66:

conséquent, selon lui, la liberté d'association garantissait le droit de s'adonner collectivement à des activités protégées par la Constitution pour chaque individu :

> La liberté d'association est le seul motif invoqué à l'appui de la prétention que la *Charte* consacre le droit de grève. La négociation collective constitue une affaire de groupe, une activité de groupe, mais le groupe ne peut exercer, au nom de ses membres, que les droits constitutionnels dont ils jouissent individuellement. Si le droit revendiqué n'est pas prévu par la *Charte* au profit de l'individu, il ne saurait exister implicitement pour le groupe du simple fait de l'association. Il s'ensuit aussi que les droits dont jouissent individuellement les membres du groupe ne sauraient être élargis du simple fait de l'association. [p. 398-399]

[34] Après avoir examiné six interprétations possibles de la portée de l'al. 2*d*), le juge McIntyre a conclu que la liberté d'association englobait le droit de constituer une association et d'y adhérer, le droit d'exercer collectivement d'autres libertés constitutionnelles et celui d'accomplir de concert avec d'autres ce que l'individu peut licitement accomplir seul (p. 409). À propos de la question particulière dont la Cour était saisie, il a estimé qu'un individu ne peut licitement refuser de travailler et qu'il n'existait pas d'équivalent individuel à la grève menée conformément à la législation en matière de travail (p. 410). Il a donc décidé que le droit de faire la grève n'était pas garanti par la Constitution (p. 412).

[35] Le juge en chef Dickson, dissident (avec l'appui de la juge Wilson), était d'avis d'accueillir le pourvoi. Il a relevé trois approches pouvant être appliquées à l'al. 2*d*). La première, qu'il a appelée l'approche « constitutive », protégerait la liberté d'appartenir à une association ou de la constituer (p. 362). La deuxième, l'approche « déductive », irait au-delà de l'approche constitutive et viserait à protéger les actes de l'association qui sont liés précisément à d'autres libertés constitutionnelles énumérées à l'art. 2 (p. 364). Le juge en chef Dickson a écarté ces approches parce qu'elles étaient trop restrictives. À son avis, il fallait adopter une troisième approche et aborder la liberté d'association sous l'angle téléologique ou de l'objet visé. Il a exposé comme suit l'objet et la portée de l'al. 2*d*) :

2015 SCC 1 (CanLII)

The purpose of the constitutional guarantee of freedom of association is, I believe, to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends. . . .

. . .

As social beings, our freedom to act with others is a primary condition of community life, human progress and civilized society. Through association, individuals have been able to participate in determining and controlling the immediate circumstances of their lives, and the rules, mores and principles which govern the communities in which they live. . . .

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. . . .

. . .

What freedom of association seeks to protect is not association activities *qua* particular activities, but the freedom of individuals to interact with, support, and be supported by, their fellow humans in the varied activities in which they choose to engage.

[36] Dickson C.J. recognized as a starting point that s. 2(*d*) protected the right to do collectively what one may do as an individual. But he would also have held that the *Charter* protected some collective activities that have no true individual equivalents, including the right to strike.

[37] The approach to freedom of association endorsed by the majority in the Labour Trilogy was affirmed three years later in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*PIPSC*"). In that case, the *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974,

À mon sens, la garantie constitutionnelle de la liberté d'association vise à reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et à protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'état dans la poursuite de ses fins. . .

. . .

En tant qu'êtres sociaux, notre liberté d'agir collectivement est une condition première de la vie communautaire, du progrès humain et d'une société civilisée. En s'associant, les individus ont été en mesure de participer à la détermination et au contrôle des conditions immédiates de leur vie et des règles, mœurs et principes qui régissent les collectivités dans lesquelles ils vivent. . .

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. . .

. . .

Ce que la liberté d'association vise à protéger, ce ne sont pas les activités de l'association en tant qu'activités particulières, mais la liberté des individus d'interagir avec d'autres êtres humains, de les aider et d'être aidés par eux dans les diverses activités qu'ils choisissent d'exercer. [p. 365-366]

[36] Le juge en chef Dickson a reconnu, comme point de départ, que l'al. 2*d*) protégeait le droit de faire collectivement ce qu'il est permis de réaliser comme individu. Il était toutefois également d'avis que la *Charte* protégeait certaines activités collectives qui n'avaient pas d'équivalent individuel, notamment le droit de faire la grève.

[37] L'interprétation de la liberté d'association qu'ont adoptée les juges majoritaires dans la trilogie en droit du travail a été confirmée trois ans plus tard dans l'arrêt *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »). Cette

2015 SCC 1 (CanLII)

c. P-13, subjected the employees' choice of bargaining agent to approval by the legislature of the Northwest Territories. Like the present appeal, *PIPSC* involved a challenge to a labour relations scheme that imposed a framework for collective bargaining on a group of public service employees, limiting their ability to represent themselves through a freely chosen association. But the association itself remained entirely independent from management (p. 408).

[38] The seven judges who heard the case wrote five separate opinions. The majority agreed with Sopinka J. who concluded that s. 2(*d*) protected only the ability to form and join unions, but did not protect the right to collective bargaining. Famously, he outlined four principles concerning the scope of s. 2(*d*) drawn from the *Alberta Reference*, at p. 402:

> . . . first, that s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals.

[39] Sopinka J.'s disposition of the case was supported by Dickson C.J., La Forest J. and L'Heureux-Dubé J., but only L'Heureux-Dubé J. endorsed the third and fourth propositions as limiting principles under s. 2(*d*). Dickson C.J. and La Forest J. each found that the appeal could be resolved by application of the Labour Trilogy's conclusion that s. 2(*d*) did not protect collective bargaining, without deciding the broader question of its scope.

[40] Cory J. (Wilson and Gonthier JJ. concurring), dissented on the scope of freedom of association. In his view, freedom of association permits individuals

affaire portait sur la *Public Service Act*, R.S.N.W.T. 1974, c. P-13, qui subordonnait le choix d'un agent négociateur par les employés à l'approbation de la législature des Territoires du Nord-Ouest. Tout comme en l'espèce, la Cour était alors saisie d'une contestation relative à un régime de relations de travail qui imposait un cadre de négociation collective à un groupe de fonctionnaires et qui limitait ainsi leur capacité d'être représentés par l'intermédiaire d'une association librement choisie. Cela dit, l'association comme telle demeurait tout à fait indépendante de la direction (p. 408).

[38] Les sept juges qui ont entendu le pourvoi ont rédigé cinq opinions distinctes. Les juges majoritaires ont convenu avec le juge Sopinka qui a conclu que l'al. 2*d*) protégeait uniquement la capacité de constituer un syndicat et d'y adhérer, et non le droit de négocier collectivement. Il a en outre formulé comme suit, à la p. 402, sa célèbre description des quatre principes dégagés du *Renvoi relatif à l'Alberta* sur la portée de l'al. 2*d*) :

> . . . premièrement, l'al. 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2*d*) ne protège pas une activité pour le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus.

[39] Le juge en chef Dickson ainsi que les juges La Forest et L'Heureux-Dubé ont souscrit au dispositif du juge Sopinka, mais seule la juge L'Heureux-Dubé a confirmé l'effet restrictif des troisième et quatrième principes au regard de la portée de l'al. 2*d*). Le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont conclu, dans des motifs distincts, que le pourvoi pouvait être tranché en appliquant la conclusion formulée dans la trilogie en droit du travail selon laquelle l'al. 2*d*) ne protégeait pas la négociation collective, sans se prononcer sur la question plus large de sa portée.

[40] Le juge Cory (avec l'accord des juges Wilson et Gonthier) était dissident sur la portée de la liberté d'association. À son avis, cette liberté permet aux

2015 SCC 1 (CanLII)

to work together for the purpose of achieving common goals. This freedom is fundamental to a free and democratic society and extends into the workplace. He succinctly stated one aspect of freedom of association in the workplace:

> Whenever people labour to earn their daily bread, the right to associate will be of tremendous significance. Wages and working conditions will always be of vital importance to an employee. It follows that for an employee the right to choose the group or association that will negotiate on his or her behalf with regard to those wages and working conditions is of fundamental importance. The association will play a very significant role in almost every aspect of the employee's life at work, acting as advisor, as spokesperson in negotiations, and as a shield against wrongful acts of the employer. If collective bargaining is to function properly, employees must have confidence in their representative. That confidence will be lost if the individual employee is unable to choose the association. [Emphasis added; p. 380.]

[41] To recap, and notwithstanding noteworthy dissents, the majority of this Court in this early period maintained a narrow view of freedom of association, which protected only the bare formation of the association and the collective exercise of individual freedoms. This view prevailed for some time. Outside the labour relations context, the same approach was applied in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157. And in the labour relations context, this approach resulted in the majority of this Court holding that the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* did not violate s. 2(*d*) in the 1999 case of *Delisle*.

[42] Parallel to these cases, the Court considered the "negative" aspect of freedom of association — the freedom not to associate: *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209; affirmed in *Bernard*

individus de collaborer pour réaliser des objectifs communs. Il s'agit d'un droit fondamental dans une société libre et démocratique et il s'applique dans le contexte du travail. Le juge Cory a exposé brièvement un des aspects de la liberté d'association dans ce contexte :

> Partout où des personnes travaillent pour gagner leur vie, le droit d'association a une importance énorme. Le salaire et les conditions de travail auront toujours une importance vitale pour un employé. Il s'ensuit que pour un employé, le droit de choisir le groupe ou l'association qui négociera pour son compte ce salaire et ces conditions de travail a une importance fondamentale. L'association jouera un rôle très important dans à peu près tous les aspects de la vie de l'employé dans son lieu de travail, en faisant fonction de conseiller, de porte-parole dans les négociations et de rempart contre les actes illicites de l'employeur. Pour que les négociations collectives donnent des résultats, les employés doivent avoir confiance en leurs représentants. Cette confiance n'existera pas si l'employé à titre individuel n'est pas en mesure de choisir l'association. [Nous soulignons; p. 380.]

[41] Pour résumer, et malgré des dissidences notables, on peut affirmer que, pendant cette première période, les juges majoritaires de la Cour ont donné à la liberté d'association une interprétation étroite qui ne protégeait que la simple constitution de l'association et l'exercice collectif des libertés individuelles. Cette interprétation a prédominé pendant un certain temps. Ainsi, dans un contexte autre que celui des relations de travail, elle a été appliquée dans l'arrêt *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157. Puis, de nouveau dans le domaine des relations de travail, elle a amené les juges majoritaires de la Cour à conclure, dans l'arrêt *Delisle* rendu en 1999, que l'exclusion des membres de la GRC de l'application de la première *LRTFP* ne portait pas atteinte à l'al. 2*d*).

[42] Parallèlement aux affaires mentionnées précédemment, la Cour a examiné « l'envers » de la liberté d'association, soit celle de ne pas s'associer : *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC

2015 SCC 1 (CanLII)

v. Canada (Attorney General), 2014 SCC 13, [2014] 1 S.C.R. 227. But, *Lavigne* and *Advance Cutting* are significant because they applied a purposive approach to s. 2(*d*). In *Lavigne*, at p. 318, La Forest J. suggested that, in keeping with democratic ideals, the guarantee of freedom of association should be interpreted as protecting "the individual's potential for self-fulfillment and realization as surely as voluntary association will develop it". (See also *Lavigne*, at p. 344, per McLachlin J.; and *Advance Cutting*, at paras. 15-17, per Bastarache J., and at paras. 170-71, per LeBel J.) Both judgments emphasized the importance of a purposive interpretation of s. 2(*d*).

[43] These cases marked the beginning of a more generous, purposive approach to s. 2(*d*) — an approach that was resoundingly affirmed in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016. In that case, agricultural workers challenged their exclusion from the collective bargaining regime created by the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sch. A. Bastarache J., for the majority, began his analysis with a review of the existing case law, concluding that Sopinka J.'s four principles could not capture all of the potential scope of s. 2(*d*). Justice Bastarache wrote, at para. 16:

In my view, while the four-part test for freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(*d*). In particular, there will be occasions where a given activity does not fall within the third and fourth rules set forth by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, but where the state has nevertheless prohibited that activity solely because of its associational nature. These occasions will involve activities which (1) are not protected under any other constitutional freedom, and (2) cannot, for one reason or another, be understood as the lawful activities of individuals.

[44] This renewed focus on the collective aspect of freedom of association and on its purposive

70, [2001] 3 R.C.S. 209; confirmé par *Bernard c. Canada (Procureur général)*, 2014 CSC 13, [2014] 1 R.C.S. 227. Or, les arrêts *Lavigne* et *Advance Cutting* sont importants parce qu'ils ont appliqué à l'al. 2*d*) l'interprétation téléologique. Dans *Lavigne*, le juge La Forest a suggéré que, conformément aux idéaux démocratiques, la garantie de la liberté d'association devrait être interprétée de manière à protéger « la possibilité pour l'individu de réaliser son épanouissement et son accomplissement personnels aussi sûrement que l'association volontaire la développera » (p. 318). (Voir aussi *Lavigne*, p. 344, la juge McLachlin; et *Advance Cutting*, par. 15-17, le juge Bastarache, et par. 170-171, le juge LeBel.) Les deux arrêts ont souligné l'importance de donner une interprétation téléologique à l'al. 2*d*).

[43] Ces décisions ont marqué l'amorce du virage de la Cour vers une interprétation plus généreuse et fondée sur l'objet visé de l'al. 2*d*), interprétation confirmée de manière catégorique dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016. Dans cette affaire, des travailleurs agricoles contestaient leur exclusion du régime de négociation collective créé par la *Loi de 1995 sur les relations de travail* de l'Ontario, L.O. 1995, c. 1, ann. A. Au nom des juges majoritaires, le juge Bastarache a commencé son analyse par un examen de la jurisprudence et a conclu que les quatre principes énoncés par le juge Sopinka ne rendaient pas compte de toute la portée potentielle de l'al. 2*d*). Le juge Bastarache a écrit ces commentaires, au par. 16 :

À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d'association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2*d*). En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu.

[44] En raison de l'importance accrue qui avait été accordée à l'aspect collectif de la liberté d'association

2015 SCC 1 (CanLII)

interpretation led to the express recognition of a s. 2(*d*) right to collective bargaining in *Health Services*. All seven judges who heard that appeal agreed that a purposive interpretation of s. 2(*d*) required constitutional protection for the right of employees to engage in a process of collective bargaining:

> Based on the principles developed in *Dunmore* and in this historical and international perspective, the constitutional right to collective bargaining concerns the protection of the ability of workers to engage in associational activities, and their capacity to act in common to reach shared goals related to workplace issues and terms of employment.

(Para. 89, per McLachlin C.J. and LeBel J.; see also para. 174, per Deschamps J.)

[45] Finally, in *Fraser*, this Court reaffirmed that s. 2(*d*) confers the right to a process of collective bargaining, understood as meaningful association in pursuit of workplace goals. This process includes the employees' rights to join together, to make collective representations to the employer, and to have those representations considered in good faith:

> What s. 2(*d*) guarantees in the labour relations context is a meaningful process. A process which permits an employer not even to consider employee representations is not a meaningful process. . . . Without such a process, the purpose of associating in pursuit of workplace goals would be defeated, resulting in a significant impairment of the exercise of the right to freedom of association. One way to interfere with free association in pursuit of workplace goals is to ban employee associations. Another way, just as effective, is to set up a system that makes it impossible to have meaningful negotiations on workplace matters. [para. 42]

[46] In summary, after an initial period of reluctance to embrace the full import of the freedom of association guarantee in the field of labour relations,

et à son interprétation téléologique, l'arrêt *Health Services* a expressément reconnu que l'al. 2*d*) garantit le droit de négocier collectivement. Les sept juges qui ont entendu ce pourvoi ont tous convenu que, selon une interprétation téléologique de l'al. 2*d*), le droit des employés de participer à un processus de négociation collective devait bénéficier d'une protection constitutionnelle :

> Selon les principes élaborés dans *Dunmore* et dans cette perspective historique et internationale, le droit constitutionnel de négocier collectivement vise à protéger la capacité des travailleurs de participer à des activités associatives et leur capacité d'agir collectivement pour réaliser des objectifs communs concernant des questions liées au milieu de travail et leurs conditions de travail.

(Par. 89, la juge en chef McLachlin et le juge LeBel; voir aussi le par. 174, la juge Deschamps.)

[45] Enfin, dans l'arrêt *Fraser*, la Cour a réaffirmé que l'al. 2*d*) confère le droit de participer à un processus de négociation collective, c'est-à-dire de former une association véritable en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Ce droit à un processus véritable s'entend des droits des employés de s'associer, de formuler des revendications collectives auprès de l'employeur et de les voir prises en considération de bonne foi :

> En effet, [l'al. 2*d*)] garantit, dans le contexte des relations du travail, le droit à un processus véritable. Dans cette optique, on ne saurait tenir pour véritable un processus qui permet à l'employeur de ne même pas prendre en compte les observations de ses employés. [. . .] À défaut d'un tel processus, l'association aux fins de réaliser des objectifs liés au travail perd sa raison d'être, ce qui entrave substantiellement l'exercice de la liberté d'association. On peut entraver l'exercice de la liberté d'association voué à la réalisation d'objectifs liés au travail en frappant d'interdiction la formation d'associations d'employés. On peut le faire tout aussi efficacement en établissant un système qui rend impossible la négociation véritable de questions liées au travail. [par. 42]

[46] En résumé, après une période initiale marquée par une réticence à reconnaître toute la portée de la liberté d'association en matière de relations de

2015 SCC 1 (CanLII)

the jurisprudence has evolved to affirm a generous approach to that guarantee. This approach is centred on the purpose of encouraging the individual's self-fulfillment and the collective realization of human goals, consistent with democratic values, as informed by "the historical origins of the concepts enshrined" in s. 2(*d*): *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344.

B. *Defining the Scope of the Section 2(d) Guarantee*

(1) A Purposive, Generous and Contextual Approach

[47] As is the case with other *Charter* rights, the jurisprudence establishes that s. 2(*d*) must be interpreted in a purposive and generous fashion, having regard to "the larger objects of the *Charter* . . ., to the language chosen to articulate the . . . freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*": *Big M Drug Mart*, at p. 344. In a phrase, in order to determine whether a restriction on the right to associate violates s. 2(*d*) by offending its purpose, we must look at the associational activity in question in its full context and history. Neither the text of s. 2(*d*) nor general principles of *Charter* interpretation support a narrow reading of freedom of association.

[48] This interpretative approach to freedom of association is consistent with the approach to other basic rights connected with human activities and needs. The scope of freedom of religion, for example, is derived from its history and the range of activities to which it applies — holding, proclaiming and transmitting beliefs in the bosom of a secular state (R. Moon, "Freedom of Conscience and Religion", in Mendes and Beaulac, 339). Similarly, the scope of freedom of expression is defined by the different forms it takes and the different interests it protects — including, notably, "the quest for truth, self-fulfillment, and an embracing marketplace of ideas": *Saskatchewan (Human Rights Commission)*

travail, la jurisprudence a évolué vers une approche généreuse de cette liberté. Cette approche visait essentiellement à encourager l'épanouissement individuel et la réalisation collective des objectifs humains, dans le respect des valeurs démocratiques, à la lumière des « origines historiques des concepts enchâssés » dans l'al. 2*d*) (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344).

B. *Définir la portée du droit garanti par l'al. 2d)*

(1) Une interprétation téléologique, généreuse et contextuelle

[47] Comme dans le cas d'autres droits protégés par la *Charte*, la jurisprudence a établi que l'al. 2*d*) doit recevoir une interprétation généreuse et téléologique, qui tient compte des « objectifs plus larges de la *Charte* [. . .], des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, [. . .] du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte* » (*Big M Drug Mart*, p. 344). Bref, pour déterminer si une restriction au droit d'association viole l'al. 2*d*) du fait qu'elle contrevient à l'objet de cette disposition, nous devons considérer l'activité associative en cause dans son contexte global et en fonction de son histoire. En effet, ni le libellé de l'al. 2*d*) ni les principes généraux d'interprétation de la *Charte* ne favorisent une lecture restrictive de la liberté d'association.

[48] Cette interprétation de la liberté d'association correspond à celle donnée à d'autres droits fondamentaux relatifs aux activités et aux besoins de l'être humain. La portée de la liberté de religion, par exemple, tient à son historique et à la gamme d'activités auxquelles elle s'applique — avoir, manifester et transmettre des croyances au sein d'un État laïc (R. Moon, « Freedom of Conscience and Religion », dans Mendes et Beaulac, 339). De même, la portée de la liberté d'expression se définit par ses différentes manifestations et les intérêts divers qu'elle protège — notamment, « la recherche de la vérité, [. . .] l'épanouissement personnel ou [. . .] la tenue d'un débat d'idées riche et ouvert » (le juge

2015 SCC 1 (CanLII)

v. Whatcott, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 171, per Rothstein J. for the Court; see also *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 766; P. B. Schabas, "The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b)", in R. Gilliland, ed., *The Charter at Thirty* (2012), 1; H. Brun, G. Tremblay and E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5th ed. 2008), at p. 1060. An activity-based contextual approach is equally essential for freedom of association. Freedom of association, like the other s. 2 freedoms — freedom of expression, conscience and religion, and peaceful assembly — protects rights fundamental to Canada's liberal democratic society.

Rothstein au nom de la Cour dans *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 171; voir aussi *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 766; P. B. Schabas, « The Ups and Downs of Freedom of Expression — Section 2(b) », dans R. Gilliland, dir., *The Charter at Thirty* (2012), 1; H. Brun, G. Tremblay et E. Brouillet, *Droit constitutionnel* (5e éd. 2008), p. 1060). Il est tout aussi essentiel d'adopter une interprétation contextuelle fondée sur les activités visées à l'égard de la liberté d'association. À l'instar des autres libertés garanties par l'art. 2 — la liberté d'expression, la liberté de conscience et de religion, et la liberté de réunion pacifique —, la liberté d'association protège des droits de nature fondamentale dans une société libérale et démocratique que forme le Canada.

[49] Freedom of association is not derivative of these other rights. It stands as an independent right with independent content, essential to the development and maintenance of the vibrant civil society upon which our democracy rests.

[49] Le droit d'association ne représente pas un droit simplement dérivé des autres droits et libertés garantis par la Constitution. Au contraire, il constitue un droit distinct doté d'un contenu autre, un droit essentiel au développement et au maintien de la société civile dynamique sur laquelle repose notre démocratie.

[50] The purposes underlying *Charter* rights and freedoms may be framed at varying levels of abstraction. At the broadest level, a purposive interpretation must be consistent with the "larger objects of the *Charter*", including "basic beliefs about human worth and dignity" and the maintenance of "a free and democratic political system": *Big M Drug Mart*, at pp. 344 and 346; see also *Health Services*, at para. 81. At the same time, however, while *Charter* rights and freedoms should be given a broad and liberal interpretation, a purposive analysis also requires courts to consider the most concrete purpose or set of purposes that underlies the right or freedom in question, based on its history and full context. That is the task to which we now turn with respect to s. 2(*d*).

[50] Par ailleurs, les objectifs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte* peuvent atteindre divers niveaux d'abstraction. Au niveau le plus élevé, une interprétation téléologique doit être compatible avec les « objectifs plus larges de la *Charte* », y compris les « convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain » et le maintien d'un « système politique libre et démocratique » (*Big M Drug Mart*, p. 344 et 346; voir aussi *Health Services*, par. 81). Cela dit, s'il faut certes donner aux droits et libertés protégés par la *Charte* une interprétation large et libérale, une analyse téléologique exige aussi que les tribunaux examinent l'objectif le plus concret — ou l'ensemble des objectifs les plus concrets — qui sous-tend le droit ou la liberté en cause, eu égard à son historique et à son contexte global. C'est la tâche à laquelle nous allons maintenant nous livrer au sujet de l'al. 2*d*).

2015 SCC 1 (CanLII)

(2) The Content of Section 2(*d*) Protection

[51] In his dissenting reasons in the *Alberta Reference*, Dickson C.J. identified three possible approaches to the interpretation of s. 2(*d*) — constitutive, derivative and purposive. We conclude that s. 2(*d*) protects each of the aspects of freedom of association with which these approaches are concerned.

[52] The narrowest approach, the "constitutive", would protect only the bare right to belong to or form an association. The state would thus be prohibited from interfering with individuals meeting or forming associations, but would be permitted to interfere with the *activities* pursued by the associations people form. This protection, while narrow, is not trivial; history is replete with examples of states that have banned associations or prevented people from associating, either absolutely or in terms of restrictions on the number of people who can associate for a particular purpose.

[53] The "derivative" approach would protect not only the right to associate, but also the right to associational *activity* that specifically relates to other constitutional freedoms. This approach prevails in the United States, where freedom of association is recognized insofar as it supports other constitutional rights, like freedom of religion and the political rights. Beyond this, however, associational activities would not be constitutionally protected.

[54] The purposive approach, adopted by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, defines the content of s. 2(*d*) by reference to the purpose of the guarantee of freedom of association: ". . . to recognize the profoundly social nature of human endeavours and to protect the individual from state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends" (*Alberta Reference*, at p. 365). The object of Dickson C.J.'s words is a concrete one, not an abstract expression of a desire for a better life. Elaborating on this interpretive approach, Dickson C.J. states that the purpose

(2) Le contenu de la protection conférée par l'al. 2*d*)

[51] Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge en chef Dickson, dissident, a énoncé trois approches possibles quant à l'interprétation de l'al. 2*d*) : l'approche constitutive, l'approche déductive et l'approche téléologique. Nous concluons que l'al. 2*d*) protège chacun des aspects de la liberté d'association visés par ces approches.

[52] L'approche la plus restrictive, soit l'approche « constitutive », ne protège que le simple droit d'appartenir à une association ou de la constituer. L'État n'aurait donc pas le droit d'empêcher les gens de se réunir ou de constituer des associations, mais il pourrait intervenir dans les *activités* exercées par les associations ainsi formées. Cette protection, bien qu'étroite, n'est pas négligeable. L'histoire donne de nombreux exemples d'États qui ont interdit les associations ou empêché les citoyens de s'associer, soit de façon absolue, soit en restreignant le nombre de personnes autorisées à se regrouper dans un but précis.

[53] L'approche « déductive » protège non seulement le droit de s'associer, mais aussi celui d'exercer des *activités* associatives qui s'attachent expressément à d'autres libertés constitutionnelles. Cette approche est appliquée aux États-Unis, où la liberté d'association est reconnue dans la mesure où elle renforce d'autres droits constitutionnels comme la liberté de religion et les droits politiques. Sous cette réserve, les activités associatives ne jouissent pas d'une protection constitutionnelle.

[54] L'approche téléologique, adoptée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, définit le contenu de l'al. 2*d*) au regard de l'objet de la protection du droit d'association, soit de : « . . . reconnaître la nature sociale profonde des entreprises humaines et [de] protéger l'individu contre tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 365). L'objet auquel réfère le juge en chef Dickson est concret; il ne correspond pas à l'expression abstraite d'un désir d'une vie meilleure. Lorsqu'il a

2015 SCC 1 (CanLII)

of the freedom of association encompasses the protection of (1) individuals joining with others to form associations (the constitutive approach); (2) collective activity in support of other constitutional rights (the derivative approach); and (3) collective activity that enables "those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict": *Alberta Reference*, at p. 366.

[55] The purposive approach thus recognizes that freedom of association is empowering, and that we value the guarantee enshrined in s. 2(*d*) because it empowers groups whose members' individual voices may be all too easily drowned out. This conclusion is rooted in "the historical origins of the concepts enshrined" in s. 2(*d*) (*Big M Drug Mart*, at p. 344).

[56] The historical emergence of association as a fundamental freedom — one which permits the growth of a sphere of civil society largely free from state interference — has its roots in the protection of religious minority groups: M. Walzer, "The Concept of Civil Society", in M. Walzer, ed., *Toward a Global Civil Society* (1995), 7, at p. 20. More recent history also illustrates how the freedom to associate has contributed to the women's suffrage and gay rights movements: J. D. Inazu, *Liberty's Refuge: The Forgotten Freedom of Assembly* (2012), at p. 45; and D. Carpenter, "Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale*: A Tripartite Approach" (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515.

[57] Historically, those most easily ignored and disempowered as individuals have staked so much on freedom of association precisely because association was the means by which they could gain a voice in society. As Dickson C.J. put it in the *Alberta Reference*:

exploré plus en détail cette interprétation, le juge en chef Dickson a précisé que l'objet de la liberté d'association englobe la protection (1) de la capacité des individus de se joindre à d'autres pour former des associations (l'approche constitutive); (2) de l'activité collective à l'appui d'autres droits constitutionnels (l'approche déductive); et (3) de l'activité collective qui permet à « ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagiss[ent] et, peut-être même, entr[ent] en conflit » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 366).

[55] L'approche téléologique reconnaît donc que la liberté d'association est constitutive de pouvoirs. En effet, nous attachons de l'importance à la garantie inscrite à l'al. 2*d*) parce qu'elle accorde des pouvoirs à des groupes dont les membres, pris individuellement, pourraient trop facilement ne pas réussir à se faire entendre. Cette conclusion se fonde sur les « origines historiques des concepts enchâssés » à l'al. 2*d*) (*Big M Drug Mart*, p. 344).

[56] L'émergence historique du droit d'association en tant que liberté fondamentale — une liberté qui permet à une sphère de la société civile de se développer largement à l'abri de l'ingérence de l'État — puise son origine dans la protection des minorités religieuses (M. Walzer, « The Concept of Civil Society », dans M. Walzer, dir., *Toward a Global Civil Society* (1995), 7, p. 20). L'histoire plus récente illustre également l'apport de la liberté d'association au vote des femmes et aux mouvements en faveur des droits des homosexuels (J. D. Inazu, *Liberty's Refuge : The Forgotten Freedom of Assembly* (2012), p. 45; et D. Carpenter, « Expressive Association and Anti-Discrimination Law After *Dale* : A Tripartite Approach » (2001), 85 *Minn. L. Rev.* 1515).

[57] Si les personnes les plus facilement ignorées et désavantagées ont toujours misé autant sur la liberté d'association, c'est précisément parce que l'association est le moyen de faire entendre leur voix dans la société. Comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* :

2015 SCC 1 (CanLII)

Freedom of association is most essential in those circumstances where the individual is liable to be prejudiced by the actions of some larger and more powerful entity, like the government or an employer. Association has always been the means through which political, cultural and racial minorities, religious groups and workers have sought to attain their purposes and fulfil their aspirations; it has enabled those who would otherwise be vulnerable and ineffective to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict. [Emphasis added; pp. 365-66.]

La liberté d'association est on ne peut plus essentielle dans les circonstances où l'individu risque d'être lésé par les actions de quelque entité plus importante et plus puissante comme le gouvernement ou un employeur. L'association a toujours été le moyen par lequel les minorités politiques, culturelles et raciales, les groupes religieux et les travailleurs ont tenté d'atteindre leurs buts et de réaliser leurs aspirations; elle a permis à ceux qui, par ailleurs, auraient été vulnérables et inefficaces de faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit. [Nous soulignons; p. 365-366.]

[58] This then is a fundamental purpose of s. 2(*d*) — to protect the individual from "state-enforced isolation in the pursuit of his or her ends": *Alberta Reference*, at p. 365. The guarantee functions to protect individuals against more powerful entities. By banding together in the pursuit of common goals, individuals are able to prevent more powerful entities from thwarting their legitimate goals and desires. In this way, the guarantee of freedom of association empowers vulnerable groups and helps them work to right imbalances in society. It protects marginalized groups and makes possible a more equal society.

[58] Un des objets fondamentaux de l'al. 2*d*) est donc de protéger l'individu contre « tout isolement imposé par l'État dans la poursuite de ses fins » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 365). Cette garantie permet de protéger les individus contre des entités plus puissantes. En s'unissant pour réaliser des objectifs communs, des personnes sont capables d'empêcher des entités plus puissantes de faire obstacle aux buts et aux aspirations légitimes qu'elles peuvent avoir. Le droit à la liberté d'association confère donc certains pouvoirs aux groupes vulnérables et les aide à corriger les inégalités au sein de la société. Il protège ainsi les groupes marginalisés et favorise la formation d'une société plus équitable.

[59] The flip side of the purposive approach to freedom of association under s. 2(*d*) is that the guarantee will not necessarily protect all associational activity. Section 2(*d*) of the *Charter* is aimed at reducing social imbalances, not enhancing them. For this reason, some collective activity lies outside the *Charter*'s protection. For example, associational activity that constitutes violence is not protected by s. 2(*d*): *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 107.

[59] L'application de l'approche téléologique à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) a toutefois pour revers que cette garantie ne protégera pas nécessairement toutes les activités associatives. En effet, puisque cette disposition vise à réduire les inégalités sociales, et non à les accentuer, certaines activités collectives échappent à la protection de la *Charte*. C'est le cas, par exemple, des activités associatives violentes (*Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 107).

[60] Whether there are other categories of activity in addition to violence that are by their very nature entirely excluded from s. 2(*d*) protection need not be canvassed here. It suffices to note that a purposive interpretation of s. 2(*d*) confers *prima facie* protection on a broad range of associational activity, subject to limits justified pursuant to s. 1 of the *Charter*.

[60] En l'espèce, il n'est pas nécessaire de déterminer si, en plus de la violence, d'autres catégories d'activités sont entièrement exclues de la protection conférée par l'al. 2*d*) en raison de leur nature même. Il suffit de souligner qu'une interprétation téléologique de l'al. 2*d*) protège à première vue un vaste éventail d'activités associatives, sous réserve des limites justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

2015 SCC 1 (CanLII)

[61] The nature of a given associational activity and its relation to the underlying purpose of s. 2(*d*) may also be relevant to the s. 1 analysis, in the same way that the nature of particular expression is relevant in s. 2(*b*) cases. For instance, as Rothstein J. explains in *Whatcott*, at paras. 112 and 114:

> Violent expression and expression that threatens violence does not fall within the protected sphere of s. 2(*b*) of the *Charter*: *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at para. 70. However, apart from that, not all expression will be treated equally in determining an appropriate balancing of competing values under a s. 1 analysis. That is because different types of expression will be relatively closer to or further from the core values behind the freedom, depending on the nature of the expression. This will, in turn, affect its value relative to other *Charter* rights, the exercise or protection of which may infringe freedom of expression.
>
> . . .
>
> Hate speech is at some distance from the spirit of s. 2(*b*) because it does little to promote, and can in fact impede, the values underlying freedom of expression. As noted by Dickson C.J. in *Keegstra*, expression can be used to the detriment of the search for truth (p. 763). As earlier discussed, hate speech can also distort or limit the robust and free exchange of ideas by its tendency to silence the voice of its target group. It can achieve the self-fulfillment of the publisher, but often at the expense of that of the victim. These are important considerations in balancing hate speech with competing *Charter* rights . . . . [Emphasis added.]

[62] Section 2(*d*), we have seen, protects associational activity for the purpose of securing the individual against state-enforced isolation and empowering individuals to achieve collectively what they could not achieve individually. It follows that the associational rights protected by s. 2(*d*) are not

[61] La nature de l'activité associative et sa relation à l'objet sous-jacent de l'al. 2*d*) peuvent également devenir pertinentes pour les besoins d'une analyse fondée sur l'article premier, tout comme la nature d'une forme particulière d'expression l'est dans les affaires pertinentes relatives à l'al. 2*b*). À titre d'exemple, comme l'a expliqué le juge Rothstein dans *Whatcott* :

> L'alinéa 2*b*) de la *Charte* ne protège pas l'écrit ou le discours qui exprime la violence ou la menace de recourir à la violence : *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 70. À cette exception près, les écrits et les discours ne seront pas traités sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agit de trouver un juste équilibre entre des valeurs concurrentes dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Cette situation tient au fait que, selon leur nature, les divers types d'écrits et de discours se rapprochent ou s'éloignent relativement des valeurs fondamentales à la base de la liberté, ce qui à son tour influe sur la valeur de l'écrit ou du discours en question par rapport aux autres droits garantis par la *Charte* dont l'exercice ou la protection peut porter atteinte à la liberté d'expression.
>
> . . .
>
> Le propos haineux est quelque peu éloigné de l'esprit de l'al. 2*b*) parce qu'il contribue peu à promouvoir les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et qu'il peut en fait les entraver. Le juge en chef Dickson a fait observer dans l'arrêt *Keegstra* qu'un écrit ou un discours peut être utilisé au détriment de la recherche de la vérité (p. 763). Comme nous l'avons déjà expliqué, le propos haineux peut également fausser ou restreindre l'échange sain et libre d'idées en raison de sa tendance à réduire au silence les membres du groupe visé. Il peut permettre à son auteur de s'épanouir, mais il le fait souvent aux dépens de la victime. Il s'agit là de considérations importantes lorsqu'on recherche l'équilibre entre le discours haineux et les droits opposés garantis par la *Charte* . . . [Nous soulignons; par. 112 et 114.]

[62] Comme nous l'avons vu, l'al. 2*d*) protège l'activité associative afin de prémunir les individus contre l'isolement provoqué par l'État et de leur permettre de réaliser collectivement ce qu'ils ne pourraient pas accomplir seuls. En conséquence, les droits d'association protégés par l'al. 2*d*) ne

2015 SCC 1 (CanLII)

merely a bundle of individual rights, but collective rights that inhere in associations. L'Heureux-Dubé J. put it well in *Advance Cutting*:

> In society, there is an element of synergy when individuals interact. The mere addition of individual goals will not suffice. Society is more than the sum of its parts. Put another way, a row of taxis do not a bus make. An arithmetic approach to *Charter* rights fails to encompass the aspirations imbedded in it. [para. 66]

[63] It has been suggested that collective rights should not be recognized because they are inconsistent with the *Charter*'s emphasis on individual rights, and because this would give groups greater rights than individuals. In our view, neither criticism is well founded.

[64] First, the *Charter* does not exclude collective rights. While it generally speaks of individuals as rights holders, its s. 2 guarantees extend to groups. The right of peaceful assembly is, by definition, a group activity incapable of individual performance. Freedom of expression protects both listeners and speakers: *R. v. National Post*, 2010 SCC 16, [2010] 1 S.C.R. 477, at para. 28. The right to vote is meaningless in the absence of a social context in which voting can advance self-government: *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, [2002] 3 S.C.R. 519, at para. 31. The Court has also found that freedom of religion is not merely a right to hold religious opinions but also an individual right to establish communities of faith (see *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567). And while this Court has not dealt with the issue, there is support for the view that "the autonomous existence of religious communities is indispensable for pluralism in a democratic society and is thus an issue at the very heart of the protection" of freedom of religion (*Hutterian Brethren*, at para. 131, per Abella J., dissenting, citing *Metropolitan Church of Bessarabia v. Moldova*, No. 45701/99, ECHR 2001-XII (First Section), at para. 118). See also

constituent pas simplement un ensemble de droits individuels, mais également des droits collectifs inhérents aux associations. La juge L'Heureux-Dubé a rappelé avec justesse dans *Advance Cutting* :

> L'interaction des individus entraîne un élément de synergie dans la société. La simple addition d'objectifs individuels ne suffit pas. La société est plus que la somme de ses parties. Autrement dit, une rangée de taxis n'équivaut pas à un autobus. L'application d'une méthode mathématique à l'égard des droits garantis par la *Charte* ne tient pas compte des aspirations qu'elle enchâsse. [par. 66]

[63] On a soutenu que les droits collectifs ne devraient pas être reconnus parce qu'ils seraient incompatibles avec la *Charte*, qui met l'accent sur les droits individuels, et parce que les groupes bénéficieraient ainsi de droits plus étendus que les individus. À notre avis, aucun de ces arguments n'est fondé.

[64] D'abord, la *Charte* n'exclut pas les droits collectifs. Bien que les titulaires de droit auxquels elle renvoie soient en général des particuliers, les garanties prévues par l'art. 2 s'appliquent également aux groupes. La liberté de réunion pacifique vise, par définition, une activité collective qui n'est pas susceptible d'être accomplie par une seule personne. La liberté d'expression protège tant les auditeurs que les orateurs (*R. c. National Post*, 2010 CSC 16, [2010] 1 R.C.S. 477, par. 28). Le droit de vote ne signifie rien sans un contexte social où son exercice peut favoriser la gouvernance démocratique (*Sauvé c. Canada (Directeur général des élections)*, 2002 CSC 68, [2002] 3 R.C.S. 519, par. 31). La Cour a également reconnu que la liberté de religion ne se limite pas au droit de posséder des croyances religieuses, mais qu'elle inclut aussi le droit individuel d'établir des communautés organisées autour d'une même foi (voir *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567). Bien que la Cour n'ait pas examiné cette question, un courant de jurisprudence appuie par ailleurs l'idée que « l'autonomie des communautés religieuses est indispensable au pluralisme dans une société démocratique et se

2015 SCC 1 (CanLII)

Serbian Eastern Orthodox Diocese v. Milivojevich, 426 U.S. 696 (1976).

trouve donc au cœur même de la protection » de la liberté de religion (*Hutterian Brethren*, par. 131, la juge Abella, dissidente, citant *Église métropolitaine de Bessarabie c. Moldova*, n° 45701/99, CEDH 2001-XII (1re Section), par. 118). Voir aussi *Serbian Eastern Orthodox Diocese c. Milivojevich*, 426 U.S. 696 (1976).

[65] It has also been suggested that recognition of a collective aspect to s. 2(*d*) rights will somehow undermine individual rights and the individual aspect of s. 2(*d*). We see no basis for this contention. Recognizing group or collective rights complements rather than undercuts individual rights, as the examples just cited demonstrate. It is not a question of *either* individual rights *or* collective rights. Both are essential for full *Charter* protection.

[65] On a également laissé entendre que la reconnaissance d'aspects collectifs aux droits protégés par l'al. 2*d*) porterait en quelque sorte atteinte aux droits individuels eux-mêmes ainsi qu'à l'aspect individuel de cette disposition. Cette prétention est dépourvue de tout fondement. La reconnaissance des droits collectifs complète, mais n'efface pas, les droits individuels, comme le démontrent les exemples que nous venons de citer. Il ne s'agit pas de reconnaître *soit* les droits individuels *soit* les droits collectifs. Ces deux catégories de droits sont essentielles pour que la *Charte* puisse offrir une protection complète.

[66] In summary, s. 2(*d*), viewed purposively, protects three classes of activities: (1) the right to join with others and form associations; (2) the right to join with others in the pursuit of other constitutional rights; and (3) the right to join with others to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities.

[66] En résumé, considéré en fonction de son objet, l'al. 2*d*) protège trois catégories d'activités : (1) le droit de s'unir à d'autres et de constituer des associations; (2) le droit de s'unir à d'autres pour exercer d'autres droits constitutionnels; et (3) le droit de s'unir à d'autres pour faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force d'autres groupes ou entités.

C. *The Right to a Meaningful Collective Bargaining Process*

C. *Le droit à un processus véritable de négociation collective*

[67] Applying the purposive approach just discussed to the domain of labour relations, we conclude that s. 2(*d*) guarantees the right of employees to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals, affirming the central holdings of *Health Services* and *Fraser*. This guarantee includes a right to collective bargaining. However, that right is one that guarantees a process rather than an outcome or access to a particular model of labour relations.

[67] Après avoir appliqué l'approche téléologique que nous venons d'examiner au contexte des relations du travail, nous reconnaissons que l'al. 2*d*) garantit le droit des employés de véritablement s'associer en vue de réaliser des objectifs collectifs relatifs aux conditions de travail. Ce constat confirme les conclusions fondamentales tirées dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*. Cette protection inclut un droit de négocier collectivement. Ce droit garantit toutefois un processus plutôt qu'un résultat ou que l'accès à un modèle particulier de relations de travail.

2015 SCC 1 (CanLII)

[68] Just as a ban on employee association impairs freedom of association, so does a labour relations process that substantially interferes with the possibility of having meaningful collective negotiations on workplace matters. Without the right to pursue workplace goals collectively, workers may be left essentially powerless in dealing with their employer or influencing their employment conditions. This idea is not new. As the United States Supreme Court stated in *National Labor Relations Board v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:

> Long ago we stated the reason for labor organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment . . . . [Emphasis added.]

[69] Similarly, this Court recently affirmed the importance of freedom of expression in redressing the imbalance inherent in the employer-employee relationship in *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. United Food and Commercial Workers, Local 401*, 2013 SCC 62, [2013] 3 S.C.R. 733, at paras. 31-32:

> A person's employment and the conditions of their workplace can inform their identity, emotional health, and sense of self-worth . . . .
>
> Free expression in the labour context can also play a significant role in redressing or alleviating the presumptive imbalance between the employer's economic power and the relative vulnerability of the individual worker . . . . It is through their expressive activities that unions are able to articulate and promote their common interests, and, in the event of a labour dispute, to attempt to persuade the employer. [Citations omitted.]

[70] The same reasoning applies to freedom of association. As we have seen, s. 2(*d*) functions to

[68] Tout comme l'interdiction pour des employés de s'associer, le modèle de relations de travail qui entrave substantiellement la possibilité d'engager de véritables négociations collectives sur des questions relatives au travail porte atteinte à la liberté d'association. Les employés privés du droit de poursuivre collectivement des objectifs relatifs aux conditions de travail pourraient se retrouver essentiellement impuissants dans leurs échanges avec leur employeur ou pour influencer leurs conditions d'emploi. L'idée n'est pas nouvelle. Comme la Cour suprême des États-Unis l'a souligné dans l'arrêt *National Labor Relations Board c. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937) :

> [TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuni quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste . . . [Nous soulignons; p. 33.]

[69] De même, dans l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce, section locale 401*, 2013 CSC 62, [2013] 3 R.C.S. 733, la Cour a récemment confirmé l'importance de la liberté d'expression dans l'élimination de l'inégalité inhérente à la relation employeur-employé :

> L'emploi d'une personne et ses conditions de travail sont susceptibles de façonner son identité, sa santé psychologique et sa perception de sa valeur personnelle . . .
>
> Dans le contexte du travail, la liberté d'expression peut également jouer un rôle important pour éliminer ou atténuer l'inégalité présumée entre le pouvoir économique de l'employeur et la vulnérabilité relative du travailleur [. . .] C'est grâce à leurs activités expressives que les syndicats sont en mesure de formuler et de promouvoir leurs intérêts communs et, en cas de conflit de travail, de tenter d'infléchir l'employeur. [Renvois omis; par. 31-32.]

[70] Le même raisonnement s'applique à la liberté d'association. Comme nous l'avons vu, l'al. 2*d*)

2015 SCC 1 (CanLII)

prevent individuals, who alone may be powerless, from being overwhelmed by more powerful entities, while also enhancing their strength through the exercise of collective power. Nowhere are these dual functions of s. 2(*d*) more pertinent than in labour relations. Individual employees typically lack the power to bargain and pursue workplace goals with their more powerful employers. Only by banding together in collective bargaining associations, thus strengthening their bargaining power with their employer, can they meaningfully pursue their workplace goals.

[71] The right to a meaningful process of collective bargaining is therefore a necessary element of the right to collectively pursue workplace goals in a meaningful way (*Health Services*; *Fraser*). Yet a process of collective bargaining will not be meaningful if it denies employees the power to pursue their goals. As this Court stated in *Health Services*: "One of the fundamental achievements of collective bargaining is to palliate the historical inequality between employers and employees . . ." (para. 84). A process that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining by reducing employees' negotiating power is therefore inconsistent with the guarantee of freedom of association enshrined in s. 2(*d*).

[72] The balance necessary to ensure the meaningful pursuit of workplace goals can be disrupted in many ways. Laws and regulations may restrict the subjects that can be discussed, or impose arbitrary outcomes. They may ban recourse to collective action by employees without adequate countervailing protections, thus undermining their bargaining power. They may make the employees' workplace goals impossible to achieve. Or they may set up a process that the employees cannot effectively control or influence. Whatever the nature of the restriction, the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(*d*) seeks to achieve,

vise à la fois à empêcher que des personnes — qui, isolées, demeureraient impuissantes — soient opprimées par des entités plus puissantes et à accroître leur influence par l'exercice d'un pouvoir collectif. Or, cette double fonction de l'al. 2*d*) ne peut être plus évidente que dans le cadre des relations de travail. En effet, les employés, agissant individuellement, ne disposent habituellement pas du pouvoir de négocier et de poursuivre des objectifs relatifs à leurs conditions de travail avec un employeur plus puissant. Seul le regroupement en association en vue de négocier collectivement — qui augmente ainsi leur pouvoir de négociation — permet à des employés de poursuivre véritablement leurs objectifs relatifs à leurs conditions de travail.

[71] Le droit à un processus véritable de négociation collective constitue donc un élément nécessaire du droit de poursuivre collectivement et de manière véritable des objectifs relatifs au travail (*Health Services*; *Fraser*). Un processus de négociation collective n'aura toutefois pas un caractère véritable s'il empêche les employés de poursuivre leurs objectifs. Comme l'a affirmé la Cour dans *Health Services*, « un des succès fondamentaux résultant de la négociation collective est de pallier l'inégalité qui a toujours existé entre employeur et employés . . . » (par. 84). Ainsi, le mécanisme qui porte substantiellement atteinte à un processus véritable de négociation collective en réduisant le pouvoir de négociation des employés ne respecte pas la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*).

[72] L'équilibre nécessaire à la poursuite véritable d'objectifs relatifs au travail peut être rompu de maintes façons. Des lois et des règlements peuvent restreindre les sujets susceptibles de faire l'objet de négociation ou imposer des résultats arbitraires. Ils peuvent interdire l'action collective des employés sans offrir de mesures de protection adéquate en compensation et réduire ainsi leur pouvoir de négociation. Ils peuvent rendre impossible la réalisation des objectifs des employés relatifs aux conditions de travail. Ou encore, des lois et des règlements pourraient établir un processus que les employés seraient incapables de contrôler ou d'influencer. Quelle que soit la nature de la restriction, il faut

2015 SCC 1 (CanLII)

so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining: *Health Services*, at para. 90.

[73] Against this conception, the Attorney General of Canada, relying on *Fraser*, argues that collective bargaining is at best a "derivative right" from the basic or "core" right to associate (the constitutive approach). It follows, according to the Attorney General, that collective bargaining is protected only if state action makes it *effectively impossible* to associate for workplace matters. Here that impossibility is lacking, the Attorney General asserts, because the SRRP process is a means by which RCMP members can associate for workplace purposes. The Court of Appeal accepted this position. We disagree. We will address the terms "effectively impossible" and "derivative right" in turn.

[74] The reference in *Fraser* to the effective impossibility of achieving workplace goals must be understood with reference to the legislative schemes at issue. For instance, in discussing *Dunmore*, the majority in *Fraser* explained that Bastarache J. had "concluded that the absence of legislative protection for farm workers to organize in order to achieve workplace goals made meaningful association to achieve workplace goals impossible and therefore constituted a substantial interference with the right to associate guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*" (para. 31 (emphasis added)). Similarly, the majority in *Fraser* explained that the legislation impugned in *Health Services* — legislation that unilaterally nullified terms concerning seniority and lay-offs in existing collective agreements and precluded future bargaining over those matters — "rendered the meaningful pursuit of [workplace] goals impossible and effectively nullified the right to associate of its employees" (para. 38).

essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2*d*) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective (*Health Services*, par. 90).

[73] À l'encontre de cette conception, le procureur général du Canada soutient, en se fondant sur l'arrêt *Fraser*, que la négociation collective est tout au plus un « droit dérivé » du droit fondamental ou « essentiel » de s'associer (l'approche constitutive). Il s'ensuit, selon lui, que la négociation collective n'est protégée que si l'acte de l'État rend *effectivement impossible* l'association en vue de régler des questions relatives au travail. En l'espèce, affirme le procureur général, cette impossibilité n'existe pas, parce que le PRRF constitue un moyen pour les membres de s'associer à des fins relatives au travail. La Cour d'appel a accepté cette thèse. Nous ne sommes pas d'accord. Nous examinerons maintenant à tour de rôle les termes « effectivement impossible » et « droit dérivé ».

[74] La mention dans *Fraser* de l'impossibilité effective de réaliser des objectifs relatifs au travail doit être interprétée eu égard aux régimes législatifs en cause. À titre d'exemple, lorsqu'ils se sont penchés sur l'arrêt *Dunmore*, les juges majoritaires dans *Fraser* ont expliqué que le juge Bastarache avait « décid[é] [. . .] que l'omission du législateur de protéger les travailleurs agricoles désireux de s'associer pour réaliser des objectifs liés au travail rend[ait] à toutes fins utiles impossible l'association à cette fin et entrav[ait] de ce fait substantiellement l'exercice du droit garanti à l'al. 2*d*) de la *Charte* » (par. 31 (nous soulignons)). De même, les juges majoritaires dans *Fraser* ont souligné que la loi contestée dans *Health Services* — une loi qui annulait unilatéralement certaines conditions relatives à l'ancienneté et à la mise en disponibilité dans des conventions collectives existantes et qui interdisait toute négociation ultérieure sur ces questions — « rend[ait] impossible la poursuite véritable [d']objectifs [relatifs au travail] et [. . .] supprim[ait] dans les faits le droit de ses employés de s'associer » (par. 38).

2015 SCC 1 (CanLII)

[75] These passages from *Fraser* and *Health Services* use terms like "impossible" and "effectively nullified" to describe the effect of legislative schemes (including legislative exclusions), not the legal test for infringement of s. 2(*d*). Explaining the reasoning in *Dunmore*, the majority in *Fraser* states that: "The *effect* of a process that renders impossible the meaningful pursuit of collective goals is to substantially interfere with the exercise of the right to free association . . ." (para. 33 (emphasis in original)). In *Fraser*, the majority further explains that there cannot "be any doubt that legislation (or the absence of a legislative framework) that makes achievement" of collective workplace goals "substantially impossible, constitutes a limit on the exercise of freedom of association" (para. 32 (emphasis added)). It is clear that such passages do not adopt "substantial impossibility" as the threshold test for finding an infringement of freedom of association. Rather, the passages demonstrate that the majority in *Fraser* adopts substantial interference as the *legal test* for infringement of freedom of association.

[75] Dans ces passages des arrêts *Fraser* et *Health Services*, la Cour utilise des termes comme « impossible » et « supprimer dans les faits » pour décrire l'effet de certains régimes législatifs (notamment les exclusions prévues par la loi) et non pas le critère juridique permettant de conclure à une violation de l'al. 2*d*). En expliquant le raisonnement suivi dans *Dunmore*, les juges majoritaires dans *Fraser* ont affirmé que « [l]e processus qui rend impossible la poursuite véritable d'objectifs collectifs a pour *effet* d'entraver substantiellement l'exercice du droit de libre association . . . » (par. 33 (en italique dans l'original)). Comme l'ont expliqué en outre les juges majoritaires dans *Fraser*, on ne peut « douter que la loi (ou l'absence d'un cadre législatif) qui rendait essentiellement impossible » l'atteinte d'objectifs collectifs relatifs au travail « restreignait l'exercice de la liberté d'association » (par. 32 (nous soulignons)). Manifestement, de tels passages ne fixent pas comme seuil pour conclure à l'existence d'une atteinte à la liberté d'association, la démonstration qu'il soit « essentiellement impossible » de poser certains gestes. Ces passages démontrent plutôt que les juges majoritaires dans *Fraser* ont adopté le *test juridique* de l'entrave substantielle pour conclure à une atteinte au droit d'association.

[76] Dissenting in the case at bar, Rothstein J. highlights the fact that the majority reasons in *Fraser* "referred to the test of impossibility — either effective or substantial impossibility — *no less than 12 times*, tracing its origins in the decisions of *Dunmore* and *Health Services* . . . see *Fraser*, at paras. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 and 98" (para. 213 (emphasis in original)). In virtually every case (see paras. 31-33, 38, 42, 46-48, 62 and 98), the "impossibility" in question refers explicitly to the *effect* of legislation or the absence of a legislative framework. A test of substantial interference or substantial impairment is also explicitly stated as the standard for finding a s. 2(*d*) infringement at paras. 31, 33, 47-48 and 62. Finally, the majority in *Fraser* reaffirmed the holding in *Health Services* that "[t]he fundamental inquiry is whether the state action would *substantially impair* the ability of 'union

[76] En dissidence dans la présente affaire, le juge Rothstein souligne que les juges majoritaires dans *Fraser* « mentionnent le critère de l'impossibilité — substantielle ou effective — *à pas moins de douze reprises*, en en retraçant les origines aux arrêts *Dunmore* et *Health Services* [. . .] (voir *Fraser*, par. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 et 98) » (par. 213 (en italique dans l'original)). Dans presque tous les cas (voir les par. 31-33, 38, 42, 46-48, 62 et 98), l'« impossibilité » renvoie expressément à l'*effet* de la loi ou à l'absence d'un cadre législatif. Aux paragraphes 31, 33, 47-48 et 62, les juges majoritaires affirment expressément que le critère d'entrave ou d'atteinte substantielle constitue la norme applicable pour conclure à une violation de l'al. 2*d*). Enfin, les juges majoritaires dans *Fraser* ont confirmé la conclusion de *Health Services* selon laquelle « [l]a question fondamentale en jeu demeure

2015 SCC 1 (CanLII)

members to pursue shared goals in concert' (para. 96 (emphasis added))": para. 64 (emphasis in original); see *Health Services*, at paras. 92 and 96.

[77] This said, we agree that some of the passages in *Fraser* seem to unnecessarily complicate the analysis by referring to both effective impossibility (as the effect of certain state action) and substantial interference or impairment (as the test for infringement of s. 2(*d*)). For the reasons just discussed, however, such references should be understood consistently with the majority reasons in *Fraser*, read in their entirety, and with this Court's precedents in *Dunmore* and *Health Services*. More generally, they must be understood consistently with this Court's purposive and generous approach to s. 2(*d*), as explained above.

[78] We turn now to use of the term "derivative right" in *Fraser*. On the Court of Appeal's interpretation of *Fraser*, the right to a meaningful process of collective bargaining is "derivative" in the sense that it exists only where employees establish that it is effectively impossible for them to act collectively to achieve workplace goals (paras. 110-11 and 135). However, in *Fraser*, the majority explained that "collective bargaining is a derivative right" in the sense that it is "a 'necessary precondition' to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association": para. 66. The majority cited *Criminal Lawyers' Association* where the Court stated, at para. 30: "Access [to information in government hands] is a derivative right which may arise where it is a necessary precondition of meaningful expression on the functioning of government" (emphasis added). The Court of Appeal understood this to mean that the right to collective bargaining similarly *may arise* as a necessary precondition to meaningful association in the workplace only where some other condition is first met. The Court of Appeal

celle de déterminer si l'acte de l'État *entraverait substantiellement* la capacité des "syndiqués de poursuivre collectivement des objectifs communs" (par. 96 (nous soulignons)) » (par. 64 (souligné dans l'original); voir *Health Services*, par. 92 et 96).

[77] Cela dit, nous convenons que certains passages de *Fraser* semblent compliquer inutilement l'analyse en renvoyant à la fois à l'impossibilité effective (en tant qu'effet de certaines mesures gouvernementales) et à l'entrave ou atteinte substantielle (en tant que critère applicable pour conclure à une violation de l'al. 2*d*)). Cependant, pour les motifs que nous venons d'exposer, ces renvois devraient être interprétés conformément aux motifs des juges majoritaires dans *Fraser*, lus dans leur intégralité, ainsi qu'aux précédents établis par la Cour dans *Dunmore* et *Health Services*. De façon plus générale, leur interprétation doit respecter l'interprétation téléologique et généreuse donnée par la Cour à l'al. 2*d*), et qui a été expliquée précédemment.

[78] Penchons-nous maintenant sur l'utilisation du terme « droit dérivé » dans *Fraser*. Selon l'interprétation que la Cour d'appel a donnée à cet arrêt, le droit à un processus véritable de négociation collective est un droit « dérivé », en ce sens qu'il n'existe que si les employés établissent qu'il est effectivement impossible pour eux d'agir collectivement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail (par. 110-111 et 135). Or, les juges majoritaires dans *Fraser* ont expliqué que « la négociation collective est un droit dérivé », définie comme « une "condition qui doit nécessairement être réalisée" pour permettre l'exercice véritable de la liberté d'association garantie par la Constitution » : par. 66. À ce propos, ils ont cité l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* où la Cour affirme au par. 30 que : « L'accès [à des renseignements détenus par le gouvernement] est un droit dérivé qui peut intervenir lorsqu'il constitue une condition qui doit nécessairement être réalisée pour qu'il soit possible de s'exprimer de manière significative sur le fonctionnement du gouvernement » (nous

2015 SCC 1 (CanLII)

took that condition to be the effective impossibility of acting collectively to achieve workplace goals.

[79] However, the majority in *Fraser* did not qualify the right to collective bargaining in this way. It held that collective bargaining is "a 'necessary precondition' to the meaningful exercise of the constitutional guarantee of freedom of association": para. 66. Similarly, at para. 99, "the right of an employees' association to make representations to the employer and have its views considered in good faith" is described as "a derivative right under s. 2(*d*) of the *Charter*, necessary to meaningful exercise of the right to free association" (emphasis added). To the extent the term "derivative right" suggests that the right to a meaningful process of collective bargaining only applies where the guarantee under s. 2(*d*) is otherwise frustrated, use of that term should be avoided. Furthermore, any suggestion that an aspect of a *Charter* right may somehow be secondary or subservient to other aspects of that right is out of keeping with the purposive approach to s. 2(*d*).

[80] To recap, s. 2(*d*) protects against substantial interference with the right to a meaningful process of collective bargaining. Historically, workers have associated in order "to meet on more equal terms the power and strength of those with whom their interests interact and, perhaps, conflict", namely, their employers: *Alberta Reference*, at p. 366. The guarantee entrenched in s. 2(*d*) of the *Charter* cannot be indifferent to power imbalances in the labour relations context. To sanction such indifference would be to ignore "the historical origins of the concepts enshrined" in s. 2(*d*): *Big M Drug Mart*, at p. 344. It follows that the right to a meaningful process of collective bargaining will not be satisfied by a legislative scheme that strips employees of adequate protections in their interactions with management so as

soulignons). Pour la Cour d'appel, cela signifie que le droit de négocier collectivement *peut* de façon similaire *intervenir* comme une condition nécessaire à l'exercice véritable de la liberté d'association au travail seulement si une autre condition est tout d'abord réalisée. De l'avis de la Cour d'appel, cette condition consiste en l'impossibilité effective d'agir collectivement pour réaliser des objectifs relatifs au travail.

[79] Or, les juges majoritaires dans *Fraser* n'ont pas restreint ainsi le droit de négocier collectivement. Pour eux, la négociation collective est « une "condition qui doit nécessairement être réalisée" pour permettre l'exercice véritable de la liberté d'association garantie par la Constitution » (par. 66). De même, au par. 99 : « . . . le droit d'une association d'employés de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi » est décrit comme un droit « dérivé de la liberté garantie à l'al. 2*d*) de la *Charte* et [. . .] nécessaire à l'exercice véritable du droit de libre association » (nous soulignons). Dans la mesure où l'expression « droit dérivé » laisse entendre que le droit à un processus véritable de négociation collective ne s'applique que s'il a été autrement porté atteinte à la garantie prévue à l'al. 2*d*), il convient de l'éviter. De plus, toute suggestion selon laquelle un aspect d'un droit protégé par la *Charte* serait d'une manière ou d'une autre secondaire ou accessoire à d'autres aspects de ce droit n'est pas compatible avec l'interprétation téléologique de l'al. 2*d*).

[80] Pour récapituler, l'al. 2*d*) protège contre une entrave substantielle au droit à un processus véritable de négociation collective. Historiquement, les travailleurs se sont associés pour « faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit », c'est-à-dire leur employeur (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 366). La garantie prévue à l'al. 2*d*) de la *Charte* ne peut faire abstraction du déséquilibre des forces en présence dans le contexte des relations du travail. Le permettre reviendrait à ne pas tenir compte « des origines historiques des concepts enchâssés » à l'al. 2*d*) (*Big M Drug Mart*, p. 344). Portera donc atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective tout régime législatif qui prive

2015 SCC 1 (CanLII)

to substantially interfere with their ability to meaningfully engage in collective negotiations.

D. *Essential Features of a Meaningful Process of Collective Bargaining Under Section 2(d)*

[81] We have concluded that s. 2(*d*) protects the right of employees to associate for the purpose of meaningfully pursuing collective workplace goals. The government therefore cannot enact laws or impose a labour relations process that substantially interferes with that right. This raises the question — what are the features essential to a meaningful process of collective bargaining under s. 2(*d*)? In this section, we conclude that a meaningful process of collective bargaining is a process that provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine their collective interests and meaningfully pursue them.

[82] Collective bargaining constitutes a fundamental aspect of Canadian society which "enhances the human dignity, liberty and autonomy of workers by giving them the opportunity to influence the establishment of workplace rules and thereby gain some control over a major aspect of their lives, namely their work" (*Health Services*, at para. 82). Put simply, its purpose is to preserve collective employee autonomy against the superior power of management and to maintain equilibrium between the parties. This equilibrium is embodied in the degree of choice and independence afforded to the employees in the labour relations process.

[83] But choice and independence are not absolute: they are limited by the context of collective bargaining. In our view, the degree of choice required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that enables employees to have effective input into the selection of the collective goals to be advanced by their association. In the same vein, the degree of independence required by the *Charter* for

les employés de protections adéquates dans leurs interactions avec l'employeur de manière à créer une entrave substantielle à leur capacité de véritablement mener des négociations collectives.

D. *Caractéristiques essentielles d'un processus véritable de négociation collective au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 2d)*

[81] Nous avons conclu que l'al. 2*d*) protège le droit des employés de s'associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail. Le gouvernement ne saurait donc adopter des lois ou imposer un processus de relations de travail qui entrave substantiellement ce droit. Il faut alors rechercher les caractéristiques essentielles d'un processus véritable de négociation collective au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'al. 2*d*). Dans la présente partie, nous reconnaîtrons qu'un processus véritable de négociation collective est tel qu'il offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de véritablement les réaliser.

[82] La négociation collective représente un aspect fondamental de la société canadienne qui « favorise la dignité humaine, la liberté et l'autonomie des travailleurs en leur donnant l'occasion d'exercer une influence sur l'adoption des règles régissant leur milieu de travail et, de ce fait, d'exercer un certain contrôle sur un aspect d'importance majeure de leur vie, à savoir leur travail » (*Health Services*, par. 82). En termes simples, son objectif consiste à protéger l'autonomie collective des employés contre le pouvoir supérieur de l'administration et à maintenir un équilibre entre les parties. Cet équilibre s'établit grâce à la liberté de choix et à l'indépendance accordées aux employés dans le cadre de ce processus de relations de travail.

[83] Cela dit, cette liberté de choix et cette indépendance ne sont pas absolues : elles sont limitées par le contexte de la négociation collective. À notre avis, la liberté de choix requise par la *Charte* à des fins de négociation collective correspond à celle qui permet aux employés de participer véritablement au choix des objectifs collectifs que devra poursuivre leur association. Dans la même

2015 SCC 1 (CanLII)

collective bargaining purposes is one that ensures that the activities of the association are aligned with the interests of its members.

[84] In the following subsections, we lay out the theoretical underpinnings of choice and independence and we explain how they are inherent to the nature and purpose of collective bargaining. We then explain how the requirements of choice and independence can be respected by a variety of labour relations models, as long as such models allow collective bargaining to be pursued in a meaningful way.

(1) Choice and Independence Are Inherent to the Nature and Purpose of Collective Bargaining

(a) *Employee Choice*

[85] The function of collective bargaining is not served by a process which undermines employees' rights to choose what is in their interest and how they should pursue those interests. The degree of choice required by the *Charter* is one that enables employees to have effective input into the selection of their collective goals. This right to participate in the collective is crucial to preserve employees' ability to advance their own interests, particularly in schemes which involve trade-offs of individual rights to gain collective strength (J. E. Dorsey, "Individuals and Internal Union Affairs: The Right to Participate", in K. P. Swan and K. E. Swinton, eds., *Studies in Labour Law* (1983), 193).

[86] Hallmarks of employee choice in this context include the ability to form and join new associations, to change representatives, to set and change collective workplace goals, and to dissolve existing associations. Employee choice may lead to a diversity of associational structures and to competition between associations, but it is a form of exercise of freedom of association that is essential to the existence of employee organizations and to the

veine, l'indépendance exigée par la *Charte* à des fins de négociation collective se définit comme celle qui assure une correspondance entre les activités de l'association et les intérêts de ses membres.

[84] Dans les paragraphes qui suivent, nous exposerons les fondements théoriques de la liberté de choix et de l'indépendance, et nous expliquerons à quel point celles-ci sont inhérentes à la nature et à l'objet de la négociation collective. Nous exposerons ensuite comment cette liberté de choix et cette indépendance peuvent s'inscrire dans les différents modèles de relations du travail, dans la mesure où ils permettent une véritable négociation collective.

(1) La liberté de choix et l'indépendance sont inhérentes à la nature et à l'objectif de la négociation collective

a) *Liberté de choix de l'employé*

[85] L'objectif de la négociation collective n'est pas atteint si le processus qui l'entoure entrave le droit des employés de choisir ce qui est dans leur intérêt et comment ils devraient défendre ce dernier. La liberté de choix requise par la *Charte* doit permettre aux employés de participer réellement au choix de leurs objectifs collectifs. Ce droit de participer au processus collectif s'avère essentiel pour protéger la capacité des employés de faire valoir leurs propres intérêts, surtout dans les régimes où ces derniers sont appelés à faire des compromis sur leurs droits individuels pour accroître leur pouvoir collectif (J. E. Dorsey, « Individuals and Internal Union Affairs : The Right to Participate », dans K. P. Swan et K. E. Swinton, dir., *Studies in Labour Law* (1983), 193).

[86] Parmi les caractéristiques de la liberté de choix des employés dans un tel contexte figurent la capacité de constituer de nouvelles associations et d'y adhérer, celle de changer de représentants, celle d'établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail et celle de dissoudre les associations existantes. Certes, la liberté de choix des employés peut susciter une diversité de structures associatives et une concurrence entre les associations, mais

2015 SCC 1 (CanLII)

maintenance of the confidence of members in them (*PIPSC*, at p. 380, per Cory J., in dissent; P. Davies and M. Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3rd ed. 1983), at p. 200).

[87] Accountability to the members of the association plays an important role in assessing whether employee choice is present to a sufficient degree in any given labour relations scheme. Employees choose representatives on the assumption that *their* voice will be conveyed to the employer by the people *they* choose (A. Bogg and K. Ewing, "A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada" (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 379, at p. 405). A scheme that holds representatives accountable to the employees who chose them ensures that the association works towards the purposes for which the employees joined together. Accountability allows employees to gain control over the selection of the issues that are put forward to the employer, and the agreements concluded on their behalf as a result of the process of collective bargaining.

(b) *Independence From Management*

[88] The function of collective bargaining is not served by a process which is dominated by or under the influence of management. This is why a meaningful process of collective bargaining protects the right of employees to form and join associations that are independent of management (*Delisle*, at paras. 32 and 37). Like choice, independence in the collective bargaining context is not absolute. The degree of independence required by the *Charter* for collective bargaining purposes is one that permits the activities of the association to be aligned with the interests of its members.

[89] Just as with choice, independence from management ensures that the activities of the association reflect the interests of the employees, thus respecting the nature and purpose of the collective bargaining process and allowing it to function properly. Conversely, a lack of independence means that

cette forme d'exercice de la liberté d'association est essentielle à l'existence des associations de travailleurs et au maintien de la confiance des membres à l'égard de ces dernières (*IPFPC*, p. 380, le juge Cory, dissident; P. Davies et M. Freedland, *Kahn-Freund's Labour and the Law* (3e éd. 1983), p. 200).

[87] L'obligation de rendre compte aux membres de l'association joue un rôle important pour apprécier la suffisance de la liberté de choix des employés dans un régime de relations de travail donné. Ces derniers choisissent leurs représentants en tenant pour acquis que *leur* point de vue sera transmis à l'employeur par les gens qu'*ils* ont choisis (A. Bogg et K. Ewing, « A (Muted) Voice at Work? Collective Bargaining in the Supreme Court of Canada » (2012), 33 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 379, p. 405). Tout régime qui oblige les représentants à rendre compte aux employés qui les ont choisis garantit que l'association travaille à l'atteinte des objectifs pour lesquels les employés se sont associés. L'obligation de rendre compte assure aux employés un meilleur contrôle sur le choix des questions soumises à l'attention de l'employeur et sur les ententes conclues en leur nom à l'issue du processus de négociation collective.

b) *Indépendance à l'égard de la direction*

[88] L'objectif de la négociation collective n'est pas atteint si l'employeur domine ou influence le processus qui l'entoure. C'est pourquoi un processus véritable de négociation collective protège le droit des employés de former des associations qui sont indépendantes de la direction, et d'y adhérer (*Delisle*, par. 32 et 37). À l'instar de la liberté de choix, l'indépendance dans le contexte de la négociation collective n'est pas absolue. L'indépendance requise par la *Charte* aux fins de la négociation collective est celle qui fait correspondre les activités de l'association aux intérêts de ses membres.

[89] Tout comme le choix, l'indépendance à l'égard de l'employeur garantit que les activités de l'association reflètent les intérêts des employés, ce qui respecte la nature et l'objet du processus de négociation collective et en assure le bon fonctionnement. À l'inverse, un manque d'indépendance

2015 SCC 1 (CanLII)

employees may not be able to advance their own interests, but are limited to picking and choosing from among the interests management permits them to advance. Relevant considerations in assessing independence include the freedom to amend the association's constitution and rules, the freedom to elect the association's representatives, control over financial administration and control over the activities the association chooses to pursue.

[90] Independence and choice are complementary principles in assessing the constitutional compliance of a labour relations scheme. *Charter* compliance is evaluated based on the *degrees* of independence and choice guaranteed by the labour relations scheme, considered with careful attention to the entire context of the scheme. The degrees of choice and independence afforded should not be considered in isolation, but must be assessed globally always with the goal of determining whether the employees are able to associate for the purposes of meaningfully pursuing collective workplace goals.

[91] We now turn to the practical implications of choice and independence for labour relations models.

(2) Labour Relations Models Must Permit Collective Bargaining to Be Pursued in a Meaningful Way

[92] A variety of labour relations models may provide sufficient employee choice and independence from management to permit meaningful collective bargaining. As discussed, choice and independence are not absolute in the context of collective bargaining. By necessity, a collective framework not only serves employees' interests, but imposes limits on individual entitlements in order to permit the pursuit of collective goals. Collective bargaining is "an exercise in solidarity in which individual interests are not simply aggregated but transformed in the process of democratic deliberation" (J. Fudge, "Introduction: Farm Workers, Collective Bargaining

signifie que les employés ne sont peut-être pas en mesure de faire valoir leurs propres intérêts, mais qu'ils doivent choisir parmi ceux que l'employeur les autorise à défendre. Au nombre des facteurs à considérer dans l'examen de l'indépendance, mentionnons la liberté de modifier l'acte constitutif et les règles de l'association, la liberté de choisir les représentants de celle-ci ainsi que le contrôle sur l'administration financière et sur les activités que l'association décide de mener.

[90] L'indépendance et la liberté de choix forment des règles complémentaires pour déterminer si un régime de relations de travail respecte les exigences de la Constitution. Le respect de la *Charte* s'évalue en fonction des *degrés* d'indépendance et de liberté de choix garantis par le régime de relations de travail, en portant une attention particulière au contexte global du régime. Les degrés de liberté de choix et d'indépendance accordés ne devraient pas être examinés isolément, mais plutôt globalement, toujours dans le but de déterminer si les employés sont en mesure de s'associer en vue de réaliser véritablement des objectifs collectifs relatifs au travail.

[91] Nous examinerons maintenant les conséquences pratiques de la liberté de choix et de l'indépendance sur les modèles de relations de travail.

(2) Les modèles de relations de travail doivent permettre une véritable négociation collective

[92] Divers modèles de relations de travail peuvent offrir aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes à l'égard de l'employeur pour permettre une véritable négociation collective. En effet, comme nous l'avons vu, la liberté de choix et l'indépendance ne sont pas absolues dans le contexte de la négociation collective. Forcément, un cadre collectif sert non seulement les intérêts des employés, mais impose aussi des limites aux droits individuels afin de permettre la poursuite d'objectifs collectifs. La négociation collective demeure [TRADUCTION] « un exercice de solidarité où les intérêts individuels ne sont pas

2015 SCC 1 (CanLII)

Rights, and the Meaning of Constitutional Protection", in F. Faraday, J. Fudge and E. Tucker, eds., *Constitutional Labour Rights in Canada: Farm Workers and the Fraser Case* (2012), 1, at p. 17; see also G. Murray and P. Verge, *La représentation syndicale: visage juridique actuel et futur* (1999), at pp. 2-3; Dorsey, at pp. 195 and 219). As Professor Wellington states: "Accommodating the interests of the dissenter and those of the majority is always difficult. The hallmark of a truly democratic society is its unwillingness to give up easily either majority rule or individual freedom" (*Labor and the Legal Process* (1968), at p. 129).

simplement regroupés, mais transformés au cours d'un processus de délibération démocratique » (J. Fudge, « Introduction : Farm Workers, Collective Bargaining Rights, and the Meaning of Constitutional Protection », dans F. Faraday, J. Fudge et E. Tucker, dir., *Constitutional Labour Rights in Canada : Farm Workers and the Fraser Case* (2012), 1, p. 17; voir aussi G. Murray et P. Verge, *La représentation syndicale : visage juridique actuel et futur* (1999), p. 2-3; Dorsey, p. 195 et 219). Comme le dit le professeur Wellington : [TRADUCTION] « Il est toujours difficile de concilier les intérêts du dissident et ceux de la majorité. La marque d'une société véritablement démocratique tient à son refus de renoncer facilement tant à la règle de la majorité qu'à la liberté individuelle » (*Labor and the Legal Process* (1968), p. 129).

[93] This Court has consistently held that freedom of association does not guarantee a particular model of labour relations (*Delisle*, at para. 33; *Health Services*, at para. 91; *Fraser*, at para. 42). What is required is not a particular model, but a regime that does not substantially interfere with meaningful collective bargaining and thus complies with s. 2(*d*) (*Health Services*, at para. 94; *Fraser*, at para. 40). What is required in turn to permit meaningful collective bargaining varies with the industry culture and workplace in question. As with all s. 2(*d*) inquiries, the required analysis is contextual.

[93] La Cour a constamment affirmé que la liberté d'association n'imposait pas un modèle particulier de relations de travail (*Delisle*, par. 33; *Health Services*, par. 91; *Fraser*, par. 42). Aucun modèle particulier n'est requis; seulement un régime qui n'entrave pas substantiellement la tenue d'une véritable négociation collective et qui respecte donc les exigences de l'al. 2*d*) (*Health Services*, par. 94; *Fraser*, par. 40). En revanche, les conditions nécessaires pour permettre une véritable négociation collective varient en fonction de la culture du secteur d'activité et du milieu de travail en question. Comme pour tous les examens fondés sur l'al. 2*d*), l'analyse requise est contextuelle.

[94] The Wagner Act model of labour relations in force in most private sector and many public sector workplaces offers one example of how the requirements of choice and independence ensure meaningful collective bargaining. That model permits a sufficiently large sector of employees to *choose* to associate themselves with a particular trade union and, if necessary, to decertify a union that fails to serve their needs. The principles of majoritarianism and exclusivity, the mechanism of "bargaining units" and the processes of certification and decertification — all under the supervision of an independent labour relations board — ensure that an employer deals with the association most representative of its employees: G. W. Adams, *Canadian*

[94] La loi Wagner, appliquée dans la grande majorité du secteur privé et dans plusieurs lieux de travail du secteur public, constitue un exemple de la façon dont les exigences de la liberté de choix et de l'indépendance assurent la conduite d'une véritable négociation collective. Ce modèle permet à un secteur d'employés suffisamment important de *choisir* de s'associer à un syndicat en particulier et, au besoin, d'obtenir le retrait d'accréditation d'un agent négociateur qui ne répond pas à leurs besoins. Les principes de la majorité et de l'exclusivité, le mécanisme des « unités de négociation » et les processus d'accréditation et de retrait d'accréditation — le tout sous la supervision d'une commission indépendante des relations de travail

2015 SCC 1 (CanLII)

Labour Law (2nd ed. (loose-leaf)), at paras. 2.3800 to 2.4030; D. D. Carter et al., *Labour Law in Canada* (5th ed. 2002), at pp. 286-87; P. Verge, G. Trudeau and G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), at pp. 41-42.

[95] The Wagner Act model, however, is not the only model capable of accommodating choice and independence in a way that ensures meaningful collective bargaining. The designated bargaining model (see, e.g., *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, S.O. 2014, c. 5) offers another example of a model that may be acceptable. Although the employees' bargaining agent under such a model is designated rather than chosen by the employees, the employees appear to retain sufficient choice over workplace goals and sufficient independence from management to ensure meaningful collective bargaining. This is but one example; other collective bargaining regimes may be similarly capable of preserving an acceptable measure of employee choice and independence to ensure meaningful collective bargaining.

[96] Labour schemes are responsive to the interests of the parties involved and the particular workplace context. Different models have emerged to meet the specific needs of diverse industries and workplaces. The result has been ongoing debate on the desirability of various forms of workplace representation and cooperation and on their coexistence: D. J. Doorey, "Graduated Freedom of Association: Worker Voice Beyond the Wagner Model" (2013), 38 *Queen's L.J.* 511; B. W. Burkett, "The Future of the *Wagner Act*: A Canadian-American Comparison" (2013), 38 *Queen's L.J.* 363; D. Taras, "Reconciling Differences Differently: Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance" (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167; Adams, at paras. 1.290 to 1.340.

— garantissent que l'employeur négocie avec l'association la plus représentative des travailleurs qui en sont membres (G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), par. 2.3800 à 2.4030; D. D. Carter et autres, *Labour Law in Canada* (5e éd. 2002), p. 286-287; P. Verge, G. Trudeau et G. Vallée, *Le droit du travail par ses sources* (2006), p. 41-42).

[95] La loi Wagner n'est cependant pas le seul modèle capable de concilier la liberté de choix et l'indépendance d'une façon qui permette une véritable négociation collective. Le modèle faisant appel à un agent négociateur désigné (voir, par ex., la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires*, L.O. 2014, c. 5) offre un autre exemple de régime qui pourrait être acceptable. Bien que, suivant ce modèle, l'agent négociateur représentant les employés soit désigné plutôt que choisi par les employés, ces derniers semblent conserver la liberté de choisir les objectifs relatifs à leurs conditions de travail et une indépendance à l'égard de l'employeur qui suffisent à assurer la tenue d'une véritable négociation collective. Ce n'est qu'un exemple; d'autres régimes de négociation collective peuvent aussi assurer à l'employé un degré acceptable de liberté de choix et d'indépendance qui permet une véritable négociation collective.

[96] Les divers régimes de relations du travail tiennent compte des intérêts des parties concernées et du contexte particulier du milieu de travail en cause. On a d'ailleurs vu apparaître différents modèles destinés à répondre aux besoins particuliers des divers secteurs et milieux de travail, d'où le débat actuel sur l'opportunité de différentes formes de représentation et de collaboration en milieu de travail et sur leur coexistence (D. J. Doorey, « Graduated Freedom of Association : Worker Voice Beyond the Wagner Model » (2013), 38 *Queen's L.J.* 511; B. W. Burkett, « The Future of the *Wagner Act* : A Canadian-American Comparison » (2013), 38 *Queen's L.J.* 363; D. Taras, « Reconciling Differences Differently : Employee Voice in Public Policymaking and Workplace Governance » (2007), 28 *Comp. Lab. L. & Pol'y J.* 167; Adams, par. 1.290 à 1.340).

2015 SCC 1 (CanLII)

[97] The search is not for an "ideal" model of collective bargaining, but rather for a model which provides sufficient employee choice and independence to permit the formulation and pursuit of employee interests in the particular workplace context at issue. Choice and independence do not *require* adversarial labour relations; nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways. This said, genuine collective bargaining cannot be based on the suppression of employees' interests, where these diverge from those of their employer, in the name of a "non-adversarial" process. Whatever the model, the *Charter* does not permit choice and independence to be eroded such that there is substantial interference with a meaningful process of collective bargaining. Designation of collective bargaining agents and determination of collective bargaining frameworks would therefore not breach s. 2(*d*) where the structures that are put in place are free from employer interference, remain under the control of employees and provide employees with sufficient choice over the workplace goals they wish to advance.

[98] The respondent argues that this view of s. 2(*d*) would require an employer, even a government employer, to recognize and bargain with every association chosen by employees, whatever the size. In our view, this result does not follow. Freedom of association requires, among other things, that no government process can substantially interfere with the autonomy of employees in creating or joining associations of their own choosing, even if in so doing they displace an existing association. It also requires that the employer consider employees' representations in good faith, and engage in meaningful discussion with them. But s. 2(*d*) does not require a process whereby *every* association will ultimately *gain* the recognition it seeks (see M. Coutu et al., *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2nd ed. 2013), vol. 1, *Le régime général*, at para. 98). As we said, s. 2(*d*) can also accommodate a model based on majoritarianism and exclusivity (such as the Wagner Act model) that imposes

[97] Il ne s'agit pas de trouver le régime « idéal » de négociation collective, mais plutôt un modèle qui offre à l'employé une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour exprimer et défendre ses intérêts dans le contexte particulier du milieu de travail en cause. La liberté de choix et l'indépendance n'*exigent* pas des relations de travail de nature contradictoire; rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration. Cela dit, une véritable négociation collective ne saurait être fondée sur la négation des intérêts des employés, lorsqu'ils divergent de ceux de l'employeur, au nom d'un processus « non contradictoire ». Sans égard au modèle, la *Charte* n'autorise pas que la liberté de choix et l'indépendance soient affaiblies jusqu'au point où apparaît une entrave substantielle à l'existence d'un processus véritable de négociation collective. La désignation d'agents négociateurs et l'établissement d'un cadre de négociation collective ne porteraient donc pas atteinte à l'al. 2*d*) si la structure qui est créée reste à l'abri de l'ingérence de l'employeur, demeure sous le contrôle des employés et offre à ces derniers une liberté de choix suffisante quant aux objectifs qu'ils entendent poursuivre au sujet de leurs conditions de travail.

[98] L'intimé soutient que cette façon d'interpréter l'al. 2*d*) imposerait à l'employeur, même au gouvernement employeur, l'obligation de reconnaître chaque association choisie par les employés, quelle que soit sa taille, et de négocier avec elle. À notre avis, ce n'est pas le cas. La liberté d'association suppose, entre autres choses, qu'aucun processus gouvernemental ne puisse entraver substantiellement la liberté des employés de créer une association ou d'adhérer à une association de leur choix, même si, de ce fait, ils écartent une association existante. Elle suppose également que l'employeur examine les observations des employés de bonne foi et qu'il s'engage avec ces derniers dans une véritable discussion. L'alinéa 2*d*) n'impose cependant pas un processus où *chaque* association finira par *obtenir* la reconnaissance qu'elle cherche (voir M. Coutu et autres, *Droit des rapports collectifs du travail au Québec* (2e éd. 2013), vol. 1, *Le régime général*, par. 98). Comme

2015 SCC 1 (CanLII)

restrictions on individual rights to pursue collective goals.

[99] In summary, a meaningful process of collective bargaining is a process that gives employees meaningful input into the selection of their collective goals, and a degree of independence from management sufficient to allow members to control the activities of the association, having regard to the industry and workplace in question. A labour relations scheme that complies with these requirements and thus allows collective bargaining to be pursued in a meaningful way satisfies s. 2(*d*).

[100] Before turning to the application of these principles to the constitutional questions raised in this case, we address Rothstein J.'s dissenting reasons. In Rothstein J.'s view, "[t]he essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness: the voice that speaks on behalf of employees must represent their interests and be ultimately accountable to them. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(*d*) rights are protected in the collective bargaining context, nothing more" (para. 172).

[101] So stated, the notions of choice and independence, on the one hand, and representativeness, on the other, overlap considerably. However, we consider choice and independence best suited for the constitutional analysis at issue. If employees cannot choose the voice that speaks on their behalf, that voice is unlikely to speak up for their interests. It is precisely employee choice of representative that guarantees a representative voice. Similarly, if employees must "have confidence in their spokespersons" (Rothstein J.'s reasons, at para. 219), the way to ensure such confidence is through a sufficient degree of employee choice in the selection of representatives.

nous l'avons dit, il peut aussi être satisfait à l'al. 2*d*) en présence d'un modèle reposant sur la majorité et l'exclusivité (tel que le modèle fondé sur la loi Wagner) qui impose des restrictions aux droits des individus afin de réaliser des objectifs communs.

[99] En résumé, un processus véritable de négociation collective donne aux employés l'occasion de véritablement participer au choix de leurs objectifs collectifs et leur assure une indépendance suffisante par rapport à la direction pour qu'ils puissent contrôler les activités de l'association, eu égard au secteur d'activités et au milieu de travail en cause. Tout régime de relations de travail qui satisfait à ces conditions et qui permet donc la tenue d'une véritable négociation collective satisfait à l'al. 2*d*).

[100] Avant de passer à l'application de ces principes aux questions constitutionnelles soulevées en l'espèce, examinons les motifs dissidents du juge Rothstein. À son avis, « [l]a caractéristique essentielle d'un régime de relations de travail qui permet aux employés d'exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité : le porte-parole des employés doit défendre leurs intérêts et, ultimement, leur rendre des comptes. La représentativité est l'impératif constitutionnel auquel il faut satisfaire, sans plus, pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2*d*) sont protégés dans le contexte de la négociation collective » (par. 172).

[101] Exprimées ainsi, les notions de liberté de choix et d'indépendance, d'une part, et celle de représentativité, d'autre part, se chevauchent considérablement. La liberté de choix et l'indépendance sont toutefois celles qui, à notre avis, se prêtent le mieux à l'analyse constitutionnelle nécessaire en l'espèce. Si les employés ne peuvent choisir leur porte-parole, il est peu probable que celui-ci défende leurs intérêts. Or c'est précisément la liberté de se choisir un représentant qui garantit aux employés la possibilité de se faire entendre. De même, si les employés doivent « avoir confiance en leurs porte-parole » (motifs du juge Rothstein, par. 219), le moyen d'assurer cette confiance consiste à leur accorder une liberté de choix suffisante dans la sélection de leurs représentants.

2015 SCC 1 (CanLII)

[102] Justice Rothstein argues that "the touchstone is representativeness" (para. 195). He acknowledges, however, that employees must be able to hold their representatives "to account" (paras. 193 and 222). Yet employees will be unable to hold representatives accountable if those employees lack sufficient choice in selecting their representatives or if their representatives are dependent on management (for instance, in determining the acceptable subject matter of employee grievances, or the relative priority of employee concerns).

[103] Representativeness and accountability rest on choice and independence. We conclude that the latter two principles are the most appropriate in assessing s. 2(*d*) compliance in the context of labour relations. That said, these principles are tools in an analysis that must in each case determine whether the right to the meaningful pursuit of collective workplace goals is respected. In our view, the disagreement between majority and Rothstein J. on the terminology of "choice and independence" versus "representativeness" is more semantic than real. The real difference lies in how the concepts are understood and applied.

[104] Against this background, we therefore turn to the constitutional questions raised in the case at bar, that is whether the imposition of the SRRP and the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* violate s. 2(*d*) of the *Charter*, and if so, whether the violation is a reasonable limit prescribed by law, which can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*.

E. *Whether the Imposition of the SRRP Infringes Section 2(d) of the Charter*

[105] This is not a case of a complete denial of the constitutional right to associate and of its related constitutional guarantees. It is rather a case of substantial interference with the right to associate for the purpose of addressing workplace goals through

[102] Le juge Rothstein soutient que « la pierre angulaire, c'est la représentativité » (par. 195). Il reconnaît toutefois que les employés doivent pouvoir demander à leurs représentants de leur « rendre des comptes » (par. 193 et 222). Or, ces derniers ne seront pas en mesure de le faire s'ils ne disposent pas d'une liberté de choix suffisante dans la sélection de ceux-ci ou si ces représentants dépendent de la direction (par exemple, pour déterminer l'objet acceptable des griefs des employés, ou la priorité relative des préoccupations des employés).

[103] La représentativité et l'obligation de rendre compte reposent sur la liberté de choix et l'indépendance. À notre avis, ces deux derniers principes sont ceux qui se prêtent le mieux à l'analyse de la conformité constitutionnelle d'un modèle à l'al. 2*d*) dans le contexte des relations de travail. Cela dit, ces principes servent d'outils dans une analyse qui doit, dans chaque cas, permettre de déterminer si l'on respecte le droit à un processus véritable de recherche d'objectifs collectifs relatifs au travail. À notre avis, le désaccord entre la majorité et le juge Rothstein au sujet des termes « liberté de choix et indépendance » et « représentativité » demeure davantage sémantique que réel. Le point de divergence véritable porte plutôt sur la façon dont les concepts sont interprétés et appliqués.

[104] Nous examinerons donc, sur cette toile de fond, les questions constitutionnelles soulevées en l'espèce, soit celles de savoir si l'imposition du PRRF et l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle violent l'al. 2*d*) de la *Charte* et, le cas échéant, si cette violation constitue une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique suivant l'article premier de la *Charte*.

E. *L'imposition du PRRF viole-t-elle l'al. 2d) de la Charte?*

[105] En l'espèce, on ne se trouve pas devant un cas de négation complète du droit constitutionnel de s'associer et des garanties constitutionnelles qui y sont connexes. Il s'agit plutôt d'un cas d'entrave substantielle au droit de s'associer en vue de réaliser

2015 SCC 1 (CanLII)

a meaningful process of collective bargaining, free from employer control, as understood by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*. We conclude that the flaws in the SRRP process do not permit meaningful collective bargaining, and are inconsistent with s. 2(*d*). The SRRP process fails to respect RCMP members' freedom of association in both its purpose and its effects.

[106] Section 96 of the *RCMP Regulations* imposed the SRRP on RCMP members as the sole means of presenting their concerns to management. Section 56 of the current-day *RCMP Regulations, 2014* continues to impose the SRRP under nearly identical terms. RCMP members are represented by an organization they did not choose and do not control. They must work within a structure that lacks independence from management. Indeed, this structure and process are part of the management organization of the RCMP. The process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining, and leaves members in a disadvantaged, vulnerable position.

(1) The Purpose of the Imposition of the SRRP Infringes Section 2(*d*)

[107] We earlier described the history of RCMP labour relations. This history evidences a long-standing hostility on the part of RCMP management and successive Canadian governments to unionization in the Force. In the early 20th century, the federal government deployed one of the RCMP's predecessor bodies — the Royal Northwest Mounted Police — to confront labour unrest, most famously in breaking the Winnipeg General Strike of 1919. At a time when municipal police forces in Canada were beginning to unionize, the Canadian government issued Order in Council P.C. 1918-2213, which prohibited members of the Dominion Police and the Royal Northwest Mounted Police from becoming "a member of or in any wise associated with any Trades Union Organization . . . or with any Union, Society

des objectifs relatifs au travail au moyen d'un processus véritable de négociation collective, à l'abri du contrôle de l'employeur, comme l'entendait le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*. Selon nous, les lacunes relevées dans le PRRF empêchent la tenue de véritables négociations collectives et violent l'al. 2*d*). Le PRRF contrevient donc à la liberté d'association des membres de la GRC tant par son objet que par ses effets.

[106] En effet, l'art. 96 du *Règlement de la GRC* imposait aux membres de la GRC le PRRF comme seul moyen de faire valoir leurs préoccupations à la direction. L'article 56 du *Règlement de la GRC (2014)*, actuellement en vigueur, continue à imposer le PRRF à des conditions pratiquement identiques. Les membres de la GRC se trouvent représentés par un organisme qu'ils n'ont pas choisi et qu'ils ne contrôlent pas. Ils sont tributaires d'une structure dépourvue d'indépendance à l'égard de la direction. De fait, cette structure et ce programme relèvent de l'organisme de gestion de la GRC. Les employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le programme n'établit pas, entre eux et l'employeur, l'équilibre essentiel à la tenue d'une véritable négociation collective.

(1) L'objet de l'imposition du PRRF viole l'al. 2*d*)

[107] Nous avons décrit précédemment l'historique des relations de travail à la GRC. Celui-ci recèle une attitude d'hostilité envers la syndicalisation au sein de la Gendarmerie tant de la part de la direction de la GRC que des gouvernements qui se sont succédé, et ce, depuis longtemps. Au début du 20e siècle, le gouvernement fédéral a demandé à un des organismes qui ont précédé la GRC — la Police à cheval du Nord-Ouest (« P.C.N.-O. ») — d'intervenir dans des conflits de travail, notamment pour briser la grève générale de Winnipeg de 1919. À l'époque où les services de police municipaux au Canada commençaient à se syndiquer, le gouvernement canadien a pris le décret C.P. 1918-2213, qui interdisait aux membres de la Police fédérale et de la P.C.N.-O. [TRADUCTION] « d'adhérer ou de

2015 SCC 1 (CanLII)

or Association . . . connected or affiliated therewith" on penalty of immediate dismissal.

[108] This stance was softened in the early 1970s, with the repeal of P.C. 1918-2213 (P.C. 1974-1339), but the federal government continued to resist the formation of independent RCMP members' associations. The DSRRP, precursor to the present SRRP, was openly presented as an alternative to unionization. The year it was created, RCMP Commissioner Nadon commissioned a report on the effects of police associations and the advantages and disadvantages of implementing such an association in the RCMP: J. P. Middleton, *A Study Report on Police Associations* (1974). The Middleton report was largely supportive of the formation of an RCMP members' association or union. In circulating the report, however, Commissioner Nadon included a brief foreword, in which he stated:

> At the outset I wish to make the Force's position very clear; the Force is opposed to the formation of an association or union of members and this position has been made known to our Minister. [p. i]

[109] Section 3(2) of the *Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*, which formed the legal basis of the DSRRP from 1974 to 2003, prohibited DSRRs from promoting "*alternate* programs in conflict with the non-union status of the Division Staff Relations Representative Program".

[110] Even before this Court, the Attorney General of Canada does not contend that the current-day SRRP provides RCMP members with an independent association. Indeed, the Attorney General appears to concede that the SRRP continues to be imposed on members of the RCMP for the purpose of preventing collective bargaining through an independent association. Its position is rather that s. 2(*d*)

s'associer de quelque façon à une organisation syndicale [. . .] ou à un syndicat, à une société ou à une association qui y est lié ou affilié » sous peine de congédiement immédiat.

[108] Cette position s'est assouplie au début des années 1970, avec l'abrogation du décret C.P. 1918-2213 (C.P. 1974-1339), mais le gouvernement fédéral a continué de s'opposer à la constitution d'associations indépendantes par les membres de la GRC. Le PRDRF, précurseur du PRRF actuel, a été ouvertement présenté comme une solution de rechange à la syndicalisation. Au cours de l'année où ce programme a été créé, le commissaire Nadon de la GRC a commandé un rapport sur les effets des associations de policiers et sur les avantages et les désavantages de créer une telle association au sein de la GRC (J. P. Middleton, *Rapport d'étude sur les associations policières* (1974)). Le rapport Middleton appuyait largement la formation d'une association ou d'un syndicat des membres de la GRC. Toutefois, lorsqu'il a diffusé le rapport, le commissaire Nadon a inclus un bref avant-propos débutant comme suit :

> Précisons d'abord la position de la Gendarmerie : comme elle l'a fait savoir à son ministre, elle s'oppose à la formation d'une association ou d'un syndicat et ce, pour bien des raisons. [p. i]

[109] Le paragraphe 3(2) des *Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)* — qui ont constitué le fondement juridique du PRDRF de 1974 à 2003 — interdisait aux RDRF de contribuer « à d'*autres* programmes qui sont en opposition avec le caractère non syndicaliste du Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles ».

[110] Même devant la Cour, le procureur général du Canada n'affirme pas que le PRRF actuel permette aux membres de la GRC de constituer une association indépendante. En fait, il semble que le procureur général admette que le PRRF continue d'être imposé aux membres de la GRC afin d'empêcher la négociation collective au moyen d'une association indépendante. Il plaide plutôt

2015 SCC 1 (CanLII)

does not guarantee RCMP members a right to form and bargain through an association of their own choosing. We have rejected this view. Accordingly, it follows that the purpose of the imposition of the SRRP, to prevent the formation of independent RCMP members' associations for the purposes of collective bargaining, is unconstitutional.

(2) The Effects of the Imposition of the SRRP Infringe Section 2(*d*)

[111] While it would be sufficient to find a violation of s. 2(*d*) solely on the basis of the purposes of the imposition of the SRRP as a labour relations regime (*Big M Drug Mart*), we also find that imposing this regime infringes s. 2(*d*) in its effects. Our inquiry here is directed at whether RCMP members can genuinely advance their own interests through the SRRP, without interference by RCMP management. We are satisfied, on the record before us, that they cannot.

[112] The organizational structure of the SRRP has evolved significantly since its predecessor was first established in 1974. These changes are detailed above. While these changes have expanded the SRRs' freedom to direct the program, they nonetheless fall short of respecting RCMP members' right to join associations that are of their choosing and independent of management, to advance their interests.

[113] At the level of institutional structure, the SRRP is plainly not independent of RCMP management. Rather, it is squarely under its control. It is a part of the labour-management structure of the RCMP. In 1989, the Government of Canada formalized the SRRP (then known as the DSRRP) by adding s. 96 to the *RCMP Regulations*: SOR/89-581. The Regulatory Impact Analysis Statement that accompanied the amendment to the *RCMP Regulations* expressly stated that the DSRRP was "co-ordinated and monitored at R.C.M.P. Headquarters" and "subject to biannual reviews at R.C.M.P. Divisions

que l'al. 2*d*) ne garantit pas aux membres de la GRC le droit de former des associations et de négocier par l'entremise d'une association qu'ils ont choisie. Nous avons rejeté ce point de vue. En conséquence, l'objet de l'imposition du PRRF, soit d'empêcher les membres de la GRC de former des associations indépendantes en vue de négocier collectivement, est inconstitutionnel.

(2) Les effets de l'imposition du PRRF violent l'al. 2*d*)

[111] Bien qu'il soit suffisant de conclure à une violation de l'al. 2*d*) sur le seul fondement des objets de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail (*Big M Drug Mart*), nous décidons également que l'imposition de ce régime viole l'al. 2*d*) en raison de ses effets. Nous examinerons maintenant si les membres de la GRC peuvent faire véritablement valoir leurs propres intérêts, au moyen du PRRF, sans ingérence de la direction de la GRC. Le dossier dont nous sommes saisis démontre que tel n'est pas le cas.

[112] Certes, la structure organisationnelle du PRRF a beaucoup évolué depuis la création en 1974 du programme qui l'a précédé. Les changements en question ont été exposés en détail précédemment. Bien qu'ils aient permis d'élargir le pouvoir des RRF quant à la gestion du programme, ils ne respectent cependant pas le droit des membres de la GRC d'adhérer à l'association de leur choix et, indépendamment de la direction, de faire valoir leurs intérêts.

[113] Au niveau de la structure institutionnelle, le PRRF n'est manifestement pas indépendant de la direction de la GRC. Au contraire, il se trouve carrément sous le contrôle de cette dernière. Le programme appartient à la structure de la GRC relative aux relations entre les employés et l'employeur. En 1989, le gouvernement du Canada a officialisé le PRRF (alors appelé le PRDRF) en ajoutant l'art. 96 au *Règlement de la GRC* (DORS/89-581). Le Résumé de l'étude d'impact de la réglementation qui accompagnait la modification apportée énonçait expressément que le PRDRF était « coordonné et

2015 SCC 1 (CanLII)

with reports to the Commissioner from the Internal Communications Officer". Although not determinative nor exhaustive of a regulation's purpose or interpretation, regulatory impact analysis statements are a useful tool to understand how regulations are intended to work: see *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at para. 33; *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at pp. 352-53.

[114] The lack of independence of the current-day SRRP is further emphasized by the 2007 Brown Report: *Rebuilding the Trust: Report of the Task Force on Governance and Cultural Change in the RCMP* (2007). In June 2007, an independent investigator raised issues regarding the RCMP's handling of reports of mismanagement or irregularities in the administration of the RCMP's pension and insurance plans in a report that was submitted to the Minister of Public Safety and the President of the Treasury Board: *A Matter of Trust: Report of the Independent Investigator into Matters Relating to RCMP Pension and Insurance Plans* (2007). The investigator recommended that the Government of Canada establish a task force to examine issues pertaining to the RCMP's governance and culture. This led to the Brown Report. While the Task Force did not focus exclusively on labour relations at the RCMP, it did consider comments from members and employees about the SRRP.

[115] In the Brown Report, the Task Force reported the comments of some officers who said they were not sure what happens to their concerns after they give them to SRRs: ". . . it is not clear whether they have been passed on by the SRRs at all, or whether management has decided not to act on them" (Brown Report, at p. 33). The Task Force also noted that the SRRs had become "part of the chain of command of the RCMP organization" (*ibid.*), specifically that the presence of SRRs as

contrôlé à la Direction générale de la GRC » et qu'il faisait « également l'objet de révisions semestrielles dans les divisions de la Gendarmerie et [que] des rapports [étaient] présentés au Commissaire par l'agent des Communications internes ». Bien qu'il ne soit pas déterminant ni exhaustif quant à l'objet ou à l'interprétation du règlement, l'analyse de l'étude d'impact de la réglementation représente un moyen utile pour comprendre son application (voir *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, par. 33; *RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, p. 352-353).

[114] En outre, le rapport Brown de 2007, *Rétablir la confiance : Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance et le changement culturel à la GRC* (2007), a souligné l'absence d'indépendance du PRRF. En juin de cette année-là, un enquêteur indépendant s'est interrogé sur la façon dont la GRC traitait les rapports sur la mauvaise gestion ou les irrégularités relevées dans l'administration des régimes de retraite et d'assurances de la GRC dans un rapport transmis au ministre de la Sécurité publique et au président du Conseil du Trésor : *Une question de confiance : Rapport de l'enquêteur indépendant sur les allégations concernant les régimes de retraite et d'assurances de la GRC* (2007). L'enquêteur recommandait que le gouvernement du Canada constitue un groupe de travail chargé d'examiner les enjeux relatifs à la gouvernance et à la culture de la GRC. Cette recommandation a mené au rapport Brown. Bien qu'il ne se soit pas exclusivement intéressé aux relations de travail au sein de la GRC, le Groupe de travail a examiné les commentaires de membres et d'employés au sujet du PRRF.

[115] Dans le rapport Brown, le Groupe de travail a rapporté les propos de certains officiers qui affirmaient ne pas savoir avec certitude ce qu'il advenait de leurs observations après leur transmission aux RRF : « . . . on ne sait pas si les RRF les transmettent à la direction ou si la direction a décidé de ne pas y donner suite » (rapport Brown, p. 34). Le Groupe de travail a également noté que les RRF faisaient « partie intégrante de la chaîne de commandement de la GRC » (*ibid.*) et plus précisément que la présence

2015 SCC 1 (CanLII)

observers at meetings of the Senior Executive Committee, composed of the Commissioner and Deputy Commissioners, gave the impression of their concurrence with the decisions of RCMP management. The authors of the report expressed the view that "more distance from management [was] appropriate" (*ibid.*). They ultimately recommended that the SRRs "focus entirely on labour relations and thus be independent from management" (p. 34).

[116] We note the following additional areas of concern. First, pursuant to the Agreement between the Commissioner and the NEC of the SRRP, significant aspects of the program structure are determined by RCMP management, including the number of SRRs and the program budget. Members of the SRRP are prohibited from communicating with anyone outside the RCMP concerning RCMP programs and activities without permission of the Commissioner. An exception relating to conditions of work and employment exists, but the conditions for its exercise are narrowly restricted and obviously slanted toward management. The NEC must submit an annual report to management on its activities. The operation of the SRRP is to be regularly reviewed jointly by the SRRP and RCMP management, and the consent of both the SRRP and management is required to amend the program.

[117] Second, the SRRP deliberately restricts members' freedom to advocate for the ability to be represented by an independent association. As a matter of policy and practice, RCMP members who are active in such associations are excluded from full participation in the SRRP, and SRRs are prohibited from promoting alternative modes of representation for RCMP members. Yet members have no option outside of the SRRP to meet with management to promote their interests in other forms of representation.

[118] Simply put, in our view, the SRRP is not an association in any meaningful sense, nor a form of exercise of the right to freedom of association. It is simply an internal human relations scheme imposed

des RRF à titre d'observateurs lors des réunions de l'État-major supérieur — composé du commissaire et des sous-commissaires — donnait l'impression que ceux-ci souscrivaient aux décisions prises par la direction de la GRC. Selon les auteurs du rapport, « il conviendrait de se distancier de la direction » (*ibid.*). Enfin, ces derniers ont recommandé que les RRF soient tenus de « se concentrer entièrement sur les relations de travail et [qu'ils soient] ainsi indépendants de la haute direction » (p. 35).

[116] Nous notons aussi d'autres problèmes tout aussi préoccupants. Premièrement, conformément à l'entente conclue entre le commissaire et le CEN du PRRF, certains aspects importants de la structure du programme sont déterminés par la direction de la GRC, notamment le nombre de RRF et le budget du programme. Ainsi, il est interdit aux membres du PRRF de communiquer avec quiconque à l'extérieur de la GRC au sujet des programmes et des activités de la GRC sans l'autorisation du commissaire. Une exception visant les conditions de travail et d'emploi existe bien, mais son application est étroitement limitée et favorise de toute évidence l'opinion de la direction. De plus, le CEN doit présenter à la direction un rapport annuel sur ses activités, l'application du PRRF doit être examinée régulièrement par le PRRF et la direction de la GRC et le consentement du PRRF et de la direction est requis pour modifier le programme.

[117] Deuxièmement, le PRRF restreint délibérément la liberté des membres de défendre leur droit d'être représentés par une association indépendante. Selon les politiques et les pratiques établies, les membres de la GRC qui font partie d'une telle association sont exclus d'une pleine participation au PRRF, et il est interdit aux RRF de promouvoir d'autres modes de représentation des membres de la GRC. Ainsi, les membres n'ont aucune autre option que le PRRF pour rencontrer la direction, afin de défendre leur droit à d'autres formes de représentation.

[118] Autrement dit, nous estimons que le PRRF ne constitue pas une association au vrai sens du terme ni un exercice du droit à la liberté d'association. Il s'agit simplement d'un régime interne de

2015 SCC 1 (CanLII)

on RCMP members by management. Accordingly, the element of employee choice is almost entirely missing under the present scheme.

[119] While the Attorney General of Canada observes that adoption of the SRRP was endorsed by members in all divisions outside Quebec in a referendum in 1974, we do not consider this fact determinative, for two reasons. First, the referendum in question evidently offered the SRRP a "take it or leave it" proposition. It does not reflect whether members would have preferred representation through an independent association. Second, the referendum took place 40 years ago. Today, there is no opportunity for RCMP members to indicate their support for an alternative form of association. Members have no ability to opt out of participation in the SRRP, and there is no other means for them to communicate their workplace concerns to management. As we have seen, the structure has no independence from management; it is but a part of management itself.

[120] These constitutional defects in the SRRP are not cured by the election of SRRs. On this point we agree with the conclusion of the application judge, that "agreeing to populate a structure created by management for the purpose of labour relations cannot reasonably be construed as a choice not to conduct labour relations through an association of the members' own making" (para. 63).

[121] In conclusion, s. 96 of the *RCMP Regulations*, which imposed the SRRP as the sole recognized vehicle for engagement between RCMP membership and senior management, constituted a substantial interference with freedom of association in both its purpose and effects. Before considering whether that infringement could be justified under s. 1 of the *Charter*, we consider the related challenge to para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA*.

relations humaines imposé aux membres de la GRC par la direction de celle-ci. La liberté de choix de l'employé devient donc pratiquement inexistante dans le cadre du présent régime.

[119] Même si le procureur général du Canada plaide que l'adoption du PRRF a été approuvée par les membres de toutes les divisions hors du Québec lors d'un référendum tenu en 1974, ce fait n'a pas de portée déterminante, et ce, pour deux raisons. D'abord, le référendum en question ne donnait pas, de toute évidence, d'autre choix que d'accepter le PRRF ou de le refuser. Il ne permettait pas de déterminer si les membres auraient préféré être représentés par une association indépendante. Ensuite, le référendum a été tenu il y a 40 ans. Or, aujourd'hui, les membres de la GRC n'ont pas la possibilité d'exprimer leur appui à une autre forme d'association. En outre, les membres ne peuvent pas se retirer du PRRF et ils ne disposent d'aucun autre moyen de communiquer à la direction leurs préoccupations relatives au travail. Comme nous l'avons constaté, la structure en question n'est donc pas indépendante de la direction; elle forme plutôt une partie de cette dernière.

[120] L'élection des RRF ne remédie pas aux vices constitutionnels du PRRF. Sur ce point, nous sommes d'accord avec le juge saisi de la demande pour affirmer qu'il [TRADUCTION] « ne serait pas raisonnable d'interpréter l'acceptation d'une structure créée par la direction aux fins des relations de travail comme une décision de ne pas négocier des relations de travail par l'entremise d'une association constituée par les membres » (par. 63).

[121] En conclusion, l'art. 96 du *Règlement de la GRC*, qui imposait le PRRF comme moyen unique de discussion entre les membres de la GRC et la haute direction, portait substantiellement atteinte à la liberté d'association tant par son objet que par ses effets. Avant d'examiner si cette atteinte pourrait être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, nous nous pencherons sur la contestation connexe de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle.

2015 SCC 1 (CanLII)

F. *Whether Paragraph (d) of the Definition of "Employee" in Section 2(1) of the PSLRA Infringes Section 2(d) of the Charter*

[122] The appellants challenge the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* and ask that para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of that Act be struck down. Most employees in federally regulated workplaces are governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1985, c. L-2 ("*CLC*"), but the collective bargaining regime established by Part I of the *CLC* is inapplicable to employees of the Crown, with limited exceptions: s. 6.

[123] For employees in the federal public service, the *PSLRA* provides the general framework through which they can join and participate in employee associations; these associations can be certified as bargaining agents, and good faith collective bargaining can occur. The *PSLRA* provides for mediation, conciliation and arbitration when problems arise during collective bargaining and provides remedies for unfair labour practices. While being significantly different from private-sector labour relations models in many ways, the *PSLRA* and its predecessor, the *PSSRA*, are generally referred to as a Wagner Act model of labour relations (C. Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (2007), at pp. 19-20).

[124] Paragraph (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* excludes RCMP members from the application of the *PSLRA*. This Court in *Delisle* held that the exclusion of the RCMP from the *PSSRA*, the *PSLRA*'s predecessor legislation, did not violate s. 2(*d*) of the *Charter*. This raises a threshold question: Should the Court's decision in *Delisle* be reconsidered? In our view, it should, for two reasons.

[125] First, *Delisle* was decided before this Court's decisions in *Health Services* and *Fraser*,

F. *L'alinéa d) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la LRTFP actuelle viole-t-il l'al. 2d) de la Charte?*

[122] Les appelantes contestent l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* actuelle et demandent l'invalidation de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de cette loi. La plupart des employés assujettis à la législation fédérale sont régis par le *Code canadien du travail*, L.R.C. 1985, c. L-2 (« Code »), mais le régime de négociation collective établi à la partie I du Code ne s'applique pas aux employés de la Couronne, à quelques exceptions près (art. 6).

[123] La *LRTFP* actuelle établit, à l'intention des employés de la fonction publique fédérale, un cadre général à l'intérieur duquel ces derniers peuvent adhérer à des organisations syndicales et participer à leurs activités. Ces organisations peuvent être accréditées comme agents négociateurs et mener des négociations collectives de bonne foi. Cette loi prévoit de plus la possibilité de recourir à la médiation, à la conciliation et à l'arbitrage si des problèmes surviennent au cours des négociations collectives, de même que des recours en cas de pratiques déloyales. Bien qu'elles établissent des régimes très différents à bien des égards des modèles de relations du travail du secteur privé, les deux versions successives de la *LRTFP* ont mis en œuvre des régimes généralement reconnus comme des modèles de relations de travail fondés sur la loi Wagner (C. Rootham, *Labour and Employment Law in the Federal Public Service* (2007), p. 19-20).

[124] L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle exclut les membres de la GRC du régime établi par cette loi. Dans l'arrêt *Delisle*, la Cour a jugé que l'exclusion de cet organisme du régime de la première *LRTFP* ne violait pas l'al. 2*d*) de la *Charte*. Une question préliminaire se pose donc : la Cour devrait-elle réexaminer la décision rendue dans *Delisle*? À notre avis, elle le devrait, et ce, pour deux raisons.

[125] Premièrement, l'arrêt *Delisle* a été rendu avant les arrêts *Health Services* et *Fraser*, qui ont

2015 SCC 1 (CanLII)

which marked a shift to a purposive and generous approach to labour relations. At the time *Delisle* was decided, the right to a meaningful process of collective bargaining was not recognized as part of the s. 2(*d*) *Charter* guarantee. All three sets of reasons in *Delisle* make clear that the Court in that case was *not* addressing the issue of whether the purpose of the *PSSRA* exclusion was to prevent RCMP members from engaging in collective bargaining: para. 5, per L'Heureux-Dubé J.; para. 20, per Bastarache J.; paras. 51, 88 and 107, per Cory and Iacobucci JJ. As formulated by Bastarache J., writing for the majority, the question in *Delisle* was whether the purpose of the exclusion "was to prevent RCMP members from forming any type of independent association": para. 20. The question of an interference with the right to a meaningful process of collective bargaining was neither asked nor answered in *Delisle*.

marqué un changement d'orientation vers des interprétations téléologiques et généreuses dans le contexte des relations de travail. À ce moment-là, il n'avait pas été reconnu que le droit à un processus véritable de négociation collective était visé par la garantie prévue à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Les trois séries de motifs dans *Delisle* énoncent par ailleurs clairement que, dans cette affaire, la Cour *n*'était *pas* appelée à décider si l'objet de l'exclusion prévue par la première *LRTFP* consistait à empêcher les membres de la GRC de négocier collectivement (par. 5, la juge L'Heureux-Dubé; par. 20, le juge Bastarache; par. 51, 88 et 107, les juges Cory et Iacobucci). Comme l'a exposé le juge Bastarache, qui écrivait pour la majorité, la question en jeu dans *Delisle* consistait à déterminer si l'objet de l'exclusion était « d'empêcher les membres de la GRC de former n'importe quel type d'association indépendante » (par. 20). La question d'une entrave au droit à un processus véritable de négociation collective n'a pas été posée dans *Delisle*; et on n'y a donc pas répondu.

[126] Second, in *Delisle*, only part of the scheme governing the labour relations of RCMP members — their exclusion from the *PSSRA* — was before this Court. In the present appeal, the challenge targets the entire labour relations scheme — the exclusion from the application of the *PSLRA* and the imposition of the labour relations regime that we have found is intended to deny RCMP members the right to form an independent association capable of engaging in a meaningful process of collective bargaining. In other words, the majority in *Delisle* found that the legislative exclusion, viewed in isolation, did not prevent the creation of an independent association, but the Court now considers the complete scheme which is clearly intended to prevent associational activity protected under s. 2(*d*) of the *Charter*.

[126] Deuxièmement, dans *Delisle*, la Cour n'avait été appelée à statuer que sur un élément du régime de relations de travail des membres de la GRC — soit leur exclusion de la première *LRTFP*. En l'espèce, la contestation vise l'ensemble du régime de relations de travail, soit l'exclusion du régime de la *LRTFP* actuelle ainsi que l'imposition du régime dont nous avons conclu qu'il vise à priver les membres de la GRC du droit de constituer une association indépendante capable de participer à un processus véritable de négociation collective. Autrement dit, les juges majoritaires dans *Delisle* ont conclu que l'exclusion législative, prise isolément, n'empêchait pas la création d'une association indépendante, mais la Cour examine maintenant la totalité d'un régime qui vise manifestement à empêcher des activités syndicales protégées par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

[127] Overturning precedents of this Court is not a step to be lightly taken (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 24; *Fraser*, at para. 56; *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 47). However, as explained, *Delisle* was decided before

[127] Il faut se garder d'écarter un précédent de la Cour à la légère (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 24; *Fraser*, par. 56; *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 47). Cependant, comme nous l'avons expliqué, la décision rendue dans

2015 SCC 1 (CanLII)

this Court's shift to a purposive and generous approach to the exercise of freedom of association and *Delisle* considered a different question and narrower aspects of the labour relations regime than those at issue here. It follows that the result in *Delisle* must be revisited.

[128] We therefore propose to examine whether para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes s. 2(*d*) in its purpose.

(1) The Purpose of the *PSLRA* Exclusion Infringes Section 2(*d*)

[129] The statutory exclusion of RCMP members must be read and its constitutionality assessed in relation to P.C. 1918-2213, the Order in Council that constituted the labour relations regime that applied to members of the RCMP at the time of enactment of the *PSSRA*. The blanket prohibition of associational activity in pursuit of workplace goals imposed by P.C. 1918-2213 unquestionably violates s. 2(*d*) of the *Charter*. The implementation of this labour relations regime was made possible by the exclusion of the RCMP members from the labour relations regime governing the federal public service under the *PSSRA*.

[130] Although they originated from different legal sources, the *PSSRA* exclusion and P.C. 1918-2213, working together, constituted a labour relations regime that was designed to interfere with the right to freedom of association of RCMP members. The *PSSRA* exclusion cannot be viewed in the abstract, independently from the Order in Council. These two prongs of the predecessor labour relations regime shared a common purpose. They were both intended to deny to RCMP members the constitutional exercise of their freedom of association. Like P.C. 1918-2213, para. (*e*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSSRA*, now re-enacted as para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1)

Delisle a précédé le changement d'orientation effectué par la Cour vers une interprétation généreuse et téléologique de l'exercice du droit d'association et elle portait sur une question différente de celle dont nous sommes saisis en l'espèce et sur des aspects plus restreints du régime de relations de travail que ceux en cause en l'espèce. En conséquence, il y a lieu de revoir la décision rendue dans *Delisle*.

[128] Nous nous proposons donc d'examiner si l'objet de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2*d*) de la *Charte*.

(1) L'objet de l'exclusion de la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2*d*)

[129] L'exclusion légale des membres de la GRC doit être interprétée et sa constitutionnalité examinée au regard du décret C.P. 1918-2213, qui constituait le régime de relations de travail applicable aux membres de la GRC au moment de l'adoption de la première *LRTFP*. L'interdiction complète de mener des activités associatives afin de poursuivre des objectifs relatifs aux conditions de travail créée par le décret C.P. 1918-2213 viole sans l'ombre d'un doute l'al. 2*d*) de la *Charte*. La mise en œuvre de ce régime de relations de travail a été rendue possible par l'exclusion des membres de la GRC du régime de relations de travail qui s'appliquait à la fonction publique fédérale en application de la première *LRTFP*.

[130] Même s'ils ont tiré leur origine de sources juridiques différentes, l'exclusion prévue par la première *LRTFP* et le décret C.P. 1918-2213, par leur effet combiné, ont constitué un régime de relations de travail conçu pour entraver le droit à la liberté d'association des membres de la GRC. L'exclusion prévue par la première *LRTFP* ne peut être considérée dans l'abstrait, indépendamment du décret. Ces deux volets de ce régime de relations de travail avaient un objet commun. Ils visaient tous les deux à priver les membres de la GRC de l'exercice de leur droit constitutionnel à la liberté d'association. À l'instar du décret C.P. 1918-2213, l'al. *e*) de la définition de « fonctionnaire » qui figurait au

2015 SCC 1 (CanLII)

of the *PSLRA*, is tainted by an improper purpose and breaches s. 2(*d*) of the *Charter*.

[131] The purpose of para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA*, viewed in its historical context, thus violates s. 2(*d*) of the *Charter*. The *PSSRA* and, later, the *PSLRA* established the general framework for labour relations and collective bargaining in the federal public sector. A class of employees, the members of the RCMP, has, since the initial enactment of this regime, been excluded from its application in order to prevent them from exercising their associational rights under s. 2(*d*). Thus the issue to be addressed is whether the purpose of excluding a specific class of employees from the labour relations regime impermissibly breaches the constitutional rights of the affected employees. The issue is not whether Parliament must impose a new statutory labour relations regime in the presence of a legislative void.

[132] Paragraph (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* excludes every person "who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that force under terms and conditions substantially the same as those of one of its members".

[133] Before 1967, the concept of collective bargaining was unknown to the federal public service generally and, of course, to the RCMP specifically. Parliament adopted the *PSSRA* to implement a process of collective bargaining in the federal public service (Rootham, at p. 37; R. Caron, *Employment in the Federal Public Service* (loose-leaf), at para. 1:200; J. C. Anderson and T. A. Kochan, "Collective Bargaining in the Public Service of Canada" (1977), 32 *Relat. ind.* 234, at p. 234). The *PSSRA*'s successor, the *PSLRA*, reflected a similar commitment to collective bargaining (see the preamble of the *PSLRA* and Advisory Committee on Labour Management

par. 2(1) de la première *LRTFP*, définition maintenant reconduite à l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle, est vicié par un objet inapproprié et viole l'al. 2*d*) de la *Charte*.

[131] Considéré dans son contexte historique, l'objet de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle contrevient donc à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Les deux versions successives de la *LRTFP* ont établi le cadre général applicable aux relations de travail et à la négociation collective dans la fonction publique fédérale. Une catégorie d'employés, soit les membres de la GRC, est exclue de ce régime, et ce, depuis son adoption, afin de les empêcher d'exercer le droit à la liberté d'association que leur confère l'al. 2*d*) de la *Charte*. La question à trancher dans la présente affaire est donc celle de savoir si l'objet de l'exclusion d'une catégorie particulière d'employés du régime de relations de travail contrevient de façon inacceptable aux droits constitutionnels des employés touchés. Il ne s'agit pas de savoir si le législateur doit prescrire un nouveau régime de relations de travail en présence d'un vide juridique.

[132] L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle exclut toute personne « qui est membre ou gendarme auxiliaire de la Gendarmerie royale du Canada, ou y est employée sensiblement aux mêmes conditions que ses membres ».

[133] Avant 1967, la notion de négociation collective n'était pas connue au sein de la fonction publique fédérale en général et, bien sûr, de la GRC en particulier. Le législateur a adopté la première *LRTFP* pour mettre en œuvre un régime de négociation collective dans la fonction publique fédérale (Rootham, p. 37; R. Caron, *Employment in the Federal Public Service* (feuilles mobiles), par. 1:200; J. C. Anderson et T. A. Kochan, « Collective Bargaining in the Public Service of Canada » (1977), 32 *Relat. ind.* 234, p. 234). La loi qui lui a succédé, la *LRTFP* actuelle, fait état d'un engagement semblable à l'égard de la négociation

2015 SCC 1 (CanLII)

Relations in the Federal Public Service, *Working Together in the Public Interest* (2001), at p. 14).

[134] The exclusion of RCMP members from the *PSSRA* in 1967 — the only vehicle available for meaningful collective bargaining in the federal public service — was intended to prevent them from engaging in collective bargaining. The then-Commissioner of the RCMP acknowledged this in correspondence to the Solicitor General of Canada in 1980, stating: "There is no enabling legislation which allows members to collectively bargain and we must infer that Parliament has not intended that members of the Force have that right" (see A.F., at para. 106).

[135] The *PSSRA*'s successor, the *PSLRA*, reduced the categories of excluded public servants. RCMP members, however, continued to be excluded in identical terms as under the *PSSRA*, and no other statute permitted RCMP members to engage in a process of collective bargaining (*Delisle*, at para. 85, per Cory and Iacobucci JJ., dissenting; R. MacKay, "The Royal Canadian Mounted Police and Unionization", Parliamentary Research Branch, September 3, 2003, at p. 20). Nothing indicated that the purpose of the initial exclusion of RCMP members from collective bargaining had changed: *Interpretation Act*, R.S.C. 1985, c. I-21, at s. 44(*f*); see also *Big M Drug Mart*, at p. 335. Indeed, the *PSLRA* exclusion makes possible the current imposition of the SRRP, which we have found to substantially interfere in both purpose and effect with RCMP members' rights to a meaningful process of collective bargaining. Working in tandem with P.C. 1918-2213, the *PSSRA* exclusion had similarly sought to deny the members of the RCMP the exercise of their right to freedom of association. The simple re-enactment of this exclusion in the *PSLRA* did not cure this constitutionally impermissible purpose. The *PSLRA* exclusion is but a part of a constitutionally defective regime of labour relations, designed to prevent the exercise of the s. 2(*d*) rights of RCMP members. We therefore

collective (voir le préambule de la *LRTFP* actuelle et le Comité consultatif sur les relations patronales-syndicales dans la fonction publique fédérale, *Travailler ensemble dans l'intérêt public* (2001), p. 14).

[134] L'exclusion en 1967 des membres de la GRC du régime de la première *LRTFP* — qui constituait le seul moyen de permettre une véritable négociation collective dans la fonction publique fédérale — visait à empêcher ceux-ci de négocier collectivement. Le commissaire de la GRC alors en poste l'a reconnu dans une lettre envoyée au solliciteur général du Canada en 1980, dans laquelle il a affirmé : [TRADUCTION] « Aucune loi habilitante ne permet aux membres de négocier collectivement et nous devons en déduire que le Parlement ne voulait pas que les membres de la Gendarmerie aient ce droit » (voir m.a., par. 106).

[135] La loi qui a succédé à la première *LRTFP*, soit la *LRTFP* actuelle, a réduit les catégories de fonctionnaires exclus. Les membres de la GRC restaient toutefois exclus dans les mêmes termes, et aucune autre loi ne leur a permis de participer à un processus de négociation collective (*Delisle*, par. 85, les juges Cory et Iacobucci, dissidents; R. MacKay, « The Royal Canadian Mounted Police and Unionization », Direction de la recherche parlementaire, 3 septembre 2003, p. 20). Rien n'indiquait que l'objet de l'exclusion initiale des membres de la GRC du régime de négociation collective avait changé (*Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985, c. I-21, al. 44*f*); voir également *Big M Drug Mart*, p. 335). En effet, l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle permet d'imposer le PRRF, dont nous avons conclu qu'il entrave substantiellement tant par son objet que par son effet le droit des membres de la GRC à un processus véritable de négociation collective. Agissant en tandem avec le décret C.P. 1918-2213, l'exclusion prévue par la première *LRTFP* visait de même à priver les membres de la GRC de leur droit à la liberté d'association. Le simple renouvellement de cette exclusion dans la *LRTFP* actuelle n'a pas validé cet objet inacceptable sur le plan constitutionnel. L'exclusion prévue dans la version actuelle de cette loi n'est qu'un élément d'un régime de relations de travail déficient

2015 SCC 1 (CanLII)

conclude that the purpose of the *PSLRA* exclusion infringes s. 2(*d*) of the *Charter*.

(2) Summary

[136] We conclude that the purpose of the exclusion in s. 2(1) of the *PSLRA* substantially interferes with freedom of association. At this point, we need not consider the effects of the *PSLRA* exclusion independently from those of the imposition of the SRRP as a labour relations regime.

[137] This conclusion does not mean that Parliament must include the RCMP in the *PSLRA* scheme. As discussed above, s. 2(*d*) of the *Charter* does not mandate a particular model of labour relations. Our conclusion with respect to the constitutionality of the *PSLRA* exclusion means only that Parliament must not substantially interfere with the right of RCMP members to a meaningful process of collective bargaining, unless this interference can be justified under s. 1 of the *Charter*. For example, it remains open to the federal government to explore other collective bargaining processes that could better address the specific context in which members of the RCMP discharge their duties.

[138] We now turn to whether the infringements of s. 2(*d*) rights caused by the legislative imposition of the SRRP and by the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* are justified under s. 1 of the *Charter*.

G. *Are the Limits Imposed on the RCMP Members' Section 2(d) Rights Justified Under Section 1 of the Charter?*

[139] Section 1 of the *Charter* permits Parliament to enact laws that limit *Charter* rights if it establishes

sur le plan constitutionnel, et conçu pour empêcher les membres de la GRC d'exercer les droits que leur garantit l'al. 2*d*). Nous concluons donc que l'objet de l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle viole l'al. 2*d*) de la *Charte*.

(2) Résumé

[136] Nous concluons que l'objet de l'exclusion prévue au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle constitue une entrave substantielle à la liberté d'association. À ce stade, nous estimons par ailleurs qu'il n'est pas nécessaire que nous nous penchions sur les effets de l'exclusion prévue par cette disposition indépendamment de ceux de l'imposition du PRRF comme régime de relations de travail.

[137] Cette conclusion ne signifie pas que le législateur doit inclure la GRC dans le régime de la *LRTFP* actuelle. Comme nous l'avons vu, l'al. 2*d*) de la *Charte* n'impose pas un modèle particulier de relations du travail. Notre conclusion quant à la constitutionnalité de l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle signifie seulement que le législateur ne doit pas entraver substantiellement le droit des membres de cette organisation à un processus véritable de négociation collective, à moins que cette entrave puisse être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Par exemple, le gouvernement fédéral peut toujours examiner d'autres processus de négociations collectives qui seraient plus adaptés au contexte particulier dans lequel les membres de la GRC s'acquittent de leurs fonctions.

[138] Nous examinerons maintenant si les violations des droits protégés par l'al. 2*d*) de la *Charte* découlant de l'imposition par la loi du PRRF et de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle sont justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*.

G. *Les restrictions imposées aux droits que garantit l'al. 2d) aux membres de la GRC sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la Charte?*

[139] L'article premier de la *Charte* permet au législateur d'adopter des lois qui restreignent les

2015 SCC 1 (CanLII)

that the limits are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. This requires that the objective of the measure be pressing and substantial, and that the means by which the objective is furthered be proportionate, i.e. that the means are rationally connected to the law's objective, minimally impair the s. 2(*d*) right, and are proportionate in effect (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Health Services*, at paras. 137-39). The onus rests on the party seeking to uphold the limitation of the *Charter* right, and the burden of proof is a preponderance of probabilities (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 137-38 ("*RJR-MacDonald (1995)*"). At the outset, we note that a *Charter*-infringing measure adopted by regulation is undoubtedly "prescribed by law" for the purposes of s. 1 (*Hutterian Brethren*, at paras. 39-40).

droits garantis par la *Charte* s'il est établi que les limites imposées sont des limites raisonnables dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette procédure de justification exige que l'objectif de la mesure soit urgent et réel et que le moyen choisi pour l'atteindre soit proportionné à cet objectif, c.-à-d. qu'il possède un lien rationnel avec l'objet de la loi, qu'il porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 2*d*) et qu'il soit proportionné sur le plan de ses effets (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Health Services*, par. 137-139). La partie qui défend la validité de la mesure restreignant un droit protégé par la *Charte* doit établir qu'elle est justifiée, suivant la prépondérance des probabilités (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 137-138 (« *RJR-MacDonald (1995)* »). Au départ, mentionnons qu'une mesure qui porte atteinte à la *Charte* et qui est prise par voie de règlement est sans aucun doute « prescrite par une règle de droit », pour l'application de l'article premier (*Hutterian Brethren*, par. 39-40).

[140] We have already seen that s. 2(*d*) gives Parliament much leeway in devising a scheme of collective bargaining that satisfies the special demands of the RCMP. Beyond this, s. 1 provides additional room to tailor a labour relations regime to achieve pressing and substantial objectives, provided it can show that these are justified.

[140] Comme nous l'avons vu précédemment, l'al. 2*d*) accorde au législateur une grande latitude dans l'établissement d'un régime de négociation collective qui satisfait aux exigences spéciales de la GRC. En outre, l'article premier accorde à celui-ci une marge de manœuvre additionnelle qui lui permet d'établir un régime de relations de travail pour atteindre des objectifs urgents et réels, dans la mesure, toutefois, où il peut démontrer que ces objectifs sont justifiés.

[141] In their written submissions on s. 1, the parties addressed the limits imposed by s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* together. We do the same.

[141] Dans leurs observations écrites sur l'article premier, les parties ont traité des limites imposées par l'effet conjugué de l'art. 96 du *Règlement de la GRC* et de l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle. Nous ferons de même.

(1) Is the Objective of Imposing the SRRP Pressing and Substantial?

(1) L'objet de l'imposition du PRRF est-il urgent et réel?

[142] The question at this stage is whether the objective of the infringing measure is sufficiently important to be capable in principle of justifying

[142] À cette étape, la question est de savoir si l'objet de la mesure attentatoire est suffisamment important pour justifier en principe une restriction

2015 SCC 1 (CanLII)

a limitation on the rights and freedoms guaranteed by the constitution (*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 143). The Attorney General of Canada says the objective of excluding RCMP members from the *PSLRA* and the objective of the *RCMP Regulations* is to maintain and enhance public confidence in the neutrality, stability and reliability of the RCMP by providing a police force that is independent and objective. We conclude that the need for an independent and objective police force constitutes a pressing and substantial objective under s. 1 of the *Charter*.

(2) Are the Means by Which the Objective Is Furthered Proportionate?

(a) *Rational Connection*

[143] The government must demonstrate that the infringing measure is rationally connected to its objective. This test "is not particularly onerous" (*Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 228; *Health Services*, at para. 148). It is not necessary to establish that the measure will *inevitably* achieve the government's objective. A reasonable inference that the means adopted by the government will help bring about the objective suffices (*Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 40; *Health Services*, at para. 149). The assessment is a matter of causal relationship.

[144] Philosophical, political and social claims are not always amenable to proof by empirical evidence: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 104; *Sauvé*, at para. 18. For this reason, courts have not always insisted on direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective, accepting conclusions supported by logic and reason (*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 154; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101). However, this does not relieve the government from establishing that it was at least reasonable to conclude that a causal relationship existed between the *PSLRA* exclusion and the imposition of the SRRP and the preservation

des droits et libertés garantis par la Constitution (*RJR-MacDonald (1995)*, par. 143). Le procureur général du Canada soutient que l'exclusion des membres de la GRC du régime de la *LRTFP* actuelle et l'adoption du *Règlement de la GRC* visaient à préserver et à renforcer la confiance du public à l'égard de la neutralité, de la stabilité et de la fiabilité de la GRC à titre de force policière indépendante et objective. Nous concluons que la nécessité de mettre en place une force policière indépendante et objective constitue un objectif urgent et réel au titre de l'article premier de la *Charte*.

(2) Le moyen choisi pour atteindre l'objectif est-il proportionné?

a) *Le lien rationnel*

[143] Le gouvernement doit démontrer qu'il existe un lien rationnel entre la mesure attentatoire et son objectif. Ce critère « n'est pas particulièrement exigeant » (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 228; *Health Services*, par. 148). Il n'est pas nécessaire d'établir que la mesure permettra *inévitablement* d'atteindre l'objectif visé par le gouvernement. Une inférence raisonnable que les moyens adoptés par ce dernier aideront à réaliser l'objectif en question suffit (*Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 40; *Health Services*, par. 149). L'examen doit porter sur le lien causal.

[144] Les revendications de nature philosophique, politique et sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 104; *Sauvé*, par. 18). Les tribunaux n'ont donc pas toujours insisté sur la nécessité d'une preuve directe de lien entre la mesure attentatoire et l'objet de la loi, et ont accepté des conclusions fondées sur la logique et la raison (*RJR-MacDonald (1995)*, par. 154; *Ross c. Conseil scolaire du district n^o^ 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101). Toutefois, cela ne libère pas le gouvernement de son obligation d'établir qu'il était à tout le moins raisonnable de conclure à l'existence d'un lien causal entre l'exclusion prévue par la *LRTFP* actuelle

2015 SCC 1 (CanLII)

of neutrality, stability and reliability in the RCMP. As McLachlin J. (as she then was) wrote in *RJR-MacDonald (1995)*, at para. 129:

> While remaining sensitive to the social and political context of the impugned law and allowing for difficulties of proof inherent in that context, the courts must nevertheless insist that before the state can override constitutional rights, there be a reasoned demonstration of the good which the law may achieve in relation to the seriousness of the infringement. It is the task of the courts to maintain this bottom line if the rights conferred by our constitution are to have force and meaning.

[145] The position of the Attorney General of Canada is that the creation of a separate labour relations regime, free from collective bargaining and unionism, is rationally connected to the goal of ensuring a stable, reliable and neutral police force. In our view, the Attorney General has not established that this is a reasonable inference.

[146] First, it is not apparent how an exclusion from a statutorily protected collective bargaining process ensures neutrality, stability or even reliability. The exclusion of RCMP members from the federal public service collective bargaining regime when it was first enacted in 1967 fostered, rather than inhibited, dissatisfaction and unrest within the RCMP. This unrest was what ultimately led to the creation of the SRRP, which was introduced "after R.C.M.P. members began bringing employment-related grievances to the attention of the media and began to complain in public about the absence of mechanisms through which their grievances could be addressed" (Hardy and Ponak, at p. 89).

[147] Second, it is not established that permitting meaningful collective bargaining for RCMP members will disrupt the stability of the police force or affect the public's perception of its neutrality. The government offered no persuasive evidence to that effect. Empirical research tends to show the opposite, as does provincial experience with unionized police forces (see, e.g., D. Forcese, "Police Unionism: Employee-Management Relations in

et l'imposition du PRRF et l'objectif de la préservation de la neutralité, de la stabilité et de la fiabilité au sein de la GRC. Comme l'écrivait la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald (1995)*, au par. 129 :

> Bien qu'ils doivent demeurer conscients du contexte socio-politique de la loi attaquée et reconnaître les difficultés qui y sont propres en matière de preuve, les tribunaux doivent néanmoins insister pour que, avant qu'il ne supprime un droit protégé par la Constitution, l'État fasse une démonstration raisonnée du bien visé par la loi par rapport à la gravité de la violation. Les tribunaux doivent respecter cette démarche fondamentale pour que les droits garantis par notre Constitution soient opérants.

[145] Le procureur général du Canada soutient que la création d'un régime de relations de travail distinct, exempt de négociations collectives et de syndicalisme, a un lien rationnel avec l'objectif d'assurer l'existence d'une force policière stable, fiable et neutre. À notre avis, le procureur général n'a pas établi qu'il s'agit là d'une inférence raisonnable.

[146] D'une part, il est difficile de comprendre pourquoi l'exclusion d'un groupe d'un processus de négociation collective protégé par la loi peut assurer sa neutralité, sa stabilité ou même sa fiabilité. L'exclusion des membres de la GRC du régime de négociation collective de la fonction publique fédérale, lors de son adoption en 1967, a eu pour effet de favoriser plutôt que d'atténuer le mécontentement et l'agitation qui régnaient au sein de cette organisation. D'ailleurs, cette agitation a finalement mené à la création du PRRF, qui a été adopté [TRADUCTION] « après que les membres de la GRC eurent commencé à porter à l'attention des médias leurs griefs en matière d'emploi et à se plaindre publiquement de l'absence de mécanismes pour les régler » (Hardy et Ponak, p. 89).

[147] D'autre part, il n'est pas établi que l'autorisation d'un véritable régime de négociation collective pour les membres de la GRC perturbera la stabilité de cette force policière ou influencera la perception du public quant à sa neutralité. Le gouvernement n'a produit aucun élément de preuve convaincant à cet égard. La recherche empirique tend plutôt à indiquer le contraire, tout comme l'expérience des provinces avec les forces policières

2015 SCC 1 (CanLII)

Canadian Police Forces" (1980), 4 *Canadian Police College Journal* 79: "There is nothing inherently disruptive about police unions" (p. 120)). Indeed, the evidence suggests that respecting associational rights has the potential to ensure, rather than undermine, a positive working relationship and therefore enhance labour stability.

[148] We conclude that the government has failed to establish a rational connection between denying RCMP members' their s. 2(*d*) right to meaningful collective bargaining, and maintaining a neutral, stable and reliable police force. While this conclusion is sufficient to dispose of the s. 1 analysis, we will nonetheless go on to address the requirement that the limit on the right be minimally impairing.

(b) *Minimal Impairment*

[149] At this stage, the question is whether the measure impairs the s. 2(*d*) right as little as possible in order to achieve the government's objective. The government is not required to pursue the least drastic means of achieving its objective, but it must adopt a measure that falls within a range of reasonable alternatives:

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail. [Citations omitted.]

(*RJR-MacDonald (1995)*, at para. 160; see also *Hutterian Brethren*, at paras. 53-55; *Health Services*, at para. 150.)

syndiquées (voir, par ex., D. Forcese, « Le syndicalisme policier : relations de travail dans les forces policières canadiennes » (1980), 4 *Journal du Collège canadien de police* 85 : « Les policiers syndiqués ne sont pas fondamentalement des agitateurs » (p. 130)). En fait, selon la preuve, le respect de la liberté d'association peut même assurer plutôt que compromettre l'existence de bonnes relations de travail et ainsi en renforcer la stabilité.

[148] Nous concluons donc que le gouvernement n'a pas réussi à établir l'existence d'un lien rationnel entre le fait de priver les membres de la GRC du droit à une véritable négociation collective que leur garantit l'al. 2*d*), et le maintien d'une force policière neutre, stable et fiable. Bien que cette conclusion suffise pour mettre fin à l'analyse fondée sur l'article premier, nous examinerons tout de même l'exigence selon laquelle la limite imposée doit constituer une atteinte minimale.

b) *L'atteinte minimale*

[149] Il faut maintenant se demander si la mesure porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'al. 2*d*) tout en permettant au gouvernement de réaliser son objectif. Certes, le gouvernement n'est pas tenu de recourir au moyen le moins attentatoire possible pour réaliser son objectif, mais celui qu'il choisit doit se situer à l'intérieur d'une gamme de mesures alternatives raisonnables :

> La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide. [Renvois omis.]

(*RJR-MacDonald (1995)*, par. 160; voir aussi *Hutterian Brethren*, par. 53-55; *Health Services*, par. 150.)

2015 SCC 1 (CanLII)

[150] The appellants argue that (1) other police forces throughout Canada have access to meaningful collective bargaining regimes without disruption of their neutrality, stability or reliability; and (2) the government has not shown that the RCMP is different in any way that would make collective bargaining more disruptive to their neutrality, stability or reliability. It follows, they argue, that denying RCMP members any meaningful process of collective bargaining is therefore more restrictive than necessary to maintain the Force's neutrality, stability and reliability.

[151] The RCMP "is the only police force in Canada without a collective agreement to regulate the working conditions of its officers" (application judge's reasons, at para. 96). In the rest of the country, the police have the benefit of collective bargaining regimes that provide basic bargaining protections. In Ontario, Quebec, and Newfoundland and Labrador, provincial forces are regulated under their own statutes which provide for, among other things, the establishment of employee associations, the negotiation of collective agreements between management and employee associations, grievance procedures, conciliation and arbitration: *Ontario Provincial Police Collective Bargaining Act, 2006*, S.O. 2006, c. 35, Sch. B; *An Act respecting the Syndical Plan of the Sûreté du Québec*, CQLR, c. R-14; *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17. In other provinces, the police are covered by general labour relations statutes, with specific provisions applicable to them. For example, in Saskatchewan, conciliation and arbitration are provided as a means of resolving labour disputes, and restrictions are placed on strikes and lock-outs, pursuant to *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, ss. 83 to 86.

[152] Unless it is established that the RCMP is materially different from the provincial police forces, it is clear that total exclusion from meaningful collective bargaining cannot be minimally impairing. A material difference has not been shown.

[150] Les appelantes soutiennent que (1) d'autres forces policières canadiennes ont accès à des régimes véritables de négociation collective sans que soient perturbées leur neutralité, leur stabilité ou leur fiabilité, et que (2) le gouvernement n'a pas établi que la GRC différait de ces forces policières d'une façon qui fasse en sorte que la négociation collective perturberait davantage sa neutralité, sa stabilité ou sa fiabilité. Le fait de priver les membres de la GRC d'un processus véritable de négociation collective est donc, à leur avis, plus restrictif que ce qui est nécessaire pour assurer la neutralité, la stabilité et la fiabilité de cette force policière.

[151] La GRC [TRADUCTION] « est la seule force policière au Canada n'ayant pas de convention collective qui régit les conditions de travail de ses agents » (motifs du juge saisi de la demande, par. 96). Tous les autres policiers du pays bénéficient d'un régime de négociation collective qui leur accorde des protections fondamentales en matière de négociation. Les corps policiers provinciaux de l'Ontario, du Québec et de Terre-Neuve-et-Labrador sont régis par leurs propres lois, qui prévoient entre autres l'établissement d'associations d'employés, la négociation de conventions collectives entre la direction et les associations d'employés, des procédures de règlement des griefs, la conciliation et l'arbitrage (*Loi de 2006 sur la négociation collective relative à la Police provinciale de l'Ontario*, L.O. 2006, c. 35, ann. B; *Loi sur le régime syndical applicable à la Sûreté du Québec*, RLRQ, c. R-14; *Royal Newfoundland Constabulary Act, 1992*, S.N.L. 1992, c. R-17). Dans les autres provinces, les policiers sont protégés par les lois générales en matière de relations du travail, dont certaines dispositions s'appliquent à eux. Par exemple, en Saskatchewan, la conciliation et l'arbitrage sont des moyens de résoudre les conflits de travail, et les grèves et les lock-out font l'objet de restrictions, conformément à *The Police Act, 1990*, S.S. 1990-91, c. P-15.01, art. 83 à 86.

[152] À moins qu'on établisse que la GRC est substantiellement différente des forces policières provinciales, son exclusion totale d'un régime véritable de négociation collective ne peut clairement pas constituer une atteinte minimale. Une différence

2015 SCC 1 (CanLII)

Moreover, concerns about the independence of the members of the Force could easily be considered in determining the scope of the police bargaining unit under schemes like the *PSLRA*, without requiring total exclusion from bargaining in the present regime. For example, s. 4 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, restricts the membership and affiliations of municipal police associations.

[153] The only argument advanced by the Attorney General of Canada in order to support the view that the RCMP's particularities warrant the exclusion of members from the *PSLRA* and the imposition of the SRRP is that in the event of an unlawful strike or other debilitating job action by other police forces, or other security-related workers such as prisons guards, it could ultimately be left to the RCMP to provide policing services to the public affected by those events. While the RCMP's mandate differs from that of other police forces, there is no evidence that providing the RCMP a labour relations scheme similar to that enjoyed by other police forces would prevent it from fulfilling its mandate. Again, no material difference in RCMP labour relations has been shown.

H. *Remedy*

[154] Within the impugned legislative scheme, the imposition of the SRRP and the exclusion in s. 2(1) of the *PSLRA* deny members of the RCMP the right to any meaningful process of collective bargaining. And, while s. 2(*d*) does not protect the right to any *particular* process of collective bargaining, it does protect the right to a *meaningful* process. Having found that s. 96 of the *RCMP Regulations* and para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringe the freedom guaranteed to RCMP members under s. 2(*d*) of the *Charter*, and that these provisions cannot be saved under s. 1, we conclude that the appropriate remedy is to strike down the offending provision of the *PSLRA*

substantielle n'a pas été établie. De plus, dans des régimes comme celui de la *LRTFP* actuelle, les préoccupations quant à l'indépendance des membres de la Gendarmerie pourraient facilement être examinées au moment de déterminer l'étendue de l'unité de négociation — sans qu'une exclusion totale ne soit nécessaire. Par exemple, l'art. 4 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, impose des restrictions en matière d'appartenance et d'affiliation aux associations de policiers municipaux.

[153] Le procureur général du Canada a présenté un seul argument pour étayer l'opinion selon laquelle les caractéristiques particulières de la GRC justifient d'exclure ses membres de l'application de la *LRTFP* actuelle et de leur imposer le PRRF. Selon l'intimé, dans l'éventualité d'une grève illégale ou de tout autre moyen de pression important déclenché par un autre corps de police, ou par tout autre groupe œuvrant dans le secteur de la sécurité, comme les gardiens de prison, il appartiendrait en fin de compte à la GRC d'assurer les services de police nécessaires au public touché par ces événements. Bien que son mandat diffère de celui des autres forces policières, rien ne prouve que le fait d'accorder à la GRC un régime de relations de travail semblable à celui dont bénéficient d'autres forces policières aurait pour effet d'empêcher cet organisme de s'acquitter de son mandat. Là encore, aucune différence substantielle n'a été établie au sujet des relations de travail à la GRC.

H. *Réparation*

[154] Dans le régime législatif contesté, l'imposition du PRRF et l'exclusion prévue au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle privent les membres de la GRC du droit à un processus véritable de négociation collective. En outre, si l'al. 2*d*) de la *Charte* ne protège pas le droit à un processus *particulier* de négociation collective, il garantit bel et bien le droit à un processus *véritable* de négociation. Après avoir statué que l'art. 96 du *Règlement de la GRC* et l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle portent atteinte à la liberté que garantit l'al. 2*d*) de la *Charte* aux membres de la GRC et ne peuvent se justifier au regard de l'article premier, nous concluons que

2015 SCC 1 (CanLII)

under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We would similarly strike down s. 96 of the *RCMP Regulations* were it not repealed.

[155] The Attorney General of Canada argues that this conclusion would go against the proposition, which we accept, that s. 2(*d*) does not guarantee a right to a particular labour relations process. The Attorney General argues that striking down the offending provision of the *PSLRA* would constitutionalize the labour relations process set out in that Act.

[156] This argument misconstrues our conclusion. We do not conclude that the *PSLRA* process is constitutionalized, but rather that the existing labour relations scheme and the purpose motivating the *PSLRA* exclusion are inconsistent with the *Charter* and fail under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. This conclusion does not mandate a particular labour relations regime or bar the federal government from pursuing an avenue other than the *PSLRA* to govern labour relations within the RCMP. Should it see fit to do so, Parliament remains free to enact any labour relations model it considers appropriate to the RCMP workforce, within the constitutional limits imposed by the guarantee enshrined in s. 2(*d*) and s. 1 of the *Charter*.

VII. Conclusion

[157] We would allow the appeal, with costs to the appellants throughout, and answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361, infringe s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

la réparation appropriée consiste à invalider la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. N'eût été son abrogation, nous invaliderions également l'art. 96 du *Règlement de la GRC*.

[155] Le procureur général du Canada plaide que cette conclusion irait à l'encontre de la proposition, à laquelle nous souscrivons, selon laquelle l'al. 2*d*) ne garantit pas le droit à un processus de relations de travail particulier. Il argumente en outre que l'annulation de la disposition attentatoire de la *LRTFP* actuelle aurait pour effet de constitutionnaliser le processus de relations de travail établi par cette loi.

[156] Cet argument procède d'une mauvaise interprétation de notre conclusion. Nous ne concluons pas que le processus prévu par la *LRTFP* actuelle est constitutionnalisé, mais plutôt que le régime de relations de travail existant et l'objet de l'exclusion prévue par cette loi sont incompatibles avec la *Charte* et doivent être annulés en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Cette conclusion ne requiert pas l'adoption d'un régime de relations de travail en particulier ni n'empêche le gouvernement fédéral d'adopter un modèle autre que celui prévu par la *LRTFP* actuelle pour régir les relations de travail au sein de la GRC. En effet, s'il le juge à propos, le législateur demeure libre d'adopter tout modèle qu'il estime indiqué pour régir les relations de travail des employés de cette organisation, dans le respect des limites constitutionnelles imposées par la garantie prévue à l'al. 2*d*) et par l'article premier de la *Charte*.

VII. Conclusion

[157] Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelantes devant toutes les cours, et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles :

1. L'article 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361, viole-t-il l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

2015 SCC 1 (CanLII)

2. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. Does para. (*d*) of the definition of "employee" at s. 2(1) of *Public Service Labour Relations Act*, S.C. 2003, c. 22, infringe s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

[158] Had s. 96 of the *RCMP Regulations* not been repealed, it would have been declared to be of no force or effect. Paragraph (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* is of no force or effect pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. We suspend the declaration of invalidity for a period of 12 months.

The following are the reasons delivered by

ROTHSTEIN J. (dissenting) —

I. Introduction

[159] In a constitutional democracy, the judicial branch of government is entrusted to rule on whether laws enacted by the legislature pass constitutional muster. But this Court's rulings are not subject to review. Its rulings are binding on the legislative branch, unless that branch invokes the rarely resorted-to s. 33 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to provide that its legislation will operate notwithstanding breaches of certain constitutional rights. This means that constitutional

2. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » au par. 2(1) de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, viole-t-il l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Dans l'affirmative, s'agit-il d'une violation constituant une limite raisonnable, établie par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

[158] N'eût été son abrogation, l'art. 96 du *Règlement de la GRC* aurait été déclaré inopérant. L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle est inopérant en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Nous suspendons la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pour 12 mois.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE ROTHSTEIN (dissendent) —

I. Introduction

[159] Dans une démocratie constitutionnelle, le pouvoir judiciaire se prononce sur la constitutionnalité des lois adoptées par le législateur. Les décisions de la Cour ne sont toutefois pas susceptibles de contrôle. Elles lient le pouvoir législatif, à moins que celui-ci n'invoque l'art. 33 de la *Charte canadienne des droits et libertés* — une disposition rarement invoquée — pour que la loi ait effet indépendamment des atteintes portées à certains droits constitutionnels. Cela signifie que les décisions de

2015 SCC 1 (CanLII)

decisions of this Court have the power to freeze matters in time and restrict Parliament's ability to change course in the future, where facts and policy imperatives may suggest or require a different approach.

[160] It is fundamental, therefore, that the judicial and legislative branches of government have respect for the role and responsibility of the other. The legislative branch must respect the decisions of the courts and comply with them. Courts must equally respect the role of the democratically elected legislature and its policy choices. The judicial branch must not exercise its great constitutional power to make rulings that are not firmly rooted in the text, context, and purpose of Canadian constitutional law. While a purposive approach to *Charter* interpretation has long been accepted, in the words of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, "it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question". See also *Divito v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 47, [2013] 3 S.C.R. 157, at para. 19, per Abella J.

[161] Courts must be especially cautious when dealing with questions of socio-economic policy. Just as the government and legislature must respect the courts' expertise as judicial bodies, so too must courts appreciate that they are not best placed to make determinations as to which specific social or economic policy choice is most appropriate. The evaluation and implementation of social and economic policy require flexibility and fine-tuning. Courts should not expand *Charter* rights in such a way as to prevent governments from responding to new information or changing social and economic conditions.

la Cour qui tranchent des questions de nature constitutionnelle ont le pouvoir de figer les choses dans le temps et de restreindre la capacité du législateur de changer ultérieurement la teneur des lois, même si la conjoncture et des impératifs politiques pourraient suggérer ou exiger un changement d'orientation.

[160] Il est donc essentiel que les pouvoirs judiciaires et législatifs respectent leurs rôle et attributions respectifs. Ainsi, le pouvoir législatif doit respecter les décisions des tribunaux et s'y conformer et les tribunaux doivent, à leur tour, respecter le rôle des assemblées législatives démocratiquement élues et leurs choix de principe. Les organes du pouvoir judiciaire doivent se garder d'exercer les vastes pouvoirs que leur confère la Constitution pour rendre des décisions qui ne sont pas solidement ancrées dans le texte, le contexte et l'objet du droit constitutionnel canadien. Bien que la méthode d'interprétation téléologique de la *Charte* soit celle qu'appliquent les tribunaux depuis longtemps, il importe, pour reprendre la formule employée par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344 : « de ne pas aller au-delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question ». Voir également *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, par. 19, la juge Abella.

[161] Les tribunaux doivent être particulièrement prudents lorsqu'ils abordent des questions ayant trait à des politiques socio-économiques. Tout comme l'État et le législateur doivent respecter la compétence des tribunaux en tant qu'organes judiciaires, les tribunaux doivent comprendre qu'ils ne sont pas les autorités les mieux placées pour prendre des décisions quant aux choix de politiques sociales ou économiques qui conviennent le mieux. L'évaluation et la mise en œuvre des politiques sociales et économiques exigent de la souplesse et des ajustements minutieux. Les tribunaux ne devraient donc pas élargir la portée des droits garantis par la *Charte* de telle sorte qu'ils empêchent les gouvernements de s'adapter à de nouvelles données ou encore à l'évolution de la société ou de la conjoncture économique.

2015 SCC 1 (CanLII)

[162] In my respectful opinion, the majority has departed from these core principles of constitutional law in this case. I am compelled to dissent. The courts must respect that concerns such as maintaining "the balance between employees and employer" and attaining "equilibrium" in labour relations (see majority reasons, at paras. 72 and 82) fall within the proper role and expertise of governments and legislatures, not the judiciary.

[163] Parliament enacted legislation creating a non-adversarial labour relations scheme for the Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") — the Staff Relations Representative Program ("SRRP") — that balances the competing policy interests arising in the context of a national police force. RCMP members democratically elect Staff Relations Representatives ("SRRs") to represent their interests directly to management. Members can also communicate their workplace concerns to SRRs through independent employee associations, such as the appellant associations. The evidence is that, as the constitutional protection of freedom of association now guarantees, SRRs make collective representations on behalf of RCMP members and management considers those representations in good faith.

[164] This labour relations model permits RCMP members to exercise their freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. That the SRRP does not mimic the adversarial, Wagner model of labour relations prevalent in much labour legislation in Canada is of no consequence for constitutional purposes: *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at paras. 44-47. The majority in *Fraser* rejected the submission that *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, "constitutionalizes a full-blown Wagner system of collective bargaining" and clarified that *Health Services* "unequivocally

[162] Soit dit en tout respect, en l'espèce, les juges majoritaires se sont écartés de ces principes fondamentaux du droit constitutionnel. Je me vois donc contraint d'exprimer ma dissidence. Les tribunaux doivent respecter le fait que des préoccupations comme le souci d'atteindre « l'équilibre [. . .] entre les employés et l'employeur » et d'assurer un juste « rapport de forces » dans les relations de travail (voir motifs des juges majoritaires, par. 72 et 82) sont des préoccupations qui relèvent, non pas des tribunaux, mais du rôle et de la compétence des gouvernements et du législateur.

[163] Le législateur a adopté une loi créant, pour la Gendarmerie royale du Canada (« GRC »), un régime de relations de travail non contradictoire : le Programme de représentants des relations fonctionnelles (« PRRF »). Ce dernier concilie des intérêts stratégiques qui s'opposent dans le contexte d'un corps policier national. Les membres de la GRC élisent démocratiquement leurs représentants des relations fonctionnelles (« RRF ») pour que ceux-ci défendent leurs intérêts directement auprès de la direction. Les membres peuvent également informer leur RRF de leurs préoccupations relatives au travail par l'intermédiaire d'associations d'employés indépendantes, comme les associations appelantes. Suivant la preuve, grâce à la protection que la Constitution accorde à la liberté d'association, les RRF formulent des revendications collectives au nom des membres de la GRC et la direction les considère de bonne foi.

[164] Ce modèle de relations de travail permet aux membres de la GRC d'exercer la liberté d'association que leur garantit l'al. 2*d*) de la *Charte*. Le fait que le PRRF n'imite pas le modèle contradictoire de relations de travail de type Wagner qui prédomine dans la plupart des lois du travail au Canada ne tire pas à conséquence sur le plan constitutionnel (*Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 44-47). Dans cette décision, les juges majoritaires ont écarté l'argument selon lequel l'arrêt *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, « constitutionnalise en vérité le modèle Wagner

2015 SCC 1 (CanLII)

stated that s. 2(*d*) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome": paras. 44-45; *Health Services*, at para. 91.

[165] The majority now reverses this Court's recent interpretation of s. 2(*d*) of the *Charter* in both *Fraser* and *Health Services* so as to effectively compel a single model of collective bargaining. I cannot agree with such an approach. The evolution of labour relations in Canada will surely inspire further legislative changes to address changing circumstances and accumulated experience. This Court should not interpret s. 2(*d*) so as to stymie future reform and progress in this area. As acknowledged in *Health Services*:

> . . . it is impossible to predict with certainty that the present model of labour relations will necessarily prevail in 50 or even 20 years ([P. A. Gall,] "Freedom of Association and Trade Unions: A Double-Edged Constitutional Sword", in J. M. Weiler and R. M. Elliot, eds., *Litigating the Values of a Nation: The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, at p. 248). [para. 91]

[166] Moreover, the majority in *Fraser* articulated the test for constitutionality under s. 2(*d*), in the labour relations context: whether the government action "makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible" (para. 98). Now, less than four years after that case was decided, the majority resiles from this test as it does not justify the conclusion it wishes to reach.

[167] I respectfully disagree with this constitutional reversal. As this Court has indicated, once rendered, constitutional decisions should only be subject to change or reversal under limited and rigorous conditions: *Fraser*, at para. 57. In

de négociation collective » et ont précisé que cet arrêt avait statué « sans équivoque que [l'al. 2*d*)] ne garantit ni l'application d'un modèle particulier de négociation collective, ni l'obtention d'un résultat donné » (par. 44-45; *Health Services*, par. 91).

[165] Les juges majoritaires répudient maintenant l'interprétation récente que la Cour a donnée à l'al. 2*d*) de la *Charte* dans les arrêts tant *Fraser* que *Health Services* et imposent en réalité un modèle unique en matière de négociation collective. Je ne puis souscrire à cette démarche. L'évolution des relations de travail au Canada inspirera sûrement aux divers législateurs et gouvernements des modifications aux lois et règlements pour faire face à des changements de circonstances et pour tenir compte de l'expérience accumulée. La Cour ne devrait donc pas interpréter l'al. 2*d*) de manière à bloquer les réformes futures ou les progrès dans ce domaine. D'ailleurs, comme la Cour l'a reconnu dans *Health Services* :

> . . . on ne saurait prédire avec certitude si le modèle actuel des relations de travail sera celui qui s'imposera dans 50 ou même 20 ans ([P. A. Gall,] « Freedom of Association and Trade Unions : A Double-Edged Constitutional Sword », dans J. M. Weiler et R. M. Elliot, dir., *Litigating the Values of a Nation : The Canadian Charter of Rights and Freedoms* (1986), 245, p. 248). [par. 91]

[166] De plus, toujours dans l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires ont formulé comme suit le critère de la constitutionnalité au regard de l'al. 2*d*) dans le contexte des relations de travail : il s'agit de savoir si la mesure prise par le gouvernement « rend de fait impossible l'association véritable en vue de réaliser des objectifs liés au travail » (par. 98). Or, moins de quatre ans après le prononcé de cet arrêt, les juges majoritaires abandonnent ce critère parce qu'il ne justifie pas la conclusion à laquelle ils souhaitent en arriver.

[167] Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord pour répudier de la sorte les décisions qui tranchent des questions de nature constitutionnelle. Comme la Cour l'a expliqué, une fois qu'elles ont été rendues, les décisions de ce type ne devraient

2015 SCC 1 (CanLII)

Fraser, this Court issued a stern warning: "The seriousness of overturning . . . recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated" (*ibid.*). The majority in this case does precisely that.

II. Facts and Judicial History

[168] I accept, in general terms, the majority's summary of the facts and lower court decisions in this case. Where I disagree, it is noted in the analysis below.

III. Analysis

A. *Freedom of Association*

[169] This Court has frequently been called upon to determine the ambit of freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. At its core, freedom of association protects an individual's ability "to act in association with others to pursue common objectives and goals" (*Fraser*, at para. 25). However, the way in which this general proposition applies in the labour relations context has been hotly contested. In its 2007 decision in *Health Services*, the Court departed from earlier decisions and found that s. 2(*d*) encompasses a right to collective bargaining that "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation": para. 90. The majority of the Court affirmed this conclusion in 2011 in *Fraser*.

[170] Since the decisions in *Health Services* and *Fraser*, employees have had a constitutional right to make collective representations, which their employer must consider in good faith. The test to find an infringement of s. 2(*d*) in the labour relations context is "whether the impugned law or state

être modifiées ou infirmées qu'à de strictes et rigoureuses conditions (*Fraser*, par. 57). En effet, dans cet arrêt, la Cour a servi un sévère avertissement : « On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l'avis réfléchi de majorités claires » (*ibid.*). Or, c'est précisément ce que font les juges majoritaires dans le cas qui nous occupe.

II. Les faits et l'historique judiciaire

[168] J'accepte, dans l'ensemble, le résumé que font les juges majoritaires des faits de l'espèce et des décisions des juridictions inférieures. Je signalerai dans l'analyse qui suit les points avec lesquels je suis en désaccord.

III. Analyse

A. *Liberté d'association*

[169] La Cour a fréquemment été appelée à se prononcer sur la portée de la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Cette liberté protège essentiellement le droit des individus de « s'associer avec d'autres en vue de réaliser des objectifs communs » (*Fraser*, par. 25). Toutefois, la façon dont cette proposition générale s'applique dans le contexte des relations de travail est très controversée. Dans la décision *Health Services* rendue en 2007, la Cour a rompu avec sa jurisprudence antérieure et conclu que l'al. 2*d*) englobait un droit à la négociation collective qui « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90). Une majorité des juges de la Cour a confirmé cette conclusion en 2011 dans l'arrêt *Fraser*.

[170] Depuis les arrêts *Health Services* et *Fraser*, les employés ont un droit reconnu par la Constitution de présenter des revendications collectives dont leur employeur doit tenir compte de bonne foi. Le test permettant de conclure à une violation de l'al. 2*d*) dans le contexte des relations de travail est

2015 SCC 1 (CanLII)

action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals" (*Fraser*, at para. 46). Collective bargaining is protected, but only "in the minimal sense of good faith exchanges" (*Fraser*, at para. 90; see also para. 42).

[171] Now, less than four years after *Fraser* was decided, the majority in this case expands freedom of association, requiring much more than good faith negotiations. It finds that the only way to have meaningful collective bargaining is through a process which "provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests" (para. 5). The majority also retreats from the effective impossibility test. Instead, it finds that s. 2(*d*) will be infringed by "[a] process that substantially interferes with a meaningful process of collective bargaining by reducing employees' negotiating power" (para. 71 (emphasis added)).

[172] By relaxing the standard required to find a s. 2(*d*) violation, the majority takes freedom of association far beyond the ordinary meaning of those words and well beyond what the concept of "association" has been held to include. *Health Services* and *Fraser* provide that s. 2(*d*) protects the right to associate to make collective representations and to have employers consider those representations in good faith. The essential feature of a labour relations regime that allows employees to exercise their constitutional right to make meaningful collective representations on their workplace goals is representativeness: the voice that speaks on behalf of employees must represent their interests and be ultimately accountable to them. Representativeness is the constitutional imperative required in order to ensure that s. 2(*d*) rights are protected in the collective bargaining context, nothing more. Only if legislation impairs the right of employees to have their interests advanced honestly and fairly

« [celui] de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail » (*Fraser*, par. 46). La négociation collective est protégée, mais uniquement « dans le sens d'un droit minimal strict à des échanges de bonne foi » (*Fraser*, par. 90; voir aussi le par. 42).

[171] Or, moins de quatre ans après le prononcé de l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires élargissent en l'espèce la portée de la liberté d'association en exigeant beaucoup plus que des négociations de bonne foi. Ils estiment que la seule façon d'assurer une véritable négociation collective est de prévoir un processus qui « offre aux employés une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre » (par. 5). Les juges majoritaires abandonnent également le critère de l'impossibilité effective de mener une véritable négociation collective. Ils concluent plutôt qu'il y a violation de l'al. 2*d*) lorsqu'on est en présence d'« [un] mécanisme qui porte substantiellement atteinte à un processus véritable de négociation collective en réduisant le pouvoir de négociation des employés » (par. 71 (je souligne)).

[172] En faisant ainsi le choix d'une norme moins exigeante pour conclure à une violation du droit protégé par l'al. 2*d*), les juges majoritaires confèrent à l'expression « liberté d'association » un sens qui dépasse de beaucoup celui qu'on reconnaît normalement à ces mots et qui déborde largement le cadre du concept d'« association » reconnu par la jurisprudence. Les arrêts *Health Services* et *Fraser* prévoient que l'al. 2*d*) protège le droit de s'associer en vue de présenter des revendications collectives à l'employeur et de les voir prises en considération de bonne foi par ce dernier. La caractéristique essentielle d'un régime de relations de travail qui permet aux employés d'exercer leur droit constitutionnel de formuler véritablement des revendications collectives quant à leurs objectifs relatifs au travail est la représentativité : le porte-parole des employés doit défendre leurs intérêts et, ultimement, leur rendre des comptes. La représentativité est l'impératif constitutionnel auquel

2015 SCC 1 (CanLII)

will that legislation be constitutionally suspect. That is not the case here.

[173] Facially, the type of right described in s. 2(*d*) does not impose obligations on third parties. However, freedom of association has now been interpreted as imposing obligations on others; in *Health Services* and *Fraser*, this Court found that employers are obliged to engage in good faith collective bargaining. Nonetheless, courts must be particularly cautious when considering an expansion of a constitutional right that would impose a constitutional obligation on a third party. The expansion of such rights, although beneficial for some, comes at the expense of the freedom of others, a trade-off that requires careful deliberation. This is particularly true given that such a decision removes matters from the scope of Parliament's powers to adjust the balance between parties as a matter of ordinary lawmaking.

[174] The interpretation of a *Charter* right must be principled and must not be so divorced from the text of the provision as to depart from the foundation of the right. When, in *Health Services* and *Fraser*, this Court recognized a derivative right to collective bargaining stemming from the purpose of s. 2(*d*) of the *Charter*, it extended constitutional rights beyond what had previously been accepted. To now add to that shaky foundation a further, attenuated addition — a derivative right onto the derivative — makes for an unsound and indefensible structure.

[175] The language used by the majority in this case creates greater rights, and imposes greater restrictions on the government, than either a plain or generous reading of s. 2(*d*) can logically provide, and rights beyond those that have been recognized

il faut satisfaire, sans plus, pour s'assurer que les droits prévus à l'al. 2*d*) sont protégés dans le contexte de la négociation collective. Ce n'est que si elle porte atteinte au droit des employés de faire défendre leurs droits honnêtement et équitablement qu'une loi sera considérée comme suspecte sur le plan constitutionnel, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

[173] À première vue, le type de droit visé à l'al. 2*d*) n'impose pas d'obligations à autrui. Or, la liberté d'association est désormais interprétée comme imposant des obligations à des tiers : en effet, dans les arrêts *Health Services* et *Fraser*, la Cour a jugé que les employeurs sont tenus de mener des négociations collectives de bonne foi. Les tribunaux doivent néanmoins être particulièrement prudents lorsqu'ils envisagent d'élargir la portée d'un droit constitutionnel qui imposerait une obligation constitutionnelle à un tiers. L'élargissement de la portée de tels droits, si elle est avantageuse pour certains, se fait aux dépens de la liberté d'autres personnes. Il s'agit d'un compromis exigeant une réflexion sérieuse, surtout qu'une telle décision retire au législateur certains pouvoirs grâce auxquels il peut rétablir l'équilibre entre les parties dans le cadre du processus habituel d'élaboration des lois.

[174] L'interprétation d'un droit protégé par la *Charte* doit reposer sur des principes et ne doit pas être dissociée du texte de la disposition au point de s'écarter du fondement du droit. En reconnaissant, dans *Health Services* et dans *Fraser*, l'existence d'un droit dérivé à la négociation collective fondé sur l'objectif visé par l'al. 2*d*) de la *Charte*, la Cour a élargi la portée des droits constitutionnels au-delà de ce qui avait déjà été reconnu. Rajouter maintenant à cette fondation fragile un élément aussi ténu — un droit dérivé d'un droit dérivé — ne fait que contribuer à créer une structure bancale et indéfendable.

[175] Les termes choisis par les juges majoritaires dans la présente affaire confèrent des droits plus étendus aux employés et restreignent encore davantage la marge de manœuvre du gouvernement que ce que le sens ordinaire ou une interprétation

2015 SCC 1 (CanLII)

in the context of s. 2(*a*), (*b*) and (*c*) of the *Charter*. There is no basis in s. 2(*d*) for such a departure.

B. *A Meaningful Process of Collective Bargaining*

[176] What the majority proposes as a meaningful process of collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter* now requires more than that "the parties . . . meet and engage in meaningful dialogue": *Fraser*, at para. 41; see also *Health Services*, at para. 101. Now the majority says that the only way to achieve meaningful collective bargaining is through a process that "provides employees with a degree of choice and independence sufficient to enable them to determine and pursue their collective interests".

[177] I would not dispute that individuals may generally form or join associations of their choosing and may have those organizations be independent from other entities. However, *Health Services* and *Fraser* construed s. 2(*d*) in a particular context: association for the purposes of engaging in meaningful collective bargaining. Neither the choice of the organization representing employees for bargaining purposes nor the independence of that association are necessary to ensure that meaningful collective bargaining can occur.

[178] Choice and independence are central to Wagner-style labour relations. As will be explained, by selecting choice and independence as constitutional requirements for meaningful collective bargaining, the majority mandates an adversarial model of labour relations and precludes others which may be just as or more effective in contributing to meaningful collective bargaining.

généreuse de l'al. 2*d*) pourraient logiquement justifier et ils confèrent des droits qui vont plus loin que ceux qui ont été reconnus dans le cas des al. 2*a*), *b*) et *c*) de la *Charte*. Rien à l'al. 2*d*) n'autorise de s'écarter ainsi de ces autres interprétations.

B. *Un processus véritable de négociation collective*

[176] Ce que les juges majoritaires proposent comme processus véritable de négociation collective répondant aux conditions de l'al. 2*d*) de la *Charte* exige maintenant davantage que le fait que « les parties se rencontrent et qu'elles engagent un véritable dialogue » (*Fraser*, par. 41; voir aussi *Health Services*, par. 101). En effet, ils affirment désormais que, pour assurer un processus véritable de négociation collective, la seule façon de faire consiste à adopter un processus qui offre aux employés « une liberté de choix et une indépendance suffisantes pour leur permettre de décider de leurs intérêts collectifs et de les défendre ».

[177] Je ne conteste pas que des personnes peuvent généralement former des associations de leur choix ou y adhérer et faire en sorte que ces organisations soient indépendantes d'autres entités. Toutefois, les arrêts *Health Services* et *Fraser* interprétaient l'al. 2*d*) dans un contexte particulier, soit celui d'une association en vue d'entamer de véritables négociations collectives. Ni le choix de l'organisation qui représente les employés aux fins de la négociation collective ni son indépendance face à la direction ne sont des éléments nécessaires pour assurer la tenue d'une véritable négociation collective.

[178] La liberté de choix et l'indépendance sont des aspects cruciaux des relations de travail structurées selon le modèle Wagner. Comme je l'expliquerai plus loin, en considérant que la liberté de choix et l'indépendance constituent des impératifs constitutionnels à la tenue de véritables négociations collectives, les juges majoritaires imposent un modèle de relations de travail contradictoire et ils écartent d'autres modèles qui peuvent être aussi efficaces sinon plus pour contribuer à la tenue de telles négociations.

2015 SCC 1 (CanLII)

(1) Choice

[179] Individuals have the constitutional right to form or belong to lawful associations of their choosing and there is nothing in the record before us to suggest that such a right has been infringed. RCMP members are free to join the appellants or other employee associations to seek fulfillment, autonomy, and self-actualization. Through those organizations they can participate in lobbying, educational, social, and other incidental activities. Those associations can also seek to advance the workplace interests of RCMP members by communicating with SRRs on their members' behalf.

[180] However, the appellants and the majority in this appeal propose that freedom of association extends beyond the right of employees to form and belong to an association of their choosing and includes the right to choose the association to represent employee interests for bargaining purposes and with which the employer must bargain. However, recognizing that the Wagner model in place in workplaces across Canada imposes limits on choice, the majority does not suggest that freedom of association protects an *individual's* right to choose the association to which he or she wishes to belong. Instead, the majority limits the constitutional right to the ability of employees, *en masse*, "to form and bargain through an association of their own choosing" (para. 110).

[181] The majority also acknowledges that even the collective right to bargain through an association of the group's choosing will not always be protected. For example, designated bargaining models such as the one established under Ontario's *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, S.O. 2014, c. 5, "may be acceptable" (para. 95), even though they provide the employee group with no choice of association. The bargaining agent for the group is designated. In order to legitimize its restriction on choice, the majority restates its requirement as a

(1) La liberté de choix

[179] Chacun a le droit, conféré par la Constitution, de former l'association licite de son choix ou d'y adhérer, et rien au dossier qui nous a été soumis ne permet de penser que ce droit a été violé. Les membres de la GRC sont libres de se joindre aux appelantes ou à d'autres associations d'employés pour favoriser leur épanouissement, leur autonomie et leur accomplissement personnel. Par l'entremise de ces organisations, ils peuvent faire du lobbying et participer à des activités éducatives ou sociales ou à d'autres activités connexes. Ces associations peuvent également chercher à promouvoir les intérêts professionnels des membres de la GRC en communiquant avec les RRF au nom de leurs membres.

[180] Toutefois, les appelantes et les juges majoritaires dans le présent pourvoi proposent d'étendre la portée de la liberté d'association, au-delà du droit des employés de former une association de leur choix et d'y adhérer, de manière à ce qu'elle englobe le droit de choisir l'association qui représentera leurs intérêts lors des négociations collectives et avec laquelle l'employeur devra négocier. Cependant, s'ils reconnaissent que le modèle Wagner adopté dans des milieux de travail partout au Canada limite la liberté de choix, les juges majoritaires ne suggèrent pas que la liberté d'association protège le droit d'*un individu* de choisir l'association à laquelle il souhaite appartenir. Ils limitent plutôt le droit constitutionnel en matière de négociation collective à la capacité reconnue aux employés, en bloc, « de former des associations et de négocier par l'entremise d'une association qu'ils ont choisie » (par. 110).

[181] Les juges majoritaires reconnaissent aussi que même le droit du groupe de négocier par l'entremise d'une association de son choix ne sera pas toujours protégé. Ainsi, selon eux, le modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui que prévoit la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario, L.O. 2014, c. 5 « pourrait être acceptable » (par. 95), et ce, même si ce modèle ne permet pas au groupe d'employés de choisir son association. L'agent négociateur du groupe est désigné. Pour légitimer la

2015 SCC 1 (CanLII)

vague constitutional right to the "degree of choice . . . that enables employees to have effective input into the selection of [their] collective goals" (para. 83).

[182] However, logically, effective input into the selection of collective workplace goals is not a matter of the choice of representative; it is a matter of having the right to choose the priorities that should be advanced on behalf of employees. The majority states that employees' ability "to set and change collective workplace goals" is one hallmark of employee choice (para. 86). But the ability to have one's views represented in shaping workplace goals is more than a hallmark: it is the key element in meaningful collective bargaining. What the majority's restatement describes is a right to fair representation by a spokesperson, not a right to choose that representative.

[183] In the labour relations context, "choice" is ill suited as a criterion upon which to base the constitutional protection afforded to collective bargaining. There are schemes in place throughout the country, based on the Wagner model, that provide a mechanism by which a single employee representative association is designated for the purposes of bargaining with the employer, under the principle of majoritarian exclusivity. This principle mandates that the employer recognize an exclusive bargaining agent selected by a majority of employees to represent their interests within a given industry, sector, or business. However, there may be a large minority of employees whose preferred representative is not selected. Under such a model, their freedom of association will be constrained not only as to their choice of representative association, but also as to their ability to establish or join a rival association to bargain with management. Choice is similarly circumscribed for so-called Rand employees, who are denied the choice of paying union dues and refusing representation by the bargaining

restriction qu'ils apportent ainsi à la liberté de choix, les juges majoritaires reformulent leur critère comme un vague droit constitutionnel à la « liberté de choix [. . .] qui permet aux employés de participer véritablement au choix [de leurs] objectifs collectifs » (par. 83).

[182] Or, en toute logique, cette participation réelle quant au choix des objectifs collectifs ne dépend pas du représentant choisi, mais bien de la possibilité d'exercer le droit de choisir les priorités qui doivent être défendues au nom des employés. Suivant les juges majoritaires, la capacité des employés « d'établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail » est une des caractéristiques de la liberté de choix des employés (par. 86). La possibilité de faire défendre son point de vue afin de définir les objectifs de son milieu de travail est cependant bien plus qu'une caractéristique : il s'agit de l'élément clé d'une véritable négociation collective. Ce que les juges majoritaires évoquent dans leur reformulation du critère applicable est le droit d'être bien représenté par un porte-parole et non le droit de choisir ce représentant.

[183] Dans le contexte des relations de travail, la « liberté de choix » ne convient pas comme critère pour fonder la protection constitutionnelle du droit de négocier collectivement. En effet, il existe, un peu partout au Canada, des régimes inspirés du modèle Wagner qui prévoient un mécanisme par lequel une seule association chargée de représenter les employés est désignée pour négocier avec l'employeur, et ce, en application du principe du monopole syndical conféré par le vote majoritaire. Suivant ce principe, l'employeur doit reconnaître un seul agent négociateur choisi par une majorité d'employés pour qu'il défende leurs intérêts au sein d'une industrie, d'un secteur ou d'une entreprise donnés. Il est toutefois possible que le représentant que préfère une importante minorité d'employés ne soit pas celui qui est finalement choisi. Dans le contexte de l'application de ce modèle, leur liberté d'association se verra donc limitée non seulement quant au choix de leur représentant, mais également quant à leur capacité de créer une association rivale ou à y adhérer pour négocier avec la direction. La

2015 SCC 1 (CanLII)

agent. Such a limit on choice has been recognized as a valid limit on employees' freedom of association, since permitting unbounded choice of association would undermine the collective bargaining strength of employees and render the process of good faith bargaining unworkable for employers: see *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 SCC 70, [2001] 3 S.C.R. 209.

[184] The majority defines "choice" in terms of four hallmarks: "the ability to form and join new associations, to change [employee] representatives, to set and change collective workplace goals, and to dissolve existing associations" (para. 86). The majority asserts that a designated bargaining model, such as Ontario's *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, where specific bargaining agents are legislatively imposed, allows employees to "retain sufficient choice over workplace goals and sufficient independence from management to ensure meaningful collective bargaining" (para. 95). However, this model lacks three of the so-called hallmarks of choice: Ontario teachers cannot form and join new associations to bargain with employers, they cannot change the legislatively imposed bargaining agents that represent them, and they cannot dissolve those bargaining agents. The hallmark that this model does possess is what I have termed "representativeness": the ability to set and change collective workplace goals (that is, the ability of teachers to have their interests represented). This suggests that the constitutional standard of s. 2(*d*) is likely met. The majority's acceptance of the Ontario *School Boards Collective Bargaining Act, 2014* model undermines its argument that choice is an essential element of freedom of association.

liberté de choix est également restreinte pour les employés régis par la formule Rand, qui n'ont pas le choix de payer des cotisations syndicales et de refuser d'être représentés par l'agent négociateur. Cette contrainte sur le plan du choix a été reconnue comme une limite valide à la liberté d'association des employés, puisque le fait de permettre un choix d'associations illimité affaiblirait le pouvoir de négociation collective des employés et rendrait impossible la négociation de bonne foi pour les employeurs (voir *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, 2001 CSC 70, [2001] 3 R.C.S. 209).

[184] Les juges majoritaires définissent la « liberté de choix » en fonction de quatre caractéristiques : « la capacité de constituer de nouvelles associations et d'y adhérer, celle de changer de représentants, d'établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail et celle de dissoudre les associations existantes » (par. 86). Ils affirment qu'un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné, comme celui prévu par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario, permet aux employés de conserver « la liberté de choisir les objectifs relatifs à leurs conditions de travail et une indépendance à l'égard de l'employeur qui suffisent à assurer la tenue d'une véritable négociation collective » (par. 95). Ce modèle ne respecte toutefois pas trois des soi-disant caractéristiques de la liberté de choix : les enseignants ontariens ne peuvent pas constituer de nouvelles associations ni y adhérer pour négocier avec leurs employeurs, ils ne peuvent pas changer les agents négociateurs qui les représentent, ceux-ci étant imposés par la loi, et ils ne peuvent déloger ces derniers. La caractéristique que possède toutefois ce modèle est ce que j'appelle la « représentativité », soit la capacité d'établir et de modifier les objectifs collectifs relatifs au travail (c'est-à-dire la capacité des enseignants de faire défendre leurs intérêts). Cela suggère que la norme constitutionnelle prévue à l'al. 2*d*) est vraisemblablement respectée. L'acceptation, par les juges majoritaires, du modèle créé par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario mine leur argument selon lequel la liberté de choix constitue un élément essentiel de la liberté d'association.

2015 SCC 1 (CanLII)

[185] Even the Wagner model does not rely exclusively on choice and independence to protect employee interests. The statutory provisions and associated case law recognize the central importance of representativeness by providing a number of protections for employee interests unrelated to choice or independence *per se*.

[186] Under the Wagner model of labour relations, the association designated as an exclusive bargaining agent cannot discriminate in carrying out its duties towards the employees it represents or go off in pursuit of its own agenda. Legislation and jurisprudence have evolved to guard against abuses of power by single bargaining agents, by imposing upon those agents a duty to represent all employees, even those who choose not to become "members" of that association: see the discussions in *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, at pp. 518-20; and *Gendron v. Supply and Services Union of the Public Service Alliance of Canada, Local 50057*, [1990] 1 S.C.R. 1298, at pp. 1309-15. It is the jurisprudence and legislation that ensures that the bargaining agent is representative of the interests of its constituency in whatever work that it undertakes on their behalf, whether the individual employees have chosen it or not.

[187] Similarly, a designated bargaining model, like Ontario's *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, only leads to meaningful collective bargaining where there are statutory safeguards built in to ensure that the designated bargaining agent represents the interests of all employees and is ultimately accountable to them.

[188] The majority claims that choice and independence "overlap considerably" with representativeness and that the difference between them "is more semantic than real" (paras. 101 and 103). With respect, such blurring of distinct concepts

[185] Même le modèle Wagner ne compte pas exclusivement sur la liberté de choix et sur l'indépendance pour assurer la protection des droits des employés. Les dispositions législatives et la jurisprudence applicable reconnaissent l'importance capitale de la représentativité en prévoyant plusieurs mécanismes de protection des droits des employés qui n'ont rien à voir avec la liberté de choix ou l'indépendance comme tels.

[186] Suivant le modèle Wagner de relations de travail, l'association désignée comme agent négociateur exclusif ne peut faire preuve de discrimination dans l'accomplissement de ses obligations envers les employés qu'elle représente ni chercher à parvenir à ses propres fins. La loi et la jurisprudence ont évolué de manière à protéger les employés des abus de pouvoir de la part des agents négociateurs uniques en les obligeant à représenter l'ensemble des employés, même ceux qui choisissent de ne pas devenir « membres » de l'association en question : voir l'analyse de cette question dans les arrêts *Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, p. 518-520, et *Gendron c. Syndicat des approvisionnements et services de l'Alliance de la Fonction publique du Canada, section locale 50057*, [1990] 1 R.C.S. 1298, p. 1309-1315. C'est la jurisprudence et la loi qui assurent que l'agent négociateur représente les intérêts de ses commettants, peu importe le travail qu'il entreprend en leur nom, et ce, que les employés individuellement l'aient ou non choisi.

[187] De même, un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui prévu par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario ne permet une véritable négociation collective que lorsqu'il incorpore des garanties légales assurant que l'agent négociateur en question représente les intérêts de l'ensemble des employés et leur rende des comptes.

[188] Les juges majoritaires affirment que les notions de liberté de choix et d'indépendance, d'une part, et celle de représentativité, d'autre part, « se chevauchent considérablement » et que la différence entre ces concepts est « davantage sémantique que

2015 SCC 1 (CanLII)

only creates confusion and ambiguity. Choice and independence may be a means by which representativeness is obtained, but there may be others, such as the statutory safeguards discussed above.

[189] A statutorily designated bargaining model such as the scheme established by the Ontario *School Boards Collective Bargaining Act, 2014*, can ensure that employees' interests will be effectively represented to management even where the employees do not choose their individual representatives or the system in which this representation takes place. Section 2(*d*) of the *Charter* requires that bargaining agents represent the interests and workplace concerns of employees, what I call representativeness. The method by which the representative is determined is not a constitutional diktat.

[190] Mandating choice and independence as constitutional requirements forecloses an entire class of collaborative bargaining approaches that could be designed to address particular contexts in which a Wagner model of labour relations may be ill suited.

[191] In the case at bar, the context of a national police force led to the adoption of a statutory collaborative labour relations model. Within that model, RCMP members democratically select their representatives and those representatives have a statutory duty to represent employee interests. They can be replaced if they fail to uphold that duty.

[192] What protects the interests of employees under the Wagner model, a designated bargaining model such as that found in the Ontario *School Boards Collective Bargaining Act, 2014* or the RCMP's SRRP scheme is the obligation of representatives to act honestly and fairly in putting forward

réel[le] » (par. 101 et 103). Soit dit en tout respect, un tel embrouillement de concepts distincts ne fait que créer de la confusion et de l'ambiguïté. La liberté de choix et l'indépendance peuvent être des moyens d'assurer la représentativité, mais il existe d'autres mécanismes pour le faire, tels que les garanties légales dont nous avons déjà parlé.

[189] Un modèle de négociation désigné par la loi, comme dans le cas du modèle imposé par la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario, peut garantir que les intérêts des employés seront efficacement défendus auprès de la direction même lorsqu'ils ne choisissent pas leurs représentants individuels ou le système dans le cadre duquel cette représentation s'effectue. L'alinéa 2*d*) de la *Charte* exige que les agents négociateurs représentent les intérêts et les préoccupations relatifs au milieu de travail des employés, c'est ce que j'appelle la représentativité. La méthode utilisée pour assurer cette représentation n'est pas prescrite par la Constitution.

[190] Imposer la liberté de choix et l'indépendance en tant qu'impératifs constitutionnels empêche de recourir à toute une panoplie d'autres méthodes de négociations collectives axées sur la collaboration qui pourraient être conçues pour satisfaire aux besoins de contextes donnés auxquels le modèle Wagner de relations de travail ne serait pas adapté.

[191] Dans le cas qui nous occupe, le contexte d'un corps policier national a conduit à l'adoption d'un modèle de relations de travail créé par la loi et axé sur la collaboration. Suivant ce modèle, les membres de la GRC choisissent démocratiquement leurs représentants qui, du fait de la loi, sont tenus de défendre les intérêts des employés. Ils peuvent d'ailleurs être remplacés s'ils manquent à ce devoir.

[192] Ce qui protège les intérêts des employés dans le contexte du modèle Wagner, un modèle faisant appel à un agent négociateur désigné comme celui que l'on trouve dans la *Loi de 2014 sur la négociation collective dans les conseils scolaires* de l'Ontario ou le PRRF de la GRC, c'est l'obligation

2015 SCC 1 (CanLII)

the views of the employees they represent and the establishment of a mechanism to remove those representatives if they do not.

[193] Neither the choice of the associational framework (*Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at para. 33) nor the selection of a particular bargaining agent is a necessary component of freedom of association. Rather, because employees have a right to a "meaningful proces[s] by which they can pursue workplace goals" (*Fraser*, at para. 117), the voice with which they communicate with their employer as a collective must be representative of their interests. Provided that the spokespersons through whom employees make representations to their employer have a duty to represent the interests of all employees and that there is a means to hold those representatives to account, the workers' "constitutional right to make collective representations and to have their collective representations considered in good faith" is met (*Fraser*, at para. 51). Representativeness is what *Fraser* mandates and there is no justification to embark upon the imposition of unnecessary constitutional constraints as the majority seeks to do in this appeal.

(2) Independence of the Association

[194] The majority says that independence of the employee association from management is constitutionally required. However, it concedes that independence may not be absolute. The argument is that independence is sufficient if it permits the activities of the association to be "aligned with the interests of its members" (para. 83).

[195] With respect, the relevant question is not whether a legislatively prescribed association or process is independent in the sense that it segregates employees from management, but whether that process prevents employees, such as RCMP members, from associating to advance their collective workplace goals. To reiterate, the touchstone is representativeness.

qu'ont les représentants d'agir honnêtement et équitablement en faisant valoir le point de vue des employés qu'ils représentent, ainsi que la mise en place d'un mécanisme permettant de destituer ces représentants s'ils ne respectent pas cette obligation.

[193] Ni le choix du cadre associatif (*Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 33), ni la sélection d'un agent de négociation donné ne constituent des éléments nécessaires de la liberté d'association. Comme les employés ont droit à « un processus véritable leur permettant de réaliser des objectifs liés au travail » (*Fraser*, par. 117), il faut plutôt que le porte-parole qui s'adresse à leur employeur en leur nom à tous représente leurs intérêts. À condition que le porte-parole par l'entremise duquel les employés font des représentations auprès de leur employeur ait l'obligation de représenter les intérêts de l'ensemble des employés et qu'il existe un moyen d'obliger ce porte-parole à rendre des comptes, le « droit constitutionnel [des travailleurs] de formuler des revendications collectives et de les voir prises en considération de bonne foi » est respecté (*Fraser*, par. 51). C'est la représentativité qu'exige l'arrêt *Fraser* et rien ne justifie d'imposer des contraintes constitutionnelles inutiles comme les juges majoritaires tentent de le faire dans le présent pourvoi.

(2) Indépendance de l'association

[194] Selon les juges majoritaires, la Constitution exige que l'association d'employés soit indépendante de la direction. Ils admettent toutefois que cette indépendance peut ne pas être absolue. Selon leur raisonnement, l'indépendance suffisante est celle qu'assure une « correspondance entre les activités de l'association et les intérêts de ses membres » (par. 83).

[195] J'estime, soit dit en tout respect, que la vraie question ne soit pas celle de savoir si une association ou un processus prescrit par la loi est indépendant, en ce sens qu'il ou elle dissocie les employés de la direction, mais plutôt celle de savoir si cette association ou ce processus empêche des employés, comme les membres de la GRC, de s'associer en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Je le répète, la pierre angulaire, c'est la représentativité.

2015 SCC 1 (CanLII)

[196] The requirement that an employee association be independent from the employer originates from the *Wagner Act* (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)) — it did not pre-exist it. In recounting the history of labour relations in Canada, the majority of this Court in *Health Services* acknowledged that it was the *Wagner Act* that "explicitly recognized the right of employees to belong to a trade union of their choice, free of employer coercion or interference" and that "imposed a duty upon employers to bargain in good faith with their employees' unions": para. 56.

[197] In the years preceding the enactment of the *Wagner Act*, "company unions" — that is, employee associations featuring some degree of employer influence — were plentiful in both the United States and Canada: L. S. MacDowell, "Company Unionism in Canada, 1915-1948", in B. E. Kaufman and D. G. Taras, eds., *Nonunion Employee Representation: History, Contemporary Practice, and Policy* (2000), 96, at p. 97. Though some company unions were contrived by employers to thwart legitimate worker representation, other non-union plans were designed to actively foster representation: see D. G. Taras, "Why Nonunion Representation Is Legal in Canada" (1997), 52 *Relat. ind.* 763.

[198] In 1935, Senator Robert Wagner introduced in the U.S. Senate the bill that would become known as the *Wagner Act*. This Act effectively abolished company unions: B. E. Kaufman, "Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years: A Reassessment", in Kaufman and Taras, 21, at p. 26.

[199] Canada implemented its own version of the *Wagner Act* in 1944: the *Wartime Labour Relations Regulations*, P.C. 1003. This Order in Council, made under the authority of the *War Measures Act*, R.S.C. 1927, c. 206, incorporated the Wagnerian principle that employee associations be independent from the employer. At the end of the war, the Wagner model was continued in Canada by the federal *Industrial Relations and Disputes Investigation Act*, S.C.

[196] L'obligation qu'une association d'employés soit indépendante de l'employeur tire son origine de la loi Wagner (*National Labor Relations Act*, 49 Stat. 449 (1935)) — elle n'existait pas avant elle. En relatant l'historique des relations de travail au Canada dans *Health Services*, les juges majoritaires de la Cour ont reconnu que c'est cette loi qui a « expressément reconnu aux employés le droit d'appartenir au syndicat de leur choix, sans coercition ni ingérence de la part de l'employeur, et [qui] oblig[e] l'employeur à négocier de bonne foi avec les syndicats des travailleurs » (par. 56).

[197] Dans les années qui ont précédé l'adoption de la loi Wagner, les « syndicats de boutique » — c'est-à-dire les associations d'employés se caractérisant par un certain degré d'influence de l'employeur — étaient monnaie courante tant aux États-Unis qu'au Canada (voir L. S. MacDowell, « Company Unionism in Canada, 1915-1948 », dans B. E. Kaufman et D. G. Taras, dir., *Nonunion Employee Representation : History, Contemporary Practice, and Policy* (2000), 96, p. 97). Même si certains syndicats de ce type étaient forcés par les employeurs à contrecarrer la représentation légitime des travailleurs, d'autres formes de représentation non syndicale visaient à favoriser activement la représentation des travailleurs (voir D. G. Taras, « Why Nonunion Representation Is Legal in Canada » (1997), 52 *Relat. ind.* 763).

[198] En 1935, le sénateur Robert Wagner a soumis au Sénat américain le projet de loi qui allait devenir ce qui est depuis connu comme étant la loi Wagner. Cette loi a eu pour effet d'abolir les syndicats de boutique (B. E. Kaufman, « Accomplishments and Shortcomings of Nonunion Employee Representation in the Pre-Wagner Act Years : A Reassessment », dans Kaufman et Taras, 21, p. 26).

[199] Le Canada a adopté sa propre version de la loi Wagner en 1944 : le *Règlement des Relations ouvrières en temps de guerre*, C.P. 1003. Ce décret, pris en application de la *Loi des mesures de guerre*, S.R.C. 1927, c. 206, incorporait le principe wagnérien suivant lequel les associations d'employés doivent être indépendantes de l'employeur. À la fin de la guerre, le modèle Wagner a été repris au Canada par la *Loi sur les relations industrielles*

2015 SCC 1 (CanLII)

1948, c. 54, and similar legislation enacted by most of the provinces: R. J. Adams, "A Pernicious Euphoria: 50 Years of Wagnerism in Canada" (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321, at p. 328.

[200] Thus, the *Wagner Act* consciously introduced the notion that trade unions should be independent from the employer for the purposes of collective bargaining. Canadian labour legislation, largely modelled on the *Wagner Act*, likewise imported this principle of independence. The notion of independence gained popularity in this particular historical context. It is not however an inherent aspect of collective bargaining.

[201] But even if independence were an essential feature of meaningful collective bargaining, the SRRP satisfies two of the majority's indicia of independence: the freedom to elect employee representatives and control the association's financial administration and activities. RCMP members democratically select the SRRs who will bring their workplace goals to management for consideration, and the Staff Relations Sub-Representatives ("sub-SRRs") have the power to replace those SRRs who are not representative of employee interests. The SRRP administers its own budget. RCMP members cannot change their bargaining representative (the SRRP) without the consent of management and the government. But it is certainly open to them to change their SRRs if they are of the view that their collective workplace goals are not being adequately represented by the SRRP. Ontario teachers similarly cannot change their bargaining representatives without legislative approval. If the Ontario teachers' bargaining statute meets the majority's constitutional requirements, the SRRP must also meet those requirements.

[202] The majority states that "a lack of independence means that employees may not be able to advance their own interests, but are limited to picking and choosing from among the interests management permits them to advance" (para. 89). Similarly,

et sur les enquêtes visant les différends du travail, S.C. 1948, c. 54, ainsi que dans d'autres lois semblables édictées par la plupart des provinces (R. J. Adams, « A Pernicious Euphoria : 50 Years of Wagnerism in Canada » (1995), 3 *C.L.E.L.J.* 321, p. 328).

[200] Ainsi, la loi Wagner a délibérément introduit le concept selon lequel les syndicats devraient être indépendants de l'employeur pour tout ce qui concerne la négociation collective. La législation canadienne en matière du travail, qui s'est largement inspirée de cette loi, a également intégré ce principe d'indépendance qui est devenu plus populaire dans ce contexte historique particulier. Il ne constitue toutefois pas pour autant un élément inhérent à la négociation collective.

[201] Cela dit, même si l'indépendance était un élément essentiel de toute véritable négociation collective, le PRRF satisfait à deux des caractéristiques d'indépendance retenues par les juges majoritaires : la liberté de choisir les représentants des employés et celle de contrôler la gestion financière et les activités de l'association. En effet, les membres de la GRC choisissent démocratiquement les RRF qui soumettront à l'examen de la direction leurs objectifs relatifs au travail et les sous-représentants ont le pouvoir de remplacer les RRF qui ne défendent pas les intérêts des employés. De plus, le PRRF administre son propre budget. Certes, les membres de la GRC ne peuvent changer leur représentant (le PRRF) sans le consentement de la direction et du gouvernement. Il leur est toutefois loisible de changer leurs RRF s'ils estiment que leurs objectifs en matière de travail ne sont pas adéquatement défendus par le PRRF. Les enseignants ontariens ne peuvent pas non plus changer d'agent négociateur sans approbation législative. Si la loi régissant les négociations collectives des enseignants ontariens satisfait aux exigences constitutionnelles des juges majoritaires, le PRRF doit lui aussi y satisfaire.

[202] Les juges majoritaires déclarent qu'« un manque d'indépendance signifie que les employés ne sont peut-être pas en mesure de faire valoir leurs propres intérêts, mais qu'ils doivent choisir parmi ceux que l'employeur les autorise à défendre »

2015 SCC 1 (CanLII)

the appellants suggest that employee representatives working within a cooperative employee-management labour relations model cannot properly represent the interests of employees. According to them, employees who are dependent on management for salary increases, performance appraisals, and promotions will be reluctant to put forward employee interests that may not be looked upon favourably by management.

[203] However, both the majority and the appellants ignore representativeness. Representatives must fairly represent the interests of all employees. Any representative who limits representation based on what management permits or who places their own employment interests above the interests of all employees will be held accountable for his or her own actions. So long as employees have recourse to ensure that their views are put forward to management and that their representatives are working in their interests, the labour relations process will not be dominated by management and employees will have the means to work towards their collective workplace goals.

[204] Thus, the Wagner model is by no means the only way to achieve meaningful collective bargaining: alternative schemes could be equally or more effective. It is not the role of this Court to preclude legislative reform by entrenching key features of a particular system and shoehorning them into the fundamental *Charter* guarantee of freedom of association.

C. *Adversarialism*

[205] By requiring independence, and defining it as it does, the majority constitutionalizes adversarial labour relations, a central feature of the Wagner model. As explained above, s. 2(*d*) of the *Charter* currently protects a process whereby employees may make representations and have them considered in good faith by employers. Nothing in that requirement mandates that employees must

(par. 89). De même, les appelantes suggèrent que des représentants des employés qui travaillent dans le cadre d'un modèle de relations de travail fondé sur la collaboration entre la direction et les employés ne peuvent représenter correctement les intérêts des employés. Selon elles, les employés qui dépendent de la direction pour leurs hausses salariales, leurs évaluations de rendement et leurs promotions hésiteront à défendre les intérêts des employés que la direction pourrait ne pas voir sous un jour favorable.

[203] Tant les juges majoritaires que les appelantes négligent toutefois la représentativité. Le représentant se doit de bien défendre les intérêts de tous les employés. Celui qui restreint le cadre de son mandat en fonction de ce que lui permet la direction ou qui fait passer ses intérêts professionnels avant ceux de l'ensemble des employés devra répondre de ses gestes. Dès lors que les employés disposent de recours pour s'assurer que leur point de vue est relayé à la direction et que leurs représentants travaillent dans leur intérêt, le processus de relations de travail n'est pas dominé par la direction et les employés disposent de moyens leur permettant de travailler en vue de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail.

[204] En conséquence, le modèle Wagner est loin d'être le seul moyen qui permet d'assurer une véritable négociation collective; d'autres régimes pourraient être aussi efficaces sinon plus. Il n'appartient pas à la Cour d'empêcher des réformes législatives en cristallisant certaines caractéristiques essentielles d'un régime particulier et en les intégrant à la garantie fondamentale de la liberté d'association prévue par la *Charte*.

C. *Caractère contradictoire*

[205] En exigeant l'indépendance et en la définissant comme ils le font, les juges majoritaires constitutionnalisent les relations de travail contradictoires, un trait caractéristique du modèle Wagner. Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. 2*d*) de la *Charte* protège actuellement le processus par lequel les employés peuvent formuler des revendications et s'assurer que l'employeur les examine de bonne foi.

2015 SCC 1 (CanLII)

make their representations through an adversarial advocate rather than through a collaborative model.

[206] Research has suggested that adversarialism generates outcomes that are less beneficial for employees than systems involving labour-management cooperation: see R. J. Adams, "Public Employment Relations: Canadian Developments in Perspective", in G. Swimmer, ed., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring* (2001), 212, at p. 221. Critics have decried the inherently adversarial nature of the Wagner model of labour relations as inconsistent with modern "high performance workplace" systems, and have noted that the Wagner model's encouragement of conflict may be associated with lower levels of performance: Adams, "A Pernicious Euphoria", at pp. 344-45. Roy J. Adams has noted the negative consequences of the Wagner model, including the model's encouragement of employee exclusion from managerial decision making: *ibid.*, at pp. 342-45.

[207] It is a mistake to view an adversarial approach as essential to meaningful collective bargaining. Where there are discussions between employees and management allowing employee concerns to be taken into account in future planning, a collaborative form of negotiation can be better at furthering workplace goals than an adversarial negotiation that takes place after managerial planning and decisions have been made and positions hardened.

[208] No labour relations model is perfect. That is why governments need flexibility to select the appropriate model in any given situation and to adapt to changing circumstances. The majority concedes that there "has been ongoing debate on the desirability of various forms of workplace representation and cooperation and on their coexistence"

Rien dans ce processus n'oblige les employés à formuler leurs observations par l'intermédiaire d'un porte-parole qui mise sur l'affrontement plutôt que de recourir à un modèle axé sur la collaboration.

[206] Les recherches indiquent que l'antagonisme produit des résultats moins avantageux pour les employés que les systèmes faisant appel à une collaboration entre les travailleurs et la direction (voir R. J. Adams, « Public Employment Relations : Canadian Developments in Perspective » dans G. Swimmer, dir., *Public-Sector Labour Relations in an Era of Restraint and Restructuring* (2001), 212, p. 221). Les critiques reprochent au modèle Wagner des relations de travail son caractère intrinsèquement contradictoire en faisant valoir qu'il est incompatible avec les systèmes modernes de [TRADUCTION] « milieux de travail à haut rendement »; ils font également observer qu'il est possible d'associer le fait que le modèle Wagner encourage les conflits aux niveaux plus faibles de rendement obtenus (Adams, « A Pernicious Euphoria », p. 344-345). En outre, l'auteur Roy J. Adams a signalé les conséquences néfastes du modèle Wagner, dont le fait qu'il incite la direction à exclure les employés de la prise de décisions (*ibid.*, p. 342-345).

[207] C'est une erreur de considérer le modèle contradictoire comme essentiel à la tenue de véritables négociations collectives. Lorsque des discussions entre les employés et la direction permettent la prise en compte des préoccupations des employés lors des planifications futures, une forme de négociation axée sur la collaboration peut davantage favoriser l'atteinte des objectifs en milieu de travail qu'une négociation contradictoire qui intervient après la planification et après que les décisions ont été prises par la direction et que les parties ont durci leur position.

[208] Aucun modèle de relations de travail n'est parfait. C'est la raison pour laquelle les gouvernements doivent faire preuve de souplesse lorsqu'ils choisissent celui qui convient à une situation donnée et c'est la raison pour laquelle ils doivent tenir compte de l'évolution de la situation. Les juges majoritaires prennent acte du

2015 SCC 1 (CanLII)

and that "[t]he search is not for an 'ideal' model" (paras. 96-97). The majority also acknowledges that "nothing in the *Charter* prevents an employee association from engaging willingly with an employer in different, less adversarial and more cooperative ways" (para. 97). I agree that s. 2(*d*) has not been interpreted to impose a particular type of labour relations framework, until now.

[209] By making the independence of an employee association a necessary condition to satisfy s. 2(*d*) of the *Charter*, the majority ensures that conflict-based rather than collaborative schemes will be inevitable. To say that parties are still free to cooperate with each other is unrealistic once this Court has entrenched a requirement for a Wagner-style scheme, which inescapably leads to confrontation and posturing. A bargaining agent that takes a cooperative approach to negotiating with an employer will be vulnerable to the same criticisms leveled by the appellants here — that they have become one with management and are not identifying and advancing employee workplace goals free from management influence or interference. Inevitably, bargaining agents will have to embrace a confrontational rather than cooperative style of negotiations, not only to justify their existence but to keep more aggressive, rival bargaining agents at bay. The result will be to widen differences between employee and employer bargaining positions and make negotiation and resolution more difficult to achieve.

[210] Implicit in the majority's articulation of meaningful collective bargaining is the view that management is the enemy of the employees and the only way in which employees may improve their position is through adversarial confrontation.

« débat actuel sur l'opportunité de différentes formes de représentation et de collaboration en milieu de travail et sur leur coexistence » et du fait qu'il « ne s'agit pas de trouver le régime "idéal" de négociation collective » (par. 96-97). Ils reconnaissent également que « rien dans la *Charte* n'empêche une association d'employés de s'engager librement avec l'employeur dans un type de négociation différent, moins contradictoire et davantage axé sur la collaboration » (par. 97). Je suis d'accord pour dire que l'al. 2*d*) n'a pas été interprété de manière à imposer un type de cadre de relations de travail donné, du moins jusqu'à maintenant.

[209] En faisant de l'indépendance d'une association d'employés une condition nécessaire pour satisfaire à l'al. 2*d*) de la *Charte*, les juges majoritaires s'assurent que ce sont des modèles axés sur la confrontation plutôt que sur la collaboration qui seront inévitablement mis en place. Dire que les parties pourront encore collaborer est irréaliste dès lors que la Cour aura consacré la nécessité d'adopter un système inspiré du modèle Wagner, un système qui conduit forcément à la confrontation et au durcissement des positions. Dans un tel contexte, l'agent négociateur qui adopterait une approche collaborative pour négocier avec l'employeur prêterait le flanc aux mêmes critiques que celles formulées par les appelantes en l'espèce : il se ferait reprocher d'avoir pris fait et cause pour la direction, de ne pas s'identifier aux objectifs des employés quant à leurs conditions de travail et de ne pas défendre leurs intérêts à l'abri de l'influence ou de l'ingérence de la direction. Inévitablement, les agents négociateurs devront adopter un style de négociation axé sur la confrontation plutôt que sur la collaboration, non seulement pour justifier leur existence, mais pour tenir à distance des agents négociateurs rivaux plus agressifs. Du coup, l'écart entre les positions de négociation de la direction et des employés se creusera encore plus, ce qui rendra les négociations et la recherche d'une solution plus difficiles.

[210] La façon dont les juges majoritaires conçoivent la notion de véritable négociation collective laisse implicitement entendre que la direction est l'ennemi des employés et que la seule façon pour ces derniers d'améliorer leur sort consiste

2015 SCC 1 (CanLII)

However, a collaborative model that provides an opportunity for employees to have input and influence at the strategic planning stage of decision making can enhance rather than undermine employee control over their working conditions. Collaborative models are consistent with the majority's holding in *Health Services*, that the employees' right to collective bargaining "requires both employer and employees to meet and to bargain in good faith, in the pursuit of a common goal of peaceful and productive accommodation" (para. 90 (emphasis added)).

[211] To hold that the derivative right to collective bargaining in s. 2(*d*) of the *Charter*, as determined in *Fraser*, mandates that workplace associations be structurally independent of the employer constitutionalizes an adversarial model of labour relations and effectively excludes collaborative models. To enshrine an adversarial model of labour relations as a *Charter* right reverses this Court's findings in *Health Services* and in *Fraser* that s. 2(*d*) does not guarantee a particular model of collective bargaining or a particular outcome: *Fraser*, at para. 45; *Health Services*, at para. 91. The majority in *Fraser* further noted that "the logic of *Dunmore* and *Health Services* is at odds with the view that s. 2(*d*) protects a particular kind of collective bargaining": para. 46. Less than four years after *Fraser*, the majority reverses not only the Labour Trilogy (*Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460), *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and *Delisle*, but also *Health Services* and *Fraser* in order to arrive at the result it seeks in this case. In doing so, the majority ignores the caution given in *Fraser*:

à recourir à la confrontation et à l'affrontement. Toutefois, un modèle axé sur la collaboration qui offre la possibilité aux employés de participer à l'étape de la planification stratégique de la prise de décision et d'influencer celle-ci est susceptible d'améliorer et non de miner le contrôle des employés sur leurs conditions de travail. De fait, les modèles axés sur la collaboration s'accordent avec la conclusion des juges majoritaires dans *Health Services* suivant laquelle le droit des employés à la négociation collective « implique que l'employeur et les employés se rencontrent et négocient de bonne foi en vue de réaliser leur objectif commun d'accommodement par des moyens pacifiques et productifs » (par. 90 (je souligne)).

[211] Conclure que le droit dérivé à la négociation collective conféré par l'al. 2*d*) de la *Charte*, qui a été reconnu dans *Fraser*, exige que les associations créées en milieu de travail soient structurellement indépendantes de l'employeur revient à constitutionnaliser un modèle de relations de travail axé sur la confrontation et à exclure tout modèle axé sur la collaboration. Inscrire un modèle de relations de travail contradictoire en tant que droit reconnu par la *Charte* revient à répudier les conclusions tirées antérieurement par la Cour selon lesquelles l'al. 2*d*) ne garantit ni l'application d'un modèle particulier de négociation collective, ni l'obtention d'un résultat donné (*Fraser*, par. 45; *Health Services*, par. 91). Les juges majoritaires dans *Fraser* ont également fait observer que « la logique qui sous-tend les arrêts *Dunmore* et *Health Services* n'admet pas l'idée que l'al. 2*d*) protège un type particulier de négociation collective » (par. 46). Or, moins de quatre ans après le prononcé de cet arrêt, les juges majoritaires désavouent non seulement la trilogie en matière de droit du travail (*Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460), *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, et *Delisle*, mais ils répudient également les arrêts *Health Services* et *Fraser* pour pouvoir parvenir au résultat qu'ils recherchent dans le cas qui nous occupe. Ce faisant, les juges majoritaires ignorent la mise en garde formulée dans *Fraser* :

2015 SCC 1 (CanLII)

The seriousness of overturning two recent precedents of this Court, representing the considered views of firm majorities, cannot be overstated. This is particularly so given their recent vintage. *Health Services* was issued only four years ago, and, when this appeal was argued, only two years had passed. [para. 57]

[212] As this Court recently observed in *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101: "Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies" (para. 38). Certainty in the law is essential: it permits Canadians to know what to expect from the courts, their governments, and each other. It is open to this Court to depart from its previous jurisprudence in some circumstances, but the importance and value of certainty demand that such departures be made infrequently and only where they have been carefully and explicitly considered to ensure that the departure is justified and that the implications of such a deviation from the normal rule of *stare decisis* have been fully and carefully analyzed. The majority has failed to do so and its departure from authoritative precedents does not satisfy this high standard.

D. *Is It Effectively Impossible to Achieve Workplace Goals?*

[213] In *Fraser*, the test for infringement of s. 2(*d*) of the *Charter* was stated to be whether the government action or legislation made it *effectively impossible* for employees to join in meaningful association to make representations to the employer and to have their views considered in good faith: para. 98. There is no escaping the majority's decision in that case; it referred to the test of impossibility — either effective or substantial impossibility — *no less than 12 times*, tracing its origins in the decisions of *Dunmore* and *Health Services* and then applying it to the case before the Court: see *Fraser*, at paras. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 and 98. Despite the emphatic finding in *Fraser* that "the question is

On ne saurait trop insister sur la gravité du renversement de deux arrêts récents de la Cour qui expriment l'avis réfléchi de majorités claires. Leur caractère récent milite d'autant plus contre leur abandon. *Health Services* a été prononcé il y a seulement quatre ans, et lorsque le présent pourvoi a été entendu, seulement deux ans s'étaient écoulés. [par. 57]

[212] Ainsi que la Cour l'a récemment fait observer dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101 : « La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law » (par. 38). La certitude du droit est essentielle : elle permet aux Canadiens de savoir à quoi s'attendre des tribunaux, de leurs gouvernements et les uns des autres. Si la Cour peut bel et bien rompre avec sa jurisprudence antérieure dans certaines circonstances, l'importance et la valeur de la notion de certitude exigent qu'elle ne le fasse que rarement et qu'après avoir attentivement et expressément examiné la situation pour s'assurer que sa décision est justifiée et que les conséquences de cette dérogation au principe habituel de la règle du *stare decisis* ont été attentivement et pleinement soupesées. Les juges majoritaires ne l'ont pas fait en l'espèce et leur décision de rompre avec la jurisprudence antérieure ne satisfait pas à cette norme exigeante.

D. *Est-il effectivement impossible de réaliser les objectifs des membres relatifs au travail?*

[213] Dans l'arrêt *Fraser*, le test permettant de conclure à une violation de l'al. 2*d*) de la *Charte* a été défini comme suit : la loi ou la mesure adoptée par l'État rend-elle *effectivement impossible* l'association véritable d'employés en vue de présenter des observations à l'employeur et de les voir prises en compte de bonne foi par lui? (par. 98). On ne peut ignorer la décision des juges majoritaires dans cet arrêt : ils mentionnent le critère de l'impossibilité — substantielle ou effective — *à pas moins de 12 reprises*, en en retraçant les origines aux arrêts *Dunmore* et *Health Services* et en appliquant ensuite ce critère à l'affaire dont ils sont saisis (voir *Fraser*, par. 31-34, 38, 42, 46-48, 62 et 98). Même si la Cour

2015 SCC 1 (CanLII)

whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals" (para. 46 (emphasis added)), less than four years later, the majority now says that "the majority in *Fraser* adopts substantial interference as the *legal test* for infringement of freedom of association": para. 75 (emphasis added). With respect, by resiling from a test so recently established and refusing to acknowledge this departure, the majority undermines the legitimacy of its approach in this appeal.

[214] The majority attempts to excuse its departure from the *Fraser* standard by asserting that the Court in that decision used "effective impossibility" to describe the effect of a legislative scheme but used "substantial interference" as the legal test for infringement of s. 2(*d*). Inconveniently for my colleagues, at para. 46, the majority in *Fraser* unambiguously states: "In every case, the question is whether the impugned law or state action has the effect of making it impossible to act collectively to achieve workplace goals" (emphasis added).

[215] Such clear language is now dismissed by the majority as "unnecessarily complicate[d]" (para. 77). However, the real complication is that the language in *Fraser* does not support the majority's revised s. 2(*d*) standard. There is no doubt that the majority in *Fraser* firmly established a high threshold for infringement of the derivative right to collective bargaining. A labour relations regime that permits representatives to advance the interests of employees to the employer, who must in turn consider and discuss these representations in good faith, will not meet this threshold and therefore will not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

déclare de façon catégorique dans l'arrêt *Fraser* que « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail » (par. 46 (je souligne)), moins de quatre ans plus tard, mes collègues affirment maintenant que « les juges majoritaires dans *Fraser* ont adopté le *test juridique* de l'entrave substantielle pour conclure à une atteinte au droit d'association » (par. 75 (je souligne)). Soit dit en tout respect, je suis d'avis qu'en répudiant un test admis aussi récemment et en refusant de reconnaître qu'ils s'en écartent, les juges majoritaires discréditent la légitimité de leur démarche dans le présent pourvoi.

[214] Les juges majoritaires tentent de justifier leur décision de s'écarter de la norme établie dans *Fraser* en faisant valoir que, dans cet arrêt, la Cour a recouru au concept de « l'impossibilité effective » pour décrire les effets d'un régime législatif, alors que c'est le test de « l'entrave substantielle » qui a été retenu comme test juridique pour juger de l'atteinte ou non au droit protégé par l'al. 2*d*). Malencontreusement pour mes collègues, au par. 46 de l'arrêt *Fraser*, les juges majoritaires déclarent sans équivoque que : « [l]a question demeure celle de savoir si la loi ou la mesure gouvernementale contestée rend impossible l'action collective visant la réalisation d'objectifs liés au travail » (je souligne).

[215] Les juges majoritaires écartent maintenant du revers de la main une formulation pourtant limpide en faisant valoir qu'elle « compliqu[e] inutilement » l'analyse (par. 77), alors que la véritable complication réside plutôt dans le fait que la formulation de l'arrêt *Fraser* n'appuie pas la norme révisée qu'ils appliquent à l'al. 2*d*). Il ne fait aucun doute que, dans *Fraser*, les juges majoritaires ont fixé un seuil exigeant pour pouvoir conclure à la violation du droit dérivé à la négociation collective. Un régime de relations de travail qui permet aux représentants des employés de défendre les intérêts de ces derniers auprès de l'employeur qui doit, à son tour, examiner et analyser ces représentations de bonne foi, n'atteint pas ce seuil minimal et ne contrevient donc pas à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

2015 SCC 1 (CanLII)

[216] The majority, however, now lowers this threshold by adopting a substantial interference test, stating that "the ultimate question to be determined is whether the measures disrupt the balance between employees and employer that s. 2(*d*) seeks to achieve, so as to substantially interfere with meaningful collective bargaining" (para. 72). With respect, the majority's numerous references to balance and equilibrium blur the true effect of its decision: to impose adversarial collective bargaining on the complex labour negotiation process.

[217] Despite *Fraser*'s repeated articulation of the effective impossibility test, the majority now reverts to a less stringent test in order to reach its desired outcome. It finds that the SRRP substantially interferes with the ability of RCMP members to associate to achieve collective workplace goals because the collaborative scheme does not achieve the employer-employee balance it says s. 2(*d*) of the *Charter* now requires. Fairness and certainty require that where settled law exists, courts must apply it to determine the result in a particular case. They may not identify a desired result and then search for a novel legal interpretation to bring that result about.

E. *Application to the Facts of This Case*

(1) The Imposition of the SRRP

[218] The majority finds that in both purpose and effect, the imposition of the SRRP violates s. 2(*d*) because RCMP members "are represented by an organization they did not choose and do not control", the SRRP is not independent of management, and the "process fails to achieve the balance between employees and employer that is essential to meaningful collective bargaining", leaving members in "a disadvantaged, vulnerable position" (para. 106). I respectfully disagree. The correct standard against

[216] Les juges majoritaires abaissent toutefois maintenant ce seuil en adoptant le test de l'entrave substantielle lorsqu'ils écrivent qu'« il faut essentiellement déterminer si les mesures en question perturbent l'équilibre des rapports de force entre les employés et l'employeur que l'al. 2*d*) vise à établir, de telle sorte qu'elles interfèrent de façon substantielle avec un processus véritable de négociation collective » (par. 72). J'estime, en toute déférence, que les nombreuses allusions des juges majoritaires à l'équilibre masquent l'effet véritable de leur décision, soit d'imposer un modèle contradictoire au processus complexe des négociations collectives.

[217] Même si le test de l'impossibilité effective a été formulé à répétition dans *Fraser*, les juges majoritaires se rabattent maintenant sur un test moins rigoureux pour parvenir au résultat qu'ils désirent. Ils concluent que le PRRF entrave de façon substantielle la capacité des membres de la GRC de s'associer pour réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail parce que ce modèle axé sur la collaboration ne permet pas d'atteindre l'équilibre employeur-employé exigé désormais selon eux par l'al. 2*d*) de la *Charte*. L'équité et la notion de certitude exigent que, lorsque la jurisprudence est déjà fixée, les tribunaux l'appliquent pour arrêter la solution dans l'affaire dont ils sont saisis. Ils ne peuvent pas déterminer à l'avance le résultat souhaité pour chercher ensuite une nouvelle interprétation juridique permettant d'obtenir ce résultat.

E. *Application aux faits de la présente affaire*

(1) L'imposition du PRRF

[218] Les juges majoritaires concluent que, tant par son objet que par ses effets, l'imposition du PRRF porte atteinte au droit protégé par l'al. 2*d*) parce que les membres de la GRC « se trouvent représentés par un organisme qu'ils n'ont pas choisi et qu'ils ne contrôlent pas », que le PRRF est dépourvu d'indépendance à l'égard de la direction, et que « [l]es employés se trouvent dans une position désavantageuse et vulnérable parce que le programme n'établit pas, entre eux et l'employeur, l'équilibre

2015 SCC 1 (CanLII)

which the SRRP should be evaluated is whether the process renders meaningful collective bargaining effectively impossible. Collective bargaining will be meaningful where the employee association is representative of employee interests. SRRs are able to fairly represent employee interests to management and the employer, in turn, considers their representations in good faith. Whether the *Fraser*-mandated effective impossibility test or even the majority's new substantial interference test is applied, it is clear that the SRRP does not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

(a) *Representativeness*

[219] RCMP members did not choose their associational framework for bargaining purposes. But this is not the crucial issue. Rather, this Court must consider whether the labour relations structure that was imposed by s. 96 of the *Royal Canadian Mounted Police Regulations, 1988*, SOR/88-361 (repealed and replaced by SOR/2014-281), enables RCMP members to have confidence in their spokespersons and whether those representatives have a duty to represent the interests of all employees and can be held to account. Management then has a constitutional obligation to consider in good faith the representations made on behalf of RCMP members: see *Fraser*, at para. 99.

[220] The SRRP must represent "the interests of all members of the Royal Canadian Mounted Police" (SRRP Constitution, s. 1 (emphasis added)) and must "facilitate [the] participation" of RCMP members "in the development and implementation of Force policies and programs" (SRRP Constitution, s. 2; see also SRRP Agreement, s. 1). RCMP members within a particular division or zone elect SRRs and sub-SRRs for that area (SRRP Constitution, ss. 4 and 16; SRRP Agreement, s. 3), and any RCMP member who is not in a conflict of interest may run for election. SRRs serve for a two-year term. They must "[c]onsult with members and/or their

essentiel à la tenue d'une véritable négociation collective » (par. 106). Soit dit en tout respect, je ne suis pas d'accord. La norme qu'il convient d'appliquer pour examiner le PRRF est celle de savoir si le processus mis en place rend effectivement impossible la tenue d'une véritable négociation collective. Il y a une telle négociation lorsque l'association d'employés représente les intérêts de ces derniers. Or, les RRF sont en mesure de représenter équitablement les intérêts des employés auprès de la direction, et l'employeur, à son tour, tient compte de bonne foi des revendications qui lui sont faites. Qu'on applique le test de l'impossibilité effective prévu par l'arrêt *Fraser* ou même le nouveau test de l'entrave substantielle proposé par les juges majoritaires, il est évident que le PRRF ne porte pas atteinte au droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

a) *Représentativité*

[219] Certes, les membres de la GRC n'ont pas choisi leur cadre associatif pour les besoins de la négociation. Ce n'est toutefois pas la question cruciale. La Cour doit plutôt se demander si la structure de relations de travail qui était prescrite par l'art. 96 du *Règlement de la Gendarmerie royale du Canada (1988)*, DORS/88-361 (abrogé et remplacé par DORS/2014-281) permet aux membres de la GRC d'avoir confiance en leurs porte-parole et crée l'obligation pour ces derniers de défendre les intérêts de l'ensemble des employés et de leur rendre des comptes. La direction a ensuite l'obligation constitutionnelle de tenir compte de bonne foi des observations présentées au nom des membres de la GRC (voir *Fraser*, par. 99).

[220] Le PRRF doit assurer la représentation des « intérêts de tous les membres de la Gendarmerie royale du Canada » (Statuts du PRRF, art. 1 (je souligne)) et doivent « faciliter [. . .] [la] participation [des membres de la GRC] à l'élaboration et à la mise en application des politiques et des programmes de la Gendarmerie » (Statuts du PRRF, art. 2; voir également l'Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 1). Les membres de la GRC d'une division ou d'une zone désignée choisissent leur RRF et les sous-représentants de cette région (Statuts du PRRF, art. 4 et 16; Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 3), et tout membre de la

2015 SCC 1 (CanLII)

representatives on issues affecting or potentially affecting them" (SRRP Constitution, s. 13(C)(3)), while sub-SRRs must "[e]stablish and maintain good working relations and open channels of communication with members, supervisors and the area commander" (SRRP Constitution, s. 14(B)(1)). The program is designed, in part, to "facilitate effective representation and participation at all appropriate levels" (SRRP Constitution, s. 3(D)). All sub-SRRs in a given division, zone or designated area may unanimously declare that they do not have confidence in an SRR, removing that SRR from office. Accordingly, SRRs can be held to account to ensure that they represent employee interests.

GRC qui n'est pas en conflit d'intérêts peut se porter candidat. Les RRF sont élus pour un mandat de deux ans. Ils doivent « [c]onsulter les membres, leurs représentants ou les deux sur les questions ayant ou pouvant avoir une incidence sur eux » (Statuts du PRRF, art. 13(C)(3)), tandis que les sous-représentants doivent « [é]tablir et maintenir de saines relations de travail et une communication ouverte avec les membres, les superviseurs et le chef de secteur » (Statuts du PRRF, art. 14(B)(1)). Le programme est conçu pour, notamment, « facilit[er] la représentation et la participation efficaces à tous les niveaux appropriés » (Statuts du PRRF, art. 3(D)). Tous les sous-représentants d'une division, d'une zone ou d'un secteur désigné peuvent unanimement déclarer qu'ils retirent leur confiance à un RRF et le destituer de son poste. On peut donc obliger les RRF à rendre des comptes pour s'assurer qu'ils défendent bel et bien les intérêts des employés.

[221] RCMP members may also form and join independent employee organizations of their choice, such as the appellant organizations and the Mounted Police Members' Legal Fund: see *Delisle*, at para. 31. These associations are able to submit the concerns of their members about workplace issues to the SRRs and sub-SRRs. The SRRP Constitution specifies that SRRs have the duty to represent members' interests: this includes the duty to "[c]onsult with members and/or their representatives on issues affecting or potentially affecting them that are the subject of discussion in committees, at [the SRRP] Caucus or as part of studies or reviews" (s. 13(C)(3)). Sub-SRRs are similarly responsible for liaising between SRRs and members, and must "alert the SRR and management to emerging issues and concerns requiring redress at their level": SRRP Constitution, s. 14(B)(2).

[221] Les membres de la GRC peuvent aussi constituer les associations indépendantes de travailleurs de leur choix, comme les organisations appelantes et le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie, et y adhérer (voir *Delisle*, par. 31). Ces associations peuvent soumettre aux RRF et aux sous-représentants les préoccupations de leurs membres au sujet de problèmes relatifs au travail. Les Statuts du PRRF précisent que les RRF ont l'obligation de défendre les intérêts de leurs membres, ce qui comprend l'obligation de « [c]onsulter les membres, leurs représentants ou les deux sur les questions ayant ou pouvant avoir une incidence sur eux et faisant l'objet de discussions en comité ou en Caucus, ou dans le cadre d'études ou d'examens » (art. 13(C)(3)). Les sous-représentants sont également chargés de faire le lien entre les RRF et les membres de la GRC et doivent « aviser les RRF et la direction des préoccupations et des problèmes nouveaux devant être abordés à leur niveau » : Statuts du PRRF, art. 14(B)(2).

[222] The appellants present some evidence that SRRs do not always engage with independent employee associations. But this does not render the system unconstitutional, as long as the SRRs represent the interests of all employees and can be held

[222] Les appelantes ont présenté certains éléments de preuve suivant lesquels les RRF ne collaborent pas toujours avec les associations d'employés indépendantes. Cela ne rend pas pour autant le système inconstitutionnel, dans la mesure où les

2015 SCC 1 (CanLII)

to account. Moreover, if it is the case that some SRRs don't fully represent the interests of the members, the situation can be remedied without abolishing the entire labour relations model and certainly without declaring the scheme unconstitutional.

[223] The current SRRP is far removed from the original target of U.S. Senator Wagner's labour bill: ". . . the sham or dummy union which is dominated by the employer, which is supported by the employer, which cannot change its rules or regulations without his consent, and which cannot live except by the grace of the employer's whims": explanatory statement by Senator Wagner on February 21, 1935, in the Senate upon introducing bill S. 1958 (79 Cong. Rec. 2368, at 2372), in *Legislative History of the National Labor Relations Act, 1935*, vol. 1 (1949), at p. 1313.

[224] Following this Court's decision in *Delisle*, a number of changes were made to the SRRP that, as the trial judge acknowledged, enhanced its autonomy. The Staff Relations Program Officer, chosen by the RCMP Commissioner, was replaced by a Program Director selected by, and accountable to, the SRRP's National Caucus. In 2003, the Commissioner's Standing Orders which had governed the SRRP were replaced with the SRRP Constitution and SRRP Agreement adopted the previous year. Further, SRRs are able to challenge the conduct of RCMP management, in the labour relations context, in the courts. The companion case *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, is an illustration of that fact.

[225] Should management or the government now attempt to unjustifiably strip away RCMP members' representational rights, the requirement to bargain in good faith will not be met. In these circumstances, the members will have judicial recourse

RRF représentent les intérêts de l'ensemble des employés et peuvent être tenus de rendre des comptes. En outre, s'il advenait que certains RRF ne représentaient pas pleinement les intérêts des membres, il serait possible de remédier à la situation sans abolir tout le modèle de relations de travail et certainement sans déclarer le régime inconstitutionnel.

[223] Le PRRF actuel est loin de ce que visait le sénateur américain Wagner lorsqu'il a proposé son projet de loi original sur le droit du travail : [TRADUCTION] « . . . le syndicat de façade ou de pacotille dominé par l'employeur qui ne peut changer ses règles et ses règlements sans le consentement de ce dernier et dont l'existence même dépend des caprices de l'employeur » (exposé explicatif du sénateur Wagner du 21 février 1935 devant le Sénat lors de la présentation du projet de loi de 1958 (79 Cong. Rec. 2368, p. 2372), dans *Legislative History of the National Labor Relations Act, 1935*, vol. 1 (1949), p. 1313.

[224] À la suite de l'arrêt *Delisle* de la Cour, plusieurs changements ont été apportés au PRRF qui, comme l'a reconnu le juge de première instance, en ont amélioré l'autonomie. L'agent des programmes des relations de travail, qui était choisi par le commissaire de la GRC, a été remplacé par un directeur de programme qui est choisi, lui, par le Caucus national du PRRF et qui doit rendre des comptes à ce dernier. En 2003, les Consignes du commissaire qui régissaient le PRRF ont été remplacées par les Statuts du PRRF et par l'Entente entre le commissaire et le PRRF adoptés l'année précédente. De plus, les RRF peuvent désormais contester devant les tribunaux les agissements de la direction de la GRC dans le contexte des relations de travail. Le pourvoi connexe *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, est une illustration de ce nouveau pouvoir.

[225] Si la direction ou le gouvernement tentait maintenant de dépouiller de façon injustifiable les membres de la GRC de leurs droits d'être représentés, l'obligation de négocier de bonne foi ne serait pas respectée. Dans ces conditions, les membres de

2015 SCC 1 (CanLII)

to assert their *Charter* right to meaningful collective bargaining.

[226] The appellants point out that executive members or leaders of employee associations such as the appellant organizations have been prevented from running as SRRs. The appellants intimate that this is indicative of management interference with freedom of association. However, the evidence is that the SRRP Caucus is responsible for this rule, not management. And nothing precludes other members of the appellant associations from running for SRR positions. Employee associations like the appellants are essentially rivals of the SRRP. Were a Wagner-type model in place for the RCMP, only one of the appellants could succeed in their bid to be the members' bargaining agent. Similar restrictions would apply against holding a leadership role within rival, independent employee associations. Restrictions of this nature reasonably seek to preclude conflicts of interest in the duties and commitments undertaken for competing associations. They do not indicate employer interference with the SRRP.

[227] In oral argument, the appellants expressed concerns that financial constraints on the SRRP may limit the efficacy of representation. However, the appellants conceded that there was no evidence that budgetary constraints had prevented the SRRP from representing members. It may be that a government employer cannot provide an unlimited budget for its collaborative model of labour relations. However, as the appellants know, independent employee associations also face funding limits based on their income from union dues and other sources.

[228] On an operational level, the SRRP benefits from a high level of financial autonomy: while the RCMP determines an annual budget for the SRRP, which is approved by managers at the various levels, the National Executive Council ("NEC")

la GRC pourraient s'adresser aux tribunaux pour faire respecter le droit à une véritable négociation collective que leur reconnaît la *Charte*.

[226] Les appelantes soulignent que les membres de l'exécutif ou les dirigeants des associations d'employés comme les organisations appelantes ont été empêchés de se porter candidats à des postes de RRF. Selon elles, on peut en conclure que la direction a entravé leur liberté d'association. Or, suivant la preuve, c'est le Caucus national du PRRF qui s'occupe de cette règle et non la direction. Et rien n'empêche les autres membres des associations appelantes de se porter candidats à des postes de représentants. Les associations d'employés comme les appelantes sont essentiellement des rivales du PRRF. Si un modèle Wagner était en vigueur dans le cas de la GRC, une seule des appelantes pourrait réussir à être retenue comme agent négociateur. Des restrictions semblables s'appliqueraient aux postes de dirigeants dans le cas d'associations d'employés indépendantes rivales. Les restrictions de cette nature visent légitimement à empêcher des conflits d'intérêts dans les obligations et les engagements souscrits pour des associations concurrentes. Elles n'indiquent pas une ingérence de l'employeur dans le PRRF.

[227] Lors des débats, les appelantes ont expliqué craindre que les contraintes financières imposées au PRRF ne limitent l'efficacité de la représentation. Elles ont toutefois admis que rien ne permettait de penser que des contraintes budgétaires avaient empêché jusqu'ici le PRRF de représenter ses membres. Il se peut qu'un employeur gouvernemental ne puisse offrir un budget illimité pour son modèle de relations de travail axé sur la collaboration. Cela dit, comme les appelantes le savent bien, les associations d'employés indépendantes font elles aussi face à des limites de financement en raison des revenus qu'elles reçoivent sous formes notamment de cotisations syndicales.

[228] Sur le plan opérationnel, le PRRF jouit d'une grande autonomie financière : bien que la GRC établisse le budget annuel du programme, budget qui est approuvé par des gestionnaires à divers niveaux, c'est le Comité exécutif national (« CEN »)

2015 SCC 1 (CanLII)

of the SRRP is responsible for managing it (SRRP Agreement, ss. 12 and 14). The Commissioner does not influence, guide, or control the budgetary decisions of the NEC. The SRRP Agreement also contains a procedure through which the SRRP may request additional funding: s. 13.

[229] The SRRP allows for meaningful collective bargaining between RCMP members and their employer. The evidence before this Court is that SRRs fairly advance employee interests to management and thus the SRRP meets the constitutional requirement of representativeness mandated under this Court's interpretation of s. 2(*d*).

(b) *The SRRP Does Not Render Collective Bargaining Effectively Impossible*

[230] The majority contends that the imposition of the SRRP was designed to thwart association. It says that the SRRP's predecessor program was "openly presented as an alternative to unionization" (para. 108). Yet both the SRRP Constitution and the SRRP Agreement, which continued that program under its current form and name, indicate that the purpose of the SRRP is not to preclude freedom of association. Rather, its purpose is to create a collaborative system of labour relations "governed by the spirit of cooperation, mutual respect and trust in which the Program was conceived" (SRRP Constitution, s. 3(B)) and to ensure "the promotion of mutually beneficial relations" (SRRP Agreement, s. 1). Further, the trial judge found as fact that "the collaboration that occurs between the SRRs and management is extensive and that it is carried out in good faith by everyone involved": (2009), 96 O.R. (3d) 20, at para. 31.

[231] As an alternative to the formation of an adversarial association, a collaborative labour relations scheme was a reasonable policy choice for a national police force. As noted by the Attorney General of Canada, the RCMP is the only police

du PRRF qui est chargé de gérer ce budget (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 12 et 14). Le commissaire n'influence, ne guide ni ne contrôle aucune des décisions budgétaires du CEN. L'Entente entre le commissaire et le PRRF prévoit également une procédure qui permet au PRRF d'obtenir du financement supplémentaire (art. 13).

[229] En définitive, le PRRF permet une véritable négociation collective entre les membres de la GRC et leur employeur. Suivant la preuve soumise à la Cour, les RRF défendent équitablement les intérêts des employés auprès de la direction; le PRRF respecte donc l'exigence constitutionnelle de représentativité exigée selon l'interprétation que la Cour a donnée à l'al. 2*d*).

b) *Le PRRF ne rend pas effectivement impossible une véritable négociation collective*

[230] Les juges majoritaires prétendent que l'imposition du PRRF a été conçue de manière à faire obstacle à la liberté d'association. Ils affirment que le programme qui a précédé le PRRF était « ouvertement présenté comme une solution de rechange à la syndicalisation » (par. 108). Or, tant les Statuts du PRRF que l'Entente entre le commissaire et le PRRF — qui a prolongé ce dernier sous son nom et sa forme actuels — indiquent que le programme n'a pas pour objet de faire obstacle à la liberté d'association, mais plutôt de créer un régime de relations de travail axé sur la collaboration, « emprein[t] de l'esprit de collaboration, de respect mutuel et de confiance dans lequel [il] a été conçu » (Statuts du PRRF, art. 3(B)), et visant à « promouvoir des relations mutuellement avantageuses » (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 1). De plus, le juge de première instance a conclu [TRADUCTION] « qu'il existe une grande collaboration entre les RRF et la direction, le tout dans un climat de bonne foi de la part de chacun » ((2009), 96 O.R. (3d) 20, par. 31).

[231] Comme solution de rechange à la formation d'une association axée sur la confrontation, un régime de relations de travail fondé plutôt sur la collaboration constituait un choix de principe raisonnable pour un corps policier national. Ainsi que

2015 SCC 1 (CanLII)

force wholly responsible for national security. It can be called upon to play a role when there are strikes among provincial correctional services workers, and may be the only provider of a particular police service in a geographical area. Those dependent upon its security services cannot be left vulnerable during a confrontational work stoppage, or doubt its neutrality during a prison strike. The constitutional inquiry is not whether the SRRP is sufficiently independent or adversarial, but, according to *Fraser*, whether it renders associative activities by RCMP members in order to achieve workplace goals effectively impossible. It plainly does not.

le procureur général du Canada l'a fait observer, la GRC est le seul service de police chargé d'assurer la sécurité à l'échelle nationale. Ses membres peuvent être appelés à intervenir en cas de grève déclenchée par les travailleurs des services correctionnels provinciaux, et ils peuvent être les seuls fournisseurs de services policiers sur un territoire donné. Les personnes qui dépendent des services de maintien de l'ordre qu'offre la GRC ne peuvent être laissées dans une position de vulnérabilité au cours d'un arrêt de travail susceptible de dégénérer en affrontements, et elles ne doivent pas douter de sa neutralité au cours d'une grève dans un établissement carcéral. L'analyse constitutionnelle ne consiste pas à se demander si le PRRF est suffisamment indépendant ou s'il s'agit d'un modèle contradictoire, mais plutôt, suivant l'arrêt *Fraser*, à se demander s'il rend effectivement impossibles les activités d'association des membres de la GRC en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Ce n'est de toute évidence pas le cas.

[232] The SRRP facilitates association insofar as it is "responsible for representation of the interests of all members of the Royal Canadian Mounted Police", from Constable to Commissioner: SRRP Constitution, s. 1.

[232] Le PRRF facilite l'association dans la mesure où il « assur[e] la représentation des intérêts de tous les membres de la Gendarmerie royale du Canada », du simple agent jusqu'au commissaire (Statuts du PRRF, art. 1).

[233] Democratically elected SRRs and sub-SRRs are tasked with representing RCMP members at all levels of the Force before management. The specific duties of SRRs include providing information, guidance, and support to RCMP members; attempting to resolve workplace issues informally and at the lowest level possible; representing members' interests and ensuring their participation in the overall management of the RCMP; and supporting the effectiveness of the SRRP: SRRP Constitution, s. 13. Sub-SRRs have similar duties, and are also obliged to "liaise between the SRRs and members, dealing with first-level needs and notifying the SRR of emerging issues": SRRP Constitution, s. 14(B). Both SRRs and sub-SRRs are expected to communicate with management at the appropriate level (SRRP Constitution, ss. 13(B) and 14(B)(1); SRRP Agreement, s. 9(a)) and to represent member interests in meetings, committees, and studies: SRRP Constitution, ss. 13(C) and 14(C); SRRP

[233] Les RRF et les sous-représentants qui sont démocratiquement élus se voient confier la tâche de représenter les membres de la GRC auprès de la direction, à tous les niveaux de la GRC. Parmi les attributions des RRF, mentionnons les suivantes : renseigner, conseiller et soutenir les membres de la GRC; tenter de résoudre à l'amiable et au plus bas niveau hiérarchique possible les questions relatives aux conditions de travail; défendre les intérêts des membres et assurer leur participation à la gestion globale de la GRC; et favoriser l'efficacité globale du PRRF (Statuts du PRRF, art. 13). Les sous-représentants ont des attributions semblables et sont tenus d'« [a]ssurer la liaison entre les RRF et les membres pour répondre aux besoins immédiats et aviser les RRF des problèmes nouveaux » (Statuts du PRRF, art. 14(B)). Les RRF et les sous-représentants sont censés communiquer avec la direction au niveau hiérarchique approprié (Statuts du PRRF, art. 13(B) et 14(B)(1); Entente entre le

2015 SCC 1 (CanLII)

Agreement, s. 9(b) to (d). These procedures ensure that RCMP members may submit their workplace concerns to management through the SRRP.

[234] The SRRP also prescribes duties and obligations for management. For instance, the SRRP Constitution states that "[c]ommunication between Staff Relations Representatives and RCMP management will be conducted openly and honestly" and that "[r]equests for information or assistance should be met in the spirit of cooperation within reasonable time frames" (s. 3(G)). Management must also respond to SRR and NEC requests and proposals "in a timely and open fashion" (SRRP Agreement, s. 11(b)); grant access to documents necessary for the conduct of SRRP business (s. 11(c)); and "provide rationale for major decisions" (s. 11(d)). And, the trial judge accepted "that RCMP management listens carefully and with an open mind to the views of SRRs in the consultative process established by the SRRP" (para. 68). Viewed together, these duties ensure that management considers the representations of SRRs and sub-SRRs in good faith. It cannot be said that such a process makes it effectively impossible for RCMP members to pursue collective workplace goals.

[235] There is evidence of the effectiveness of the SRRP. While the achievement of workplace goals is not protected by s. 2(*d*) of the *Charter*, the fact that the SRRP has been effective in some respects supports a conclusion that the program does not render meaningful collective bargaining effectively impossible. Changes were made to RCMP pensions in response to concerns raised by an SRR. The SRRP was also successful in obtaining an increase both to members' entitled funeral expenses and to

commissaire et le PRRF, art. 9a)); ils doivent aussi défendre les intérêts des membres lors d'assemblées, devant les comités et dans le cadre d'études (Statuts du PRRF, art. 13(C) et 14(C); Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 9b) à d)). Ce processus garantit que les membres de la GRC peuvent faire valoir leurs préoccupations relatives au travail auprès de la direction par l'entremise du PRRF.

[234] Le PRRF impose également certaines obligations à la direction. Par exemple, les Statuts du PRRF prévoient que « [l]a communication entre les représentants des relations fonctionnelles (RRF) et les cadres se fera de manière ouverte et honnête » et qu'on répondra aux « demandes de renseignements ou d'assistance dans un esprit de collaboration et dans un délai raisonnable » (art. 3(G)). La direction doit également répondre aux propositions et aux demandes des RRF ou du CEN « en temps opportun et de manière transparente » (Entente entre le commissaire et le PRRF, art. 11b)); « autorise[r] [. . .] l'accès aux [. . .] documents nécessaires à l'exécution des travaux du PRRF » (art. 11c)); et « justifie[r] toute décision importante » (art. 11d)). De plus, le juge de première instance a accepté le fait que [TRADUCTION] « la direction de la GRC écoute attentivement et avec un esprit ouvert les opinions exprimées par les RRF au cours du processus de consultation établi par le PRRF » (par. 68). Considérées globalement, ces obligations assurent que la direction tient compte de bonne foi des observations formulées par les RRF et par les sous-représentants. On ne peut pas dire que ce processus empêche effectivement les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail.

[235] En outre, des éléments de preuve tendent à démontrer l'efficacité du PRRF. Bien que la réalisation d'objectifs relatifs au travail ne soit pas protégée par l'al. 2*d*) de la *Charte*, le fait que le PRRF ait été efficace à certains égards permet de conclure que le programme ne rend pas effectivement impossible la tenue d'une véritable négociation collective. Des modifications ont été apportées au régime de retraite de la GRC en réponse aux préoccupations soulevées par un RRF. Le

2015 SCC 1 (CanLII)

the minimum life insurance coverage for pensioners over 70 years of age, and in resolving inequities related to the Force's relocation program, to name a few examples. The action commenced by Messrs. Meredith and Roach challenging the *Expenditure Restraint Act*, S.C. 2009, c. 2, s. 393, in the companion case of *Meredith*, indicates that SRRs do bring challenges against the employer in defence of employee interests.

[236] *Meredith* deals with issues relating to the Pay Council, which is separate from the SRRP, but which is one of two other bodies forming part of the labour relations regime of the RCMP. Two SRRs sit on the Pay Council to advocate the views of RCMP members on issues that have been identified by the SRRP Caucus or by management. The Pay Council makes recommendations about pay and benefits of RCMP members to the RCMP Commissioner. The Pay Council's objective is that RCMP members receive compensation near the average of the total compensation of the top three comparator police forces in Canada. Between 2000 and 2008, that objective was achieved in all but one year.

[237] In *Meredith*, the majority indicates that notwithstanding its finding that the labour relations regime imposed on members of the RCMP infringes freedom of association, the record established that RCMP members used the Pay Council to advance their compensation-related workplace goals: para. 25. With respect, if the scheme in place permits employees to make representations for good faith consideration by management in pursuit of collective workplace goals such as ensuring competitive rates of compensation, there is no principled basis upon which to hold it unconstitutional.

[238] The evidence indicates that the labour relations model adopted by Parliament does not make it effectively impossible for RCMP members to achieve their collective workplace goals. Even according to the new test articulated by the majority,

PRRF a également réussi à faire augmenter tant les frais funéraires auxquels les membres ont droit que l'assurance-vie de base des retraités de plus de 70 ans et à résoudre des iniquités relatives au programme de réinstallation de la GRC, pour ne nommer que quelques exemples. L'action introduite par MM. Meredith et Roach pour contester la *Loi sur le contrôle des dépenses*, L.C. 2009, c. 2, art. 393, dans le pourvoi connexe *Meredith*, indique aussi que les RRF défendent bel et bien les intérêts des employés en formulant des contestations contre l'employeur.

[236] L'affaire *Meredith* porte sur des questions relatives au Conseil de la solde, un organisme qui est distinct du PRRF, mais qui est l'un des deux autres organismes faisant partie du régime de relations de travail de la GRC. Deux RRF siègent au Conseil de la solde pour défendre les points de vue des membres de la GRC sur les questions qui ont été cernées par le Caucus du PRRF ou par la direction. Le Conseil de la solde formule des recommandations au sujet de la solde et des allocations des membres de la GRC et de son commissaire. Il vise à ce que la rémunération des membres de la GRC s'approche de la moyenne des trois corps de police canadiens ayant la rémunération la plus élevée dans le groupe de comparaison. Entre 2000 et 2008, cet objectif a été atteint chaque année sauf une.

[237] Dans *Meredith*, les juges majoritaires expliquent que, malgré leur conclusion selon laquelle le régime de relations de travail imposé aux membres de la GRC porte atteinte à leur liberté d'association, le dossier établit qu'ils se servent du Conseil de la solde pour tenter d'atteindre leurs objectifs en matière de rémunération (par. 25). J'estime, en toute déférence, que si le régime en vigueur permet aux employés de présenter des observations — dont la direction tient compte de bonne foi — afin d'atteindre des objectifs collectifs de travail tels que celui d'obtenir des taux de rémunération compétitifs, il n'y a aucune raison logique de déclarer ce régime inconstitutionnel.

[238] Suivant la preuve, le modèle de relations de travail qu'a retenu le législateur n'empêche pas effectivement les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Même en appliquant le nouveau test formulé par

2015 SCC 1 (CanLII)

the imposition of the SRRP as a labour relations scheme does not substantially interfere with a meaningful process of collective bargaining for RCMP members.

[239] The trial judge ultimately held that the SRRP provides a process of consultation, but not collective bargaining. This conclusion appears to rest on the fact that, despite the process of consultation envisaged by the SRRP, final decisions are made by management: see trial reasons, at paras. 69-70.

[240] However, the constitutional right to collective bargaining prescribes no particular model of labour relations and does not necessitate a dispute resolution process. In *Fraser*, this Court held that the *Agricultural Employees Protection Act, 2002*, S.O. 2002, c. 16 ("*AEPA*"), applicable to Ontario agricultural workers satisfied the requirements of collective bargaining under s. 2(*d*) of the *Charter*: para. 117. It is incongruous for this Court to strike down the SRRP, which provides a process of collective bargaining that is more robust than the one contained in the *AEPA* and which was previously upheld by this Court. This inconsistent result is even all the more jarring given the vulnerability of Ontario agricultural workers when compared with the advantageous position of RCMP members, who are "educated, empowered, and organised" (R.F., at para. 86). This is yet further evidence that the majority in this case departs from this Court's recent decision in *Fraser*.

[241] The SRRP facilitates "'a process of collective action to achieve workplace goals', requiring engagement by both parties": *Fraser*, at para. 117. It also involves good faith consideration of employee representations by management. That Parliament chose a collaborative model like the SRRP as a means of facilitating employer-employee engagement for the national police force does not mean that that model has rendered it effectively impossible for RCMP members to achieve collective workplace

les juges majoritaires, l'imposition du PRRF à titre de régime de relations de travail n'entrave pas substantiellement le processus véritable de négociation collective auquel participent les membres de la GRC.

[239] Le juge de première instance a conclu en définitive que le PRRF prévoyait un processus de consultation et non un processus de négociation collective. Cette conclusion semble reposer sur le fait que, malgré le processus de consultation envisagé par le programme, les décisions finales sont prises par la direction (voir motifs de première instance, par. 69-70).

[240] Or, le droit constitutionnel à la négociation collective n'impose aucun modèle particulier de relations de travail et ne requiert pas un processus de règlement des différends. Dans *Fraser*, la Cour a jugé que la *Loi de 2002 sur la protection des employés agricoles*, L.O. 2002, c. 16 (« *LPEA* »), qui s'applique aux travailleurs agricoles de l'Ontario, satisfaisait aux exigences du droit à la négociation collective protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte* (par. 117). Il est incongru que la Cour invalide le PRRF, qui prévoit un processus de négociation collective plus robuste que celui que prévoyait la *LPEA*, dont elle a pourtant confirmé la validité. Cette contradiction saute d'autant plus aux yeux lorsqu'on considère la vulnérabilité des travailleurs agricoles ontariens par rapport à la situation avantageuse des membres de la GRC, qui sont [TRADUCTION] « instruits, autonomes et organisés » (m.i., par. 86). Voilà une autre preuve que les juges majoritaires s'écartent du récent arrêt *Fraser* de la Cour.

[241] Le PRRF facilite « "une action collective visant à atteindre des objectifs liés au [. . .] travail" », et oblige les « deux parties [à] participer au processus » (*Fraser*, par. 117). Il suppose en outre que la direction examine de bonne foi le point de vue des employés. Le fait que le législateur ait retenu un modèle axé sur la collaboration comme le PRRF pour favoriser les relations employeurs-employés dans l'intérêt du corps policier national que constitue la GRC ne signifie pas qu'il est

2015 SCC 1 (CanLII)

goals. The SRRP does not infringe s. 2(*d*) of the *Charter*.

(2) Paragraph (*d*) of the Definition of "Employee" in Section 2(1) of the *PSLRA*

[242] The *Public Service Staff Relations Act*, S.C. 1966-67, c. 72 ("*PSSRA*"), was enacted in 1967 and created the first comprehensive collective bargaining rights regime for federal public servants. However, a number of categories of federal public servants were not included in this new regime, including casual employees, employees in managerial or confidential positions, and RCMP members (paras. (*e*), (*g*) and (*j*) of the definition of "employee" in s. 2).

[243] In 2003, the *PSSRA* was repealed and replaced by the *Public Service Labour Relations Act*, enacted by the *Public Service Modernization Act*, S.C. 2003, c. 22, s. 2 ("*PSLRA*"), which modernized labour relations in the federal public service. Section 2(1) of the *PSLRA* defines "employee" as a "person employed in the public service" subject to a list of exceptions. Paragraph (*d*) states that "a person who is a member or special constable of the Royal Canadian Mounted Police or who is employed by that force under terms and conditions substantially the same as those of one of its members" is excluded from the definition of "employee". The result of this provision is that the *PSLRA* labour relations scheme does not apply to RCMP members.[2]

[244] The majority finds that para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* infringes RCMP members' rights under s. 2(*d*) of the *Charter*. However, it is evident that it is not

[2] Note that RCMP members are not excluded from Part 3 of the *PSLRA* — Occupational Health and Safety.

devenu effectivement impossible pour les membres de la GRC de réaliser leurs objectifs collectifs relatifs au travail. Le PRRF ne porte pas atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte.*

(2) L'alinéa *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP*

[242] La *Loi sur les relations de travail dans la Fonction publique*, S.C. 1966-67, c. 72 (la « première *LRTFP* ») a été adoptée en 1967. Elle créait le premier régime complet de droits en matière de négociation collective pour les fonctionnaires fédéraux. Toutefois, certaines catégories de ces fonctionnaires étaient soustraites du champ d'application de ce régime, notamment les employés occasionnels, les employés occupant un poste de direction ou de confiance et les membres de la GRC (al. *e*), *g*) et *j*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure à l'art. 2).

[243] En 2003, la première *LRTFP* a été abrogée et remplacée par l'actuelle *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique* (la « *LRTFP* actuelle »), édictée par la *Loi sur la modernisation de la fonction publique*, L.C. 2003, c. 22, art. 2, de manière à moderniser les relations de travail dans la fonction publique fédérale. Le paragraphe 2(1) de la *LRTFP* actuelle définit comme suit le « fonctionnaire » : « personne employée dans la fonction publique », sous réserve d'une liste d'exceptions dont, à l'al. *d*), toute personne « qui est membre ou gendarme auxiliaire de la Gendarmerie royale du Canada, ou y est employée sensiblement aux mêmes conditions que ses membres ». Du fait de cette disposition, le régime de relations de travail créé par la *LRTFP* actuelle ne s'applique pas aux membres de la GRC[2].

[244] Les juges majoritaires concluent que l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle porte atteinte aux droits qui sont reconnus aux membres de la

[2] Il convient de signaler que les membres de la GRC ne sont pas soustraits au champ d'application de la partie 3 de la *LRTFP* actuelle — Santé et sécurité au travail.

2015 SCC 1 (CanLII)

the purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSLRA* to interfere with freedom of association nor is the effect of this exclusion to render collective bargaining effectively impossible. Moreover, the appellants' challenge to the exclusion of RCMP members from the federal public service labour relations regime was decisively dealt with in *Delisle*.

[245] The majority finds that the exclusion of RCMP members from the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* was "intended to deny RCMP members the right to form an independent association capable of engaging in a meaningful process of collective bargaining" (para. 126). In other words, the majority concludes that it was Parliament's intent to deny RCMP members' freedom of association. However, in *Delisle*, Bastarache J. found that "para. (*e*) of the definition of 'employee' in s. 2 of the *PSSRA* does not infringe s. 2(*d*) of the *Charter* in its purpose": para. 23.

[246] The conclusion of the majority in *Delisle* was that "the purpose of the exclusion of RCMP members is simply to not grant them any status under the *PSSRA* — trade union representation and all it entails — which does not violate the appellant's freedom of association": para. 22, per Bastarache J. The purpose of excluding RCMP members from the *PSLRA* is not to interfere with collective bargaining, but is driven by a legitimate concern that the model imposed under that legislation is ill suited to the national police force.

[247] It is true that *Delisle* was decided before *Health Services* and *Fraser* ushered in a more "purposive and generous approach to labour relations" (majority reasons, at para. 125). But the jurisprudential developments since *Delisle* do not allow this Court to conclude that the purpose of the exclusion is to deny RCMP members' associational rights. On the

GRC par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Il est toutefois évident que leur exclusion du champ d'application de la *LRTFP* actuelle n'a pas pour objet de nuire à leur liberté d'association et n'a pas l'effet de rendre effectivement impossible la tenue de véritables négociations collectives. De plus, la contestation que font les appelantes de l'exclusion des membres de la GRC du régime général des relations de travail des fonctionnaires fédéraux a été tranchée de façon définitive dans l'arrêt *Delisle*.

[245] Les juges majoritaires estiment que l'exclusion des membres de la GRC de la définition du terme « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle « vise à priver les membres de la GRC du droit de constituer une association indépendante capable de participer à un processus véritable de négociation collective » (par. 126). Autrement dit, les juges majoritaires ont conclu que l'intention du législateur était bel et bien de priver les membres de la GRC de la liberté d'association. Pourtant, dans l'arrêt *Delisle*, le juge Bastarache a conclu que « l'al. *e*) de la définition de "fonctionnaire" contenue à l'art. 2 de la [première] *LRTFP* ne porte pas atteinte par son objet à l'al. 2*d*) de la *Charte* » (par. 23).

[246] Selon la conclusion des juges majoritaires dans l'arrêt *Delisle*, « l'objet de l'exclusion des membres de la GRC est simplement de ne pas leur accorder de statut sous le régime de la *LRTFP*, soit la représentation syndicale et tout ce qu'elle entraîne, ce qui ne viole pas la liberté d'association de l'appelant » (par. 22, le juge Bastarache). L'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* n'a pas pour objet de nuire à la négociation collective; elle est plutôt motivée par la crainte légitime que le modèle prévu par cette loi ne convienne pas au service de police national que constitue la GRC.

[247] Certes, l'arrêt *Delisle* a été rendu avant que les arrêts *Health Services* et *Fraser* ne marquent le début d'une nouvelle ère se caractérisant par « des interprétations téléologiques et généreuses dans le contexte des relations de travail » (motifs des juges majoritaires, par. 125). Cependant, l'évolution de la jurisprudence depuis l'arrêt *Delisle* ne

2015 SCC 1 (CanLII)

contrary, the conclusion in *Delisle* was reaffirmed by this Court's statements in *Health Services* and *Fraser* that s. 2(*d*) of the *Charter* does not guarantee the right to a particular labour relations model or process. I do not agree with the reversal of these decisions.

[248] The evolution in the legal understanding of s. 2(*d*) bears no relation to the majority's finding in *Delisle* as to the purpose of the *PSSRA*, and thus cannot be used to support revisiting the issues settled in *Delisle*. Contrary to the majority's view in the case at bar, *Bedford* does not stand for the proposition that an evolution in one aspect of the law allows this Court (and lower courts) to discard all aspects of a previous decision. In this respect, *Bedford* merely stands for the proposition that courts can revisit *the particular legal issue* that has been found to have evolved dramatically.

[249] There has been no change of circumstances since this Court's 1999 decision in *Delisle* that would justify abandoning the determination of the purpose of the exclusion of RCMP members from the general federal public service labour relations scheme at issue in that case. In fact, quite the opposite: changes to the SRRP since 1999 have reinforced the understanding that the program's goal is to enhance representation of the interests of RCMP members without the imposition of an adversarial model. The SRRP Constitution, adopted in 2002, provides that its primary purpose is "to promote mutually beneficial relations between Force management and the wider membership" and states that the SRRP "will be recognized as the system and program of choice for management-employee relations for members of the RCMP" (ss. 2 and 3(A)). Likewise, an October 2002 agreement between the NEC of the SRRP and the RCMP Commissioner states that "[m]anagement at all appropriate levels will . . . recognize the role of the [SRRP]; . . . respond to proposals . . . from [the

permet pas à la Cour de conclure que l'exclusion en question vise à priver les membres de la GRC de la liberté d'association. Au contraire, la conclusion tirée dans cet arrêt a été confirmée par la Cour dans *Health Services* et *Fraser* lorsqu'elle a affirmé que l'al. 2*d*) de la *Charte* ne garantit pas le droit à un modèle ou à un processus particulier en matière de relations de travail. Je ne suis pas d'accord pour répudier ces décisions.

[248] L'évolution de l'interprétation juridique de l'al. 2*d*) n'a rien à voir avec la conclusion tirée par les juges majoritaires dans l'arrêt *Delisle* en ce qui concerne l'objet de la première *LRTFP*. On ne peut donc pas s'en servir pour revenir sur des questions qui ont été tranchées dans cet arrêt. Contrairement à ce qu'estiment les juges majoritaires dans la présente cause, à mon avis, l'arrêt *Bedford* ne permet pas d'affirmer que l'évolution d'un aspect du droit autorise la Cour — et les juridictions inférieures — à écarter tous les aspects d'une décision antérieure. À cet égard, l'arrêt *Bedford* se borne à appuyer la proposition selon laquelle les tribunaux peuvent réexaminer *le point de droit bien précis* dont ils ont conclu qu'il a fait l'objet d'une évolution spectaculaire.

[249] Depuis l'arrêt *Delisle* de la Cour rendu en 1999, il n'est survenu aucun changement de situation qui justifierait d'écarter la raison retenue dans cet arrêt pour expliquer l'exclusion des membres de la GRC du régime général des relations de travail régissant les fonctionnaires fédéraux en cause en l'espèce. En fait, c'est plutôt le contraire qui s'est produit : les modifications apportées au PRRF depuis 1999 ont renforcé l'idée que ce dernier a pour objet d'améliorer la défense des intérêts des membres de la GRC sans imposer un modèle contradictoire. Les Statuts du PRRF, qui ont été adoptés en 2002, prévoient en effet que le principal objectif du programme est de « promouvoir des relations mutuellement avantageuses entre la direction et les membres de la Gendarmerie » et qu'il « sera reconnu comme l'unique mécanisme de gestion des relations entre les membres et la direction de la GRC » (art. 2 et 3(A)). De même, l'entente conclue en octobre 2002 entre le CEN du PRRF et le commissaire de la GRC stipule que

2015 SCC 1 (CanLII)

SRRs] . . . in a timely fashion; and . . . provide rationale for major decisions" and that "[m]anagement and the [SRRP] will consult on specific human resources initiatives and national policy center committees in a timely and meaningful fashion" (SRRP Agreement, ss. 11(a), (b) and (d), 24). That Agreement also states that "[a]lthough final decisions rest with management, consultation will promote an active participatory regime" (s. 24).

« [l]es cadres de tous les niveaux pertinents [. . .] reconnaîtront le rôle du PRRF [et] répondront aux propositions [. . .] des RRF [. . .] en temps opportun et de manière transparente » et que « [l]a direction et les intervenants du PRRF se consulteront de manière utile et opportune sur les initiatives spéciales touchant les ressources humaines et sur les travaux des comités des centres nationaux de décision » (Entente entre le commissaire et le PRRF, al. 11a), b) et d), et art. 24). Cette entente stipule en outre que « [b]ien que les décisions finales incombent à la direction, la consultation favorisera la participation active des RRF » (art. 24).

[250] Even if we were to accept that *Delisle* was incorrectly decided and that the purpose of para. (*e*) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* in 1967 was to deny RCMP members meaningful collective bargaining, it does not follow that this continues to be the purpose of para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* today. The legislative context in which the exclusion operates has changed significantly since the *PSSRA* was enacted in 1967. To argue that Parliament may never revise its views as to the purpose of a statute or of a particular provision thereof in light of changes to the framework in which the statutory provision operates and must forever be held to the purpose it envisioned for the statute on the day of its initial enactment, is a fiction and fails to take into account the actual history of the legislative provision.

[250] Même si nous devions considérer que l'arrêt *Delisle* est mal fondé et que l'al. *e*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2 de la première *LRTFP* dans sa rédaction en vigueur en 1967 avait pour objet de priver les membres de la GRC d'une véritable négociation collective, il ne s'ensuit pas pour autant qu'il s'agit toujours de l'objectif visé par la disposition équivalente de la *LRTFP* actuelle (al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1)). Le contexte législatif dans lequel cette exclusion s'applique a considérablement évolué depuis l'adoption de la première *LRTFP* en 1967. Prétendre que le législateur ne peut jamais changer d'avis sur l'objet d'une loi ou d'une des dispositions de celle-ci à la lumière des changements apportés au cadre dans lequel elle s'applique et soutenir que le législateur doit s'en tenir à jamais à l'objectif qu'il avait en tête au moment où la version originale de la loi a été édictée est une illusion qui fait abstraction de l'historique véritable de la disposition législative en cause.

[251] When the *PSSRA* was enacted in 1967, there were two Orders in Council which forbade RCMP members from engaging in any collective bargaining activity. These were later revoked and, in 1974, the Division Staff Relations Representative Program was created, the predecessor of the SRRP (*Commissioner's Standing Orders (Division Staff Relations Representative Program)*, made pursuant to s. 21(2) of the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9).

[251] Lorsque la première *LRTFP* a été adoptée en 1967, deux décrets interdisaient aux membres de la GRC de participer à des activités de négociation collective. Ultérieurement, ces décrets ont été abrogés et, en 1974, le Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles, le prédécesseur du PRRF, a été créé (*Consignes du Commissaire (Programme des représentants divisionnaires des relations fonctionnelles)*, édictées en application du par. 21(2) de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, c. R-9).

2015 SCC 1 (CanLII)

[252] By 2003, when the *PSSRA* was replaced by the *PSLRA*, the RCMP labour relations scheme was considerably changed from that which existed in 1967. When s. 2 of the *PSSRA* was replaced by s. 2(1) of the *PSLRA*, Parliament reduced the number of exclusions from the definition of "employee" in the Act, thus expanding the categories of public servants who would be subject to the new statutory labour relations scheme. Parliament, however, maintained the exclusion of RCMP members. The decision to continue the exclusion was made with the knowledge that doing so did not deny members collective bargaining rights. These individuals were subject to a parallel labour relations regime — the SRRP.

[253] In *Big M Drug Mart*, this Court rejected the idea that legislative provisions could have shifting purposes in response to changing social conditions (see pp. 334-36). However, in this appeal, we are faced not with a question of social change, but of legislative change. The purpose of the exclusion of RCMP members from the *PSSRA* and subsequently from the *PSLRA* has changed, as can be seen in the evolution of relevant statutory and regulatory provisions. Subsequent legislative changes may evidence a change in the purpose of Parliament in re-enacting a statutory provision. This is precisely what has occurred in this case. To ignore the significantly different context in which the exclusion of RCMP members was re-enacted in the *PSLRA* disregards the current legislative reality.

[254] Parliament chose to create a collaborative labour relations model for the RCMP, to address concerns about divided loyalties and interruptions in the essential services provided by this national police force. The majority now makes the policy choice that an adversarial Wagner-type model of labour relations is necessary. With respect, Parliament, as the provider of the essential service delivered by the RCMP, must be accorded deference

[252] En 2003, lorsque l'ancienne loi a été remplacée par la *LRTFP* actuelle, le régime de relations de travail de la GRC a été modifié de fond en comble par rapport à celui qui existait en 1967. En remplaçant l'art. 2 de l'ancienne loi par le par. 2(1) de la nouvelle loi, le législateur a réduit le nombre d'exceptions prévues par la Loi, applicables au terme « fonctionnaire », élargissant ainsi les catégories de fonctionnaires assujettis au nouveau régime légal de relations de travail. Il a toutefois maintenu l'exclusion des membres de la GRC. Il a pris cette décision en étant conscient du fait que cela n'avait pas pour effet de priver les membres de la GRC de leurs droits à la négociation collective. Ces individus étaient simplement assujettis à un régime de relations de travail parallèle : le PRRF.

[253] Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, la Cour a écarté l'idée que des dispositions législatives pouvaient avoir un objet changeant pour répondre à l'évolution de la société (voir p. 334-336). Toutefois, dans le présent pourvoi, il ne s'agit pas d'une question d'évolution sociale, mais de modification législative. La raison qui a motivé et qui motive l'exclusion des membres de la GRC des deux versions de la *LRTFP* a changé, comme le démontre l'évolution des dispositions législatives et réglementaires pertinentes. Les modifications législatives ultérieures peuvent faire état d'un changement survenu dans l'objet que visait le législateur en adoptant de nouveau une disposition législative. C'est précisément ce qui s'est produit dans le cas qui nous occupe. Ignorer le contexte radicalement différent dans lequel l'exclusion des membres de la GRC a été adoptée de nouveau dans la *LRTFP* actuelle revient à méconnaître la réalité législative actuelle.

[254] Le législateur a choisi de créer, pour la GRC, un modèle de relations de travail axé sur la collaboration. Cela visait à dissiper tout doute pouvant exister quant aux sentiments de loyauté partagée des membres ou quant à d'éventuelles interruptions dans les services essentiels offerts par ce corps policier national. Les juges majoritaires décident aujourd'hui qu'il est nécessaire de choisir un modèle de relations de travail contradictoire de

2015 SCC 1 (CanLII)

in the manner in which it ensures stability and reliability of that service. Courts must be cognizant of the delicate balance that labour relations regimes seek to maintain between employers, employees, and the public, and of the different contexts for which legislatures must adapt their labour relations policies. As earlier explained, para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* does not have the effect of infringing the constitutional right of RCMP members to a meaningful process of collective bargaining, and thus Parliament's policy judgments should not be disturbed.

[255] The majority asserts that s. 2(*d*) of the *Charter* does not mandate the Wagner model of labour relations. With respect, the effect of its decision is precisely that: it has restricted the government to the *PSLRA* or a regime with essentially the same characteristics. The constitutional entrenchment of choice and independence show that the majority creates an illusion of flexibility by saying that "it remains open to the federal government to explore other collective bargaining processes" for the RCMP (para. 137).

[256] Courts are not best placed to decide which specific labour relations scheme is best suited for a particular group of employees. In my view, requiring RCMP members to be included in the *PSLRA* or equivalent scheme is "to enter the complex and political field of socio-economic rights and unjustifiably encroach upon the prerogative of Parliament": *Delisle*, at para. 23.

(3) Section 1 of the *Charter*

[257] Although my conclusions as to the constitutionality of both the imposition of the SRRP

type Wagner. Soit dit en tout respect, il y a lieu de faire preuve de déférence envers le législateur, en sa qualité de fournisseur du service essentiel offert par la GRC, pour ce qui est des moyens qu'il préconise pour assurer la stabilité et la fiabilité de ce service. Les tribunaux doivent être conscients de l'équilibre délicat que les régimes de relations de travail tentent de maintenir entre les employeurs, les employés et le public, et de la nécessité de tenir compte des différents contextes en fonction desquels le législateur doit adapter les politiques en matière de relations de travail. Comme je l'ai déjà expliqué, l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle n'a pas pour effet de porter atteinte au droit constitutionnel des membres de la GRC à une véritable négociation collective, et l'on ne devrait donc pas modifier les décisions de principe prises par le législateur.

[255] Les juges majoritaires affirment que l'al. 2*d*) de la *Charte* n'impose pas le modèle Wagner en matière de relations de travail. En toute déférence, c'est toutefois précisément l'effet qu'a leur décision : elle oblige le gouvernement à s'en tenir à la *LRTFP* actuelle ou encore à un régime qui possède essentiellement les mêmes caractéristiques. La constitutionnalisation de la liberté de choix et de l'indépendance démontre que les juges majoritaires créent l'illusion de souplesse en affirmant que « le gouvernement fédéral peut toujours examiner d'autres processus de négociations collectives » pour la GRC (par. 137).

[256] Les tribunaux ne sont pas les autorités les mieux placées pour se prononcer sur le régime de relations de travail qui convient le mieux à un groupe d'employés précis. À mon avis, le fait d'obliger les membres de la GRC à relever de la *LRTFP* actuelle « pén[ètre] dans le domaine complexe et politique des droits socio-économiques et emp[iète] de façon injustifiée sur les prérogatives du Parlement » (*Delisle*, par. 23).

(3) Article premier de la *Charte*

[257] Bien que mes conclusions quant à la constitutionnalité à la fois de l'imposition du PRRF en

2015 SCC 1 (CanLII)

as a labour relations scheme and the exclusion of RCMP members from the application of the *PSLRA* make it unnecessary to consider whether *Charter* infringements are justified, I will nonetheless comment briefly on the s. 1 analysis conducted by the majority.

[258] The majority concedes that the government's objective in this case — maintaining an independent and objective police force — is pressing and substantial. Although the majority acknowledges that the rational connection test is not onerous, it concludes that that test is not met in this case. To satisfy the rational connection test, the government must demonstrate that it is logical and reasonable to conclude that the impugned action will help bring about its objective — not that it will inevitably succeed: *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 228; *Health Services*, at paras. 148-49; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 40.

[259] The state need not always adduce direct proof of a relationship between the infringing measure and the legislative objective. So long as it has been shown that logic and reason would lead one to conclude that the impugned measure will help the government attain its objective, the rational connection threshold has been met: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 154; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101. The low threshold discussed above is met where the legislature has implemented a collaborative model of labour relations in order to achieve a neutral, stable, and reliable national police force. It is reasonable to conclude, as explained below, that a police force which is polarized by adversarial posturing or that could be called to inaction when other bargaining units are on strike, will be viewed as less objective, neutral and reliable by the public.

tant que régime de relations de travail et de l'exclusion des membres de la GRC du champ d'application de la *LRTFP* actuelle rend inutile l'examen de la question de savoir si les atteintes portées à la *Charte* sont justifiées, je tiens malgré tout à formuler de brefs commentaires au sujet de l'analyse de l'article premier faite par les juges majoritaires.

[258] Mes collègues admettent que, dans le cas qui nous occupe, l'objectif du gouvernement — soit le maintien d'une force policière indépendante et objective — est urgent et réel. Tout en admettant que le critère du lien rationnel ne soit pas particulièrement exigeant, les juges majoritaires estiment qu'il n'a pas été respecté en l'espèce. Pour satisfaire à ce critère, le gouvernement doit démontrer qu'il est logique et raisonnable de conclure que la mesure contestée facilitera la réalisation de son objectif — et non qu'elle permettra inévitablement de le réaliser (*Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 228; *Health Services*, par. 148-149; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, par. 40).

[259] Il n'est pas toujours nécessaire que l'État présente une preuve directe d'un lien entre la mesure attentatoire et l'objectif législatif. Dès lors qu'il a été démontré que la logique et la raison mèneraient à conclure que la mesure contestée aidera le gouvernement à atteindre son objectif, il a été satisfait au critère du lien rationnel (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 154; *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101). Il est satisfait au critère peu exigeant dont il a été question précédemment si le législateur a mis en œuvre un modèle de relations de travail axé sur la collaboration de manière à ce que le pays soit doté d'un corps policier national neutre, stable et fiable. On peut raisonnablement conclure, comme je l'expliquerai plus loin, qu'une force policière qui est polarisée par des prises de position conflictuelles ou qui pourrait se voir ordonner de refuser d'intervenir lorsque d'autres unités de négociation sont en grève sera jugée moins objective, neutre et fiable par le public.

2015 SCC 1 (CanLII)

[260] The majority does not accept the argument made by the Attorney General of Canada that labour action by the RCMP could disrupt the stability of the Force and affect the perception of it as a neutral law-enforcing body. The majority, however, disregards the fact that RCMP members play a special role in cases of national security, in emergency situations occurring in communities which do not have access to other police forces, and in situations where they can be called upon to interject in the labour disputes of others. Although unionized provincial police forces do not generally have the right to strike, there have been incidents of working to rule and job actions by municipal police forces in Hamilton, Toronto, Montréal and Québec. Some have even resorted to illegal strikes. Parliament is entitled to address concerns that an adversarial association might order its members to refuse to intervene in certain circumstances involving the labour disputes of others or that belonging to such associations could inhibit members from responding to such situations impartially.

[260] Les juges majoritaires n'acceptent pas l'argument du procureur général du Canada suivant lequel les activités syndicales de la GRC risquent de perturber la stabilité de la force policière et de nuire à la perception qu'elle donne en tant qu'organisme neutre de maintien de l'ordre. Ils font toutefois abstraction du fait que les agents de la GRC jouent un rôle unique lorsqu'il est question de sécurité nationale, lorsque surviennent des situations d'urgence dans des communautés qui n'ont pas accès à d'autres corps policiers, de même que dans des situations lors desquelles ils peuvent être appelés à intervenir dans des conflits de travail opposant d'autres corps policiers avec leur direction. Bien que les forces policières provinciales syndiquées ne jouissent pas, en principe, du droit de grève, on a assisté à des incidents de grève du zèle et à des moyens de pression de la part de forces policières municipales à Hamilton, Toronto, Montréal et Québec. Certaines ont même eu recours à des débrayages illégaux. Le législateur a le droit de se préoccuper du fait qu'une association fondée sur un modèle contradictoire pourrait ordonner à ses membres de refuser d'intervenir dans certaines circonstances où il est question de conflits de travail d'autres groupes ou que le fait d'appartenir à de telles associations pourrait amener les membres à hésiter à répondre à de telles situations de façon impartiale.

[261] In considering whether the SRRP minimally impairs freedom of association, the majority again starts from the premise that a labour relations scheme that is non-adversarial will not be within the range of reasonable alternatives that satisfy the minimal impairment standard. While acknowledging that the government is not bound to follow the least impairing means to achieve its end, the majority finds the SRRP inadequate in comparison to the adversarial labour relations schemes of provincial police forces. Again, the majority refuses to acknowledge that the RCMP is materially different from other Canadian police forces.

[261] Pour examiner la question de savoir si le PRRF porte atteinte de façon minimale à la liberté d'association, les juges majoritaires partent là encore du principe qu'un régime de relations de travail qui n'est pas contradictoire ne fait pas partie des solutions de rechange raisonnables qui satisfont à la norme de l'atteinte minimale. Tout en reconnaissant que le gouvernement n'est pas tenu de prendre le moyen le moins attentatoire possible pour atteindre son objectif, les juges majoritaires concluent que le PRRF est inadéquat par rapport aux régimes de relation de travail contradictoires applicables dans le cas de certaines forces policières provinciales. Là encore, les juges majoritaires refusent de reconnaître à quel point la GRC est différente des autres forces policières canadiennes.

[262] The majority argues that

[262] Les juges majoritaires expliquent que

2015 SCC 1 (CanLII)

concerns about the independence of the members of the Force could easily be considered in determining the scope of the police bargaining unit under schemes like the *PSLRA*, without requiring total exclusion from bargaining in the present regime. For example, s. 4 of the *Labour Code*, CQLR, c. C-27, restricts the membership and affiliations of municipal police associations. [para. 152]

dans des régimes comme celui de la *LRTFP* actuelle, les préoccupations quant à l'indépendance des membres de la Force pourraient facilement être examinées au moment de déterminer l'étendue de l'unité de négociation — sans qu'une exclusion totale ne soit nécessaire. Par exemple, l'art. 4 du *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, impose des restrictions en matière d'appartenance et d'affiliation aux associations de policiers municipaux. [par. 152]

With respect, the scope of the bargaining unit is beside the point. A unionized national police force would be inconsistent with the government's pressing and substantial objective, as any adversarial, Wagner-style collective bargaining; whether the bargaining unit is restricted to RCMP members or not risks compromising the objectivity and independence of the Force.

Soit dit en tout respect, j'estime que l'étendue de l'unité de négociation n'a rien à voir avec la question. L'existence d'un corps policier national syndiqué est incompatible avec l'objectif urgent et réel visé par le gouvernement, comme tout modèle de négociation collective contradictoire de type Wagner, et risque de compromettre l'objectivité et l'indépendance de notre service de police national, et ce, peu importe que l'unité de négociation soit composée uniquement de membres de la GRC ou non.

[263] As acknowledged by LeBel J., at para. 275 of *Advance Cutting*, "differences between legislative approaches to similar problems are part of the very fabric of the Canadian constitutional experience". He observed that in a "system of divided legislative authority", where members within the federation have different cultural and historical experiences, "the principle of federalism means that the application of the *Charter* in fields of provincial jurisdiction does not amount to a call for legislative uniformity" (*ibid.*). This reasoning also applies to the legislative policy choices of Parliament which must address not only local interests but also the broader public interest, including national security.

[263] Comme le juge LeBel l'a reconnu au par. 275 de l'arrêt *Advance Cutting*, « les différences entre les mesures législatives visant des problèmes semblables font partie de la nature même de l'expérience constitutionnelle canadienne ». Le juge LeBel a en outre fait observer que, « [d]ans un système de partage des compétences législatives » où les membres de la fédération ont vécu des expériences culturelles et historiques différentes, « le principe du fédéralisme signifie que l'application de la *Charte* dans les domaines de compétence provinciale n'équivaut pas à un appel à l'uniformité des lois » (*ibid.*). Ce raisonnement vaut également pour les choix politiques du législateur, qui doit tenir compte non seulement des enjeux locaux, mais également des enjeux plus larges, comme la sécurité nationale.

[264] It follows that the salutary effects of the imposition of the SRRP outweigh any deleterious effects.

[264] Il s'ensuit que les effets bénéfiques de l'imposition du PRRF l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[265] The RCMP is a unique Canadian law enforcement organization. Not only is it our national police force, but it also provides provincial and municipal policing services in much of the country, as well as providing police services to international

[265] La GRC est un organisme canadien chargé de l'application de la loi unique en son genre. Non seulement est-elle notre service de police national, mais elle offre également des services de police provinciaux et municipaux dans une bonne

2015 SCC 1 (CanLII)

airports and hundreds of Aboriginal communities. The RCMP provides protective services to Canadian and foreign dignitaries, security at significant national and international events in Canada, and border policing. It provides specialized policing services to all police services in Canada, including criminal intelligence, biological evidence recovery, DNA analysis, fingerprint and criminal record information, and ballistics identification. The RCMP also runs the Canadian Firearms Program, the Canadian Police Information Centre, the Canadian Police College, the National Child Exploitation Coordination Centre, the National Sex Offender Registry, and the Technological Crime Program. Across Canada, the RCMP enforces a host of federal laws, including those dealing with commercial crime, counterfeiting, drug trafficking, organized crime, and terrorism.

partie du pays, en plus d'offrir des services policiers aux aéroports internationaux et à des centaines de communautés autochtones. La GRC offre des services de protection aux dignitaires canadiens et étrangers, des services de sécurité lors de la tenue d'événements d'envergure nationale et internationale en sol canadien, ainsi que des contrôles aux frontières. De plus, elle offre des services de police spécialisés à tous les corps policiers canadiens, notamment en matière de renseignements criminels, de prélèvement de preuves biologiques, d'analyse génétique, de renseignements sur les empreintes digitales et les antécédents judiciaires et d'analyse balistique. La GRC dirige également le Programme canadien des armes à feu, le Centre d'information de la police canadienne, le Collège canadien de police, le Centre national de coordination contre l'exploitation des enfants, le Registre national des délinquants sexuels et le Programme de la criminalité technologique. Sur l'ensemble du territoire canadien, la GRC veille au respect d'une foule de lois fédérales, y compris celles portant sur les crimes commerciaux, la contrefaçon, le trafic de stupéfiants, le crime organisé et le terrorisme.

[266] The government must be entitled to organize RCMP labour relations in view of the distinctive and essential role the Force plays as our national police force. Labour action by RCMP members could cause disruption on a different order of magnitude than that of similar action by other police forces. It could also have adverse effects on other law enforcement agencies across Canada.

[266] Le gouvernement doit avoir le droit d'organiser les relations de travail au sein de la GRC en tenant compte du rôle particulier et essentiel qui lui est dévolu en tant que service de police national. Des mesures que pourraient prendre des agents de la GRC dans le contexte d'un conflit de travail seraient susceptibles de causer des perturbations d'une ampleur différente de celles qu'entraîneraient des mesures similaires mettant en cause d'autres corps policiers. Elles pourraient aussi avoir des répercussions négatives sur d'autres organismes chargés d'appliquer la loi partout au Canada.

[267] Parliament's decision to use a collaborative scheme for labour relations within the RCMP is consistent with international instruments regarding freedom of association. While international conventions and covenants do not prevent domestic law from granting associational rights to police forces, the wording of those instruments reflects the fact that other countries may find it reasonable to restrict such rights in comparable contexts. See, for

[267] La décision du législateur de recourir à un régime axé sur la collaboration dans le cas de la GRC s'accorde avec ce que prévoient les instruments internationaux en matière de liberté d'association. Bien que les conventions et les pactes internationaux n'empêchent pas les législateurs nationaux d'accorder des droits d'association aux forces policières, il ressort du libellé de ces instruments que d'autres pays peuvent juger raisonnable

2015 SCC 1 (CanLII)

example, the International Labour Organization's *Convention (No. 87) concerning freedom of association and protection of the right to organize*, 68 U.N.T.S. 17, art. 9, the United Nations' *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, 993 U.N.T.S. 3, art. 8, and the United Nations' *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, art. 22.

[268] Even if para. (*d*) of the definition of "employee" in s. 2(1) of the *PSLRA* were found to breach s. 2(*d*) of the *Charter*, it constitutes a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society and is therefore justified under s. 1 of the *Charter*.

IV. Conclusion

[269] The appellants have failed to establish that the SRRP makes meaningful association to achieve workplace goals effectively impossible. This labour relations scheme is responsive to employee interests and accountable to employees. The majority departs from this Court's recent jurisprudence on freedom of association in order to justify a particular result in this case. So long as it is not effectively impossible for employees to make collective representations on workplace issues, through individuals who are representative of their interests, and that those representations are considered by management in good faith, there is no violation of s. 2(*d*) of the *Charter*.

[270] I would dismiss the appeal with costs to the respondent.

Appeal allowed with costs, ROTHSTEIN J. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Laura Young Law Offices, Toronto.

de restreindre ces droits dans des contextes comparables. Voir, par exemple, la *Convention (nº 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical* de l'Organisation internationale du Travail, 68 R.T.N.U. 17, art. 9, le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* des Nations Unies, 993 R.T.N.U. 3, art. 8, et le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* des Nations Unies, 999 R.T.N.U. 171, art. 22.

[268] Même si l'on devait conclure que l'al. *d*) de la définition de « fonctionnaire » qui figure au par. 2(1) de la *LRTFP* actuelle porte atteinte au droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*, cette atteinte constituerait une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification pourrait se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte*.

IV. Conclusion

[269] Les appelantes n'ont pas réussi à démontrer que le PRRF empêche effectivement les employés de s'associer véritablement en vue de réaliser des objectifs relatifs au travail. Le présent modèle de relations de travail tient compte des intérêts des employés et assure que des comptes leur soient rendus. Les juges majoritaires rompent avec la jurisprudence récente de la Cour sur la liberté d'association pour justifier un résultat particulier en l'espèce. J'estime, pour ma part, que dès lors qu'il n'est pas effectivement impossible pour les employés de formuler des revendications collectives au sujet de questions relatives à leurs conditions de travail par l'entremise de personnes qui représentent leurs intérêts et que la direction tient compte de ces revendications de bonne foi, il n'y a pas violation du droit protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

[270] Je rejetterais le pourvoi, avec dépens en faveur de l'intimé.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge ROTHSTEIN *est dissident.*

Procureurs des appelantes : Laura Young Law Offices, Toronto.

2015 SCC 1 (CanLII)

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Alberta: Attorney General of Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener Association des membres de la Police Montée du Québec Inc.: Duggan avocats, Montréal.

Solicitors for the intervener the Mounted Police Members' Legal Fund: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the intervener Confédération des syndicats nationaux: Laroche Martin, Montréal.

Solicitors for the intervener the Canadian Police Association: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the Public Service Alliance of Canada: Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenante l'Association des membres de la Police Montée du Québec Inc. : Duggan avocats, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Fonds de recours juridique des membres de la Gendarmerie : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Confédération des syndicats nationaux : Laroche Martin, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des policiers : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance de la Fonction publique du Canada : Raven, Cameron, Ballantyne & Yazbeck, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Moore, Edgar, Lyster, Vancouver.

2015 SCC 1 (CanLII)

TAB 12

CanLII

Garbeau v. Montreal (City of), 2015 QCCS 5246 (CanLII)

Date : 2015-11-12
File number : 500-36-007212-148
Other quotes: I 2015-1850 — [2015] EXP 3353 — AZ-51230801
Reference : Garbeau v. Montreal (City of), 2015 QCCS 5246 (CanLII), < https://canlii.ca/t/gm2zp >, consulted on 2022-06-09

Garbeau v. Montreal (City of) **2015 QCCS 5246**
JC00B1

SUPERIOR COURT

CANADA
PROVINCE OF QUEBEC
DISTRICT OF MONTREAL

No 500-36-007212-148

DATE : NOVEMBER 12, 2015

UNDER THE PRESIDENCY THE HONORABLE OF: **GUY COURNOYER, JCS**

GABRIELLA GARBEAU
Appellant
vs.
CITY OF MONTREAL
Respondent
and
ATTORNEY GENERAL OF QUEBEC
Questioned
and
LEAGUE OF RIGHTS AND FREEDOMS
Speaker

JUDGEMENT

Contents

Page

I – Overview ... 4
II - Framework of the General Court's analysis ... 5
2.1 – The facts ... 5
2.2 - La preuve présentée dans le cadre du débat constitutionnel ... 8
2.3 - Les questions en litige ... 8
2.4 - La position des parties ... 9
2.4.1. L'appelante et l'intervenante ... 9
2.4.2. La Procureure générale ... 9
2.5 – Les dispositions pertinentes ... 10
III – Analyse ... 11
3.1 - Observations préliminaires au sujet du droit constitutionnel de manifester ... 11
3.2 - Le droit d'exprimer publiquement sa dissidence: la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique dans une démocratie constitutionnelle ... 16
3.3 – Est-ce que les chartes québécoise et canadienne protègent le droit de manifester sur un chemin public? ... 21
3.3.1. La protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique en droit canadien, en droit international et en droit américain ... 21
3.3.1.1. Le droit canadien ... 21
3.3.1.2. Le droit international ... 27
3.3.1.3. Le droit américain ... 29
3.3.2. Le texte de l'article 500.1 et l'intention législative ... 30
3.3.3. Les conclusions du juge d'instance ... 30
3.4 - Est-ce que l'article 500.1 porte atteinte aux libertés d'expression et de réunion pacifique? 31
3.5 - L'article 500.1 est-il une limite qui se justifie dans une société libre et démocratique? ... 32
3.5.1. L'article 500.1 est-il une règle de droit? ... 33
3.5.2. L'objectif urgent et réel ... 34
3.5.3. Est-ce que l'article 500.1 *CSR* est rationnellement lié à son objectif? ... 40
3.5.4. Est-ce que l'article 500.1 *CSR* porte atteinte de manière minimale au droit de manifester sur un chemin public? ... 41
3.5.4.1. Le jugement d'instance ... 41
3.5.4.2. L'absence d'une demande d'autorisation de manifester : la qualité pour agir de l'appelante ... 43

3.5.4.3. La personne responsable de l'entretien du chemin public..... 46

3.5.4.3.1. Les policiers exercent-ils dans les faits les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1 *CSR*?..... 46

3.5.4.3.2. L'article 500.1 *CSR* comporte-t-il une délégation implicite?. 51

3.5.4.3.3. Est-ce qu'un corps de police peut être un mandataire d'une ville ou d'une municipalité? 56

3.5.4.4. Une autorisation selon le troisième alinéa de l'article 500.1 *CSR* a-t-elle été accordée le 15 mars 2011?..... 57

3.5.4.5. Conclusions relatives à l'application de l'article 500.1 du *CSR*..... 62

3.5.4.6. Les pouvoirs discrétionnaires et la discrétion conférée par l'article 500.1 du *CSR*..... 63

3.5.4.7. Les pouvoirs discrétionnaires sous l'angle des dispositions justificatives: un tour d'horizon..... 68

3.5.4.8. Les arrêts *R. v. Parker* (C.A. Ont.) et *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*..... 76

3.5.4.8.1. L'arrêt *R. c. Parker*..... 77

3.5.4.8.2. L'arrêt *Hitzig c. Canada*..... 79

3.5.4.8.3. L'arrêt *PHS*..... 80

3.5.5. L'article 500.1 *CSR* est-il proportionné dans ses effets?..... 89

3.5.6. Conclusion sur la justification..... 90

IV – Conclusion et réparation..... 90

4.1 – Est-ce que l'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 500.1 *CSR* doit être suspendu? 90

4.2 – La condamnation de l'appelante..... 91

I - Aperçu

[1] La liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique sont des libertés fondamentales et essentielles au fonctionnement d'une société libre et démocratique.

[2] Le droit de manifester, y compris celui de le faire sur un chemin public est protégé par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Charte des droits et libertés de la personne*.

[3] La présente affaire offre une occasion de préciser le cadre de l'exercice du droit constitutionnel de manifester.

[4] La résolution de cette question est au cœur de la vie d'une démocratie constitutionnelle comme la nôtre.

[5] Il n'existe pas de droit constitutionnel général et absolu de manifester sur un chemin public sans aucun encadrement législatif ou réglementaire. En effet, l'accès à la voie publique pour exercer le droit constitutionnel de manifester doit s'harmoniser autant que possible avec les fonctions habituelles de ce lieu.

[6] Dans le présent dossier, le débat porte sur la question de la constitutionnalité de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* (« *CSR* »)[1]. La question se soulève à la suite du dépôt d'accusations contre plusieurs personnes présentes à une manifestation dénonçant la brutalité policière le 15 mars 2011. On leur reproche une contravention à l'article 500.1.

[7] L'article 500.1 interdit toute action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public, en occuper la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords ou y placer un véhicule ou un obstacle de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin.

[8] Toutefois, la personne responsable de l'entretien du chemin public peut autoriser des défilés ou d'autres manifestations, à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous le contrôle d'un corps de police.

[9] Pour les motifs qui suivent, l'art. 500.1 porte atteinte aux libertés d'expression et de réunion pacifique protégées par les chartes québécoise et canadienne.

[10] Cet article n'est pas une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique, car le pouvoir d'autoriser une manifestation ou un défilé qui est prévu à cet article n'est pas encadré par une norme précise et compréhensible pour le public et pour ceux qui l'applique.

[11] L'autorité gouvernementale qui choisit de mettre en place un mécanisme d'autorisation préalable avant la tenue d'une manifestation doit définir les facteurs que les autorités doivent appliquer en prenant leur décision. Ce n'est pas le cas de l'article 500.1.

[12] L'article 500.1 doit être invalidé. Toutefois, le Tribunal suspend l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de 6 mois.

[13] L'appelante est acquittée de l'infraction portée contre elle.

II - Cadre de l'analyse du Tribunal

[14] Le Tribunal abordera son analyse dans l'ordre suivant. Il résumera les événements entourant la commission de l'infraction par l'appelante et la nature de la preuve présentée devant le juge d'instance.

[15] Le Tribunal présentera ensuite les questions en litige, la position des parties et les dispositions législatives pertinentes.

[16] Le Tribunal décrira le cadre du débat constitutionnel soulevé dans la présente affaire afin d'en saisir adéquatement la portée.

[17] À cette fin, le Tribunal formulera ensuite certaines observations générales au sujet du droit constitutionnel de manifester, de l'établissement de la responsabilité pénale des manifestants, des règles légales qui encadrent une intervention policière lors d'une manifestation et de la primauté du droit.

[18] Il est essentiel de comprendre que la présente contestation constitutionnelle ne concerne pas la conduite de plusieurs des manifestants le 15 mars 2011 ni le caractère justifié de l'intervention policière ce jour-là.

[19] Le Tribunal abordera enfin les questions en litige en soulignant d'abord et avant tout l'importance de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique ainsi que la protection des voix dissidentes au sein d'une démocratie constitutionnelle.

[20] Il déterminera dans un premier temps si les chartes québécoise et canadienne protègent le droit de manifester sur la voie publique et si l'article 500.1 porte atteinte à ce droit. Dans un deuxième temps, il décidera si cet article est une limite raisonnable dont la justification peut être démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2.1 – Les faits[2]

[21] Le Collectif opposé à la brutalité policière (« COBP ») a lancé un appel à la population pour participer, le 15 mars 2011, à une manifestation dans le cadre de la Journée internationale contre la brutalité policière.

[22] Cet appel a été lancé, notamment, par des tracts, cartes ou affiches qui ont été distribués, de même que par un appel publié par le COBP sur internet, via le site www.cobp.resist.ca. On peut lire, notamment, ce qui suit:

> Pour une quinzième année, le Collectif Opposé à la Brutalité Policière invite toute la population à prendre part à une manifestation dans le cadre de la Journée Internationale contre la brutalité policière. Cette année, nous occupons l'espace public dans le centre-ville de Montréal! Nous en avons assez des tickets, assez de nous faire repousser toujours plus loin. Cette fois-ci nous restons!

[23] Plus spécifiquement, le ou les organisateurs du COBP ont demandé à la population de se rendre à Montréal, près de la Place des arts à l'angle des rues Maisonneuve et Jeanne-Mance, à 17 heures.

[24] Cet appel du COBP s'est également transmis de bouche à oreille et via les réseaux sociaux, entre connaissances et amis. Le lieu et l'heure du rassemblement étaient connus depuis plus d'un mois avant le 15 mars 2011.

[25] Les organisateurs de la manifestation n'ont pas demandé d'autorisation auprès du Service de police de la Ville de Montréal, ni auprès de quelque autre autorité municipale pour faire cette manifestation. Bien que des démarches aient été entreprises par la section des relations avec la communauté du service de police pour entrer en contact avec les organisateurs du COBP, ceux-ci n'ont offert aucune collaboration et n'ont jamais divulgué le trajet de la manifestation.

[26] Quelques minutes après 17 h, les participants à la manifestation ont entrepris leur marche. Comme on peut le voir sur les images filmées le 15 mars 2011 à bord de l'hélicoptère de la Sûreté du Québec, ils occupent la chaussée sur toute sa largeur, et le font pendant tout leur trajet, entravant ainsi la circulation des véhicules routiers.

[27] À 17 h 09, un premier avis est donné par les policiers[3].

1ER AVIS

Bonjour à tous, Je suis le commandant _____ responsable du service d'ordre et responsable de la sécurité de la manifestation. Je vous demande quelques instants. Pour votre sécurité et celle des automobilistes, nous vous demandons de circuler dans le même sens que la circulation. **Vous avez le droit de manifester** à la condition de ne pas commettre d'infraction et aucune ne sera tolérée. Si vous commettez des infractions, vous êtes passible d'accusation devant les tribunaux et nous mettrons fin à la manifestation.	Good morning (afternoon, evening) everyone, I am commander _____ and I am in charge of the police officers here and responsible for your safety. May I have your attention for a few moments? For your own safety, as well as the safety of other users of the road, we ask that you walk in the same direction as the traffic. **You have the right to demonstrate** as long as you don't commit any offences as no offence will be tolerated.

[Le soulignement et les caractères gras sont ajoutés]

[28] Les images filmées permettent d'observer plusieurs véhicules stationnés dans les rues empruntées par les manifestants qui ne peuvent quitter, dont une ambulance. À plus d'une reprise, on voit des véhicules immobilisés aux intersections que croise le trajet emprunté par les manifestants de même que des véhicules immobilisés parce que ces manifestants marchaient dans le sens contraire de la circulation. Parmi ces véhicules, il y a des autobus de la Société de transport de Montréal.

[29] Les manifestants marchent souvent entre les véhicules qui circulent sur la chaussée et qui se sont immobilisés pour la plupart, alors que d'autres effectuent des manœuvres, parfois dangereuses, parmi les manifestants, pour tenter de s'extirper de la manifestation.

[30] Ces images laissent également voir le jeu du « chat et de la souris » auquel se livrent les manifestants afin de compliquer le travail des policiers qui, ne connaissant pas le trajet, tentent de contrôler tant bien que mal la circulation routière à l'avant de la manifestation. À au moins trois reprises, alors que certains manifestants dépassent une intersection en laissant croire aux policiers que la marche poursuivrait son chemin dans cette direction, ceux qui les suivent décident soudainement de tourner dans la rue transversale, rejoints par la suite par les autres manifestants. Ces manœuvres, en plus de faire en sorte que les manifestants circulent parmi les véhicules présents sur la chaussée, souvent en sens contraire, obligent les policiers à se déplacer à haute vitesse dans la circulation de façon à tenter de sécuriser les intersections se trouvant sur le nouveau trajet.

[31] Avant de procéder à des arrestations, le Service de police de la Ville de Montréal, vers 18 h 28, donne l'ordre aux manifestants de se disperser et de rentrer chez eux en leur indiquant que, s'ils n'obéissent pas à cet ordre, ils pourront être accusés en vertu de la réglementation municipale, du *Code de la sécurité routière* ou du *Code criminel*.

2ème AVIS

Cette manifestation est devenue un attroupement illégal. Nous vous donnons l'ordre de vous disperser et de rentrer chez vous. Si vous n'obéissez pas à cet ordre, vous pourrez être accusé en vertu de la réglementation municipale du Code de sécurité routière ou du *Code criminel*.	This demonstration has become an unlawful assembly. We order you to disperse and return to your homes. If you do not obey, you may be charged of criminal or municipal offences.

[32] Comme on peut le voir sur les images filmées à bord de l'hélicoptère de la Sûreté du Québec, plusieurs manifestants quittent la chaussée, se dirigent vers les trottoirs et par la suite quittent les lieux. Certains des manifestants choisissent de rester sur la chaussée et d'autres, qui s'étaient d'abord dirigés sur les trottoirs, y retournent. Les policiers ont procédé à l'arrestation des manifestants qui occupaient la chaussée.

[33] Le déroulement de la manifestation s'effectue sous grande tension avec, notamment, la présence de personnes cagoulées vêtues de noir, des roches lancées aux policiers, des manifestants qui récupèrent des morceaux de pavés, une femme qui reçoit une bouteille au visage, un véhicule endommagé, des manifestants qui chargent les policiers et lancent de la peinture, la vitrine d'un commerce fracassée et de la peinture lancée dans celle d'une librairie. Cette tension est caractéristique des manifestations organisées par le COBP le 15 mars de chaque année.

[34] L'appelante a reçu un constat d'infraction lui reprochant d'avoir, le 15 mars 2011, enfreint l'article 500.1 en ayant occupé la chaussée, l'accotement, une partie de l'emprise ou les abords d'un chemin public au cours d'une action concertée destinée à entraver la circulation des véhicules routiers.

[35] Dans le cadre de l'instruction de la poursuite pénale intentée contre elle devant la Cour municipale de Montréal, l'appelante a soulevé l'invalidité de l'article 500.1, pour les motifs que cette disposition porterait atteinte à la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et l'article 3 de la *Charte des droits et libertés de la personne* (« *Charte québécoise* »), et à la liberté de réunion pacifique protégée par l'alinéa 2c) de la *Charte canadienne* et l'article 3 de la *Charte québécoise*. Elle a également soulevé que l'atteinte ne pouvait être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* ou 9.1 de la *Charte québécoise*.

2.2 – La preuve présentée dans le cadre du débat constitutionnel

[36] Les parties ont fait entendre plusieurs témoins aux fins du débat constitutionnel.

[37] Le juge d'instance a entendu le témoignage de personnes présentes à la manifestation du 15 mars 2011; d'organisateurs communautaires, une représentante syndicale; un expert professeur de sociologie, des représentants des principaux corps policiers de la province au sujet de la gestion des manifestations, un représentant du service des incendies de la Ville de Montréal; un gestionnaire du Ministère des transports du Québec et le coordonnateur régional des mesures d'urgence et de la sécurité civile de l'Agence de la santé et des services sociaux.

2.3 - Les questions en litige

[38] Les questions en litige peuvent être résumées de la manière suivante:

37.1 Est-ce que les chartes québécoise et canadienne protègent le droit de manifester sur un chemin public?

37.2 Est-ce que l'obtention d'une autorisation préalable à la tenue d'un défilé ou d'une manifestation porte atteinte au droit constitutionnel de manifester sur un chemin public?

37.3 Est-ce que l'article 500.1 est une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique?

[39] Examinons maintenant la position des parties.

2.4 - La position des parties

2.4.1. L'appelante et l'intervenante

[40] Mme Garbeau a été accusée d'avoir entravé la circulation des véhicules routiers lors d'une manifestation tenue le 15 mars 2011 dénonçant la brutalité policière, commettant ainsi une infraction à l'article 500.1.

[41] Pour sa défense, elle invoque le fait que l'article 500.1 est inconstitutionnel, car il viole la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique garanties par les chartes québécoise et canadienne. De plus, cet article n'est pas une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique en raison du fait que le mécanisme d'autorisation de défilés ou d'autres manifestations n'est encadré par aucun critère.

[42] L'intervenante, la Ligue des droits et libertés soutient la position de l'appelante.

2.4.2. La Procureure générale

[43] La Procureure générale conteste la conclusion du juge d'instance selon laquelle l'appelante a fait la démonstration que l'article 500.1 porte atteinte à la liberté d'expression ou à la liberté de réunion pacifique.

[44] Elle ajoute que l'activité d'entraver la circulation des véhicules routiers sur un chemin, au cours d'une action concertée destinée à cette fin, est un comportement qui ne constitue pas une activité expressive en soi. Toutefois, elle reconnaît que dans certaines circonstances, comme en l'espèce, cette conduite peut viser à transmettre un message.

[45] Elle fait aussi valoir que le lieu ou le mode d'expression utilisé écartent la protection constitutionnelle. Ainsi, l'entrave à la circulation des véhicules routiers sur un chemin public est un mode d'expression incompatible avec la fonction réelle et historique d'un chemin public.

[46] De plus, les autres caractéristiques du lieu de l'activité et du mode d'expression tendent à indiquer que l'entrave à la circulation des véhicules routiers sur un chemin public minerait les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression.

[47] La Procureure générale affirme aussi que l'article 500.1 n'a pas pour objet ou pour effet de restreindre la liberté d'expression et que l'appelante ne peut revendiquer le droit à une tribune.

[48] Finalement, le mécanisme d'autorisation préalable établit par l'article 500.1 est simple et souple ce qui en fait une limite raisonnable qui se justifie dans une société libre et démocratique.

2.5 – Les dispositions pertinentes

[49] Les dispositions législatives suivantes sont pertinentes:

- Code de la Sécurité Routière :

500.1. Nul ne peut, au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public, en occuper la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords ou y placer un véhicule ou un obstacle, de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin.

Un agent de la paix peut enlever ou faire enlever aux frais du propriétaire toute chose utilisée en contravention au présent article. Il peut aussi saisir une telle chose; les dispositions du Code de procédure pénale (chapitre C-25.1) relatives aux choses saisies s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, aux choses ainsi saisies.

Le présent article ne s'applique pas lors de défilés ou d'autres manifestations préalablement autorisées par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police.

Aux fins du présent article, un chemin public comprend un chemin servant de déviation à un chemin public, même si ce chemin est situé sur une propriété privée, ainsi qu'un chemin soumis à l'administration du ministère des Ressources naturelles et de la Faune ou entretenu par celui-ci.

- Charte canadienne des droits et libertés :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

- *a*) liberté de conscience et de religion;
- *c*) liberté de réunion pacifique;

- Charte des droits et libertés de la personne :

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

Rôle de la loi.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

- Déclaration universelle des droits de l'homme :

Article 20

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques.

2. Nul ne peut être obligé de faire partie d'une association.

- Pacte relatif aux droits civils et politiques :

Article 21

Le droit de réunion pacifique est reconnu. L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui.

- Convention européenne des droits de l'homme

Liberté de réunion et d'association

1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État.

[50] Avant d'aborder les questions plus précises posées dans la présente affaire, il est essentiel de situer plus généralement le cadre du débat.

III – Analyse

3.1 - Observations préliminaires au sujet du droit constitutionnel de manifester

[51] Les parties adoptent, dans la présente affaire, des positions diamétralement opposées.

[52] D'un côté, Mme Garbeau et la Ligue des droits et libertés, intervenante, recherchent ce qui semble être une déclaration qu'il existe un droit général de manifester en toutes circonstances et en tous lieux sans aucune forme de contrainte règlementaire ou législative.

[53] À l'inverse, la Procureure générale prétend que le droit de manifester sur un chemin public n'est pas protégé.

[54] Les observations des parties donnent ainsi lieu à certaines affirmations catégoriques qui ne démontrent pas toutes les nuances qu'exige une analyse du droit constitutionnel de manifester.

[55] Ces arguments sont sans aucun doute la conséquence inévitable de tout débat judiciaire contradictoire, mais ils sont aussi l'écho du débat public[4].

[56] Le Tribunal n'ignore pas l'existence de débats importants au sein de la société québécoise à l'égard de plusieurs manifestations ayant eu lieu au cours des dernières années et les débordements que certaines d'entre elles ont entraînés. Ces débats portent tant sur l'étendue du droit de manifester que celui de son encadrement.

[57] La preuve et les arguments présentés par les parties devant le juge d'instance reflètent ces débats au sein de la société québécoise.

[58] Selon les points de vue, c'est le comportement des manifestants qui est mis en cause ou celui des autorités policières. On oppose souvent les infractions règlementaires ou criminelles commises par certains manifestants à l'occasion d'une manifestation à l'utilisation d'une force disproportionnée par les corps policiers. On conteste aussi l'application et la constitutionnalité de dispositions législatives ou règlementaires qui encadrent le droit de manifester.

[59] Il faut d'abord dire que le « droit constitutionnel de manifester doit s'exercer tout en respectant le *Code criminel*. Ce droit ne peut s'exercer en troublant la paix, en commettant des voies de fait, de l'intimidation, en proférant des menaces de mort, par le moyen d'un attroupement illégal ou la participation à une émeute »[5].

[60] L'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique doit se faire dans le respect de la primauté du droit[6]. Si une règle de droit porte atteinte à l'exercice de ces libertés, un examen constitutionnel de la justification de cette règle doit être mené selon les dispositions justificatives.

[61] Une manifestation peut être pacifique, même si un petit nombre de manifestants observent un comportement qui donne lieu à la commission d'infractions réglementaires ou criminelles. Dans certaines circonstances, une manifestation peut elle-même parfois devenir un attroupement illégal si les exigences de l'article 63 du *Code criminel* sont satisfaites[7].

[62] Par ailleurs, la seule présence d'une personne sur les lieux d'une manifestation durant laquelle des gestes illégaux sont posés ne permet pas de conclure nécessairement que cette personne, en restant sur les lieux, encourage les auteurs de délits ou aide à dissimuler les auteurs de ces méfaits[8].

[63] Une démocratie constitutionnelle fondée sur la primauté du droit exige que la détermination de la culpabilité ou la responsabilité de chacun soit établie de manière individuelle selon les exigences du processus judiciaire ou quasi judiciaire applicable aux circonstances en cause.

[64] Cela vise tant la conduite des manifestants que celle des policiers qui interviennent. Le respect de la loi s'applique à tous[9]. La primauté du droit n'est pas un principe à géométrie variable.

[65] Ainsi, le droit constitutionnel de manifester requiert l'évaluation de l'ensemble des circonstances qui se présentent aux policiers, ce qui exige la nuance et la pondération.

[66] Le défi qui se pose aux autorités policières lorsqu'elles interviennent lors d'une manifestation publique de masse ne doit pas faire perdre de vue que leur propre conduite peut aussi faire l'objet d'une reddition de compte dans des contextes variés et multiples: une poursuite civile ou un recours collectif, des accusations criminelles, la discipline interne du corps policier, la déontologie policière, une enquête indépendante ou une commission d'enquête publique.

[67] Il est toutefois essentiel de comprendre que les infractions commises par certains ou plusieurs manifestants peuvent justifier l'intervention des autorités policières qui doivent elles-mêmes respecter les limites légales et constitutionnelles qui encadrent leur pouvoir d'intervention.

[68] L'utilisation de la force par les autorités policières peut être justifiée si elle est raisonnable et proportionnelle à la justification de l'intervention.

[69] La faute des uns peut ainsi coexister au plan juridique avec la reconnaissance de la faute des autres.

[70] La réalité dynamique d'une manifestation de masse est complexe et les défis qu'elle pose sont nombreux[10].

[71] Le juge en chef Laskin en donne une description dans sa dissidence dans l'affaire *Dupond c. Ville de Montréal*[11].

[72] Cette affaire mettait en cause, avant l'adoption de la *Charte canadienne*, la constitutionnalité d'un règlement municipal de la Ville de Montréal qui interdisait les manifestations.

[73] Le juge en chef Laskin écrit :

> Il est certain que l'application du droit criminel est souvent difficile et que les difficultés s'accroissent avec le nombre de personnes impliquées. Toutefois, un des principes fondamentaux de notre droit pénal est que la police doit utiliser contre les délinquants et non contre des innocents les pouvoirs qui lui sont conférés et exercer honnêtement et raisonnablement son jugement à l'égard de l'une ou de l'autre catégorie[12].

[74] La distinction entre les manifestants qui ont un comportement pacifique et les autres est capitale.

[75] Les lignes directrices relatives à la liberté de réunion pacifique, publiées conjointement par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (« OSCE ») et la Commission de Vienne: *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (« Les lignes directrices relatives à la liberté de réunion pacifique »), soulignent cette nuance ainsi:

> However, the use of violence by a small number of participants in an assembly (including the use of inciteful language) does not automatically turn an otherwise peaceful assembly into a non-peaceful assembly, and any intervention should aim to deal with the particular individuals involved rather than dispersing the entire event[13].

[76] Dans son rapport *Independent Civilian Review Into Matters Relating To The G20 Summit*, l'ancien juge en chef adjoint de la Cour d'appel de l'Ontario John Morden énonce ainsi les défis que pose la gestion des manifestations publiques de masse:

> In a democracy where protest is a common form of expression, crowd control at mass demonstrations is a policing function of increasing importance[14].

[77] Les difficultés qui se présentent aux corps policiers dans de telles circonstances font ressortir toute l'importance du pouvoir discrétionnaire des policiers. Dans l'arrêt *R. c. Beaudry*, la juge Charron souligne ainsi

l'importance du pouvoir discrétionnaire des policiers:

> Nul ne conteste que le pouvoir discrétionnaire des policiers est un élément essentiel tant de notre système de justice pénale que de la fonction d'agent de police. Il permet une application plus juste du droit aux situations concrètes auxquelles sont confrontés les policiers[15].

[78] Cela dit, le pouvoir discrétionnaire des policiers « n'est pas absolu. Le policier est loin d'avoir carte blanche et [il] doit justifier rationnellement sa décision »[16].

[79] Ainsi, « l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit se justifier subjectivement, c'est-à-dire qu'il doit nécessairement être honnête et transparent et reposer sur des motifs valables et raisonnables »[17]. Il doit « ensuite être justifié au regard d'éléments objectifs »[18]. De plus, « une décision fondée sur le favoritisme ou sur des stéréotypes culturels, sociaux ou raciaux ne peut constituer un exercice légitime de la discrétion policière »[19].

[80] Lors de manifestations, comme dans toute autre situation, le pouvoir discrétionnaire des policiers leur permet de choisir d'intervenir si nécessaire, et d'appliquer, le cas échéant, les dispositions pertinentes d'un règlement municipal, d'une loi québécoise ou fédérale, comme le *Code criminel*[20].

[81] En résumé, les policiers doivent être « habilités à réagir avec rapidité, efficacité et souplesse aux diverses situations qu'ils rencontrent quotidiennement aux premières lignes du maintien de l'ordre »[21].

[82] Toutefois, leur intervention doit être menée « conformément aux règles de droit, qui sont multiples et englobent notamment les restrictions prescrites par la *Charte* et le *Code criminel* »[22].

[83] Le présent dossier révèle d'ailleurs l'exercice du pouvoir discrétionnaire des policiers. En effet, la preuve présentée et retenue par le juge d'instance fait état de situations où les corps policiers ont *toléré* la tenue de plusieurs manifestations alors que le trajet n'avait pas été fourni et en l'absence d'une autorisation préalable formelle.

[84] Par exemple, lors la manifestation du 15 mars 2011 ayant donné lieu à l'accusation contre l'appelante les autorités policières ont informé les personnes présentes de leur droit de manifester.

[85] La délicatesse de l'exercice de la discrétion policière en pareilles circonstances est bien décrite par le juge Laskin de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council*[23].

[86] Dans cette affaire, bien différente de celle du présent pourvoi, il s'agissait de l'application d'une injonction interdisant certaines manifestations bloquant la voie publique. Le juge Laskin formule les considérations pertinentes qui encadrent une intervention policière et les éléments qui doivent être pondérés dans cette détermination:

> [118] The immediate enforcement and prosecution of violations of the law may not always be the wise course of action or the course of action that best serves the public interest. The House of Lords explained this balancing exercise in *R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd.*, [1999] 1 All E.R. 129 (H.L.), at p. 137:
>
> > In a situation where there are conflicting rights and the police have a duty to uphold the law the police may, in deciding what to do, have to balance a number of factors, not the least of which is the likelihood of a serious breach of the peace being committed. That balancing involves the exercise of judgment and discretion.

[87] Il est essentiel de bien situer la portée du débat dans la présente affaire.

[88] Le débat porte *uniquement* sur la question de savoir si l'article 500.1 porte atteinte à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique et si le mécanisme d'autorisation préalable prévu à cet article peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

[89] On ne demande pas au Tribunal de déterminer si les gestes posés par certains manifestants lors de la manifestation contre la brutalité policière le 15 mars 2011 méritent une sanction pénale ou si l'intervention policière était raisonnable dans les circonstances.

[90] Le Tribunal doit se livrer au contrôle constitutionnel de la loi. Comme l'explique la Cour suprême: « le contrôle constitutionnel vise précisément à déterminer si une disposition législative respecte la *Charte* ou non »[24].

3.2 - Le droit d'exprimer publiquement sa dissidence: la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique dans une démocratie constitutionnelle

[91] Il est facile d'oublier l'importance de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique, particulièrement lorsque l'opinion formulée nous choque ou si le mode d'expression utilisé est une source d'inconvénients, de désordre, voire de violence.

[92] Toutefois, lorsque la primauté du droit est respectée, l'exercice de ces libertés n'est pas incompatible avec les exigences d'une société libre et démocratique.

[93] Tel qu'indiqué précédemment, la Procureure générale estime que le droit de manifester sur un chemin public n'est pas protégé par les chartes québécoise et canadienne. Compte tenu de cette position, un bref rappel des principes fondamentaux en cause s'impose.

[94] La liberté d'expression est « [l]'un des piliers des démocraties modernes »[25].

[95] Comme l'explique le juge McIntyre dans *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*[26], « [e]lle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté »[27].

[96] Dans l'arrêt *R. c. Sharpe*[28], la juge en chef McLachlin résume les principaux attributs de la liberté d'expression:

> 21 Au nombre des droits les plus fondamentaux que possèdent les Canadiens figure la liberté d'expression. Celle-ci rend possible notre liberté, notre créativité ainsi que notre démocratie, et ce, en protégeant non seulement l'expression qui est « bonne » et populaire, mais aussi celle qui est impopulaire, voire offensante. Le droit à la liberté d'expression repose sur la conviction que la libre circulation des idées et des images est la meilleure voie vers la vérité, l'épanouissement personnel et la coexistence pacifique dans une société hétérogène composée de personnes dont les croyances divergent et s'opposent. Si nous n'aimons pas une idée ou une image, nous sommes libres de nous y opposer ou simplement de nous en détourner. En l'absence de justification constitutionnelle suffisante toutefois, nous ne pouvons empêcher une personne de l'exprimer ou de la présenter, selon le cas.
>
> 22 La liberté d'expression n'est cependant pas absolue. Notre Constitution reconnaît que le Parlement ou une législature provinciale peut parfois limiter certaines formes d'expression. Des considérations générales, telle la prévention de la haine qui divise la société, comme dans l'arrêt *Keegstra*, précité, ou la prévention du préjudice qui menace des membres vulnérables de notre société, comme dans *Butler*, précité, peuvent justifier l'interdiction de certaines formes d'expression dans certaines circonstances. En raison de l'importance de la garantie de liberté d'expression, toute tentative visant à restreindre ce droit doit cependant faire l'objet d'un examen très attentif.
>
> 23 Les valeurs qui sous-entendent le droit à la liberté d'expression sont notamment l'épanouissement personnel, la recherche de la vérité par l'échange ouvert d'idées et le discours politique qui est fondamental pour la démocratie : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927, p. 976; *Ford c. Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 19 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 712, p. 765. Si certaines formes d'expression, comme l'expression politique, sont plus au cœur de la garantie que d'autres, toutes les formes d'expression sont essentielles au maintien d'une société libre et démocratique. Comme la Cour l'explique dans l'arrêt *Irwin Toy*, précité, p. 968, la garantie « assur[e] que chacun puisse manifester ses pensées, ses opinions, ses croyances, en fait, toutes les expressions du cœur ou de l'esprit, aussi impopulaires, déplaisantes ou contestataires soient-elles. Cette protection », de poursuivre la Cour, « est [...] "fondamentale" parce que dans une société libre, pluraliste et démocratique, nous attachons une grande valeur à la diversité des idées et des opinions qui est intrinsèquement salutaire tant pour la collectivité que

pour l'individu ». Selon le juge Cardozo, dans *Palko c. Connecticut*, 302 U.S. 319 (1937), la liberté d'expression est [TRADUCTION] « la matrice, l'élément essentiel de presque toute forme de liberté » (p. 327).

[97] La vie d'une démocratie constitutionnelle n'est pas linéaire. Elle s'accommode des tensions en son sein et elle est fortifiée par plusieurs mécanismes de poids et de contrepoids qui assurent le respect de la primauté du droit.

[98] Voici la description que donne le professeur Paul Woodruff de la démocratie dans son ouvrage, *First Democracy: The Challenge of An Ancient Idea*:

> Democracy faces human limitations more honestly than any other ideal of government. It balances distrust against distrust, through complex machinery. And the distrust in democracy is massive, disturbing and well deserved. The glory of democracy is that it brings distrust into the open and uses it to keep the state from veering too far one way or another[29].

[99] Dans son ouvrage, *The Judge in a Democracy*, l'ancien président de la Cour suprême d'Israël, Aharon Barak, décrit le caractère multidimensionnel de la démocratie et l'importance des droits de la personne de la manière suivante:

> Democracy's world is rich and multifaceted. Democracy should not be viewed from a one-dimensional vantage point. Democracy is multidimensional. It is based both on the centrality of laws and on democratic values, and, at their center, human rights[30].

[100] Il insiste aussi sur l'importance de la tolérance dans une démocratie:

> Democracy is based on tolerance. This means tolerance for the acts and belief of others. It also means tolerance for intolerance. In a pluralistic society, tolerance is the unifying force that allows people to live together. Indeed, tolerance constitutes both an end and a means. It constitutes a social goal in itself, which every democratic society should aspire to realize. It serves as a means and a tool for balancing between other social goals and reconciling them, in cases where they conflict with one another[31].

[101] Dans l'arrêt *R. c. Oakes*[32], le juge en chef Dickson décrit en ces termes les caractéristiques d'une société libre et démocratique:

> Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression « société libre et démocratique ». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société[33].

[102] Une société démocratique reconnaît le pluralisme, la diversité d'opinion, la tolérance et l'esprit d'ouverture[34]. La poursuite de l'idéal d'une société libre et démocratique encourage la libre participation de tous à la vie publique[35], ce qui comprend nécessairement le droit des citoyens d'exprimer leur dissidence.

[103] Dans le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*[36], la Cour suprême formule les observations suivantes au sujet du bon fonctionnement d'une démocratie et de la prise en compte des voix dissidentes au sein de celle-ci:

> [...] [L]e bon fonctionnement d'une démocratie exige un processus permanent de discussion. La Constitution instaure un gouvernement par des assemblées législatives démocratiquement élues et par un exécutif responsable devant elles, [TRADUCTION] « un gouvernement [qui] repose en définitive sur l'expression de l'opinion publique réalisée grâce à la discussion et au jeu des idées » (*Saumur c. City of Quebec*, précité, à la p. 330). Le besoin de constituer des majorités, tant au niveau fédéral qu'au niveau provincial, par sa nature même, entraîne des compromis, des négociations et des délibérations. Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[104] Dans l'arrêt *MacMillan Bloedel c. Simpson*[37], la Cour suprême reconnaît le droit d'exprimer publiquement sa dissidence même si, dans cette affaire, la Cour confirme la validité d'une injonction interdisant à des manifestants de barrer des chemins publics.

[105] La juge McLachlin s'exprime ainsi:

> 13 Comme il en va dans la plupart des cas, le présent pourvoi se rattache à un conflit fondamental. Il s'agit en l'espèce du conflit entre le droit de manifester publiquement sa dissidence, d'une part, et l'exercice de droits de propriété et de droits contractuels, d'autre part. Aussi les appelantes ont-elles tort d'affirmer que les ordonnances en question ne sont rien d'autre qu'une forme de [TRADUCTION] « gouvernement par injonction » qui vise à supprimer l'expression publique de la dissidence. L'intimée a également tort d'affirmer que le présent pourvoi n'a rien à voir avec l'expression publique d'une différence d'opinions et ne concerne que la propriété privée. Le présent pourvoi doit être examiné sous ces deux aspects. Dans une société qui prise aussi bien le droit de manifester sa dissidence que la préservation des droits privés, il faut trouver un moyen de concilier les deux intérêts. Les ordonnances judiciaires telles que celle en cause constituent un tel moyen. La tâche des tribunaux consiste à trouver une façon de protéger l'exercice légitime de droits privés tout en laissant le plus possible libre cours à l'exercice légal du droit d'exprimer son opinion et de manifester.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[106] Même si elle est énoncée dans un contexte de droit privé, cette reconnaissance du droit d'exprimer publiquement sa dissidence peut être transposée sans difficulté dans un contexte de droit public ou de droit pénal.

[107] Par ailleurs, on ne doit pas perdre de vue que le droit de manifester publiquement sa dissidence est protégé tant dans l'intérêt de ceux qui l'exercent que dans celui de la société en général.

[108] Dans son ouvrage *Why Societies Need Dissent*, le professeur américain Cass Sunstein l'explique ainsi:

> It is usual to think that those who conform are serving the general interest and that dissenters are antisocial, even selfish. In a way this is true. Sometimes conformists strengthen social bonds, whereas dissenters endanger those bonds or at least introduce a degree of tension. But in an important respect, the usual thought has things backwards. Much of the time, it is in the individual's interest to follow the crowd, but in the social interest for the individual to say and do what he thinks best. Well-functioning societies take steps to discourage conformity and to promote dissent. They do this partly to protect the rights of dissenters, but mostly to protect interests of their own[38].

[109] Quant à la liberté de réunion pacifique et le droit de manifester, le professeur Cutler écrit ceci dès l'année de la proclamation de la *Charte canadienne*:

> Les groupes qui n'ont pas suffisamment d'argent pour se payer de la publicité se sentent souvent obligés de recourir aux manifestations. Si on leur refuse le droit de manifester, on leur enlève les moyens de communiquer. Les manifestations garantissent l'accès aux médias et dans la société occidentale, un tel accès est essentiel à la communication d'un point de vue et à la réalisation des objectifs de groupes[39].

[110] Ainsi, « l'importance de la manifestation découle de l'absence de moyen efficace pour se faire entendre »[40].

[111] La Cour suprême a reconnu la dimension collective de la liberté de réunion pacifique.

[112] Dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*[41], le juge en chef McLachlin et le juge LeBel écrivent:

> [64] [...] [L]a *Charte* n'exclut pas les droits collectifs. Bien que les titulaires de droit auxquels elle renvoie soient en général des particuliers, les garanties prévues par l'art. 2 s'appliquent également aux groupes. La liberté de réunion pacifique vise, par définition, une activité collective qui n'est pas susceptible d'être accomplie par une seule personne. [...]

[113] C'est en ayant à l'esprit ces principes fondamentaux qu'il faut maintenant aborder la question de savoir si le droit de manifester sur un chemin public est protégé par la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique garanties par les chartes québécoise et canadienne.

3.3 - Est-ce que les chartes québécoise et canadienne protègent le droit de manifester sur un chemin public?

[114] La Procureure générale caractérise erronément le droit revendiqué par l'appelante comme étant le droit d'entraver la circulation alors qu'il s'agit du droit de manifester sur un chemin public.

[115] La position selon laquelle le droit de manifester sur un chemin public n'est pas protégé par les chartes québécoise et canadienne est sans fondement.

[116] Premièrement, elle ne tient pas compte de la protection accordée à ce droit en droit canadien, en droit international et en droit américain.

[117] Deuxièmement, elle est contraire aux conclusions factuelles du juge d'instance.

[118] Troisièmement, la protection du droit de manifester sur le chemin public ressort explicitement du texte même de l'article 500.1.

[119] Examinons ces motifs, un à un.

3.3.1. La protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique en droit canadien, en droit international et en droit américain

3.3.1.1. Le droit canadien

[120] Dans son mémoire et lors de l'audition, la Procureure générale se livre à un développement laborieux visant à démontrer que le droit de manifester sur la voie publique n'est pas protégé par les chartes québécoise et canadienne, car son exercice est fondamentalement incompatible avec la fonction d'un chemin public.

[121] Or, cette question a été définitivement résolue par la Cour suprême dans l'arrêt *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*[42], s'il existait même quelque doute que ce soit avant celui-ci.

[122] Voici comment s'exprime la juge Deschamps au nom de la Cour:

> [37] Pour que le mode ou lieu de communication d'un message soit exclu de la protection de la *Charte*, le tribunal doit arriver à la conclusion que l'un ou l'autre est en dissonance avec les valeurs protégées par l'al. 2*b*), c'est-à-dire l'épanouissement personnel, le débat démocratique et la recherche de la vérité (*Ville de Montréal*, par. 72). Pour trancher cette question, les facteurs suivants sont suggérés : a) la fonction historique ou réelle du lieu de l'activité ou du mode d'expression; b) les autres caractéristiques du lieu de l'activité ou du mode d'expression qui tendent à indiquer que le fait de s'exprimer à cet endroit ou d'utiliser ce mode d'expression minerait les valeurs sous-jacentes de la liberté d'expression (*Ville de Montréal*, par. 74). L'analyse ne doit toutefois pas seulement s'attacher à la fonction première du mode d'expression ou du lieu de l'activité. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, 1993 CanLII 60 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 1084, *Ville de Montréal* et *Greater Vancouver*, notre Cour a jugé qu'un aéroport, un poteau électrique, une voie publique et un autobus sont des lieux où l'exercice de certaines activités expressives n'est pas incompatible avec les autres valeurs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, en dépit du fait que leur fonction première n'est pas l'expression. En effet, la destination première de ces lieux n'était certes pas la communication de messages, mais leur utilisation historique à des fins expressives démontrait que leurs caractéristiques ou fonctions ne les rendraient pas impropres à l'exercice de la liberté d'expression.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[123] Deux ans plus tôt, dans l'arrêt *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique* (« *Greater Vancouver* »)[43], la juge Deschamps formule la même opinion au sujet de la protection accordée au droit de s'exprimer sur la voie publique :

> [27] Depuis longtemps, la Cour interprète de manière généreuse et téléologique les droits et libertés garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam Inc.*, 1984 CanLII 33 (CSC), [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 295). Son interprétation de l'al. 2*b*) ne fait pas exception : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, 1986 CanLII 5 (CSC), [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588; *Ford c. Québec (Procureur général)*, 1988 CanLII 19 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749 et 768-767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, 1990 CanLII 24 (CSC), [1990] 3 R.C.S. 697. L'activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre un message bénéficie de prime abord de la protection de l'al. 2*b*) (*Irwin Toy*, p. 968-969). De plus, la Cour a reconnu que l'al. 2*b*) protège le droit individuel de s'exprimer dans certains endroits ou espaces publics (*Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139 (aéroport); *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, 1993 CanLII 60 (CSC), [1993] 2 R.C.S. 1084 (poteau électrique); *Ville de Montréal*, par. 61 (voie publique)). La *Charte* protège donc de prime abord non seulement l'activité expressive, mais aussi le droit de l'exercer dans certains lieux publics (*Ville de Montréal*, par. 61).
>
> [Le soulignement et les caractères gras sont ajoutés]

[124] La Cour d'appel de l'Ontario a récemment conclu en ce sens. Dans l'affaire *Figueiras c. Toronto Police Services Board*[44], la Cour devait considérer la conduite des autorités policières en marge des manifestations tenues lors du sommet du G-20 en juin 2010. Le juge Rouleau écrit:

> [71] The second step of the test is satisfied because nothing about Mr. Figueiras' conduct would remove his intended expressive activity from the scope of s. 2(*b*) protection: see *2952-1366 Québec Inc.*, at paras. 62-81. Neither the method nor the location of Mr. Figueiras' intended activity conflicts with the values protected by s. 2(*b*) (*i.e.*, self-fulfillment, democratic discourse and truth finding): *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Attorney General)*, [2011] 1 S.C.R. 19, [2011] S.C.J. No. 2, 2011 SCC 2, at para. 37. In particular, public streets are "clearly areas of public, as opposed to private, concourse, where expression of many varieties has long been accepted": *2952-1366 Québec Inc.*, at para. 81. Demonstrating around the G20 site, including the area adjacent to the security fence, was a perfectly lawful — and indeed reasonably expected — activity.

[125] Comme l'affirment les professeurs Roach et Schneiderman :

> Streets and parks seem to be paradigmatic of the sorts of public places available for the conduct of expressive activity[45].

[126] C'est aussi l'avis de l'auteur Gabriel Babineau qui, après avoir considéré l'arrêt *Greater Vancouver*, écrit ce qui suit:

> Suivant ce cadre d'analyse, il semble évident qu'une manifestation qui se déroule sur une route publique, ou dans un endroit public, tel un parc, tombera normalement sous la protection de l'article 2 (b) de la *Charte*. Ce serait particulièrement le cas, puisque, comme le remarque l'auteur Patrick Forget, « [l]es nombreuses manifestations qui se déroulent pacifiquement année après année témoignent que l'évènement manifestant n'est pas incompatible avec les fonctions principales assumées par les voies et les parcs publics »[46].

[127] De l'avis du Tribunal, il ne fait aucun doute que la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique protègent le droit de s'exprimer sur la voie publique même « si la destination première de ces lieux n'[est] certes pas la communication de messages, mais leur utilisation historique à des fins expressives démontr[e] que leurs caractéristiques ou fonctions ne les rend[ent] [...] pas impropres à l'exercice de la liberté d'expression »[47].

[128] Cette reconnaissance est conforme à certaines décisions judiciaires rendues dans d'autres contextes[48].

[129] Au sujet plus spécifiquement de la liberté de réunion pacifique, il est utile de préciser que les tribunaux canadiens ont souvent interprété la protection accordée à celle-ci en parallèle avec l'analyse dévolue à la liberté d'expression[49].

[130] Par contre, les commentaires de l'ancien juge en chef adjoint Morden au sujet de la formation reçue par les policiers avant la tenue du G-20 à Toronto en juin 2010 témoignent de l'existence d'un consensus au sujet de la protection accordée à la liberté de réunion pacifique par la *Charte canadienne* :

The substance of the training administered to officers covered a broad range of topics related to policing the G20 Summit, with a particular focus on crowd dynamics and management. Crowd management skills are a critical component of safety planning for any major event and were essential in the case of the G20 Summit given its unprecedented size, the thousands of police and security personnel involved, and the security requirements for the event. While the training materials developed were clearly presented and highly relevant to maximizing safety in mass protest situations, the training was lacking in several respects.

First, the training would have benefitted from a more detailed discussion of the relationship between the exercise of police powers, such as arrest, and the relevant *Charter* rights and freedoms engaged in policing mass public demonstrations, such as the freedom of peaceful assembly. There should have been a greater emphasis in training on the police officers' responsibility to protect and facilitate the public's exercise of their fundamental rights and freedoms under the *Charter*.

Second, many of the images and much of the language used in the training materials to depict protestors was unbalanced. Representations of rioting crowds, violent protestors, and anarchists left the impression that all protestors at the G20 Summit would engage in destructive protest activity and that police officers would be required to respond with aggressive crowd control measures.

Third, given the increased potential for violence and civil disorder in a mass protest situation, all officers deployed to the G20 Summit should have received more practical skills' training than was offered. This should have included simulated scenario training with groups of non-violent and violent protestors that focus on the powers of police to detain or arrest, as well as the legal rights an individual has when the police engage in such conduct[50].

[Le soulignement est ajouté]

[131] L'auteur Babineau met en relief la dimension collective de la liberté de réunion pacifique en ces termes:

La liberté de réunion pacifique se distinguerait donc de la liberté d'expression puisqu'elle a pour objet la protection d'une activité collective plutôt qu'individuelle. Par contre, cela ne veut pas dire que la liberté de réunion pacifique est, à proprement parler, une liberté collective. Il s'agirait plutôt, comme le précise l'auteur Yannick Lécuyer, d'un « droit individuel de dimension collective » parce que c'est une liberté individuelle qui ne peut être exercée que collectivement[51].

[132] Comme on l'a souligné plus tôt, la dimension collective de la liberté de réunion pacifique a été récemment reconnue par la Cour suprême dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*[52].

[133] Quelques mots maintenant au sujet de l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal*[53] que la Procureure générale du Québec invoque.

[134] Dans cette affaire, la Cour suprême devait décider de la constitutionnalité d'un règlement de la Ville de Montréal qui interdisait les manifestations. Le juge Beetz écrit ce qui suit:

3. Les libertés d'expression, de réunion et d'association, ainsi que la liberté de la presse et la liberté de religion, sont distinctes et indépendantes de la faculté de tenir des assemblées, des défilés, des attroupements, des manifestations, des processions dans le domaine public d'une ville. Cela est particulièrement vrai pour la liberté d'expression et la liberté de la presse dont traitait le *Renvoi relatif aux lois de l'Alberta* (précité). Une manifestation n'est pas une forme de discours mais une action collective. C'est plus une démonstration de force qu'un appel à la raison, la confusion propre à une manifestation l'empêche de devenir une forme de langage et d'atteindre le niveau du discours.

4. Le droit de tenir des réunions publiques sur un chemin public ou dans un parc est inconnu en droit anglais. Loin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue, même si aucun tiers n'est gêné et qu'aucun préjudice n'en résulte; elle peut également constituer une nuisance [...][54].

[135] En se fondant sur l'arrêt *Dupond*, la Procureure générale fait valoir que les tribunaux n'ont jamais reconnu qu'il existait un droit d'entraver la circulation des véhicules routiers sur les chemins publics. Elle affirme que l'appelante ne peut prétendre que ce droit lui a été historiquement reconnu et qu'il n'entrave pas l'activité pour laquelle ces chemins sont destinés.

[136] D'une part, la qualification du droit invoqué par l'appelante dans la présente affaire est erronée. Il s'agit du droit de manifester sur un chemin public et non du droit d'entraver la circulation. D'autre part, l'arrêt *Dupond* est rendu avant l'adoption de la *Charte*.

[137] Dans l'arrêt *Comité pour la République*[55], la juge L'Heureux-Dubé note le fait que l'arrêt *Dupond* a été rendu avant la proclamation de la *Charte*:

Dans l'arrêt *Dupond c. Ville de Montréal*, 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 770, le juge Beetz a émis l'opinion, à la p. 797, au nom de la majorité, que "[l]oin d'être l'objet d'un droit, la tenue d'une réunion publique dans une rue ou dans un parc peut constituer une atteinte aux droits des pouvoirs municipaux qui sont propriétaires de la rue" et que la libre expression ne saurait servir de fondement à l'annulation d'un règlement municipal interdisant toute manifestation pendant un mois. Cet arrêt a toutefois été rendu avant la proclamation de la *Charte* et offre tout au moins la preuve qu'on peut comprendre que les règles de droit relatives à la violation de propriété peuvent constituer une restriction légale de la liberté d'expression.

Mais le caractère distinct de la propriété gouvernementale restreint l'application des règles de droit relatives à la violation de propriété. Comme l'a affirmé la Cour suprême des États-Unis dans *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939), aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Peu importe qui détient le titre de propriété afférent aux rues et aux parcs, ces lieux ont de façon immémoriale fait l'objet d'une propriété en fiducie pour l'usage du public et ont été utilisés, depuis toujours, dans le but de tenir des assemblées et de permettre l'échange d'idées entre les citoyens et la discussion de questions d'intérêt public. Depuis les temps anciens, cette utilisation des rues et des lieux publics fait partie des privilèges, des immunités, des droits et des libertés des citoyens. Le droit qu'a un citoyen des États-Unis de se servir des rues et des parcs aux fins de communiquer ses points de vue sur des questions nationales peut être réglementé dans l'intérêt collectif; il s'agit d'un droit non pas absolu mais relatif dont l'exercice doit être subordonné à la convenance et à l'agrément généraux et être en harmonie avec la paix et l'ordre. Il ne doit toutefois pas sous le couvert d'une réglementation être restreint ou supprimé.

Et selon Harry Kalven, Jr. dans "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", [1965] *Sup. Ct. Rev.* 1, aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] . . . dans une société ouverte et démocratique les rues, les parcs et d'autres endroits publics sont des lieux importants pour la discussion publique et pour le processus politique. Ils constituent en somme un forum public que le citoyen peut réquisitionner; la générosité et la compréhension avec lesquelles ces lieux sont mis à la disposition des citoyens sont un indice de liberté.

Cependant, même le droit à l'expression de ses opinions politiques n'est pas absolu comme l'a expliqué la Cour suprême des États-Unis dans *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 536 (1965), à la p. 554:

[TRADUCTION] Même si les droits de parole et de réunion sont fondamentaux dans notre société démocratique, il ne faut quand même pas conclure que toute personne désireuse d'exprimer des opinions ou des croyances peut prendre la parole en public n'importe où et n'importe quand. La liberté garantie par la constitution suppose l'existence d'une société organisée, capable de maintenir l'ordre public sans lequel cette même liberté serait perdue dans les excès de l'anarchie. [Je souligne.][56]

[138] Dans l'affaire *Ontario (A.G.) c. Dieleman*[57], le juge Adams de la Cour supérieure de l'Ontario avait délivré une injonction interdisant à certaines personnes d'exhiber des pancartes de protestation à proximité de certaines cliniques d'avortement[58].

[139] Dans son jugement, le juge Adams explore plusieurs questions qui concernent la portée de la protection accordée par la *Charte canadienne* à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique. Il trace un portrait historique de la protection constitutionnelle accordée au droit de manifester avant l'adoption de la *Charte canadienne* et il aborde, naturellement, la décision de la Cour suprême dans l'arrêt *Dupond*.

[140] Il écrit ce qui suit au sujet de cette décision:

> The passage of the *Charter of Rights and Freedoms* has radically altered this perspective, bringing Canadian law and practice more into tune with the fundamental nature of public speech in its various democratic manifestations. It is now recognized that speaking out on public property is an important aspect of political participation, particularly for individuals and groups who lack access to the official press or media or even to mainstream political life: see Stoykewych, "Street Legal", *supra*, at p. 45, *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, *supra*; and *Ramsden v. Peterborough (City)*, *supra*[59].

[141] Le Tribunal adopte l'analyse du juge Adams et estime qu'il n'est pas lié par l'arrêt *Dupond*, particulièrement si on considère la jurisprudence récente de la Cour suprême qui reconnaît l'exercice de la liberté d'expression sur la voie publique.

[142] Cette reconnaissance est d'ailleurs conforme au droit international.

3.3.1.2. Le droit international

[143] Dans l'arrêt *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*[60], la juge Abella rappelle l'importance des obligations internationales du Canada lorsqu'on interprète la *Charte canadienne*:

> [64] Dans *R. c. Hape*, 2007 CSC 26 (CanLII), [2007] 2 R.C.S. 292, le juge LeBel confirme que, en interprétant la *Charte*, la Cour « a tenté d'assurer la cohérence entre son interprétation de la *Charte*, d'une part, et les obligations internationales du Canada et les principes applicables du droit international, d'autre part » (par. 55). Puis, dans *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47 (CanLII), [2013] 3 R.C.S. 157, par. 23, la Cour confirme qu'« il faut présumer que la *Charte* accorde une protection au moins aussi grande que les instruments internationaux ratifiés par le Canada en matière de droits de la personne ».

[144] Le Canada a ratifié le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*[61] qui protège, à son article 21, le droit de réunion pacifique. Les libertés fondamentales protégées par les chartes québécoise et canadienne s'inspirent des instruments de protection des droits internationaux[62].

[145] À cet égard, il est intéressant de consulter l'analyse contenue dans la deuxième édition des lignes directrices relatives la liberté de réunion pacifique publiée en 2010 conjointement par le Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (« OSCE ») et la Commission de Vienne: *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*[63].

[146] Ces lignes directrices sont publiées à l'intention des États membres de l'OSCE afin de les aider à s'assurer que leur législation nationale est respectueuse de leurs obligations internationales, européennes et en tant qu'état membre de l'OSCE.

[147] Elles s'appuient notamment sur l'analyse des instruments internationaux et européens pertinents qui accordent une protection à la liberté de réunion pacifique.

[148] L'analyse contenue dans ces lignes directrices et dans les notes explicatives qui les accompagnent est un résumé utile des principes de base de la portée de la protection accordée à la liberté de réunion pacifique en droit international et en droit européen[64].

[149] Les lignes directrices abordent toutes les questions pertinentes au respect de la liberté de réunion pacifique et à sa mise en œuvre : 1) la notion de réunion pacifique; 2) les principes directeurs; 3) les restrictions à cette liberté; 4) les questions procédurales et 5) la mise en œuvre du droit à la liberté de réunion pacifique.

[150] La liberté de réunion pacifique est définie largement:

> **1.1 Freedom of peaceful assembly** is a fundamental human right that can be enjoyed and exercised by individuals and groups, unregistered associations, legal entities and corporate bodies. Assemblies may serve many purposes, including the expression of diverse, unpopular or minority opinions. The right can be an important strand in the maintenance and development of culture, such as in the preservation of minority identities. The protection of the freedom to peacefully assemble is crucial to creating a tolerant and pluralistic society in which groups with different beliefs, practices or policies can exist peacefully together.
>
> **1.2 Definition of assembly.** For the purposes of the Guidelines, an assembly means the intentional and temporary presence of a number of individuals in a public place for a common expressive purpose. This definition recognizes that, although particular forms of assembly may raise specific regulatory issues, all types of peaceful assembly – both static and moving assemblies, as well as those that take place on publicly or privately owned premises or in enclosed structures – deserve protection.
>
> **1.3 Only peaceful assemblies are protected.** An assembly should be deemed peaceful if its organizers have professed peaceful intentions and the conduct of the assembly is non-violent. The term "peaceful" should be interpreted to include conduct that may annoy or give offence, and even conduct that temporarily hinders, impedes or obstructs the activities of third parties[65].

[151] La légitimité de l'utilisation des chemins publics pour l'exercice de la liberté de réunion pacifique est ainsi décrite:

> **3.2 Public space.** Assemblies are as legitimate uses of public space as commercial activity or the movement of vehicular and pedestrian traffic. This must be acknowledged when considering the necessity of any restrictions[66].

[152] Au sujet de l'utilisation temporaire des chemins publics pour l'exercice de la liberté de réunion pacifique, les notes explicatives fournissent les précisions suivantes:

> 19. These Guidelines apply to assemblies held in public places that everyone has an equal right to use (including, but not limited to, public parks, squares, streets, roads, avenues, sidewalks, pavements and footpaths). In particular, the state should always seek to facilitate public assemblies at the organizers' preferred location, where this is a public place that is ordinarily accessible to the public (see paras. 39-45, in relation to proportionality).
>
> 20. Participants in public assemblies have as much a claim to use such sites for a reasonable period as anyone else. Indeed, public protest, and freedom of assembly in general, should be regarded as equally legitimate uses of public space as the more routine purposes for which public space is used (such as commercial activity or for pedestrian and vehicular traffic)[67].

[153] Comme on peut le constater, l'accès temporaire au chemin public pour l'exercice de la liberté de réunion pacifique est consacré en droit international.

3.3.1.3. Le droit américain

[154] Le droit américain est au même effet.

[155] Dans son ouvrage *Why Societies Need Dissent*, le professeur Sunstein résume succinctement le droit américain au sujet de l'exercice du droit de manifester sur un chemin public. Il confirme que l'accès aux rues et aux parcs est protégé afin d'exercer le droit à la liberté d'expression et de réunion pacifique :

> In short, governments are obliged to allow speech to occur freely on public streets and in public parks. This is so even if many citizens would prefer to have peace and quiet, and even if people find it annoying, or worse, to come across protesters and dissidents when simply walking home or driving to a local grocery or restaurant[68].

[156] L'accès aux chemins publics afin d'exercer la liberté d'expression et la liberté de réunion pacifique est donc protégé en droit canadien, en droit international et en droit américain.

3.3.2. Le texte de l'article 500.1 et l'intention législative

[157] La position que fait valoir la Procureure générale au sujet de la protection de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique est contredite par le texte même de l'article 500.1 qui autorise l'accès temporaire aux chemins publics lorsque que certaines modalités sont satisfaites.

[158] L'objet et l'intention législative ayant conduit à l'adoption de cet article est d'autoriser l'accès aux chemins publics pour les fins de la tenue de manifestations et de défilés moyennant le respect de certaines conditions.

[159] L'article 500.1 ne fait que confirmer que les libertés d'expression et de réunion pacifique protègent le droit de manifester, du moins temporairement, sur un chemin public.

3.3.3. Les conclusions du juge d'instance

[160] Dans un jugement soigné et clair, le juge d'instance tire certaines conclusions de nature factuelle au sujet de l'utilisation historique des chemins publics pour exercer le droit de manifester.

[161] Par exemple, le juge résume et évalue le témoignage rendu par le professeur de sociologie à l'Université McGill, Marcos Ancelovici. Il s'exprime ainsi :

> [22] Marcos Ancelovici, sociologue qui enseigne à l'Université McGill, s'intéresse aux mouvements sociaux. Il a été qualifié à titre d'expert capable d'informer le Tribunal sur la notion de manifestation, son développement et son utilisation, et en particulier l'utilisation de la manifestation comme moyen d'expression.
>
> [23] À la lumière du témoignage et du rapport d'expertise de Marcos Ancelovici, le Tribunal retient qu'une manifestation est une activité expressive et un phénomène collectif. Ceux et celles qui y participent, souvent marginalisés, véhiculent un message.
>
> [24] D'ailleurs, un objectif de la manifestation est d'attirer l'attention médiatique afin de communiquer ce message et d'influencer les politiques publiques. La perturbation de l'ordre public est une façon d'attirer cette attention médiatique. De plus, la manifestation se tient souvent dans la rue ou sur les chemins publics et son trajet peut être investi d'un sens particulier. La manifestation peut être une fin en elle-même. Entre autres, elle permet à un mouvement social de « prendre corps ». Finalement, la manifestation peut prendre plusieurs formes : par exemple, elle peut être spontanée et ne pas avoir d'organisateur.
>
> [25] M. Ancelovici témoigne à l'effet que plusieurs groupes, souvent marginalisés, dépendent de la perturbation de l'ordre public pour se faire entendre. De plus, même si le Tribunal retenait l'hypothèse qu'il y a une « routinisation » des manifestations en Occident, celui-ci ne retient cependant pas les conclusions du témoin quant à cette « routinisation » au Canada. Selon lui, les Canadiens (incluant les Québécois) sont de plus en plus favorables à l'idée de manifester. Or, la façon dont il interprète les études qu'il présente est peu fiable et l'application des conclusions de ces études au contexte canadien, spéculative.
>
> [26] Le Tribunal ne retient pas non plus ses conclusions à l'effet que les Canadiens (incluant les Québécois) participent de plus en plus à des manifestations. Plusieurs données qu'il présente sont partielles et la méthodologie qu'il utilise pour le faire, peu fiable. De plus, il n'attache pas d'importance au fait que les manifestations auxquelles il se réfère ou auxquelles les études qu'il mentionne se réfèrent, soient autorisées ou non. Finalement, le Tribunal ne retient pas ses conclusions à l'effet que les rapports entre les manifestants et les policiers se soient « normalisés » car il ne présente aucune donnée pour étayer cette affirmation.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[162] De plus, le juge d'instance est « convaincu sur la base de la preuve entendue que les chemins publics de Montréal sont des lieux de rencontres publics et non privés, où la manifestation de rue est une forme d'expression acceptée depuis longtemps »[69].

[163] Il souligne aussi qu'il « est satisfait que la Cour Suprême et des cours d'appel ont reconnu que les rues sont manifestement des lieux où diverses formes d'expression incluant des manifestations, sont acceptées depuis longtemps »[70].

[164] Lors d'un débat constitutionnel, la norme de contrôle à l'égard des faits en litige, des faits sociaux et des faits législatifs est celle de l'erreur manifeste et dominante[71].

[165] La Procureure générale ne fait voir aucune erreur de cette nature à l'égard des conclusions du juge d'instance dans son jugement.

[166] Ce faisant, il lui est difficile de prétendre que la fonction historique des rues et des chemins publics est incompatible avec l'exercice de la liberté d'expression et de la liberté de réunion pacifique alors que la preuve présentée l'établit et que le juge d'instance retient cette preuve.

3.4 - Est-ce que l'article 500.1 porte atteinte aux libertés d'expression et de réunion pacifique?

[167] Ayant conclu que les chartes québécoise et canadienne protègent le droit de manifester sur un chemin public, il faut décider si l'article 500.1 porte atteinte aux libertés d'expression et de réunion pacifique.

[168] L'article 500.1 interdit les manifestations et les défilés qui ne sont pas autorisés.

[169] L'exercice du droit de manifester sur un chemin public est assujetti à une autorisation préalable.

[170] Comme l'explique la Cour suprême dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*[72] « [l]orsque l'effet d'une disposition est de limiter l'expression, la violation de l'al. 2b) sera établie, à la condition que le demandeur démontre que l'expression en cause favorise l'une des valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression »[73].

[171] Une manifestation ou un défilé favorise les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression et à la liberté de réunion pacifique: soit le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel[74].

[172] L'article 500.1 est un régime de restriction préalable (« *prior restraint* ») à l'exercice du droit de manifester sur un chemin public[75].

[173] Un tel régime porte atteinte à l'exercice des libertés d'expression et de réunion pacifique et sa justification doit être démontrée selon les exigences de l'article premier de la *Charte canadienne* et l'article 9.1 de la *Charte québécoise*.

3.5 - L'article 500.1 est-il une limite qui se justifie dans une société libre et démocratique?

[174] L'opinion formulée par le juge La Forest dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*[76] pose avec simplicité la question qui doit être résolue dans la présente affaire. Il écrit:

> Je partage l'opinion du Juge en chef et du juge McLachlin que cette liberté ne comprend pas le droit d'utiliser toutes les propriétés du gouvernement aux fins de répandre ses opinions sur des questions de nature publique, mais je n'ai aucun doute qu'elle comprend le droit d'utiliser à ces fins les rues et parcs qui sont destinés à l'usage du public, sous réserve sans doute d'une réglementation raisonnable conçue en vue d'assurer leur utilisation continue pour les fins auxquelles ils sont destinés[77].

[175] Essentiellement, il importe de décider, en l'espèce, si le mécanisme d'autorisation préalable prévu à l'article 500,1 et son large pouvoir discrétionnaire est une réglementation raisonnable selon les exigences des dispositions justificatives des chartes québécoise et canadienne.

[176] La question peut être formulée ainsi : est-ce que le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 500.1 est si large qu'il ne peut être considéré comme une limite raisonnable justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique?

[177] Le cadre d'analyse général pour répondre à cette question a d'abord été formulé par l'arrêt *R. c. Oakes*[78].

[178] Ce critère est résumé dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur général)*[79]:

> [94] Pour justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte aux droits que reconnaît l'art. 7 aux appelants, le Canada doit démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, (2) elle porte atteinte de façon minimale au droit en question, et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi : *R. c. Oakes*, 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103[80].

3.5.1. L'article 500.1 est-il une règle de droit?

[179] Même s'il confère un large pouvoir discrétionnaire, l'article 500.1 est une règle de droit au sens des dispositions justificatives[81].

[180] Il est vrai, comme l'affirme l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, que « si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite «par une règle de droit »[82].

[181] Toutefois, comme l'explique le juge Sopinka dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*: « [c]omme il peut fort bien être raisonnable dans les circonstances de conférer un large pouvoir discrétionnaire, il vaut mieux dans la vaste majorité des cas aborder la question de l'imprécision dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier plutôt que d'invalider d'emblée la loi »[83].

[182] Lorsque la norme minimale générale de précision est respectée, « on devrait examiner tous les autres arguments relatifs à la précision des textes de loi à l'étape de l'étude de l'« atteinte minimale » de l'analyse fondée

sur l'article premier »[84].

[183] C'est ce que le Tribunal fera.

3.5.2. L'objectif urgent et réel[85]

[184] Le *CSR* régit l'utilisation des véhicules sur les chemins publics et la circulation des piétons sur ceux-ci. Il établit les règles relatives à la sécurité routière, les transports routiers des personnes et des marchandises.

[185] Le *CSR* vise plus particulièrement à régir l'utilisation des véhicules sur les chemins publics et la circulation des piétons sur ces chemins. Son article 1 est explicite à ce sujet :

> **1.** Le présent code régit l'utilisation des véhicules sur les chemins publics et, dans les cas mentionnés, sur certains chemins et terrains privés ainsi que la circulation des piétons sur les chemins publics.
>
> Il établit les règles relatives à la sécurité routière, à l'immatriculation des véhicules routiers et aux permis et licences dont l'administration relève de la Société de l'assurance automobile du Québec ainsi qu'au contrôle du transport routier des personnes et des marchandises. [...]

[186] L'article 4 définit ce qu'est un chemin public:

> **« chemin public »**: la surface de terrain ou d'un ouvrage d'art dont l'entretien est à la charge d'une municipalité, d'un gouvernement ou de l'un de ses organismes, et sur une partie de laquelle sont aménagées une ou plusieurs chaussées ouvertes à la circulation publique des véhicules routiers et, le cas échéant, une ou plusieurs voies cyclables, à l'exception:
>
> [...]

[187] Le terme « chaussée » est lui aussi défini à l'article 4:

> **« chaussée »**: la partie d'un chemin public normalement utilisée pour la circulation des véhicules routiers;

[188] Comme le titre du *CSR* l'indique et comme le confirme le deuxième alinéa de l'article 1, le législateur se préoccupe avant tout de sécurité routière. À cet égard, différentes règles sont établies par le *CSR* afin d'assurer que la circulation des véhicules routiers sur les chemins publics se fasse de façon sécuritaire, tant pour les conducteurs et les passagers des véhicules que pour les piétons.

[189] Par exemple, le *CSR* fixe des règles concernant les véhicules et leur équipement (Titre VI, art. 210 à 287.2), la signalisation routière (Titre VIII, art. 288 à 318) et la circulation routière (Titre VIII, art. 319 à 519). Il régit également les permis relatifs à la conduite des véhicules routiers de façon à s'assurer que l'autorisation de conduire n'est accordée qu'aux personnes qui possèdent les compétences et les attitudes de prudence nécessaires à la sécurité du public (Titre II, art. 60.1 à 146.1 et Titre V, art. 180 à 209.26).

[190] La possible présence de piétons sur un chemin public ouvert à la circulation de véhicules routiers présente un enjeu important de sécurité routière. C'est la raison pour laquelle le *CSR* édicte, dans le Chapitre III du Titre III, portant sur la circulation routière, des dispositions particulières applicables aux piétons:

> **CHAPITRE III**
>
> DISPOSITIONS PARTICULIÈRES APPLICABLES AUX PIÉTONS
>
> **444.** Lorsque des feux pour piétons sont installés à une intersection, un piéton doit s'y conformer.
>
> En face d'une silhouette blanche d'un piéton fixe, un piéton peut traverser la chaussée.
>
> En face d'une main orange fixe, un piéton ne peut s'engager sur la chaussée.
>
> En face d'un feu clignotant, un piéton qui a déjà commencé à traverser la chaussée doit presser le pas jusqu'au trottoir ou à la zone de sécurité.
>
> En face d'un feu clignotant accompagné d'un décompte numérique, un piéton peut s'engager sur la chaussée seulement s'il est en mesure d'atteindre l'autre trottoir ou la zone de sécurité avant que le feu ne passe à la main orange fixe.
>
> **445.** Lorsqu'il n'y a pas de feux pour piétons, un piéton doit se conformer aux feux de circulation.
>
> **446.** À un passage pour piétons qui n'est pas situé à une intersection réglementée par des feux de circulation, un piéton doit, avant de s'y engager, s'assurer qu'il peut le faire sans risque.
>
> **447.** Lorsqu'il n'y a pas d'intersections ou de passages pour piétons clairement identifiés et situés à proximité, un piéton qui traverse un chemin public doit céder le passage aux véhicules routiers et aux cyclistes qui y circulent.
>
> **448.** Un piéton ne peut se tenir sur la chaussée pour solliciter son transport ou pour traiter avec l'occupant d'un véhicule.
>
> **449.** Un piéton ne peut solliciter son transport aux endroits où le dépassement est interdit.
>
> **450.** Lorsqu'il y a une intersection ou un passage pour piétons à proximité, un piéton ne peut traverser un chemin public qu'à l'un de ces endroits.
>
> **451.** Un piéton est tenu de traverser la chaussée perpendiculairement à son axe. Il ne peut la traverser en diagonale que s'il y est autorisé par un agent de la paix, un brigadier scolaire ou une signalisation.
>
> **452.** Lorsqu'un trottoir borde la chaussée, un piéton est tenu de l'utiliser. En cas d'impossibilité d'utiliser le trottoir, le piéton peut longer celui-ci sur le bord de la chaussée, en s'assurant qu'il peut le faire sans danger.
>
> **453.** Lorsqu'aucun trottoir ne borde une chaussée, un piéton doit circuler sur le bord de la chaussée et dans le sens contraire de la circulation des véhicules, en s'assurant qu'il peut le faire sans danger.
>
> **453.1.** Un piéton ne peut circuler sur un chemin à accès limité ni sur une voie d'entrée ou de sortie d'un tel chemin, sauf en cas de nécessité. Toutefois, il peut traverser ce chemin à une intersection lorsque des feux de circulation y sont installés.

[191] On constate à la lecture de ces dispositions que la chaussée d'un chemin public n'est pas un endroit où un piéton peut circuler ou se tenir à sa guise.

[192] Un piéton ne peut circuler sur un chemin à accès limité, comme une autoroute par exemple, ni sur une voie d'entrée ou de sortie d'un tel chemin, sauf en cas de nécessité (art. 453.1).

[193] Quant aux autres chemins publics, un piéton peut certes traverser la chaussée, mais doit le faire perpendiculairement à son axe (art. 451), aux intersections ou aux passages pour piétons lorsqu'il y en a à proximité (art. 450), en respectant les feux pour piétons s'il y en a (art. 444) ou les feux de circulation (art. 445) et, en l'absence de ceux-ci, en s'assurant qu'il peut le faire sans risque (art. 446). Lorsqu'il n'y a pas d'intersection ou de passages pour piétons situés à proximité, le piéton qui traverse un chemin public doit céder le passage aux véhicules routiers et aux cyclistes qui y circulent.

[194] Sur ces mêmes chemins, le piéton qui désire circuler dans l'axe du chemin public doit utiliser le trottoir qui borde la chaussée (art. 452). Si aucun trottoir ne borde cette chaussée, il doit circuler sur le bord de celle-ci et dans le sens contraire de la circulation des véhicules, en s'assurant qu'il peut le faire sans danger (art. 453). Il lui est par conséquent interdit de circuler, à sa guise, au contre sens des voies de circulation ou au milieu du chemin.

[195] L'article 500, bien que ne s'appliquant pas uniquement aux piétons, vient renforcer les restrictions et les interdictions examinées ci-dessus quant à l'usage de la chaussée par ceux-ci. Cet article prévoit :

> **500.** Nul ne peut, sans y être autorisé légalement, occuper la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords d'un chemin public ou y placer un véhicule ou un obstacle, de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin.
>
> Un agent de la paix peut enlever ou faire enlever aux frais du propriétaire toute chose utilisée en contravention au présent article. Il peut aussi saisir une telle chose; les dispositions du Code de procédure pénale (chapitre C-25.1) relatives aux choses saisies s'appliquent, compte tenu des adaptations nécessaires, aux choses ainsi saisies.
>
> Aux fins du présent article, un chemin public comprend un chemin servant de déviation à un chemin public, même si ce chemin est situé sur une propriété privée, ainsi qu'un chemin soumis à l'administration du ministère des Ressources naturelles et de la Faune ou entretenu par celui-ci.

[196] L'article 500.1 poursuit les mêmes objectifs de sécurité routière que ceux poursuivis par l'article 500.

[197] Par ailleurs, plusieurs dispositions du *CSR* indiquent que le législateur, en plus de poursuivre des objectifs de sécurité routière, a aussi celui d'assurer la libre circulation des personnes et des marchandises sur les chemins publics ainsi que l'accès aux immeubles qui les bordent.

[198] Mentionnons, à titre d'exemple, les dispositions suivantes:

> **331.** Sauf en cas de nécessité, nul ne peut conduire un véhicule routier à une lenteur susceptible de gêner ou d'entraver la circulation normale.
>
> Dans un tel cas, le conducteur doit utiliser les feux de détresse de son véhicule.
>
> **382.** Sauf en cas de nécessité, nul ne peut immobiliser un véhicule routier de manière à rendre une signalisation inefficace, à gêner la circulation, l'exécution de travaux ou l'entretien du chemin ou à entraver l'accès à une propriété.
>
> **384.** Nul ne peut immobiliser un véhicule routier sur la chaussée d'un chemin public où la vitesse maximale permise est de 70 km/h ou plus, sauf en cas de nécessité ou à moins qu'une signalisation ne l'y autorise.
>
> **447.** Lorsqu'il n'y a pas d'intersections ou de passages pour piétons clairement identifiés et situés à proximité, un piéton qui traverse un chemin public doit céder le passage aux véhicules routiers et aux cyclistes qui y circulent.

[199] Ajoutons à ces dispositions, l'article 500, cité plus haut, et l'article 500.1 qui visent aussi à empêcher les entraves à la circulation des véhicules routiers sur les chemins publics ou l'accès à de tels chemins.

[200] Un sous-objectif à celui d'assurer la libre circulation des personnes et des marchandises sur les chemins publics ainsi que l'accès aux immeubles qui les bordent concerne la protection des citoyens du Québec et de leurs biens. Cette protection requiert, notamment, que les chemins publics puissent servir au passage rapide des véhicules d'urgence comme, par exemple, les véhicules de police, les ambulances et les véhicules des services de sécurité incendie. Le *CSR*, et plus particulièrement l'article 406, indique qu'il s'agit là d'une préoccupation réelle du législateur :

> **406.** Le conducteur d'un véhicule routier ou d'une bicyclette doit céder le passage à tout véhicule d'urgence dont les signaux lumineux ou sonores sont en marche en réduisant la vitesse de son véhicule, en serrant à droite le plus possible et, si nécessaire, en immobilisant son véhicule.

[201] L'article 500.1 s'insère donc dans la continuité des autres dispositions du *CSR* et poursuit les mêmes objectifs.

[202] Tout comme l'article 500, il vise le fait d'occuper « la chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords ou y placer un véhicule ou un obstacle, de manière à entraver la circulation des véhicules routiers sur ce chemin ou l'accès à un tel chemin ». Il vise une conduite qui est *déjà interdite* par le *CSR* à l'article 500. La seule différence réside dans le fait que l'article 500.1 vise une entrave qui survient « au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public ». Dans ce cas, le législateur impose des peines plus sévères:

> **511.1.** Quiconque contrevient au premier alinéa de l'article 500 commet une infraction et est passible d'une amende de 300 $ à 600 $ et, en cas de récidive, de 3 000 $ à 6 000 $.
>
> En outre, sur déclaration de culpabilité pour une infraction visée au présent article, un juge peut ordonner la confiscation d'une chose saisie en vertu du deuxième alinéa de l'article 500. Un préavis de la demande de confiscation doit être donné par le poursuivant au saisi et au contrevenant, sauf s'ils sont en présence du juge.
>
> **512.0.1.** Quiconque contrevient au premier alinéa de l'article 500.1 commet une infraction et est passible d'une amende de 350 $ à 1 050 $ et, en cas de récidive, de 3 500 $ à 10 500 $.
>
> Toutefois, s'il est démontré que la personne déclarée coupable a participé à la planification, à l'organisation ou à la direction de l'action concertée visée à cet article, l'amende est alors de 3 000 $ à 9 000 $ et, en cas de récidive, de 9 000 $ à 27 000 $.
>
> En outre, sur déclaration de culpabilité pour une infraction visée au présent article, un juge peut ordonner la confiscation d'une chose saisie en vertu du deuxième alinéa de l'article 500.1. Un préavis de la demande de confiscation doit être donné par le poursuivant au saisi et au contrevenant, sauf s'ils sont en présence du juge.

[203] Ces peines plus sévères ont été insérées au *CSR* dans le contexte où, malgré les interdictions qui existaient déjà, on assistait à une recrudescence d'occupations de la chaussée entraînant des entraves à la circulation. Le législateur, afin d'atteindre ses objectifs d'assurer la sécurité routière, la libre circulation des personnes et des marchandises et l'accès aux immeubles qui bordent les chemins, a jugé nécessaire d'être plus dissuasif.

[204] Les extraits suivants tirés des débats tenus à l'Assemblée nationale, le 23 mai 2000, lors de l'adoption de principe de la *Loi modifiant le Code de la sécurité routière*[86] sont révélateurs du contexte qui existait à cette époque :

- Le ministre des Transports M. Guy Chevrette, p, 6071 :

  > De même, de nouveaux articles introduisent des dispositions en vue de décourager toute action concertée destinée à entraver la libre circulation des véhicules routiers. Je tiens à préciser que les modifications du *Code de la sécurité routière* n'ont pas pour but d'empêcher les manifestations et les défilés préalablement autorisés. Il s'agit essentiellement d'empêcher que la population ne soit prise en otage par des groupes d'intérêts. Or, le meilleur moyen d'assurer la libre circulation des personnes et des marchandises consiste à interdire toute occupation non autorisée de la chaussée et des accotements d'un chemin public.
  >
  > Pour y parvenir, il nous apparaît justifié d'utiliser un moyen fortement dissuasif. Ainsi, nous proposons de hausser le montant des amendes imposées aux contrevenants et de permettre aux agents de la paix de procéder à la saisie et à la confiscation des biens ayant servi à l'occupation. [...][87]

[205] Le troisième alinéa de l'article 500.1, permet, à certaines conditions, la tenue de défilés ou d'autres formes de manifestations qui entravent cette circulation :

> Le présent article ne s'applique pas lors de défilés ou d'autres manifestations préalablement autorisées par la personne responsable de l'entretien du chemin public à la condition que le chemin utilisé soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police.

[206] Parmi les conditions imposées par le législateur, il y a celle prévoyant que le chemin utilisé doit être fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police. Cette condition permet d'éliminer la présence simultanée de piétons et de véhicules sur le chemin public – par sa fermeture, ou sur une partie de celui-ci – par le contrôle d'un corps de police.

[207] Cette condition vise ainsi à éliminer les dangers que posent la présence de piétons sur la chaussée d'un chemin ouvert à la circulation des véhicules, tant pour ces piétons que pour les autres usagers de la route.

[208] L'analyse qui précède des dispositions du *CSR* en général et de l'article 500.1 en particulier permet de résumer comme suit les objectifs que poursuit le législateur :

- Rendre sécuritaire la circulation des véhicules routiers sur les chemins publics, tant pour les conducteurs et les passagers des véhicules que pour les piétons;
- Assurer la libre circulation des personnes et des marchandises sur les chemins publics et l'accès aux immeubles qui les bordent;
- Protéger les citoyens du Québec et leurs biens en s'assurant que les chemins publics puissent servir au passage des véhicules d'urgence.

[209] Le juge d'instance formule les objectifs d'une manière quelque peu différente, mais il accepte essentiellement ces objectifs[88].

[210] De l'avis du Tribunal, la Procureure générale fait valoir avec raison que la sécurité, la libre circulation des personnes et des marchandises sur les chemins publics et l'accès aux immeubles qui les bordent est un objectif urgent et réel.

[211] L'évolution du nombre de titulaires de permis de conduire et du nombre de véhicules en circulation de même que l'augmentation du débit journalier de véhicules sur les ponts et autoroutes justifient amplement cette conclusion.

[212] Les chemins publics sont un élément important de la vie économique et sociale des villes modernes, peu importe leur taille. Ces chemins assurent le transport des biens essentiels aux individus et à la vie économique. Ils permettent aux citoyens de se rendre à leur travail, aux études, à l'hôpital, chez le médecin, à des activités politiques, culturelles ou religieuses, de visiter les membres de leur famille, ou d'aller dans un palais de justice comme partie, témoin, ou comme membre d'un jury.

[213] Les chemins publics permettent aussi d'assurer la protection des citoyens et des biens en permettant le passage des policiers, pompiers, premiers répondants et ambulanciers.

[214] Les chemins publics permettent également l'accès aux lieux où une manifestation sera tenue, ce qu'une action concertée est susceptible d'empêcher.

[215] Contrairement à l'affirmation de l'appelante, l'article 500.1 ne poursuit pas véritablement un objectif distinct de celui de l'article 500. Il accroit plutôt la sévérité de la peine lorsque l'entrave à la circulation des véhicules routiers est le résultat d'une action concertée.

[216] Le juge d'instance rejette avec raison la qualification trop étroite de l'objectif suggéré par l'appelante[89].

[217] L'article 500.1 ne vise pas que les blocus routiers ayant un impact majeur sur la circulation et sur l'approvisionnement d'une région. L'interprétation proposée par l'appelante s'écarte du texte même de l'art. 500.1 qui vise toute forme d'entrave, y compris les « défilés et d'autres manifestations ». Par ailleurs, cette qualification étroite de l'objectif ne tient pas compte du contexte législatif global dans lequel l'art. 500.1 s'insère.

[218] Bien que la Cour suprême précise que c'est l'objectif de la mesure attentatoire qui doit être identifié, elle n'exclut pas que l'évaluation doive tenir compte du contexte global[90]. Ainsi, l'objectif principal du *CSR* n'est pas incompatible avec l'instauration d'une mesure afin de trouver une solution aux actions concertées destinées à entraver de quelque manière la circulation des véhicules routiers sur un chemin public[91].

[219] Finalement, l'objectif est urgent et réel même si la preuve démontre que les corps policiers sont souvent en mesure d'encadrer les manifestations dont ils n'ont pas été avisés de la tenue.

[220] Le fait qu'il soit souvent possible aux corps policiers d'assurer la gestion adéquate des manifestations de masse n'atténue pas l'importance de l'objectif poursuivi par l'article 500.1.

3.5.3. Est-ce que l'article 500.1 *CSR* est rationnellement lié à son objectif?

[221] Les conclusions du juge d'instance au sujet du lien rationnel entre l'article 500.1 et l'objectif urgent et réel sont les suivantes:

> [144] L'article 500.1 prohibe à toute personne d'occuper un chemin public au cours d'une action concertée destinée à entraver de quelque manière la circulation des véhicules. Mais, cette prohibition ne s'applique pas aux personnes qui font partie d'une manifestation préalablement autorisée qui se passe sur un chemin public fermé ou sous contrôle de la police.
>
> [145] Pour le Tribunal, quand la prohibition et l'exception sont lues ensemble, il est apparent que le gouvernement a voulu limiter la possibilité que des piétons se trouvent sur le chemin public au même moment que les véhicules routiers et que le gouvernement voulait réduire de cette façon les risques d'accidents entre les piétons et les véhicules et d'assurer la libre circulation des véhicules.
>
> [146] Il est évident que des gens qui marchent sur un chemin public dans un groupe destiné à entraver la circulation des véhicules vont nécessairement affecter la circulation routière et augmenter les risques d'accidents entre les piétons et les véhicules.
>
> [147] Dans le but de maintenir la sécurité routière et assurer la libre circulation des véhicules, le gouvernement a prohibé des manifestations non autorisées sur un chemin public, mais a explicitement permis celles pour lesquelles une permission fut obtenue préalablement et pour lesquelles un contrôle policier du chemin public fut obtenu.

[222] Le critère applicable à cette étape de l'analyse est formulé ainsi dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony* : « [l]e gouvernement doit démontrer qu'il est raisonnable de supposer que la restriction peut contribuer à la réalisation de l'objectif, et non qu'elle y contribuera effectivement »[92].

[223] Comme la Cour suprême le précise dans l'arrêt *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*[93]: « [i]l n'est pas nécessaire d'établir que la mesure permettra inévitablement d'atteindre l'objectif visé par le gouvernement. Une inférence raisonnable que les moyens adoptés par ce dernier aideront à réaliser l'objectif en question suffit »[94].

[224] C'est le cas en l'espèce.

[225] L'article 500.1 peut contribuer à la réalisation des objectifs de sécurité et de libre circulation des personnes et des marchandises.

3.5.4 Est-ce que l'article 500.1 *CSR* porte atteinte de manière minimale au droit de manifester sur un chemin public?

3.5.4.1 Le jugement d'instance

[226] Dans son jugement, le juge d'instance est d'avis que l'article 500.1 porte atteinte de manière minimale au droit de manifester sur un chemin public.

[227] Il fait d'abord valoir que le gouvernement dispose d'une certaine latitude lorsqu'il s'attaque à un problème social[95].

[228] Il souligne que l'article 500.1 n'est pas une restriction absolue au droit de manifester sur un chemin public[96]. L'interdiction absolue ne s'applique qu'aux personnes qui veulent manifester sans autorisation[97].

[229] Même si le juge d'instance note que l'appelante prétend que la personne qui peut accorder une telle autorisation est inconnue et que son pouvoir discrétionnaire est illimité[98], il rejette cet argument, car l'appelante n'a pas fait de demande pour obtenir une autorisation[99]. S'appuyant sur la décision de la Cour supérieure de l'Ontario dans *Batty c. The City of Toronto*[100], il conclut que la question constitutionnelle formulée par l'appelante est hypothétique[101].

[230] Au sujet de l'identité du titulaire du pouvoir conféré par l'article 500.1 d'accorder une autorisation de manifester ou de défiler, c'est-à-dire « la personne responsable de l'entretien du chemin public », le juge d'instance conclut d'une part, qu'il s'agit de « la ville ou municipalité ou un représentant de la ville où la manifestation est censée avoir lieu »[102], et d'autre part, qu'il est « satisfait que *de facto* il s'agit d'un membre du corps policier de la ville ou municipalité qui accorde ladite permission »[103].

[231] Le juge d'instance exprime l'avis, tout comme la Procureure générale, que le processus d'autorisation est souple[104] et qu'il n'y a aucune preuve de refus[105].

[232] À son avis, l'autorisation préalable vise « à augmenter le niveau de sécurité de toutes les personnes qui utilisent les chemins publics »[106], sans se préoccuper du contenu du message véhiculé par la manifestation. Elle « s'attarde plutôt au besoin d'encadrement de telles manifestations afin d'assurer la sécurité de tous les usagers de la route et la libre circulation des véhicules »[107].

[233] Le jugement d'instance, il faut le souligner, est soigné et aborde les principales questions en litige.

[234] Seule la question du pouvoir discrétionnaire n'est pas tranchée par le juge d'instance. Cela s'explique par ses conclusions à l'égard du fait qu'une demande d'autorisation de manifester n'a pas été présentée et de l'absence d'une preuve de refus de manifester. Cette question est abordée plus loin.

[235] Comme le souligne le juge Binnie dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, il est important de déterminer si les violations des droits constitutionnels trouvent leur source dans la loi elle-même ou uniquement dans son application[108].

[236] Les conclusions du juge d'instance exigent d'abord de discuter des éléments suivants qui concernent l'application de l'article 500.1 et le cadre de la contestation constitutionnelle: 1) la qualité de l'appelante pour agir; 2) l'identité de la personne responsable de l'entretien du chemin public; 3) une autorisation de manifester a-t-elle été accordée le 15 mars 2011?

[237] Même si ces éléments concernent en partie l'application de l'article 500.1 et non l'article lui-même, il est essentiel de résumer la preuve présentée à cet égard et de tirer les conclusions qui s'imposent, car il s'agit du contexte factuel du débat constitutionnel.

[238] Par la suite, le Tribunal déterminera si le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 500.1 est une atteinte minimale.

3.5.4.2. L'absence d'une demande d'autorisation de manifester : la qualité pour agir de l'appelante

[239] La qualité pour agir de Mme Garbeau pour contester la constitutionnalité de l'article 500.1 n'a pas fait l'objet d'un débat dans le présent dossier.

[240] Toutefois, les commentaires du juge d'instance donnent lieu de penser qu'il est d'avis que l'appelante devait présenter une demande de permis ou d'autorisation pour établir la violation de ses droits constitutionnels, et qu'en l'absence d'un tel refus, cette démonstration était vaine.

[241] Or, l'appelante n'avait pas à présenter une demande de permis pour appuyer sa contestation constitutionnelle. Avec respect pour l'opinion contraire, il ne s'agit pas d'une contestation hypothétique.

[242] Le juge d'instance n'avait pas le bénéfice de deux jugements récents rendus par la Cour suprême où des arguments similaires ont été présentés, mais rejetés par la Cour.

[243] Dans l'affaire *R. c. Nur*[109], la Cour suprême a décidé qu'un accusé pouvait contester la constitutionnalité d'une peine en se fondant sur des applications raisonnablement prévisibles d'une disposition créant une peine minimale obligatoire.

[244] La juge en chef McLachlin écrit:

> [50] Ne faire porter l'examen que sur la situation du délinquant en cause va à l'encontre de la jurisprudence de la Cour, établie de longue date, concernant le contrôle constitutionnel au regard de la *Charte* en général et de l'art. 12 en particulier.
>
> [51] Considérons d'abord la jurisprudence sur le contrôle constitutionnel effectué au regard de la *Charte* en général. La Cour a toujours estimé qu'une personne pouvait contester une disposition législative sur le fondement de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* même lorsque ses propres droits n'étaient pas bafoués par la disposition (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 295, p. 314; *R. c. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, 1991 CanLII 39 (CSC), [1991] 3 R.C.S. 154; *R. c. Heywood*, 1994 CanLII 34 (CSC), [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Mills*, 1999 CanLII 637 (CSC), [1999] 3 R.C.S. 668; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, par. 58-66). Comme je l'indique dans l'arrêt *Ferguson*, « [u]n demandeur qui a par ailleurs qualité pour agir peut généralement solliciter une déclaration d'invalidité en application de l'art. 52 au motif qu'une disposition a des effets inconstitutionnels pour lui-même ou pour des tiers » (par. 59). Il en est ainsi parce que « [c]'est la nature de la loi, et non pas le statut de l'accusé, qui est en question » (*Big M*, p. 314, le juge Dickson). Non seulement l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* consacre la primauté de la Constitution, mais il dispose que celle-ci « rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit ». Si une loi inconstitutionnelle ne pouvait être contestée qu'au regard des faits précis d'une instance donnée, des lois invalides pourraient demeurer en vigueur indéfiniment, ce qui irait à l'encontre de la primauté du droit. Nul ne doit être soumis à une loi inconstitutionnelle (*Big M*, p. 313). Est ainsi consacré le principe de l'appartenance de la Constitution à tous les citoyens, lesquels possèdent en commun le droit à l'application constitutionnelle des lois canadiennes.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[245] Dans l'arrêt *R. c. Smith*[110], une question similaire se pose dans un contexte différent.

[246] Là encore, la Cour suprême confirme le principe selon lequel un accusé peut contester la constitutionnalité d'une loi, qu'elle s'applique ou non à lui.

[247] La Cour écrit:

> [11] La première question est celle de savoir si M. Smith a qualité pour contester la constitutionnalité de l'interdiction. Nous concluons qu'il a effectivement cette qualité. Le ministère public ne s'est pas opposé au procès à la qualité pour agir de M. Smith. En appel, bien que la question ait été évoquée lors de sa plaidoirie orale, le ministère public a reconnu que le principe selon lequel « nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle » s'applique à M. Smith (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 295, p. 313; motifs de la C.A., par. 147). Devant la Cour, le ministère public a repris la position dissidente du juge Chiasson en faisant valoir que M. Smith n'avait pas qualité pour agir parce qu'il ne consomme pas lui-même de marijuana à des fins médicales et qu'il exerçait ses activités en dehors du cadre du régime de réglementation. Le fait que l'exemption se restreigne à la marijuana séchée n'a donc [TRADUCTION] « rien à voir avec lui » (motifs de la C.A., par. 151).
>
> [12] Cette thèse ne tient pas compte du rôle que joue le *RAMFM* dans le régime législatif. Le *RAMFM* constitue une exception aux dispositions pénales en vertu desquelles M. Smith a été accusé, en l'occurrence les art. 4 et 5 de la *LRCDAS* . Comme l'ont expliqué les juges majoritaires de la Cour d'appel, il faut déterminer si ces dispositions de la *LRCDAS* , [TRADUCTION] « telles qu'elles sont modifiées par le *RAMFM*, privent les personnes autorisées à posséder de la marijuana d'un droit qui leur est garanti par la Constitution en limitant leur protection contre des poursuites criminelles aux seuls cas où elles possèdent de la marijuana séchée » (par. 85). Le fait que M. Smith ne soit pas un consommateur de marijuana à des fins médicales et qu'il ne soit pas titulaire d'une licence de production conformément au régime ne signifie pas non plus qu'il n'a pas qualité pour agir. Tout accusé a qualité pour contester la constitutionnalité de la loi en vertu de laquelle il est inculpé, même si les effets inconstitutionnels allégués ne le visent pas personnellement (voir *R. c. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 30; *Big M Drug Mart Ltd.*). Il n'est pas non plus nécessaire que l'accusé démontre que toute réparation possible à l'égard d'un vice constitutionnel mettra automatiquement fin aux accusations portées contre lui. Lorsqu'un demandeur conteste une loi en faisant valoir que son incidence à l'égard d'autres personnes est incompatible avec la *Charte*, il est toujours possible qu'une réparation accordée en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne porte pas sur la situation particulière du demandeur (voir *R. c. Latchmana*, 2008 ONCJ 187, 170 C.R.R. (2d) 128, par. 16; *R. c. Clay* (2000), 2000 CanLII 5760 (ON CA), 49 O.R. (3d) 577 (C.A.)).
>
> [13] En l'espèce, la constitutionnalité de la disposition législative en application de laquelle M. Smith est accusé dépend directement de la constitutionnalité de l'exemption médicale prévue par le *RAMFM* (voir *Parker*). Il est donc autorisé à la contester.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[248] Le fait que l'accusé ne consommait pas de la marihuana à des fins médicales et qu'il n'était pas titulaire d'une licence de production ne le privait pas de la qualité pour agir pour contester la constitutionnalité de la loi.

[249] Bien entendu, le juge d'instance n'a pas ici empêché la contestation constitutionnelle de l'appelante au motif qu'elle n'avait pas qualité pour agir.

[250] Cependant, en affirmant comme il le fait, que l'appelante n'a pas tenté d'obtenir une autorisation, il donne à penser que l'article 500.1 ne pouvait être contesté que si on établissait qu'une autorisation de manifester avait été sollicitée et qu'elle avait été refusée.

[251] Selon les principes formulés dans les arrêts *Nur* et *Smith*, la conclusion du juge d'instance à cet égard est erronée.

[252] Dans la présente affaire, comme le note d'ailleurs avec justesse le juge d'instance[111], l'argument principal de l'appelante est que l'article 500.1 confère une discrétion qui n'est encadrée par aucun critère. Elle soutient aussi que le régime d'autorisation envisagé par cet article n'a pas été mis en place et que la personne qui en est responsable est inconnue.

[253] Le défaut de présenter une demande d'autorisation ne prive pas l'appelante de la qualité pour agir et soulever la constitutionnalité de l'article 500.1 pour contester sa culpabilité.

[254] Même en l'absence d'une demande d'autorisation de manifester, elle peut tenter de faire la démonstration que ce régime n'est pas une limite raisonnable car le pouvoir discrétionnaire qui y est prévu n'est encadré par aucun critère.

[255] En résumé, nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction à une loi inconstitutionnelle.

[256] L'article 500.1 doit être déclaré invalide s'il porte atteinte au droit de manifester sur un chemin public et si, le cas échéant, la Procureure générale du Québec ne fait pas la démonstration que le régime d'autorisation préalable mis en place et la discrétion qu'il comporte est une limite raisonnable qui se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique.

3.5.4.3. La personne responsable de l'entretien du chemin public

[257] Comme on l'a vu, le juge d'instance a conclu « que *de facto* il s'agit d'un membre du corps policier de la ville ou municipalité qui accorde ladite permission »[112].

[258] Cette conclusion soulève trois questions distinctes, mais qui sont inter-reliées :

1) Les policiers exercent-ils dans les faits les pouvoirs conférés par l'article 500.1;

2) Est-ce que l'article 500.1 comporte une délégation implicite de pouvoirs?

3) Est-ce que le pouvoir conféré par l'article 500.1 peut être délégué aux policiers?

3.5.4.3.1. Les policiers exercent-ils dans les faits les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1 *CSR*?

[259] La question de l'identité du titulaire du pouvoir conféré par le troisième alinéa l'article 500.1 était au cœur des débats devant le juge d'instance. Elle faisait partie des principaux arguments présentés par l'appelante qui faisait valoir, qu'à son avis, cette personne était inconnue.

[260] L'importance de cette question n'échappe d'ailleurs pas à l'attention du juge d'instance qui signale à la poursuivante et à la Procureure générale une lacune dans la preuve[113]. Après avoir été invitées à présenter une preuve à cet sujet, elles choisissent de s'en remettre à la preuve présentée et à la présentation d'observations.

[261] Au niveau de l'interprétation de l'article 500.1, les travaux parlementaires confirment la conclusion du juge d'instance que la personne responsable de l'entretien du chemin public est soit la ville ou la municipalité ou le ministère des Transports[114].

[262] Cependant, avec respect pour le juge d'instance, la preuve n'établit pas que les corps policiers exercent les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1, mais plutôt qu'ils exercent leur pouvoir discrétionnaire de tolérer une infraction au premier alinéa de cet article. L'exercice de ce pouvoir discrétionnaire ne démontre pas qu'ils ont *effectivement* exercé le pouvoir conféré par le troisième alinéa de l'article 500.1 ni qu'*en droit*, ils pouvaient le faire.

[263] Il est vrai que la mise en œuvre de l'exercice des pouvoirs d'un État moderne doit faire preuve de souplesse[115]. Il faut, certes, éviter d'imposer « une trop grande rigidité à un système parlementaire et législatif qui s'en remet considérablement à des lois-cadres et à la délégation de larges pouvoirs discrétionnaires »[116]. De plus, il « existe diverses méthodes permettant d'assurer le respect par la fonction publique des droits garantis par la *Charte* »[117]. Le législateur peut choisir « des méthodes plus souples, soit la délégation d'un pouvoir de règlementation et la directive ministérielle »[118].

[264] Toutefois, un régime d'autorisation préalable suppose normalement l'octroi d'une autorisation accordée *avant* la tenue de l'activité sujette à une autorisation préalable ou à un permis[119]. Il prévoit les conditions relatives à l'exercice de l'activité soumise à l'autorisation[120] et, le cas échéant, les modalités encadrant la révocation éventuelle de l'autorisation.

[265] Les auteurs de l'ouvrage *Éléments de légistique* décrivent ainsi les principales caractéristiques d'un tel régime d'autorisation préalable:

> [L]e législateur a la faculté de soumettre l'administré à un contrôle **a priori**, qui l'oblige à obtenir une autorisation de l'Administration **avant** d'exercer l'activité réglementée[121].
>
> [...]
>
> Le mot « autorisation », dans le sens d'autorisation administrative, est un générique regroupant ce qu'on désigne sous différents vocables : permis, licence, certificat, brevet, visa, inscription, carte de compétence, etc. Du point de vue matériel, ces termes désignent le droit accordé à quelqu'un par l'Administration d'accomplir quelque chose (permis de construction) ou d'exercer une activité (permis de conduire). Du point de vue formel, ils se réfèrent au document officiel attestant l'autorisation[122].
>
> [...]
>
> Les conditions que le demandeur d'une autorisation est tenu de remplir sont prévues par voie législative ou réglementaire et touchent tant le fond que la forme. Les conditions réglementaires, le cas échéant, doivent être habilitées par la loi et doivent s'inscrire dans la poursuite de l'objectif d'intérêt public visé par le dispositif d'autorisation[123].
>
> [Le soulignement et les caractères gras sont ajoutés]

[266] L'appelante soutient que la conclusion du juge selon laquelle les policiers exercent dans les faits les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1 ne s'appuie pas sur la preuve présentée devant le juge d'instance.

[267] À son avis, le juge ignore le passage suivant du témoignage de l'inspecteur Sylvain Champagne de la division de la planification opérationnelle au quartier général du SPVM :

> Q : Qui peut autoriser une manifestation à la Ville de Montréal si c'est pas le CCTI?
>
> R : Présentement, à ma connaissance, il y a pas d'organisme à la Ville de Montréal qui autorise ou non une manifestation. Lorsqu'on parle d'autorisation, on parle d'événements planifiés, comme un parade, ainsi de suite.

[268] Or, dans son jugement, le juge d'instance fait référence à ce témoignage.

[269] Voici ce qu'il écrit:

> [92] Le témoin explique comment s'effectue la coordination des effectifs policiers du SPVM en vue d'encadrer les manifestations. Il ajoute qu'il y a, par ailleurs, un organisme spécifique qui les autorise. Lorsqu'il parle d'autorisation, il parle d'événements planifiés avec la Division des événements publics et des festivals de la Ville de Montréal. Ainsi, si une personne se présente au Bureau d'accès Montréal à propos d'une manifestation, M. Champagne croit qu'on le dirigera vers le poste de quartier concerné. De plus, à sa connaissance, aller au poste de police concerné avant de faire une manifestation n'est pas une obligation.

[270] Ce passage décrit assez fidèlement le témoignage de M. Champagne, bien qu'il soit possible de prétendre que sa lecture donne l'impression qu'il existe dans les faits un organisme qui autorise les manifestations, ce qui n'est pas le cas.

[271] Mais là n'est pas la question la plus importante.

[272] La preuve est totalement silencieuse quant à la mise en place formelle du processus administratif établi et envisagé par l'article 500.1.

[273] En effet, selon la preuve présentée, *aucun* processus d'autorisation préalable n'a été mis en œuvre ni même mis en place.

[274] À la Ville de Québec, la preuve ne fait état d'aucun processus formel d'autorisation, mais seulement de l'existence d'un formulaire relatif à la tenue de manifestation, ce qui facilite la préparation de l'intervention policière. Bien que le formulaire utilisé comporte aussi la mention de *Demande d'occupation de la chaussée* et celle de *Requérant*, il ne prévoit aucun espace réservé à l'inscription par écrit d'une décision formelle autorisant la tenue d'une manifestation, d'une marche ou d'un rassemblement.

[275] Il faut d'ailleurs souligner une incongruité entre les règles qui sont susceptibles de s'appliquer si une demande d'autorisation de manifester vise un chemin public sous la compétence du ministère des Transports.

[276] Dans une telle situation, l'article 5 de la *Loi sur la justice administrative*[124] s'applique. Cet article prévoit:

> 5. L'autorité administrative ne peut prendre une ordonnance de faire ou de ne pas faire ou une décision défavorable portant sur un permis ou une autre autorisation de même nature, sans au préalable:
>
> 1° avoir informé l'administré de son intention ainsi que des motifs sur lesquels celle-ci est fondée;

2° avoir informé celui-ci, le cas échéant, de la teneur des plaintes et oppositions qui le concernent;

3° lui avoir donné l'occasion de présenter ses observations et, s'il y a lieu, de produire des documents pour compléter son dossier.

Il est fait exception à ces obligations préalables lorsque l'ordonnance ou la décision est prise dans un contexte d'urgence ou en vue d'éviter qu'un préjudice irréparable ne soit causé aux personnes, à leurs biens ou à l'environnement et que, de plus, la loi autorise l'autorité à réexaminer la situation ou à réviser la décision.

[Le soulignement est ajouté]

[277] Or, en l'absence de tout processus formel d'autorisation ou de permis de manifester, les garanties d'équité procédurale prévues à l'article 5 ne peuvent être mises en œuvre[125].

[278] Contrairement à l'affirmation de la Procureure générale, la preuve n'établit pas que le mécanisme d'autorisation préalable d'une manifestation a été mis en place et qu'il soit souple.

[279] Ce processus n'est pas illusoire[126], il est inexistant.

[280] La preuve démontre, tout au plus, une tolérance tacite ou explicite des corps policiers lors de la tenue de manifestations[127].

[281] Cela dit, une telle tolérance n'est pas une autorisation au sens du troisième alinéa de l'article 500.1.

[282] Soulignons que la tolérance d'une autorité publique à l'égard d'une activité règlementée ne permet pas de faire valoir à l'encontre d'une infraction de responsabilité stricte, comme en l'espèce, les moyens suivants: la préclusion promissoire, les droits acquis ou une erreur provoquée par une personne en autorité[128].

[283] Avec respect pour le juge d'instance, le Tribunal est d'avis qu'il commet une erreur manifeste et dominante lorsqu'il tire la conclusion que les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1 sont exercés *dans les faits* par les corps policiers des villes ou municipalités en cause, car aucun processus formel d'autorisation des manifestations n'a été mis en place.

[284] Il n'est pas possible d'exercer un pouvoir d'autorisation qui n'a pas été instauré.

[285] Cette erreur n'est pas uniquement d'avoir omis d'analyser « en profondeur un point donné ou un élément de preuve particulier »[129], ce qui « ne constitue pas un motif suffisant pour justifier l'intervention des tribunaux d'appel »[130].

[286] L'omission de considérer le témoignage de l'inspecteur Champagne à la lumière de l'ensemble de la preuve révèle une erreur importante qui donne lieu à la conviction rationnelle que le juge d'instance doit avoir oublié, négligé d'examiner ou mal interprété la preuve d'une manière qui affecte sa conclusion selon laquelle les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1 ont été exercés par les corps policiers[131].

[287] En conclusion, le juge d'instance avait correctement identifié une lacune dans la preuve présentée.

[288] Bien qu'il soit juste de dire que la preuve ne fait voir aucun refus, elle ne révèle aucune autorisation accordée selon le régime formel d'autorisation préalable envisagé par l'article 500.1. Cet élément distingue la présente affaire de la situation dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*[132], décision à laquelle réfère le juge d'instance dans son jugement[133], où des autorisations ont été accordées des centaines de fois.

[289] En l'absence d'un processus formel d'autorisation ou de permis de manifester, il n'est guère surprenant que la preuve ne révèle ni refus, ni autorisation.

[290] Il existe, au mieux, un processus informel de tolérance de la part des corps policiers qui, dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire, font de leur mieux pour assurer la gestion et l'encadrement des manifestations, qu'ils en aient été informés à l'avance ou non.

3.5.4.3.2. L'article 500.1 *CSR* comporte-t-il une délégation implicite?

[291] La Procureure générale invoque le concept de délégation implicite décrit par le professeur Garant dans son ouvrage classique, *Droit administratif*[134].

[292] Le professeur Garant explique que « l'attribution d'une compétence à une autorité administrative est généralement précisée par la désignation du titulaire »[135], mais la question est souvent de savoir « dans quelle mesure ce titulaire peut-il habiliter une autre autorité, qui lui est subordonnée, à l'exercer à sa place »[136].

[293] Selon le professeur Garant, « [l]a délégation implicite est celle qui découle du contexte et qui peut exister à certaines conditions »[137].

[294] La position formulée par la Procureure générale exige l'examen de la décision de la Cour suprême dans l'affaire *Vic Restaurant c. City of Montréal*[138] au sujet de laquelle le Tribunal a demandé les observations des parties lors de l'audition du pourvoi.

[295] En effet, dans cette affaire, la Cour suprême examine la question de la délégation d'un pouvoir discrétionnaire dans le contexte où un règlement relatif à la délivrance des permis d'exploitation d'un restaurant ne formulait pas les critères encadrant l'exercice de la discrétion du chef de police de faire une recommandation favorable ou non à l'octroi du permis.

[296] La Procureure générale a fait valoir qu'il s'agit d'une question nouvelle.

[297] Dans l'arrêt *R. c. Mian*[139], la Cour suprême décrit ce qu'est une nouvelle question soulevée par une cour d'appel:

> [35] En résumé, on conclura qu'une question soulevée par une cour d'appel est nouvelle lorsqu'elle n'a pas été posée par les parties et lorsqu'on ne peut raisonnablement affirmer qu'elle découle des questions formulées par ces dernières, si bien que celles-ci devront en être informées afin qu'elles puissent présenter des observations éclairées. Les questions qui forment la toile de fond de l'instance d'appel ne seront généralement pas de « nouvelles questions » au regard de cette définition. La cour d'appel qui exerce sa compétence de poser des questions à l'audience ne se trouve pas à soulever une nouvelle question, sauf si, ce faisant, elle donne un nouveau fondement au contrôle de la décision frappée d'appel pour cause d'erreur.

[298] Avec respect, la question de l'identité du titulaire du pouvoir conféré par l'article 500.1 est au cœur de l'argumentation présentée par l'appelante.

[299] L'arrêt *Vic Restaurant* concerne les conditions entourant la délégation des pouvoirs discrétionnaires d'une ville ou d'une municipalité et les exigences quant à l'encadrement d'un tel pouvoir. Prétendre qu'il s'agit d'une question nouvelle ignore la substance du débat constitutionnel en l'espèce.

[300] Le fait que l'arrêt *Vic Restaurant* n'ait pas été formellement soulevé avant l'audition de l'appel n'en fait pas une question nouvelle. De plus, le Tribunal a sollicité les observations des parties qui ont eu l'occasion de les présenter.

[301] Dans l'affaire *Vic Restaurant*, l'obtention d'un permis pour l'exploitation d'un restaurant est assujettie à l'obtention d'une recommandation du chef de police, mais les critères devant encadrer celle-ci ne sont pas précisés.

[302] Le juge Locke écrit:

> It will be seen from an examination of the by-law that the Director of Finance, by whom both permits would be issued, is forbidden to do so without the written approval of the directors mentioned. It should be said that no question arises as to the requirement that approval of the City Planning and the Health Department was not obtained. The whole controversy relates to the failure to obtain the approval of the Director of Police. As to that official, while the council was authorized to fix the "terms and manner of issuing licences", the by-law contains no directions whatever to the Director of Police as to the manner in which the discretion given to him to approve or refuse to approve applications for licences was to be exercised. Thus, the director might refuse his approval upon any ground which he considered sufficient.
>
> In Meredith and Wilkinson's Canadian Municipal Manual, at p. 265, it is said:
>
> > The exercise of a discretionary power vested in a council cannot, in the absence of statutory authority, be delegated.
> >
> > A council may, however, delegate to an officer or functionary merely ministerial matters.

In Robson and Hugg's Municipal Manual, at p. 347, the following appears:

> Discretion confided to council or to the Board of Commissioners of Police cannot be delegated to others, as for example, requiring an applicant for a licence to get the consent of certain persons. *Re Kiely* (1887) 13 O.R. 451; *Rex v. Webster* (1888) 16 O.R. 187.

In my opinion, these are accurate statements of the law[140].

[Le soulignement est ajouté]

[303] Le juge Cartwright offre les observations suivantes:

> The impugned provisions of by-law no 1862 appear to me to be fatally defective in that no standard rule or condition is prescribed for the guidance of the Director of the Police Department in deciding whether to give or to withhold his approval.
>
> [...]
>
> I am unable to accept the suggestion that because the Director of Police is charged with the duty of maintaining the public peace and enforcing the penal laws of Canada of the Province and of the municipality he is thereby instructed as to the standard to be applied and the conditions to be looked for in deciding whether to grant his approval of an application.
>
> In my respectful opinion neither of these passages states rule sufficiently definite to be of value but my purpose in quoting them is to indicate the impossibility of formulating from the available sources any clear or certain rule. I agree with my brother Locke that the effect of the by law is to leave it to the Director of the Police Department without direction to decide whether an applicant should or should not be permitted to carry on any of the lawful callings set out in the 41 sections referred to above.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[304] Dans l'affaire *McCleery c. Nap. Malenfant Ltée*[141], le juge Fish résume le droit relatif à la délégation d'un pouvoir règlementaire et d'un pouvoir discrétionnaire. Il écrit :

> [R]egulatory power cannot be transferred otherwise than in accordance with the enabling legislation. Regulations must provide a framework within which any discretion delegated to a subordinate authority must operate; if they fail to do so, the subordinate authority will have essentially untrammelled discretion to make decisions on the basis of arbitrary considerations. At a minimum, any delegation of authority must be administrative rather than regulatory in nature, unless the latter is explicitly authorized by the enabling legislation[142].

[305] En l'espèce, il est vrai qu'il ne s'agit pas de la délégation d'un pouvoir règlementaire, mais de la délégation d'un pouvoir discrétionnaire qui devait être exercé par la ville ou la municipalité. Or, l'exercice de ce pouvoir n'a pas fait l'objet d'une délégation législative ou règlementaire accompagnée de critères encadrant l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

[306] L'auteur Philip Cantwell résume les règles applicables dans de telles circonstances :

> 3 **Délégation** — De toute évidence, le conseil municipal ne peut, à lui seul, prendre toutes les décisions nécessaires pour assurer la bonne administration de la municipalité. Certaines tâches devront nécessairement être déléguées à des fonctionnaires. Le professeur Garant fait une analyse poussée de la délégation administrative de pouvoirs et résume en huit règles le régime juridique québécois. Essentiellement, en l'absence d'une habilitation législative expresse, une municipalité ne peut pas sous-déléguer les pouvoirs réglementaires qui lui ont été conférés par la loi. Les pouvoirs de nature discrétionnaire, quant à eux, peuvent être sous-délégués dans la mesure où le conseil fixe des normes suffisamment précises quant à la manière dont ces pouvoirs peuvent être exercés par le fonctionnaire. Enfin, la sous-délégation d'actes non discrétionnaires ne pose généralement aucun problème[143].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[307] En outre, en droit municipal, il faut rappeler qu'il « revient au conseil de déterminer, par règlement, quelles sont les fonctions des fonctionnaires et employés de la municipalité qui ne sont pas fixées par la loi *(Loi sur les cités et villes* ou *Code municipal du Québec)* ou par la charte particulière applicable à la municipalité »[144].

[308] Dans l'arrêt *Roberge c. Ville de Québec*[145], la Cour d'appel du Québec interprète l'arrêt *Vic Restaurant* de la même manière.

[309] Le juge Dubé résume la règle applicable ainsi :

> De l'étude de cette cause de *Vic Restaurant*, on doit nécessairement dégager la règle générale suivante qui est très bien explicitée dans le factum de l'appelant, à la page 12 :
>
> > La règle générale est donc maintenant bien claire : Il est illégal pour un conseil municipale qui veut assujettir une activité quelconque à la formalité préalable d'un permis, de déclarer qu'un permis devra être obtenu d'un officier municipal sans préciser les règles qui devront guider cet officier municipal pour accorder ou refuser le permis[146].

[310] Le professeur Garant résume les principales conclusions dans les arrêts *Vic Restaurant* et *Roberge* de la manière suivante:

> Dans l'arrêt *Vic Restaurant*, la Cour suprême n'affirme pas que le règlement de la Ville de Montréal, qui subordonne l'émission des permis de restaurant à la recommandation du chef de police, est *ultra vires* parce qu'il renferme une délégation mais parce qu'il n'édicte pas de normes suffisamment précises auxquelles le chef de police pourrait se référer. Selon la Cour suprême, le fait pour le conseil de ne pas définir ces normes ou directives ou standards équivaut à « laisser le fonctionnaire les établir à la place du conseil en lui déléguant le pouvoir d'accorder ou de refuser les permis à sa discrétion ». Lorsque des normes suffisamment précises sont prévues dans la loi ou le règlement, la sous-délégation est parfaitement légale.
>
> En 1975, dans l'arrêt *Roberge*, la Cour d'appel a directement appliqué ces principes et a conclu à une sous-délégation implicite illégale parce que le chef de police n'avait aucune norme sur laquelle se baser pour accorder ou non la permission de distribuer des circulaires dans les rues.
>
> Cette jurisprudence laisse cependant une question épineuse en suspens : quand une norme est-elle suffisamment précise pour ne pas équivaloir à une délégation illégale ? La réponse pourrait être la suivante : d'un côté, la délégation d'une pure discrétion administrative est interdite, alors qu'est toujours permise la délégation d'un pur pouvoir lié. Entre les deux, si le fonctionnaire doit non seulement constater l'existence objective de certains faits mais aussi les apprécier au regard de l'intérêt public, il faudrait que le règlement soit suffisamment précis pour que l'administré moyen sache comment se conformer au règlement.
>
> Les règlements contiennent des délégations implicites toutes les fois que le titulaire d'un pouvoir s'en remet à un subalterne pour poser des actes administratifs sans que la loi l'y autorise expressément. Cette délégation est cependant illégale si elle équivaut à un pur transfert de pouvoir discrétionnaire, c'est-à-dire sans que des normes d'encadrement suffisamment précises soient fixées. Si la délégation est explicite, c'est-à-dire expressément autorisée par la loi, il n'est pas nécessaire que « les normes d'exercice de ce pouvoir délégué » soient énoncées.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[311] Dans son ouvrage, le professeur Garant formule huit règles relatives à la délégation implicite. Voici la quatrième:

> *Au niveau de l'Administration infragouvernementale, une délégation implicite d'un pouvoir discrétionnaire ne sera légale que lorsque l'organe à qui le pouvoir discrétionnaire est confié fait exercer ce pouvoir par ses agents en établissant des normes et en gardant un pouvoir de surveillance et de contrôle sur ces agents.*
>
> Lorsque l'organe à qui le pouvoir discrétionnaire est confié édicte des normes qui ne sont pas assez précises, cela revient à conférer une « discrétion » trop large à l'agent qui prend la décision, et empêche ainsi les administrés de savoir comment seront affectés leurs droits. [...]

[312] Le Tribunal est d'avis que le principe de la délégation implicite ne pouvait pas s'appliquer comme le suggère la Procureure générale, car « un pouvoir de nature discrétionnaire ne peut être sous-délégué à moins d'une autorisation législative expresse »[147].

[313] Même en concluant, comme le fait le juge d'instance, que la preuve présentée établit que le pouvoir discrétionnaire a été exercé, dans les faits, par les policiers, une telle conclusion est contraire aux règles du droit administratif canadien et québécois. Toute délégation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être autorisée par la loi ou par un règlement qui fixe les critères qui encadrent son exercice.

[314] Le Tribunal note d'ailleurs que le *CSR* prévoit à son article 633 un exemple d'une délégation explicite d'un pouvoir du ministre des Transports.

[315] Voici ce que cet article prévoit :

> **633.** Le ministre des Transports peut, lorsqu'il estime que des circonstances exceptionnelles le justifient et après consultation de la Société, délivrer un permis spécial autorisant la circulation d'un véhicule routier ou d'un ensemble de véhicules routiers, lorsque le requérant ne peut satisfaire aux exigences d'un règlement pris en vertu du paragraphe 20° de l'article 621.
>
> Lorsque le ministre accorde ce permis, il fixe les conditions qui y sont afférentes, les droits exigibles, le montant et la forme de cautionnement qui garantit le paiement de tout dommage que l'utilisation de ce véhicule ou cet ensemble de véhicules est susceptible de causer à un chemin public.
>
> Le ministre des Transports peut déléguer à un fonctionnaire ou employé du ministère des Transports ou à toute autre personne ou tout organisme qu'il désigne l'exercice d'un pouvoir que lui attribue le présent article.

[316] Le pouvoir conféré par l'article 500.1 ne peut être exercé par les corps policiers en l'absence d'une délégation expresse encadrant l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par cet article.

3.5.4.3.3. Est-ce qu'un corps de police peut être un mandataire d'une ville ou d'une municipalité?

[317] La conclusion du juge d'instance que les pouvoirs conférés par l'article 500.1 aux villes ou municipalités ont été exercés, dans les faits, par les policiers soulève une autre question tout aussi fondamentale soit la question de la nature de la relation entre, d'une part, un corps policier et ses agents de la paix et, d'autre part, une ville ou une municipalité.

[318] Dans l'arrêt *R. c. Campbell*[148], le juge Binnie aborde la question du statut de la police. Cette question se posait dans cette affaire où la Cour suprême devait déterminer la nature de l'immunité qui protégeait les policiers lors d'une opération d'infiltration, par ailleurs illégale.

[319] Le juge Binnie écrit :

> 27 La tentative du ministère public d'assimiler la GRC à l'État pour des fins d'immunité dénote une conception erronée de la relation entre la police et la branche exécutive du gouvernement lorsque les policiers exercent des activités liées à l'exécution de la loi. Un policier qui enquête sur un crime n'agit ni en tant que fonctionnaire ni en tant que mandataire de qui que ce soit. Il occupe une charge publique qui a été définie à l'origine par la common law et qui a été établie par la suite dans différentes lois. Dans le cas de la GRC, l'une de ces lois pertinentes est maintenant la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, L.R.C. (1985), ch. R-10.
>
> 28 Il est vrai qu'en vertu des pouvoirs conférés par cette loi, les agents de la GRC accomplissent une multitude de tâches en plus des enquêtes criminelles. Ces tâches comprennent notamment des fonctions purement cérémoniales, la protection de dignitaires canadiens et de diplomates étrangers, ainsi que des activités liées à la prévention du crime. Certaines de ces tâches créent des liens plus étroits avec l'État que d'autres. La *Loi sur le ministère du Solliciteur général*, L.R.C. (1985), ch. S-13, prévoit que les pouvoirs et fonctions du Solliciteur général s'étendent aux domaines relatifs à la GRC pour lesquels le Parlement a compétence et qui n'ont pas été attribués à un autre ministère. L'article 5 de la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* prévoit ceci pour la direction de la GRC:
>
> > **5.** (1) Le gouverneur en conseil peut nommer un officier, appelé commissaire de la Gendarmerie royale du Canada, qui, sous la direction du [Solliciteur général], a pleine autorité sur la Gendarmerie et tout ce qui s'y rapporte.
>
> 29 Il est donc possible que, dans l'exercice de l'un ou de l'autre de ses rôles, la GRC agisse en tant que mandataire de l'État. Le présent pourvoi ne soulève toutefois que la question du statut d'un agent de la GRC agissant dans le cadre d'une enquête criminelle, et, à cet égard, la police n'est pas sous le contrôle de la branche exécutive du gouvernement. L'importance de ce principe, qui est lui-même à la base de la primauté du droit, a été reconnue par notre Cour relativement aux forces policières municipales dans un arrêt aussi ancien que *McCleave c. City of Moncton* (1902), 1902 CanLII 73 (SCC), 32 R.C.S. 106. Il s'agissait d'une affaire civile portant sur la responsabilité municipale éventuelle pour cause de négligence policière, mais, dans le cadre de ses motifs, le juge en chef Strong a approuvé la proposition suivante, aux pp. 108 et 109:
>
> > [TRADUCTION] Les policiers ne peuvent aucunement être considérés comme des mandataires ou des fonctionnaires de la ville. Leurs fonctions sont publiques par nature. Le pouvoir de les nommer est transféré par la législature aux cités et villes car il s'agit d'un moyen pratique d'exercer une fonction gouvernementale, mais cela ne les rend pas responsables des actes illégaux ou négligents qu'ils commettent. Le dépistage et l'arrestation des auteurs d'infractions, le maintien de la paix publique, l'exécution des lois ainsi que les autres fonctions similaires conférées aux policiers découlent de la loi, et ne proviennent pas de la cité ou de la ville qui les a nommés.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[320] Même si la portée du principe de l'indépendance de la police à l'égard du pouvoir exécutif n'est pas clairement délimitée[149], cette indépendance existe certainement à l'égard de la conduite des enquêtes[150] et à l'égard de l'application de la loi, c'est à dire, selon les termes de l'article 48 de la *Loi sur la police*[151], de la mission de maintenir la paix, l'ordre et la sécurité publique, de prévenir et de réprimer le crime et les infractions aux lois ou aux règlements pris par les autorités municipales, et d'en rechercher les auteurs.

[321] Ainsi, quelle que soit l'étendue des pouvoirs administratifs qui ne sont pas liés à l'application de la loi que le pouvoir exécutif peut confier ou déléguer à un corps policier, le juge d'instance a commis une erreur de droit en concluant qu'un corps policier peut agir comme mandataire d'une ville ou d'une municipalité pour les fins de l'article 500.1.

3.5.4.4. Une autorisation selon le troisième alinéa de l'article 500.1 *CSR* a-t-elle été accordée le 15 mars 2011?

[322] Lors de l'audition du pourvoi et après celle-ci, le Tribunal a demandé aux parties si l'avis donné aux manifestants à 17 h 09, et qui comportait la mention suivante: « Vous avez le droit de manifester à la condition de ne pas commettre d'infraction et aucune ne sera tolérée », était une autorisation au sens de l'article 500.1.

[323] Évidemment, cette question se pose en raison de la conclusion du juge d'instance qui est d'avis que les corps policiers ont exercé dans les faits les pouvoirs conférés par le troisième alinéa de l'article 500.1.

[324] Par ailleurs, en raison de leur pertinence, il est utile de reproduire les avis suivants qui étaient donnés lors de manifestations par le service de police de la Ville de Québec et qui ont été présentés en preuve par la Procureure générale :

> **1[e] enregistrement** :
>
> Avis à la foule
>
> Un moment d'attention SVP, Je suis ..... du service de police de la ville de Québec, je vous informe que s'il n'y a pas de trajet de fourni, la marche sera déclarée illégale en vertu de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* concernant l'entrave à la circulation sur un chemin public.
>
> Veuillez noter, qu'aucune escorte ne vous sera fournie. Vous devez utiliser les trottoirs et aucune action mettant en danger la sécurité des citoyens ne sera tolérée.
>
> Je répète, s'il n'y a aucun trajet fourni, la marche sera déclarée illégale, il n'y aura pas d'escorte policière et vos actions seront filmées. Vous êtes passibles de recevoir un constat d'infraction en vertu de l'article 500.1 du CSR.
>
> Merci de votre collaboration.
>
> **2[e] enregistrement** :

Trajet autorisé :

Un moment d'attention SVP; Un trajet a été fourni et il est autorisé par le service de police de la ville de Québec. Vous devez le respecter afin de garder la légalité de votre manifestation.

Je répète, un trajet est autorisé et vous devez le respecter pour garder la légalité de votre manifestation.

Merci de votre collaboration[152].

[325] Selon le premier message, une manifestation est déclarée illégale si un trajet n'est pas fourni. Le deuxième message exige le respect du trajet fourni pour assurer la légalité de la manifestation[153].

[326] La question de l'avis donné le 15 mars 2011 n'a pas fait l'objet d'un débat, ni d'observations par les parties devant le juge d'instance. Dans le contexte d'un débat constitutionnel complexe qui comporte plusieurs facettes, il n'est pas étonnant que cette question ait échappé à l'attention des parties et du juge d'instance. Cependant, il s'agit d'une question importante.

[327] Les parties ont communiqué leur position après avoir reçu une demande du Tribunal en ce sens.

[328] L'appelante et l'intervenante écrivent:

Tel que mentionné à l'audience par notre collègue Me Ataogul, le premier avis donné à 17h09 par les policiers ne constitue clairement pas selon nous l'autorisation au sens de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* puisque la preuve a démontré que les services policiers ne donnent pas cette autorisation. Les services policiers gèrent plutôt les aléas de la manifestation sur la circulation, le cas échéant.

Nous vous soumettons que le premier avis démontre que l'article 500.1 n'était pas appliqué à cette époque aux manifestations de rue. Ceci semble être confirmé par le deuxième avis donné à 18h28 lors duquel les services policiers déclarent la manifestation illégale. Il appert donc du constat d'infraction que ce n'est qu'après plusieurs heures de détention que les services policiers ont décidé de donner des contraventions en vertu de l'article 500.1 aux manifestants leur reprochant d'avoir occupé la rue.

Par ailleurs, il n'est pas prévu à l'article 500.1 qu'une autorisation préalable donnée puisse être retirée par les policiers. Par conséquent, nous vous soumettons que ces éléments militent en faveur de la thèse de l'appelante et de l'intervenante à l'effet que les policiers ne donnent pas d'autorisation au sens de l'article 500.1. Nous réitérons donc que le premier juge a commis une erreur manifeste en concluant que les policiers autorisaient les manifestations.

Subsidiairement, tel que préalablement soumis dans le cadre de notre plaidoirie, nous vous soumettons que les policiers ne sont pas habilités en vertu du *Code de la sécurité routière* pour donner l'autorisation prévue à l'article 500.1. Par conséquent, si vous arrivez à la conclusion que le premier avis donné était effectivement une autorisation au sens de l'article 500.1, nous vous soumettons qu'il s'agit en fait de l'exercice par les policiers d'une délégation de pouvoir illégale et que le premier juge a commis une erreur manifeste en ne concluant pas qu'il se trouvait face à une délégation de pouvoir illégale[154].

[329] Pour sa part, la Procureure générale écrit:

La question de savoir si, en l'espèce, la manifestation en cause a été autorisée n'est pertinente qu'à l'égard de la détermination de la culpabilité et Gabriella Garbeau. Or, dans la mesure où celle-ci a plaidé coupable à cette infraction, il doit être tenu pour avéré, devant cette Cour, que la manifestation à laquelle elle a participée n'était pas autorisée en vertu du troisième alinéa de l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière*. Une telle autorisation n'a pas été donnée[155].

[330] L'appelante et l'intervenante répondent ainsi à la position adoptée par la Procureure générale :

Avec égard, nous soumettons que les faits qui sous-tendent la manifestation du 15 mars 2011 sont évidemment pertinents. Nous comprenons de la position du Procureur général qu'il est d'accord que l'avis donné le 15 mars 2011 ne constitue pas l'autorisation au sens de 500.1 du *Code de la sécurité routière*. Or, il convient de noter que la preuve a démontré que les forces policières ne donnent aucune indication, autre que ce type d'avis et ce, dans le cas de dizaines d'autres manifestations (ex : le témoignage de Monsieur Champagne, les extraits des divers comptes « twitter » des services policiers). Il n'y a tout simplement pas d'autorisation donnée au sens de l'article 500.1 CSR. Finalement, nous soumettons que la confusion qui règne autour de la question de cette autorisation découle directement de l'article en soi. Le contexte d'application de 500.1 CSR est certainement pertinent pour juger de sa validité et surtout quant à la prétention qu'une telle autorisation serait facile à obtenir selon le Procureur général[156].

[331] La position de la Procureure générale est étonnante, car, on le sait, « il faut se garder de statuer sur des litiges constitutionnels en l'absence d'un dossier factuel adéquat »[157]. Cette preuve est donc pertinente au débat constitutionnel.

[332] Par ailleurs, d'un point de vue purement procédural, en l'absence d'une enquête plus précise à ce sujet[158], le plaidoyer enregistré par l'appelante ne permet pas de conclure nécessairement qu'elle a admis qu'une autorisation n'avait pas été donnée en vertu de l'article 500.1[159].

[333] De toute façon, même si on considère que l'appelante admettait l'absence d'une autorisation selon le troisième alinéa de l'article 500.1 par son plaidoyer de culpabilité, ce plaidoyer a été présenté sous réserve de la contestation constitutionnelle. Il ne s'agissait pas d'une renonciation à formuler des observations au sujet des faits présentés dans le cadre du débat constitutionnel.

[334] L'avis donné par les policiers à 17 h 09 fait ressortir le problème posé par l'absence de tout critère encadrant la décision d'accorder ou non le droit de manifester et de tout pouvoir de révoquer cette autorisation.

[335] La suite des événements le soir du 15 mars 2011 le révèle avec acuité.

[336] En effet, les policiers ont conclu, selon les circonstances qui se présentaient à eux, que la manifestation était devenue un attroupement illégal au sens du *Code criminel* selon ce qu'indique le deuxième avis donné à 18 h 28 et qui comporte un ordre de dispersion des manifestants.

[337] On peut raisonnablement penser qu'ils ont conclu que la manifestation légitime était devenue un attroupement illégal, car cet attroupement troublait la paix de manière tumultueuse ou poussait d'autres personnes à agir de cette manière.

[338] L'avis des policiers et l'ordre de dispersion donné aux manifestants offre la possibilité de quitter l'attroupement illégal à celles et ceux qui le veulent.

[339] En droit américain, un tel avis est une exigence constitutionnelle avant que les policiers ne puissent effectuer légalement une arrestation.

[340] Le juge Posner de la Seventh Circuit Court of Appeals décrit cette règle en ces termes dans l'arrêt *Vodak v. City of Chicago* :

No precedent should be necessary, moreover, to establish that the Fourth Amendment does not permit the police to say to a person go ahead and march and then, five minutes later, having revoked the permission for the march without notice to anyone, arrest the person for having marched without police permission. This would be "an indefensible sort of entrapment by the State-convicting a citizen for exercising a privilege which the State had clearly told him was available to him." *Cox v. Louisiana*, *supra*, 379 U.S. at 571, quoting *Raley v. Ohio*, 360 U.S. 423, 426, (1959)[160].

[341] Dans la présente affaire, les policiers informent d'abord les personnes présentes de leur droit de manifester. Il ordonne plus tard la dispersion d'un attroupement illégal, mais dépose un constat d'infraction contre l'appelante selon l'article 500.1. Est-ce que l'ordre de dispersion est une révocation de l'avis communiqué plus tôt aux manifestants?

[342] De plus, si une manifestation est tolérée par une personne en autorité, ce que l'avis donné à 17 h 09 donne lieu de penser, quelles sont les conséquences juridiques de la décision des policiers de disperser l'attroupement illégal à 18 h 28?

[343] Est-il possible d'accuser un manifestant d'avoir commis une infraction à l'article 500.1 alors que l'ordre de dispersion est, de toute évidence, fondé sur le *Code criminel*?

[344] Même si on considère que « le pouvoir de révoquer un permis est indissociable du pouvoir de le délivrer »[161], une autorisation d'exercer une activité réglementée s'accompagne normalement de conditions

relatives à l'exercice de cette activité et encadre, le cas échéant, le pouvoir de révoquer l'autorisation, ce qui est totalement absent en l'espèce.

[345] La Cour suprême a certes confirmé récemment le pouvoir des policiers d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'intervenir en vertu des différents pouvoirs légaux qu'ils possèdent[162], mais ce pouvoir discrétionnaire ne saurait comporter implicitement la faculté de révoquer une autorisation administrative.

[346] En outre, selon la preuve présentée devant le juge d'instance dans le cadre du débat constitutionnel, les exigences posées par les corps policiers de Montréal et de Québec semblent différentes.

[347] À Québec, le service de police exige un trajet et que celui-ci soit respecté par les manifestants.

[348] La question ici n'est pas de critiquer la sagesse ou l'à-propos d'une telle exigence. Là n'est pas la question dans le cadre du débat constitutionnel. Mais il faut constater que la même disposition législative donne lieu à des exigences différentes, selon le corps policier impliqué, exigences qui sont absentes du texte même de l'article 500.1.

[349] Dans le présent dossier, le soir du 15 mars 2011, les autorités policières n'avaient pas le trajet que les manifestants allaient suivre, mais cela ne les a pas empêché de dire aux personnes présentes qu'elles avaient le *droit* de manifester.

[350] Le Tribunal ne met pas en doute le fait que l'exercice du pouvoir discrétionnaire des policiers pouvait les amener à faire le choix de ne pas intervenir pour empêcher la tenue de celle-ci.

[351] En effet, tout comme la poursuite n'a pas l'obligation de porter une accusation même si elle possède la preuve d'une infraction, les policiers ont le pouvoir discrétionnaire de déterminer la nature de leur intervention et, le cas échéant, ils peuvent décider de ne pas emprunter la voie judiciaire[163].

[352] Ce pouvoir discrétionnaire est reconnu tant dans l'arrêt *Beaudry* de la Cour suprême que dans la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Henco Industries Ltd. v. Haudenosaunee Six Nations Confederacy Council*[164] et le Tribunal doit être extrêmement prudent avant de le mettre en doute.

[353] La preuve des circonstances entourant la manifestation du 15 mars 2011 révèle cependant que l'exercice du droit de manifester est sujet à l'exercice du pouvoir discrétionnaire absolu des policiers qui en tolèrent ou en suspendent l'exercice en fonction de critères inconnus. Ils décident aussi, le cas échéant, de déposer un constat d'infraction selon le premier alinéa de l'article 500.1, et ce, même si les policiers avaient initialement informé les personnes présentes de leur *droit* de manifester.

[354] Au sujet de la question précise posée aux parties à l'égard de l'avis donné par les policiers le 15 mars 2011 à 17 h 09, le Tribunal considère qu'il n'y a eu aucune autorisation qui a été accordée selon le troisième alinéa de l'article 500.1.

[355] Une telle autorisation ne peut être accordée que par la personne responsable de l'entretien du chemin public et non par les policiers qui ne peuvent agir en tant que mandataire ou représentant d'une ville ou d'une municipalité sans une délégation législative ou règlementaire claire.

[356] En l'absence d'une autorisation accordée conformément au troisième alinéa de l'article 500.1, l'avis qui a été donné par les policiers aux personnes présentes lors de la manifestation n'est que l'exercice, par ceux-ci, de leur pouvoir discrétionnaire de ne pas intervenir pour empêcher la tenue de la manifestation, et ce, malgré la preuve claire de la commission de l'infraction prévue au premier alinéa de l'article 500.1.

[357] Toutefois, cet avis est susceptible soit de justifier l'application de la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité[165], soit de mettre en doute la culpabilité de l'appelante. Le Tribunal discutera de cette question à la fin de son jugement.

3.5.4.5. Conclusions relatives à l'application de l'article 500.1 du *CSR*

[358] Avant d'aborder la question de la constitutionnalité de la discrétion conférée par l'article 500.1, il est utile de résumer les principales conclusions du Tribunal quant à la preuve présentée devant le juge d'instance au sujet de l'application de l'article 500.1:

- Le mécanisme d'autorisation préalable prévu au troisième alinéa de l'article 500.1 n'a pas été mis en place par les autorités publiques compétentes. Il est inexistant;
- Aucune autorisation n'a été accordée en vertu de ce pouvoir et aucun refus n'a été signifié;
- Les corps policiers n'ont pas exercé le pouvoir discrétionnaire conféré par le troisième alinéa de l'article 500.1, car ce pouvoir ne peut être exercé que par une ville, une municipalité ou le ministère des Transports. Les corps policiers ne sont pas les représentants ou les mandataires de ceux-ci;
- Les corps policiers tolèrent ou choisissent d'exercer leur pouvoir discrétionnaire d'empêcher ou non la tenue d'une manifestation, malgré la commission de l'infraction prévue au premier alinéa de l'article 500.1 selon des considérations ou des exigences différentes (par exemple: la communication d'un trajet);
- Le pouvoir discrétionnaire exercé par les policiers lors la tenue de manifestations n'est pas fondé sur le mécanisme d'autorisation préalable prévu au troisième alinéa de l'article 500.1, mais plutôt sur l'infraction prévue au premier alinéa de cet article;
- L'exercice du droit de manifester sur un chemin public est sujet à l'exercice du pouvoir discrétionnaire absolu des policiers, c'est-à-dire le fait qu'on en tolère l'exercice, les conditions relatives à son exercice, sa révocation de même que le dépôt d'une accusation selon le premier alinéa de l'article 500.1.

[359] Le Tribunal est d'avis que les problèmes posés par l'application du troisième alinéa de l'article 500.1 sont liés à l'absence de critères entourant le pouvoir d'autoriser la tenue d'une manifestation sur un chemin public.

[360] La question qui doit être maintenant abordée est celle de savoir si ce large pouvoir discrétionnaire est une atteinte minimale au droit de manifester sur un chemin public.

3.5.4.6. Les pouvoirs discrétionnaires et la discrétion conférée par l'article 500.1 du *CSR*

[361] Toute discussion au sujet de la discrétion conférée par le troisième alinéa de l'article 500.1 doit tenir compte du fait que le droit administratif canadien reconnait depuis l'arrêt *Roncarelli c. Duplessis*[166] qu'il n'existe pas de discrétion absolue et sans entrave.

[362] Dans cette affaire, le juge Rand écrit:

> In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled "discretion", that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute. Fraud and corruption in the Commission may not be mentioned in such statutes but they are always implied as exceptions. "Discretion" necessarily implies good faith in discharging public duty; there is always a perspective within which a statute is intended to operate; and any clear departure from its lines or objects is just as objectionable as fraud or corruption. Could an applicant be refused a permit because he had been born in another province, or because of the colour of his hair? the legislature cannot be so distorted[167].

[363] Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, le juge Lamer formule des observations similaires:

> Une discrétion, indépendamment des termes par lesquels elle est conférée, n'est jamais absolue. Il s'agit d'un principe reconnu depuis fort longtemps. H. W. R. Wade, dans son traité intitulé *Administrative Law* (4e éd. 1977), s'exprime ainsi aux pp. 336 et 337:
>
> > [TRADUCTION] Il est reconnu depuis plus de trois siècles que le pouvoir discrétionnaire conféré aux autorités publiques n'est pas absolu, même à l'intérieur de ses limites bien définies, mais qu'il est assujetti à des limites légales générales. Ces limites sont exprimées de plusieurs façons différentes: on dit par exemple que le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable et de bonne foi, qu'il ne faut tenir compte que des considérations pertinentes, qu'il ne doit y avoir absolument aucune malversation, ou que la décision ne doit pas être le fruit de l'arbitraire ou du caprice. [Je souligne.][168]

[364] Ainsi, tout pouvoir discrétionnaire, si grand soit-il, connaît cependant des limites[169] et une loi est toujours censée s'appliquer dans une certaine optique voulue par le législateur[170].

[365] De plus, tout pouvoir discrétionnaire doit être exercé selon l'économie et l'objet de la législation dans son ensemble[171].

[366] La question qui se pose en l'espèce est de savoir dans quelle circonstance peut-on considérer qu'un large pouvoir discrétionnaire est ou n'est pas une limite raisonnable selon les dispositions justificatives des chartes québécoise et canadienne.

[367] En effet, si un pouvoir discrétionnaire doit toujours être appliqué en fonction de l'économie et l'objet de la loi dans son ensemble et qu'une discrétion imprécise doit être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par les chartes québécoise et canadienne, on peut se demander à la rigueur, s'il est même possible, à la lumière de ces principes, de contester la constitutionnalité d'un pouvoir discrétionnaire.

[368] C'est la question que le Tribunal doit résoudre.

[369] Jusqu'à maintenant le Tribunal n'a considéré que les conclusions de fait du juge d'instance au sujet du volet de l'atteinte minimale[172].

[370] Il n'a pas analysé la question de savoir si *le pouvoir discrétionnaire* conféré par le troisième alinéa de l'article 500.1 est une atteinte minimale au sens des dispositions justificatives.

[371] Tel que mentionné antérieurement, le juge d'instance n'a pas spécifiquement examiné cette question en raison de ses conclusions quant à l'absence d'une demande d'autorisation de manifester et de l'absence de preuve d'un refus d'autorisation.

[372] Or, l'analyse de la constitutionnalité d'une loi et celle de son application sont deux questions distinctes[173].

[373] Dans la présente affaire, l'appelante considère que le pouvoir discrétionnaire conféré par le troisième alinéa de l'article 500.1 est absolu et doit donc être invalidé.

[374] La Procureure générale prétend que la discrétion conférée par le troisième alinéa de l'article 500.1 respecte les chartes québécoise et canadienne. De plus, elle affirme que cette discrétion doit être exercée selon les objectifs poursuivis par le *CSR* et l'article 500.1 en particulier. Elle estime que si l'article est ainsi interprété, la validité de l'article 500.1 doit être confirmée.

[375] Afin de bien comprendre la position de la Procureure générale, il est utile de reproduire la description du fonctionnement de l'article 500.1 qu'elle propose dans son mémoire.

[376] Voici ce qu'elle écrit:

> [43] Une autre condition imposée par le législateur est celle exigeant que la tenue des défilés ou d'autres formes de manifestations soit préalablement autorisée par la personne responsable de l'entretien du chemin public. Avant qu'une utilisation incompatible avec la fonction du chemin public et de la chaussée soit autorisée, le législateur confie à la personne responsable de l'entretien du chemin le soin de s'assurer que cette autorisation n'ira pas à l'encontre de ses objectifs d'assurer la sécurité routière, la libre circulation sur les chemins publics et la protection des personnes et de leurs biens. Selon les circonstances particulières de chaque cas, les impacts par rapport à ces objectifs peuvent varier en fonction, notamment, des caractéristiques des lieux, du trajet s'il y a lieu, des immeubles à proximité, du moment de la journée, du nombre de participants, de l'existence ou non de voie de contournement, de la possibilité de mettre sur place une signalisation adéquate, de prévoir des corridors de sécurité, etc.
>
> [44] La présence d'un système d'autorisation permet à la personne responsable de l'entretien du chemin de faire une analyse particularisée de la situation en fonction des objectifs poursuivis par le CSR. Ainsi, cette autorisation vise à s'assurer que le défilé ou toute autre forme de manifestation ne créera pas de problèmes de sécurité routière d'une part et que, d'autre part, le retrait momentané de la fonction du chemin public, pour rendre celui-ci et sa chaussée disponible pour une autre fin (les défilés ou autre formes de manifestations), ne minera pas de façon trop importante les objectifs poursuivis.

[377] Elle décrit ainsi les facteurs qui doivent être évalués par la personne responsable de l'entretien du chemin public :

> [131] L'article 500.1 vise à contrôler les conséquences matérielles d'une activité, l'entrave à la circulation des véhicules routiers sur un chemin public, sans égard au contenu du message que cette activité pourrait tenter de véhiculer.
>
> [132] Cet article n'empêche pas l'appelante ou toute personne de transmettre leur message de multiples manières. L'article 500.1 ne vise pas les formes d'expression qui se déroulent ailleurs que sur la « chaussée, l'accotement, une autre partie de l'emprise ou les abords d'un chemin public », ni celles qui s'y déroulent et n'entravent pas la circulation des véhicules routiers sur les chemins publics ou l'accès à ces chemins.
>
> [133] Par ailleurs, l'article 500.1 permet la tenue de défilés ou d'autres manifestations, même si elles entravent la circulation, à la condition que celles-ci soient autorisées par la personne responsable de l'entretien du chemin public et à la condition que le chemin soit fermé à la circulation ou sous contrôle d'un corps de police.
>
> [134] Le processus d'autorisation prévu au troisième alinéa de l'article 500.1 est souple, n'exige pas des moyens logistiques importants pour celui qui demande l'autorisation et permet que celle-ci soit faite et répondue dans un court délai et peu importe le moment de la journée. La preuve indique que ce processus d'autorisation permet la tenue de multiples défilés et manifestations et il n'y a aucun exemple de refus ou d'imposition de conditions qui auraient empêché quiconque de s'exprimer.
>
> [135] D'autre part, un processus d'autorisation au préalable est essentiel à l'atteinte des objectifs du législateur. Un simple préavis d'une manifestation qui entraverait la circulation, par exemple, sur une autoroute, un pont donnant accès à une île, l'accès à un hôpital, à un palais de justice ou bloquerait la seule route d'accès à une région ne permettrait pas l'atteinte des objectifs législatifs. Il y a manifestement des situations qui imposeraient soit un refus ou soit une modification du trajet proposé. Il est certain que le législateur ne peut, sans renoncer à ses objectifs, conférer aux demandeurs le droit d'occuper la chaussée d'un chemin public à l'endroit qu'ils choisissent, sans aucun contrôle.
>
> [136] Dans la mesure où la preuve établit que la demande d'autorisation peut être faite et répondue dans un court délai et peu importe le moment de la journée, rares, sinon inexistantes, sont les situations de manifestations dites « spontanées » qui ne permettent pas de présenter une demande d'autorisation. Quoi qu'il en soit, les problèmes liés à la sécurité routière, à la libre circulation des personnes et des marchandises et à la protection des personnes et de leurs biens sont également présents dans ces situations et le législateur ne peut permettre ces entraves, sans encore ici, renoncer à ses objectifs.
>
> [137] La discrétion que l'article 500.1 accorde à la personne responsable de l'entretien du chemin n'est pas sans limites et est encadrée par l'objet et le contexte du CSR dans lequel il s'insère. La présence de cette discrétion permet de faire une analyse particularisée de chaque situation, laquelle peut varier énormément d'un cas à l'autre et permet d'établir un juste équilibre entre le désir des personnes de s'exprimer et les objectifs poursuivis par le CSR. [...]
>
> [...]
>
> [139] Les réunions sur un chemin public qui entravent la circulation automobile sont interdites dans deux provinces. Six provinces délèguent aux municipalités le pouvoir de gérer l'utilisation des chemins publics sous leur juridiction, la majorité d'entre elles mentionnant expressément des activités telles les parades ou rassemblements. Par ailleurs, deux provinces prévoient la possibilité d'accorder un permis pour ces activités autrement interdites.
>
> [140] L'interdiction totale n'a pas été la mesure retenue par le législateur québécois qui a plutôt adopté le mécanisme de l'autorisation préalable pour l'ensemble de la province. Une telle mesure est raisonnable et adaptée à la réalité de la multitude de scénarios susceptibles d'entraver la circulation et aux objectifs que le législateur veut atteindre.

[378] Le juge d'instance adopte d'une manière générale cette description dans son jugement[174].

[379] Comme on peut le constater assez facilement toutefois, la Procureure générale formule une série de facteurs ou de critères qui en sont absents du texte même de l'article 500.1.

[380] La position de la Procureure générale semble être une invitation à réécrire le texte de l'article en lui ajoutant des termes qui sont absents afin d'éviter une conclusion d'invalidité constitutionnelle.

[381] Or, on le sait, une telle démarche est généralement proscrite tant par la présomption contre l'addition de termes à une loi[175] que par le corridor étroit autorisant l'utilisation d'une interprétation large ou extensive (« *reading in* ») comme réparation constitutionnelle en vertu de l'article 52[176].

[382] Comme le juge en chef Dickson le souligne dans l'arrêt *Hunter c. Southam*: « [i]l n'appartient pas aux tribunaux d'ajouter les détails qui rendent constitutionnelles les lacunes législatives »[177].

[383] De plus, l'interprétation extensive est une réparation constitutionnelle qui risque d'empiéter sur le domaine législatif[178].

[384] Il est vrai, toutefois, que la jurisprudence de la Cour suprême fait voir certaines décisions où la Cour suprême procède à une certaine réécriture d'une loi, ce qui donne lieu à des débats assez importants au sein de la Cour[179].

[385] Cependant, le Tribunal ne doit s'engager dans une telle démarche qu'avec prudence.

[386] En l'espèce, les parties ont fait porter leurs principales observations à l'égard de deux décisions qui interprètent le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 56 de la *Loi sur les drogues et les autres substances* (« *LDAS* »): soit la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parker* et celle de la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*.

[387] La position des parties révèle une divergence fondamentale au sujet de l'approche applicable lorsque la constitutionnalité d'un pouvoir discrétionnaire est contestée. La résolution de cette divergence est cruciale au sort du présent pourvoi.

[388] Avant d'examiner ces deux décisions, il convient de faire un tour d'horizon de l'examen par la Cour suprême de la question des pouvoirs discrétionnaires.

3.5.4.7. Les pouvoirs discrétionnaires sous l'angle des dispositions justificatives: un tour d'horizon

[389] Lorsqu'il s'agit de déterminer si une loi se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique, l'analyse d'un pouvoir discrétionnaire qui n'est encadré par aucun critère se soulève de deux manières.

[390] D'une part, l'analyse s'envisage sous l'angle de la question de savoir si une telle discrétion est une limite établie par « une règle de droit ». D'autre part, on peut considérer que ce type de discrétion n'est pas une atteinte minimale au droit constitutionnel en cause[180].

[391] Le Tribunal aborde ici la question sous l'angle de l'atteinte minimale. Cependant, l'analyse des principales décisions de la Cour suprême est utile, quel que soit l'angle sous lequel la question a été abordée par la Cour.

[392] Ce panorama fournit un contexte général essentiel qui saura mettre cette problématique en juste perspective avant d'examiner les arrêts *Parker* et *PHS*.

[393] Voyons comment la question se pose.

[394] Le professeur Hogg explique que l'exigence qu'une limite à un droit constitutionnel soit établie par une règle de droit se fonde, d'une part, sur la volonté d'éviter que l'action gouvernementale soit arbitraire et, d'autre part, sur la nécessité que la loi soit à la fois accessible au public et formulée avec une précision suffisante tant pour les citoyens visés que ceux qui doivent appliquer la règle de droit en question.

[395] Il écrit:

> The requirement that any limit on rights be prescribed by law reflects two values that are basic to constitutionalism or the rule of law. First, in order to preclude arbitrary and discriminatory action by government officials, all official action in derogation of frights must be authorized by law. Secondly, citizens must have a reasonable opportunity to know what is prohibited so that they can act accordingly. Both these values are satisfied by a law that fulfils two requirements: (1) the law must adequately accessible to the public; and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable people to regulate their conduct by it, and to provide guidance to those who apply the law[181].

[396] Il souligne spécifiquement la nécessité qu'un pouvoir discrétionnaire soit encadré par des critères juridiques:

> A law that confers a discretion on a board or official to act in derogation of a Charter right will satisfy the prescribed-by-law requirement if the discretion is constrained by legal standards[182].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[397] La Cour suprême aborde la question des critères qui doivent encadrer l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire pour la première fois en 1988.

[398] Dans l'arrêt *R. c. Hufsky*[183], la Cour suprême établit l'exigence constitutionnelle selon laquelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire doit être encadré par des critères explicites ou implicites. Le juge Le Dain écrit:

> La question qui se pose ensuite relativement à l'argument de l'appelant fondé sur l'art. 9 de la *Charte* est de savoir si la détention qui s'ensuit, lorsque l'on arrête des véhicules au hasard afin de procéder à un contrôle routier ponctuel, est arbitraire au sens de l'art. 9. Le paragraphe 189a(1) du *Code de la route* habilite l'agent de police, dans l'exercice légitime de ses fonctions, à exiger du conducteur d'un véhicule automobile qu'il s'arrête. Il ne précise pas qu'il doit y avoir des raisons ou une cause pour demander à un automobiliste en particulier de s'arrêter mais, comme sa simple lecture l'indique, il laisse à l'agent le pouvoir discrétionnaire de choisir à quel automobiliste il va demander de s'arrêter. En réalisant les fins visées par la procédure de contrôles routiers ponctuels, dont la vérification de l'état ou de la "sobriété" du conducteur, l'agent était clairement dans l'exercice légitime de ses fonctions. Bien qu'autorisé par la loi et exécuté pour des fins légitimes, l'arrêt au hasard, effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, a néanmoins entraîné, à mon avis, une détention arbitraire parce qu'il n'y avait aucun critère de sélection des conducteurs à qui on demanderait de s'arrêter et de se soumettre au contrôle routier ponctuel. La sélection était laissée à l'entière discrétion de l'agent de police. Un pouvoir discrétionnaire est arbitraire s'il n'y a pas de critère, exprès ou tacite, qui en régit l'exercice. En l'espèce il n'y en avait aucun. L'appelant a donc été détenu arbitrairement, au sens de l'art. 9 de la *Charte*, par suite de l'arrêt au hasard effectué dans le but de procéder à un contrôle routier ponctuel, et la seconde question constitutionnelle doit, par conséquent, recevoir une réponse affirmative[184].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[399] L'année suivante, dans l'arrêt *R. c. Irwin Toy*[185], une affaire où la liberté d'expression est en cause, les juges majoritaires affirment que « s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite "par une règle de droit" »[186].

[400] Une semaine après l'arrêt *Irwin Toy*, dans l'affaire *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, le juge Lamer écrit:

> La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement implicite. Une telle interprétation nous obligerait en effet, à défaut de pouvoir justifier cette disposition législative aux termes de l'article premier, à la déclarer inopérante. Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la *Charte*, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*[187].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[401] En 1991, dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*[188], la Cour suprême doit déterminer la portée de la liberté d'expression sur une propriété gouvernementale, en l'occurrence, un aéroport. La décision donne lieu à une pluralité d'opinions.

[402] L'un des aspects de cet arrêt qui est pertinent à la présente affaire est celui de l'application d'un règlement relatif à l'exploitation de concessions dans un aéroport et le pouvoir discrétionnaire qu'il comporte.

[403] La juge L'Heureux-Dubé formule les observations suivantes au sujet du règlement qu'elle juge applicable et de la discrétion qu'il confère. Elle écrit:

En outre, le règlement prévoit que "à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut . . . ". Il est clair que le Ministre dispose de "pleins pouvoirs discrétionnaires de faire ce qui lui semble le mieux". En soi, cela peut créer une norme imprécise au point d'être incompréhensible. De toute façon, l'imprécision imputable à l'absence d'une norme compréhensible n'est pas conforme aux principes portant que la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être "prescrite par une règle de droit".

On pourrait prétendre que, dans un régime d'autorisation préalable, comme en l'espèce, la norme n'est pas imprécise. On pourrait alléguer que ce genre de dispositions permet aux citoyens de régler leur conduite parce qu'elle établit clairement que quiconque désire faire de la sollicitation ou de la publicité doit d'abord obtenir l'autorisation du Ministre. Cependant, cela ne fait que déplacer le problème de l'arbitraire de l'élément "prescrit par une règle de droit" à l'élément "moyens" des critères d'application de l'article premier.

Bien qu'à mon avis l'art. 7 du Règlement, qui restreint nettement la liberté d'expression, soit trop imprécis pour constituer une limite raisonnable prescrite par une règle de droit aux fins de l'analyse de l'article premier, je préfère fonder mon opinion sur l'analyse du caractère raisonnable tel que l'édicte l'arrêt *Oakes*. À cette fin et aux fins précises de l'analyse qui suit, je présumerai, sans pour autant en décider, que les objectifs visés par le gouvernement sont suffisamment urgents et que la disposition a un lien rationnel avec ces objectifs, puisque je crois que la portée de l'art. 7 du Règlement est excessive et qu'en conséquence, cet article ne résiste pas à l'analyse des moyens proposée dans l'arrêt *Oakes*[189].

[Le soulignement est ajouté]

[404] La juge McLachlin souligne quant à elle ce qui suit:

[L]a restriction imposée au droit ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif - elle ne devrait pas être de portée trop générale et devrait comprendre des garanties suffisantes pour assurer que l'application de la règle de droit ne portera pas atteinte plus que nécessaire au droit en question. Ce dernier risque peut exister, par exemple, si les administrateurs chargés d'appliquer la restriction ou la règle de droit en cause jouissent d'un trop grand pouvoir discrétionnaire[190].

[Le soulignement est ajouté]

[405] L'opinion des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sera adoptée par la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Parker*[191] où la Cour devait déterminer la portée du pouvoir discrétionnaire d'exemption conféré au ministre de la santé par l'article 56 de la *Loi sur les drogues et autres substances*[192].

[406] Nous y reviendrons, car l'appelante se fonde sur l'arrêt *Parker* et fait valoir que les principes formulés dans cette décision appuient la conclusion que la discrétion conférée par le troisième alinéa de l'article 500.1 est illimitée alors que la Procureure générale invoque plutôt la décision de la Cour suprême dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*[193] pour supporter la position contraire.

[407] En 1992, la Cour suprême aborde la question des pouvoirs discrétionnaires dans son étude de la théorie de l'imprécision dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*[194]. La discussion porte principalement sur l'imprécision d'un texte d'incrimination, mais certaines observations sont pertinentes à la question soulevée en l'espèce, car elle concerne la limite du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi.

[408] Le juge Gonthier y écrit que des normes suffisamment précises « limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis »[195]. Il ajoute qu'une disposition imprécise « ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi »[196].

[409] En 1996, le juge Lamer aborde la question des pouvoirs discrétionnaires dans l'arrêt *R. c. Adams*[197]. Il écrit:

53. Normalement, dans le cadre d'une demande fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, lorsqu'une loi confère un large pouvoir discrétionnaire administratif non structuré et susceptible d'être exercé d'une façon qui empiète sur un droit constitutionnel, le tribunal ne doit pas conclure que le pouvoir discrétionnaire délégué viole la *Charte* et ensuite examiner les justifications possibles de cette violation en vertu de l'article premier. Au contraire, le tribunal doit plutôt conclure que le pouvoir discrétionnaire doit désormais être exercé de manière à respecter les garanties prévues par la *Charte*. Voir *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1078 et 1079; *R. c. Swain*, 1991 CanLII 104 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 933, aux pp. 1010 et 1011; et *Schachter c. Canada*, 1992 CanLII 74 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 720.

[410] Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, le juge La Forest nuance cette approche et il précise que ce ne sont pas tous les pouvoirs discrétionnaires qui peuvent être interprétés d'une manière compatible avec la *Charte*:

[30] J'ouvre une parenthèse pour souligner que ce ne sont pas toutes les dispositions attributives d'un pouvoir discrétionnaire qui peuvent être interprétées d'une manière compatible avec la *Charte*. Certaines dispositions de cette nature portent nécessairement atteinte à des droits garantis par la *Charte*, même si elles n'autorisent pas expressément ce résultat; voir, par exemple, *Re Ontario Film & Video Appreciation Society and Ontario Board of Censors* (1984), 1984 CanLII 1824 (ON CA), 5 D.L.R. (4th) 766 (C.A. Ont.), confirmant (1983), 1983 CanLII 1923 (ON SC), 147 D.L.R. (3d) 58 (C. div. Ont.). En pareil cas, c'est généralement la loi et non son application qui entraîne l'examen fondé sur la *Charte*; voir June M. Ross, «Applying the Charter to Discretionary Authority» (1991), 29 *Alta. L. Rev.* 382. Dans le présent cas, toutefois, le pouvoir discrétionnaire qui est accordé à la commission des services médicaux pour lui permettre de décider si un service constitue un avantage ne menace pas nécessairement ou généralement les droits à l'égalité garantis au par. 15(1) de la *Charte*. Il est évidemment possible que la commission viole ces droits dans l'exercice de son pouvoir. Cependant, cette possibilité est une conséquence de l'objet du pouvoir discrétionnaire, qui est de faire en sorte que tous les services médicalement nécessaires soient payés par le gouvernement[198].

[Le soulignement est ajouté]

[411] En 2000, dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*[199], le juge Binnie doit analyser la question des pouvoirs discrétionnaires dans l'étude des pouvoirs conférés par la *Loi sur les douanes* à l'égard de l'importation de matériel obscène. Dans cette affaire, il conclut spécifiquement que « [d]u fait de l'incorporation par renvoi du par. 163(8) (du *Code criminel*) au Tarif des douanes, les fonctionnaires des douanes sont tenus d'appliquer la définition »[200] de l'obscénité prévue à cet article. Il juge cette norme valide au plan constitutionnel[201].

[412] Il rappelle aussi qu'un pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément à la *Charte* et il affirme qu'une « règle qui obligerait le Parlement à édicter dans chaque cas des procédures spéciales pour protéger les droits garantis par la *Charte* serait inutilement rigide »[202].

[413] En 2009, la Cour suprême rappelle l'importance d'une norme intelligible dans l'arrêt *Greater Vancouver*[203].

[414] La juge Deschamps trace alors un portrait général de la jurisprudence de la Cour suprême sur la question de la règle de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

[415] Elle écrit:

[52] La Cour n'exige donc pas que le droit en cause soit restreint par une loi au sens strict du terme; il peut l'être également par un règlement ou par la common law. En outre, il suffit que la restriction découle nécessairement du libellé de la « loi » ou de ses conditions d'application. (Voir également les arrêts *Irwin Toy*; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, 1988 CanLII 3 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, 1991 CanLII 104 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 933; et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3.)

[53] La Cour reconnaît aussi implicitement d'autres formes de restriction par une règle de droit qui n'ont pas été mentionnées au départ dans l'arrêt *Therens*, notamment celles issues d'un règlement municipal (*Ramsden* et *Ville de Montréal*), d'une convention collective liant une entité gouvernementale (*Lavigne*) et des règles d'un organisme de réglementation (*Black c. Law Society of Alberta*, 1989 CanLII 132 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 591). Ces textes constituent des « règles de droit » parce que, à l'instar des règlements et autres mesures législatives subordonnées, leur adoption est autorisée par une loi, ils sont obligatoires et

d'application générale et ils sont suffisamment accessibles et précis pour ceux qui y sont assujettis. À cet égard, ils répondent aux préoccupations justifiant l'exigence de la restriction « par une règle de droit » dans la mesure où il s'agit de faire obstacle à l'arbitraire de l'État et d'offrir aux citoyens et aux entités gouvernementales suffisamment d'information sur la conduite à adopter.

[54] Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour interprète l'obligation de précision de manière libérale. Les juges majoritaires s'expliquent comme suit (p. 983) :

> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, 1991 CanLII 60 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-97, la Cour souligne que la norme n'est pas stricte. À moins qu'elle ne « soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte », la loi contestée est réputée constituer « une règle de droit » (p. 94).

[55] Comme en font foi les arrêts susmentionnés, la Cour opte pour une interprétation souple de la « règle de droit » susceptible de restreindre un droit garanti par la *Charte*, et ce, tant sur le plan de la forme (loi, règlement, notamment municipal, règle d'un organisme de réglementation ou convention collective) que sur celui de la formulation (c'est-à-dire, une norme intelligible pour le public et celui qui l'applique). En fin de compte, la Cour insiste, comme dans l'arrêt *Therens*, sur la nécessité de distinguer entre la restriction issue de la loi et celle qui découle d'une mesure arbitraire de l'État, cette dernière ne satisfaisant toujours pas à l'exigence d'une restriction « par une règle de droit ».

[56] Cette approche généreuse est privilégiée parce qu'une interprétation étroite imposerait une trop grande rigidité à un système parlementaire et législatif qui s'en remet considérablement à des lois-cadres et à la délégation de larges pouvoirs discrétionnaires. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dit d'ailleurs à ce sujet (p. 245) :

> D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

Voir également l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 137.

[416] Dans l'affaire *Greater Vancouver*, la question que devait résoudre la Cour concerne les politiques publicitaires de commissions de transport et la question de savoir si ces politiques sont des règles de droit au sens de l'article premier de la *Charte*.

[417] La juge Deschamps formule les précisions suivantes à ce sujet:

> [64] La politique qui n'est pas administrative par nature et qui satisfait à certaines exigences peut constituer une « règle de droit ». Pour qu'elle soit de nature législative, la politique doit établir une norme d'application générale adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. Un tel pouvoir existe lorsque le législateur fédéral ou provincial a délégué un pouvoir à l'entité gouvernementale aux fins précisément d'adopter des règles obligatoires d'application générale établissant les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties (D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), p. 103). Point n'est besoin, pour l'application de l'article premier de la *Charte*, que ces règles revêtent la forme de textes réglementaires. Dans la mesure où leurs lois habilitantes permettent aux entités d'adopter des règles obligatoires, où leurs politiques établissent des droits et des obligations d'application générale plutôt que particulière et où elles sont suffisamment accessibles et précises, alors ces politiques sont réputées constituer des « règles de droit » susceptibles de restreindre un droit garanti par la *Charte*.
>
> [65] Ainsi, lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative qui constitue une « règle de droit ».
>
> [Le soulignement est ajouté]

[418] L'année suivante, la Cour d'appel du Québec dans *Singh c. Montréal (Ville de)*[204] applique le cadre d'analyse énoncé dans l'arrêt *Greater Vancouver* lors d'un pourvoi où se pose la constitutionnalité d'un règlement d'urbanisme en matière d'affichage.

[419] Après avoir conclu que le règlement en cause limite la liberté d'expression, le juge Forget analyse la question sous l'angle de l'atteinte minimale. Il écrit:

> 29 Au départ, le règlement n'est pas « soigneusement conçu » pour reprendre les mots du juge LeBel dans l'arrêt *Guignard*.
>
> 30 Le règlement n'énonce aucun paramètre de quelque nature que ce soit notamment quant au nombre, à la dimension et à la répartition géographique de ces babillards auxquels elle limite désormais l'affichage. En somme, la Ville s'en remet à l'entière discrétion de l'administration.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[420] Après avoir référé à l'arrêt *Greater Vancouver*, il ajoute:

> 32 Aussi, loin de moi l'idée d'imposer à la Ville une obligation de déterminer dans son règlement le type de babillards, leur dimension et les endroits où ils seront installés. Toutefois, le règlement visé ne comporte aucune directive à l'administration. Ainsi, on devrait conclure que la Ville a respecté le règlement dès qu'un seul babillard a été installé.
>
> 33 La juge Deschamps exige, à tout le moins, « une norme intelligible pour le public et pour celui qui l'applique ». En l'espèce, la norme n'est intelligible ni pour le public ni pour celui qui l'applique. À la lecture du règlement visé, le citoyen ne peut connaître ses droits à l'affichage sans parcourir le territoire de la Ville pour repérer les babillards.

[421] Le juge Forget conclut que le règlement ne démontre pas une atteinte minimale et que la mise en application du règlement ne démontre pas davantage que l'atteinte à la liberté d'expression est minimale.

[422] Finalement, dans *Canada (Procureur général) c. Way*[205], la Cour d'appel du Québec a récemment confirmé la conclusion de la Cour supérieure que les modifications apportées à l'article 140(1)d) de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, ne peuvent être sauvegardées en vertu de l'article 1 de la *Charte canadienne*, en partie en raison du fait que « [l]a discrétion accordée aux commissaires apparaît dépourvue de balises »[206].

[423] Ce survol permet de mettre en contexte les grands éléments qui entourent l'analyse d'un pouvoir discrétionnaire dans le cadre d'une contestation constitutionnelle.

[424] Examinons maintenant les arrêts *Parker* et *PHS*.

3.5.4.8. Les arrêts *R. v. Parker* (C.A. Ont.) et *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*

[425] En l'espèce, les principales observations des parties portaient sur deux décisions qui interprètent le pouvoir discrétionnaire conféré par l'article 56 de la *Loi sur les drogues et les autres substances* (« *LDAS* »).

[426] Il est donc impossible de comprendre la position des parties sans analyser soigneusement toutes les décisions de la Cour d'appel de l'Ontario et de la Cour suprême du Canada au sujet de l'article 56 de la *LDAS*. Ces décisions sont les suivantes: *R. c. Parker*[207], *Hitzig c. Canada*[208], *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*[209] (« *PHS* ») et *R. c. Smith*[210].

[427] La position des parties révèle une divergence fondamentale au sujet de l'approche applicable lorsque la constitutionnalité d'un pouvoir discrétionnaire est contestée. La résolution de cette divergence est cruciale au sort du présent pourvoi.

[428] L'article 56 confère au ministre de la Santé un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions de l'application de la *LDAS* s'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient.

3.5.4.8.1. L'arrêt *R. c. Parker*

[429] La Cour d'appel de l'Ontario rend sa décision dans *Parker* à la fin du mois de juillet 2000. Elle conclut que l'article 4 de la *LDAS* est inconstitutionnel en ce qu'il restreint l'accès à la marijuana à des fins médicales contrairement aux droits reconnus à Parker par l'article 7 de la *Charte*.

[430] Le juge Rosenberg résume ainsi ses conclusions au début de son jugement:

> [10] I have concluded that the trial judge was right in finding that Parker needs marijuana to control the symptoms of his epilepsy. I have also concluded that the prohibition on the cultivation and possession of marijuana is unconstitutional. Based on principles established by the Supreme Court of Canada, particularly in *R. v. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 S.C.R. 30, 31 C.R.R. 1, where the court struck down the abortion provisions of the Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46 and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, 1993 CanLII 75 (CSC), [1993] 3 S.C.R. 519, 17 C.R.R. (2d) 193, where the court upheld the assisted suicide offence in the *Criminal Code*, I have concluded that forcing Parker to choose between his health and imprisonment violates his right to liberty and security of the person. I have also found that these violations of Parker's rights do not accord with the principles of fundamental justice. In particular, I have concluded that the possibility of an exemption under s. 56 dependent upon the unfettered and unstructured discretion of the Minister of Health is not consistent with the principles of fundamental justice. I have not dealt with the equality argument raised by the Epilepsy Association because that argument was not raised at trial.
>
> [11] Accordingly, I would uphold the trial judge's decision to stay the charges against Parker and I would dismiss that part of the Crown's appeal. However, I disagree with Sheppard J.'s remedy of reading in a medical use exemption into the legislation. I agree with the Crown that this is a matter for Parliament. Accordingly, I would declare the prohibition on the possession of marijuana in the Controlled Drugs and Substances Act to be of no force and effect. However, since this would leave a gap in the regulatory scheme until Parliament could amend the legislation to comply with the Charter, I would suspend the declaration of invalidity for a year. During this period, the marijuana law remains in full force and effect. Parker, however, cannot be deprived of his rights during this year and therefore he is entitled to a personal exemption from the possession offence under the *Controlled Drugs and Substances Act* for possessing marijuana for his medical needs. Since the *Narcotic Control Act* has already been repealed by Parliament, there is no need to hold it unconstitutional. If necessary, I would have found that Parker was entitled to a personal exemption from the cultivation offence for his medical needs.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[431] Dans son jugement, le juge Rosenberg explique pourquoi la discrétion conférée par l'article 56 ne respecte pas les exigences constitutionnelles.

[432] Il considère dans un premier temps l'opinion suivante formulée par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler* alors qu'il écrit que « [l]e régime administratif établi par le par. 251(4) souffre d'une autre faiblesse: l'absence de norme adéquate à laquelle les comités de l'avortement thérapeutique doivent se référer lorsqu'ils ont à décider si un avortement thérapeutique devrait, en droit, être autorisé »[211].

[433] Le juge Rosenberg tire la conclusion suivante:

> [178] The same must be said about s. 56. It reposes in the Minister an absolute discretion based on the Minister's opinion whether an exception is "necessary for a medical . . . purpose", a phrase that is not defined in the Act. The Interim Guidance Document issued by Health Canada to provide guidance for an application for a s. 56 exemption sets out factors that the Minister "may" consider in deciding whether an exemption is necessary for a medical purpose. This document does not have the force of law and, in any event, merely sets out examples of factors the Minister may consider. It does not purport to exhaustively define the circumstances. In fact, the document explicitly states that the Minister may take into account considerations unrelated to medical necessity such as "the potential for diversion".[18] at end of document] The document also suggests that the power under s. 56 is only to be exercised in "exceptional circumstances", a qualification not found in the statute itself.
>
> [179] Even if the Minister were of the opinion that the applicant had met the medical necessity requirement, the legislation does not require the Minister to give an exemption. The section only states that the Minister "may" give an exemption. The Crown did not suggest that "may" should be interpreted as "shall".

[434] Après avoir considéré l'opinion des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin dans l'arrêt *Comité pour la république*, le juge Rosenberg poursuit son analyse et ajoute:

> [184] In view of the lack of an adequate legislated standard for medical necessity and the vesting of an unfettered discretion in the Minister, the deprivation of Parker's right to security of the person does not accord with the principles of fundamental justice.
>
> [185] In effect, whether or not Parker will be deprived of his security of the person is entirely dependent upon the exercise of ministerial discretion. While this may be a sufficient legislative scheme for regulating access to marijuana for scientific purposes, it does not accord with fundamental justice where security of the person is at stake.

[435] Finalement, il affirme, en s'appuyant sur l'arrêt *R. c. Smith*[212] de la Cour suprême, que la violation des droits constitutionnels de Parker ne saurait être évitée par l'exercice de la discrétion du ministre.

[436] Après avoir cité un passage de l'arrêt *Smith*, il écrit:

> [187] In my view, this is a complete answer to the Crown's submission. The court cannot delegate to anyone, including the Minister, the avoidance of a violation of Parker's rights. Section 56 fails to answer Parker's case because it puts an unfettered discretion in the hands of the Minister to determine what is in the best interests of Parker and other persons like him and leaves it to the Minister to avoid a violation of the patient's security of the person.
>
> [188] If I am wrong and, as a result, the deprivation of Parker's right to security of the person is in accord with the principles of fundamental justice because of the availability of the s. 56 process, in my view, s. 56 is no answer to the deprivation of Parker's right to liberty. The right to make decisions that are of fundamental personal importance includes the choice of medication to alleviate the effects of an illness with life-threatening consequences. It does not comport with the principles of fundamental justice to subject that decision to unfettered ministerial discretion. It might well be consistent with the principles of fundamental justice to require the patient to obtain the approval of a physician, the traditional way in which such decisions are made. It might also be consistent with the principles of fundamental justice to legislate certain safeguards to ensure that the marijuana does not enter the illicit market. However, I need not finally determine those issues, which, as I will explain in considering the appropriate remedy, are a matter for Parliament.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[437] Essentiellement, l'appelante fait valoir que les conclusions du juge Rosenberg au sujet de la discrétion illimité conférée au ministre par l'article 56 de la *LDAS* s'appliquent au pouvoir discrétionnaire conféré par le troisième alinéa de l'article 500.1.

[438] Le gouvernement n'interjette pas appel de la décision dans *Parker*[213], mais choisit plutôt d'adopter le *Règlement sur l'accès à la marijuana à des fins médicales* (« *RAMFM* ») qui entre en vigueur le 14 juin 2001.

[439] Le *RAMFM* encadre l'exercice de la discrétion du ministre conférée par l'article 56 de la *LADS* à l'égard de l'accès à la marijuana à des fins médicales. Il définit notamment la notion de « fins médicales »[214].

3.5.4.8.2. L'arrêt *Hitzig c. Canada*

[440] Dans *Hitzig c. Canada*, la Cour d'appel de l'Ontario doit décider si l'exemption médicale établie par le *RAMFM* est constitutionnelle. La Cour résume ainsi la situation et ses conclusions:

> 1 In *R. v. Parker* (2000), 2000 CanLII 5762 (ON CA), 146 C.C.C. (3d) 193, this court held that the criminal prohibition against the possession of marihuana in s. 4 of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("CDSA") was of no force or effect, absent a constitutionally acceptable medical exemption from that prohibition. The court suspended its declaration for a year to allow the Government of Canada (the "Government") to address the constitutional deficiency. The Government responded with the *Marihuana Medical Access Regulations*, S.O.R./2001-227 (June 14, 2001) ("MMAR"). Those regulations permitted the possession, and in some cases, the production of marihuana[1] by individuals (or in limited circumstances, production, by their designates) who met the medical criteria established in the MMAR. On these appeals, the court must decide whether Lederman J. erred in holding that the scheme set out in the MMAR was not a constitutionally acceptable medical exemption to the criminal prohibition against possession of marihuana.
>
> 2 This case is not about the social or recreational use of marihuana, but is about those with the medical need to use marihuana to treat symptoms of serious medical conditions. We have concluded that for those people the MMAR as drafted by the Government do not create a constitutionally acceptable medical exemption. Our reasons for so concluding differ somewhat from those of Lederman J. So does the remedy we would impose, namely to declare invalid only five specific sections of the MMAR. This renders constitutional the medical exemption as described in the remaining provisions of the MMAR, thereby rendering the possession prohibition in s. 4 of the CDSA constitutional: *R. v. Parker*, supra. The interests of justice are best served by removing any uncertainty as to the constitutionality of the possession prohibition while at the same time providing for a constitutionally acceptable medical exemption.

[441] Au sujet de la discrétion du ministre, la Cour d'appel écrit:

> 37 In July 2000, this court held in *R. v. Parker*, *supra*, that the medical exemption scheme based on s. 56 of the CDSA was constitutionally inadequate in that it depended on the unfettered exercise of the Minister's discretion. The Government set to work fashioning a legislative response to Parker which would produce a constitutionally acceptable medical exemption within the one year for which the court had suspended its declaration of invalidity.
>
> [...]
>
> 55 Pursuant to Ss 11 and 12 of the MMAR, the Minister has very little discretion to refuse an ATP once the necessary personal and medical declarations have been completed. The limited role played by the Minister is no doubt an attempt to cure the major defect in the previous scheme identified in *R. v. Parker*, supra.

[442] L'autorisation d'appel de cette décision est refusée[215].

3.5.4.8.3. L'arrêt *PHS*

[443] Il convient maintenant d'examiner la portée de l'arrêt *PHS* que la Procureure générale invoque.

[444] Dans *PHS*, la Cour suprême doit décider si la *LDAS* s'applique au centre d'injection supervisée Insite qui offre des services médicaux aux consommateurs de drogues intraveineuses. Elle conclut par l'affirmative et estime que le régime établi par la *LDAS* est constitutionnel.

[445] Par contre, la Cour considère que le refus du ministre de la Santé du Canada de reconduire l'exemption prévue à l'art. 56 de la *LDAS* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et que ce refus ne peut se justifier au sens de l'article premier.

[446] La conclusion de la Cour suprême que l'article 4 de la *LDAS*, qui interdit la possession de drogues, est conforme à la *Charte canadienne* se fonde sur l'existence de la discrétion du ministre prévue à l'article 56 de la *LDAS*.

[447] La Procureure générale soutient que la description de la discrétion du ministre supporte la conclusion que l'article 500.1 est lui aussi constitutionnel, car la personne chargée d'autoriser une manifestation selon cet article doit, tout comme le ministre de la santé qui exerce le pouvoir conféré à l'article 56 de la *LDAS*, exercer cette discrétion conformément à la *Charte*.

[448] Voici les principaux passages de l'opinion de la juge en chef McLachlin sur lesquels la Procureure générale se fonde:

> [112] L'article 56 confère au ministre de la Santé un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions de l'application de la *Loi* « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient ».
>
> [113] La possibilité d'accorder des exemptions sert de soupape empêchant l'application de la *Loi* dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive.
>
> [114] Je conclus que, bien que le par. 4(1) de la *Loi* mette en jeu les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux demandeurs et aux autres personnes qui se trouvent dans la même situation, il ne contrevient pas à l'art. 7. Il en est ainsi parce que la *Loi* confère au ministre le pouvoir d'accorder des exemptions de l'application du par. 4(1), notamment pour des motifs de santé. En fait, si on décidait de rédiger une loi qui combat la toxicomanie tout en respectant les droits garantis par la *Charte*, on pourrait fort bien adopter précisément ce type de régime — une interdiction conjuguée au pouvoir d'accorder des exemptions. S'il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l'exercice par le ministre de son pouvoir légal d'accorder les exemptions appropriées.
>
> [115] Les allégations d'invalidité de la *Loi* fondées sur l'art. 7 doivent donc être rejetées.
>
> [116] La principale question soulevée dans le pourvoi, tel qu'il a été plaidé, est celle de la validité constitutionnelle de la *Loi* même. J'ai conclu que la *Loi*, interprétée correctement, est valide. Reste donc la question de la décision du ministre de refuser une exemption. La Cour doit décider, à titre préliminaire, si elle devrait examiner cette question. Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus qu'elle devrait le faire. Les demandeurs ont plaidé, à titre subsidiaire, au cas où la *Loi* serait valide, que la décision du ministre a porté atteinte à leurs droits protégés par la *Charte*. Cette question a été soulevée lors de l'audition et les parties ont eu l'occasion de présenter leur point de vue à cet égard. La Cour est donc dûment saisie de cette question et le procureur général du Canada ne peut prétendre qu'il serait injuste qu'elle la tranche. Mais surtout, la justice commande que la Cour l'examine. Les demandeurs ont établi que leurs droits garantis par l'art. 7 sont en jeu. Ils ne peuvent être privés d'un recours et contraints à la tenue d'un nouveau procès sur ce point, simplement parce que c'est la décision du ministre et non la *Loi* même qui a porté atteinte à leurs droits, alors que la question a été plaidée et que l'équité n'est pas compromise.
>
> [117] La discrétion laissée au ministre de la Santé n'est pas absolue : comme c'est toujours le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions du ministre doivent respecter la *Charte* : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3. Si la décision du ministre fait en sorte que l'application de la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui contrevient à la *Charte*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre est inconstitutionnel.
>
> [118] Je souligne que la présente affaire diffère de l'affaire *Parker*, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'interdiction générale de possession de marihuana n'était pas validée par la possibilité, prévue à l'art. 56, d'accorder une exemption relative à la possession pour raisons médicales. Dans *Parker*, aucune décision du ministre n'était en cause et la conclusion de la cour reposait sur des constatations du juge de première instance selon lesquelles [TRADUCTION] « la possibilité d'accorder une exemption était illusoire » (par. 174).
>
> [...]
>
> [128] Rappelons que, lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 56, le ministre doit respecter les droits garantis par la *Charte*. Cela signifie que, lorsque les droits garantis par l'art. 7 sont en jeu, toute restriction découlant d'une décision ministérielle doit être imposée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le ministre ne peut pas rejeter simplement une demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 pour de simples raisons de politique; dans la mesure où elle a une incidence sur les droits garantis par la *Charte*, la décision du ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[449] Dans sa décision, la juge en chef McLachlin se livre à une analyse en deux temps. Elle examine, dans un premier temps, la question de la constitutionnalité de l'article 4 de la *LDAS* (paragr. 109-115) et, dans un deuxième temps, la question du refus du ministre (paragr. 116-118 et 128).

[450] Cette approche, qui distingue nettement entre l'examen de la validité d'une loi et la situation où c'est un acte gouvernemental ou une pratique administrative qui est contestée, a d'abord été décrite par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*[216].

[451] Dans *Doré c. Barreau du Québec*[217], la juge Abella formule la distinction entre les deux recours en ces termes:

> [36] Comme la juge en chef McLachlin l'a expliqué dans *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, l'examen de la constitutionnalité d'une loi doit être différent de la révision d'une décision administrative qui est contestée parce qu'elle porterait atteinte aux droits d'un individu en particulier (voir également Bernatchez). Lorsque les valeurs consacrées par la *Charte* sont appliquées à une décision administrative particulière, elles sont appliquées relativement à un ensemble précis de faits. *Dunsmuir* nous dit que la retenue s'impose dans un tel cas (par. 53; voir aussi *Suresh c. Canada (ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 39). Par contre, lorsqu'on vérifie si une « loi » particulière respecte la *Charte*, il est question de principes d'application générale.

[452] L'arrêt *Doré* « établi le cadre d'analyse applicable pour décider si un ministre a exercé son pouvoir discrétionnaire conformément aux dispositions pertinentes »[218] de la *Charte*. Il fait suite à une « série de décisions contradictoires »[219] de la Cour suprême à l'égard de cette question. Il est dorénavant clairement établi que c'est l'approche du droit administratif qui doit être appliqué dans ces circonstances et non celle de l'article premier de la *Charte*.

[453] Toutefois, lorsque la constitutionnalité d'une loi est en cause, c'est le critère de l'article 1 qui s'applique.

[454] À cet égard, le Tribunal note que la juge en chef McLachlin prend bien soin au paragraphe 118 de *PHS* de souligner la différence entre la question en cause dans cet arrêt, une décision du ministre, et la décision dans *Parker* où la loi était contestée. Dans l'arrêt récent *R. c. Nur*[220], la juge en chef McLachlin souligne à nouveau cette distinction[221].

[455] De plus, dans l'arrêt *PHS*, la discrétion du Ministre ne faisait pas l'objet d'une contestation directe. Son existence a été un facteur important dans la conclusion de la Cour au sujet de la constitutionnalité de l'article 4 de la *LDAS*.

[456] De l'avis du Tribunal, les commentaires de la juge en chef McLachlin dans *PHS* au sujet de l'exercice de la discrétion du ministre d'une manière conforme à la *Charte* n'ont pas pour effet de remettre en cause la conclusion du juge Rosenberg dans *Parker* qui exprime l'opinion qu'un pouvoir discrétionnaire qui n'est encadré par aucun critère ne peut être une limite raisonnable.

[457] L'arrêt récent *R. c. Smith* de la Cour suprême confirme le fait que l'autorité de la décision de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Parker* n'est pas mise en doute par la Cour suprême[222].

[458] Par ailleurs, l'affirmation selon laquelle le pouvoir discrétionnaire du ministre doit s'exercer d'une manière conforme à la *Charte* ne suffit pas à combler les carences évidentes de l'article 500.1, car celui-ci ne comporte aucun critère pour encadrer l'exercice du pouvoir discrétionnaire qu'il confère.

[459] Il en est de même de l'argument selon lequel le pouvoir discrétionnaire doit être interprété selon l'objet et l'économie du *CSR*.

[460] L'approche suggérée par la Procureure générale exige l'ajout de termes à l'article 500.1 qui en sont absents.

[461] De l'avis du Tribunal, l'article 500.1 doit être distingué des situations où le pouvoir discrétionnaire en cause comporte une description suffisante de la compétence conférée comme le font voir plusieurs décisions de la Cour suprême: les affaires *Slaight* (l'al. 61.5(9) c) du *Code canadien du travail*), *Little Sisters* (le paragraphe 163(8) du *Code criminel*), *Doré* (l'interprétation d'une norme déontologique) et *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*[223] (l'article 10 de la *Loi sur le transfèrement international des délinquants*).

[462] Comme le précise d'ailleurs le juge La Forest dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)* : « ce ne sont pas toutes les dispositions attributives d'un pouvoir discrétionnaire qui peuvent être interprétées d'une manière compatible avec la *Charte* »[224].

[463] Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, le juge Gonthier décrit éloquemment le problème que présentent les dispositions législatives comportant un pouvoir discrétionnaire trop étendu comme celui de l'article 500.1:

> Ce qui fait plus problème, ce ne sont pas tant des termes généraux conférant un large pouvoir discrétionnaire, que des termes qui ne donnent pas, quant au mode d'exercice de ce pouvoir, d'indications permettant de le contrôler. Encore une fois, une loi d'une imprécision inacceptable ne fournit pas un fondement suffisant pour un débat judiciaire; elle ne donne pas suffisamment d'indication quant à la manière dont les décisions doivent être prises, tels les facteurs dont il faut tenir compte ou les éléments déterminants. En donnant un pouvoir discrétionnaire qui laisse toute latitude, elle prive le pouvoir judiciaire de moyens de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire[225].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[464] Les remarques de la juge L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada c. Canada* vont dans le même sens:

> En outre, le règlement prévoit que "à moins d'une autorisation écrite du Ministre, nul ne peut . . . ". Il est clair que le Ministre dispose de "pleins pouvoirs discrétionnaires de faire ce qui lui semble le mieux". En soi, cela peut créer une norme imprécise au point d'être incompréhensible. De toute façon, l'imprécision imputable à l'absence d'une norme compréhensible n'est pas conforme aux principes portant que la restriction d'un droit ou d'une liberté doit être "prescrite par une règle de droit".
>
> On pourrait prétendre que, dans un régime d'autorisation préalable, comme en l'espèce, la norme n'est pas imprécise. On pourrait alléguer que ce genre de dispositions permet aux citoyens de régler leur conduite parce qu'elle établit clairement que quiconque désire faire de la sollicitation ou de la publicité doit d'abord obtenir l'autorisation du Ministre. Cependant, cela ne fait que déplacer le problème de l'arbitraire de l'élément "prescrit par une règle de droit" à l'élément "moyens" des critères d'application de l'article premier[226].
>
> [...]
>
> La disposition visée en l'espèce n'a pas l'ombre d'une chance de répondre à cette norme. En conséquence de son imprécision et de sa portée excessive, il est impossible de déterminer quelles activités sont vraiment interdites. En outre, le pouvoir discrétionnaire absolu dont dispose le Ministre lui-même réduit grandement le caractère raisonnable et la prévisibilité de son application. Les personnes touchées par le Règlement ne devraient pas en être réduites à deviner les cas et circonstances dans lesquels ce règlement sera appliqué. Pareille conjecture est incompatible avec l'esprit, le but et les objectifs de notre *Charte* et est tout à fait inacceptable sur le plan constitutionnel: la justification de la restriction n'a pas été démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique[227].
>
> [Le soulignement est ajouté]

[465] De l'avis du Tribunal, les principes formulés par les juges Gonthier et L'Heureux-Dubé s'appliquent parfaitement à l'analyse de l'article 500.1 et ils ne peuvent conduire qu'à une seule conclusion, celle de son inconstitutionnalité.

[466] Le droit constitutionnel de manifester sur un chemin public est un droit dont la dimension collective ne doit pas être ignorée. Ce droit ne devrait pas dépendre du pouvoir discrétionnaire de la personne responsable de l'entretien du chemin public surtout lorsque le législateur n'a pas précisé les conditions de son exercice[228].

[467] D'ailleurs, selon l'arrêt récent de la Cour suprême dans *R. c. Nur*[229], la constitutionnalité de l'article 500.1 ne peut reposer sur l'exercice de la discrétion de la personne responsable de l'entretien du chemin public.

[468] En effet, voici ce qu'écrit à ce sujet, la juge en chef McLachlin:

[95] Deux autres points peuvent être opposés à l'idée que le pouvoir discrétionnaire de la poursuite puisse remédier au fait qu'une disposition sur la détermination de la peine contrevient à l'art. 12 de la *Charte*. Premièrement, nul ne peut être assuré que ce pouvoir sera toujours exercé de manière à éviter un résultat inconstitutionnel. La constitutionnalité d'une disposition législative ne saurait non plus dépendre de la confiance qu'on peut avoir que le ministère public agira convenablement (*Lavallee, Rackel & Heintz c. Canada (Procureur général)*, 2002 CSC 61, [2002] 3 R.C.S. 209, par. 45). Comme le dit le juge Cory au nom des juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Bain*, 1992 CanLII 111 (CSC), [1992] 1 R.C.S. 91, aux p. 103-104 :

> Malheureusement, il semblerait que, chaque fois que le ministère public se voit accorder par la loi un pouvoir qui peut être utilisé de façon abusive, il le sera en effet à l'occasion. La protection des droits fondamentaux ne devrait pas être fondée sur la confiance à l'égard du comportement exemplaire permanent du ministère public, chose qu'il n'est pas possible de surveiller ni de maîtriser. Il serait préférable que la disposition législative incriminée soit abolie.

[Le soulignement est ajouté]

[469] Dans l'affaire *Vancouver (City) v. Zhang*[230], qui mettait en cause la constitutionnalité d'un règlement municipal qui restreignait l'érection de structures expressives sur les terrains de la ville de Vancouver, la juge Huddart de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique aborde le rôle discrétionnaire d'un conseil municipal d'accorder des autorisations individualisées selon une approche similaire à celle de l'arrêt *Nur* :

> 69 Despite this fundamental constitutionally-protected right to expression, the By-law maintains a general prohibition subject to Council's unfettered discretion to mete out individual exemptions. The City says that "(w)ithout this general prohibition the entire regulatory scheme would fail as it is impossible for the City to foresee and legislate in relation to every possible obstruction or encroachment". This may be, but no evidence or argument was put forward as to why the City could not develop a policy allowing for the administrative regulation of political expression comparable to those in place for commercial and artistic expression. Had the Council instituted what might be called a "Political Structure Policy," as it did policies for commercial and artistic expression, as part of its regulatory scheme, my conclusion might well be different. But they chose to maintain a complete ban and, effectively, to rely on prosecutorial discretion and Council's power to direct the use of that discretion, to ensure the right to freedom of political expression was not infringed in an individual case. In so doing, I am persuaded, they rendered s. 71 unconstitutional and of no force or effect. They reached beyond that which is permitted to them when political speech is the right sought to be exercised. It cannot be said that there is not a more reasonably tailored regulatory scheme.
>
> [Le soulignement est ajouté]

[470] Par ailleurs, dans l'évaluation de l'existence de moyens moins attentatoire, le critère qui doit être appliqué « consiste à se demander s'il existe un autre moyen moins attentatoire d'atteindre l'objectif de façon réelle et substantielle »[231].

[471] À cet égard, l'examen du cadre règlementaire ou législatif mis en place par d'autres sociétés libres et démocratiques permet de cerner la portée des droits constitutionnels et les limites reconnues en vertu de dispositions justificatives[232].

[472] Les *Lignes directrices relatives à la liberté de réunion pacifique* de l'OSCE partagent la préoccupation de la jurisprudence de la Cour suprême à l'égard des critères encadrant une discrétion lorsqu'un État choisit d'intervenir par la voie de l'établissement d'un système de permis:

> In regulating freedom of assembly, well-drafted legislation is vital in framing the discretion afforded to the authorities[233].
>
> [...]
>
> Any restrictions imposed must have a formal basis in law and be in conformity with the European Convention on Human Rights and other international human rights instruments. To this end, well-drafted legislation is vital in framing the discretion afforded to the authorities. The law itself must be compatible with international human rights standards and be sufficiently precise to enable an individual to assess whether or not his or her conduct would be in breach of the law, as well as the likely consequences of any such breaches[234].
>
> [...]
>
> Any permit system must clearly prescribe in law the criteria for issuance of a permit. In addition, the criteria should be confined to considerations of time, place and manner, and should not provide a basis for content-based regulation[235].
>
> [...]
>
> The regulatory authorities should ensure that the decision-making process is accessible and clearly explained. The process should enable the fair and objective assessment of all available information. Any restrictions placed on an assembly should be communicated promptly and in writing to the event organizers, with an explanation of the reason for each restriction. Such decisions should be taken as early as possible so that any appeal to an independent court can be completed before the date for the assembly provided in the notification[236].

[473] La légitimité de la mise en place d'un système de permis avant la tenue d'une manifestation est acceptée en droit américain, mais cette reconnaissance s'accompagne d'un encadrement rigoureux du pouvoir discrétionnaire des autorités.

[474] Le droit américain est ainsi résumé dans un document récent du Law Library of Congress:

> The First Amendment to the United States Constitution prohibits the United States Congress from enacting legislation that would abridge the right of the people to assemble peaceably. The Fourteenth Amendment to the United States Constitution makes this prohibition applicable to state governments.
>
> The Supreme Court of the United States has held that the First Amendment protects the right to conduct a peaceful public assembly. The right to assemble is not, however, absolute.
>
> Government officials cannot simply prohibit a public assembly in their own discretion, but the government can impose restrictions on the time, place, and manner of peaceful assembly, provided that constitutional safeguards are met. Time, place, and manner restrictions are permissible so long as they "are justified without reference to the content of the regulated speech, ... are narrowly tailored to serve a significant governmental interest, and ... leave open ample alternative channels for communication of the information."
>
> Such time, place, and manner restrictions can take the form of requirements to obtain a permit for an assembly. The Supreme Court has held that it is constitutionally permissible for the government to require that a permit for an assembly be obtained in advance.
>
> The government can also make special regulations that impose additional requirements for assemblies that take place near major public events.
>
> In the United States, the organizer of a public assembly must typically apply for and obtain a permit in advance from the local police department or other local governmental body. Applications for permits usually require, at a minimum, information about the specific date, time, and location of the proposed assembly, and may require a great deal more information.
>
> Localities can, within the boundaries established by Supreme Court decisions interpreting the First Amendment right to assemble peaceably, impose additional requirements for permit applications, such as information about the organizer of the assembly and specific details about how the assembly is to be conducted.
>
> The First Amendment does not provide the right to conduct an assembly at which there is a clear and present danger of riot, disorder, or interference with traffic on public streets, or other immediate threat to public safety or order. Statutes that prohibit people from assembling and using force or violence to accomplish unlawful purposes are permissible under the First Amendment[237].

[475] Dans l'affaire *Thomas v. Chicago Park District*[238], le juge Scalia résume ainsi les exigences du droit américain:

> Of course even content-neutral time, place, and manner restrictions can be applied in such a manner as to stifle free expression. Where the licensing official enjoys unduly broad discretion in determining whether to

grant or deny a permit, there is a risk that he will favor or disfavor speech based on its content. See *Forsyth County v. Nationalist Movement*, 505 U. S. 123, 131 (1992). We have thus required that a time, place, and manner regulation contain adequate standards to guide the official's decision and render it subject to effective judicial review. See *Niemotko , supra*, at 271. Petitioners contend that the Park District's ordinance fails this test.

We think not. As we have described, the Park District may deny a permit only for one or more of the reasons set forth in the ordinance. See n. 1, *supra*. It may deny, for example, when the application is incomplete or contains a material falsehood or misrepresentation; when the applicant has damaged Park District property on prior occasions and has not paid for the damage; when a permit has been granted to an earlier applicant for the same time and place; when the intended use would present an unreasonable danger to the health or safety of park users or Park District employees; or when the applicant has violated the terms of a prior permit. See Chicago Park Dist. Code, ch. VII, §C.5.e. Moreover, the Park District must process applications within 28 days, §C.5.c, and must clearly explain its reasons for any denial, §C.5.e. These grounds are reasonably specific and objective, and do not leave the decision "to the whim of the administrator." *Forsyth County*, 505 U. S., at 133. They provide "'narrowly drawn, reasonable and definite standards' " to guide the licensor's determination, *ibid.* (quoting *Niemotko*, *supra*, at 271). And they are enforceable on review—first by appeal to the General Superintendent of the Park District, see Chicago Park Dist. Code, ch. VII, §C.6.a, and then by writ of common-law certiorari in the Illinois courts, see *Norton v. Nicholson*, 187 Ill. App. 3d 1046, 543 N. E. 2d 1053 (1989), which provides essentially the same type of review as that provided by the Illinois administrative procedure act, see *Nowicki v. Evanston Fair Housing Review Bd.* , 62 Ill. 2d 11, 14, 338 N. E. 2d 186, 188 (1975)[239].

[Le soulignement est ajouté]

[476] Dans son article *The Neglected Right of Assembly*, l'auteur Tabatha Abu El-Haj décrit ainsi le système de permis en place dans plusieurs villes américaines:

> To demonstrate, parade, or make a speech in public in the United States today, a person or organization must generally go (often well in advance) to the local police department, or to some other municipal department, to fill out required paperwork and to obtain a permit from government officials. A survey of twenty American cities reveals that all of them have extensive permit requirements for gatherings on public streets and most have similar requirements for public parks[240].

[477] Le droit américain et européen font donc voir une approche similaire à celle du droit canadien en matière d'encadrement d'un système d'autorisation préalable.

[478] Une autorité publique n'a pas l'obligation de mettre en place un système de permis ou d'autorisation préalable. Il est possible de s'en tenir à l'envoi d'un avis avant la tenue d'une manifestation[241].

[479] Toutefois, lorsque la voie du système d'autorisation préalable est choisie, le pouvoir discrétionnaire d'accorder cette autorisation doit être encadré par des critères précis et compréhensibles pour le public et ceux qui l'appliquent.

3.5.5. L'article 500.1 *CSR* est-il proportionné dans ses effets?

[480] À la dernière étape de l'analyse, la question « est de savoir si les conséquences de l'atteinte aux droits sont disproportionnées par rapport aux effets bénéfiques probables de la mesure législative contestée »[242] ou « si les effets bénéfiques de la mesure législative contestée en justifient le coût que représente la restriction au droit »[243].

[481] En l'espèce, le Tribunal estime qu'il n'est pas opportun de mener une longue analyse.

[482] Le droit constitutionnel de manifester sur un chemin public peut être exercé par des milliers de citoyens.

[483] Le préjudice causé à ce droit constitutionnel par un système d'autorisation préalable entièrement discrétionnaire est totalement disproportionné par rapport aux bénéfices en matière de circulation sécuritaire des véhicules routiers sur les chemins publics, tant pour les conducteurs et les passagers des véhicules que pour les piétons, et de la libre circulation des marchandises.

3.5.6. Conclusions sur la justification

[484] L'article 500.1 enfreint les libertés d'expression et de réunion pacifique protégés par les chartes québécoise et canadienne. Cette limitation n'est pas justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique, car il est possible de mettre en place un système d'autorisation préalable qui encadre le pouvoir discrétionnaire d'autoriser une manifestation.

[485] L'article 500.1 doit être déclaré invalide. La seule question qui se pose est celle de savoir si cette déclaration doit viser l'ensemble de l'article ou simplement le troisième alinéa qui prévoit un régime d'autorisation préalable inconstitutionnel.

[486] Selon le Tribunal, la déclaration doit viser l'ensemble de l'article, car il appartient au législateur de réviser l'ensemble du régime mis en place[244].

IV - Conclusion et réparation

4.1. Est-ce que l'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 500.1 CSR doit être suspendu?

[487] Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*[245], le juge en chef Lamer énonce trois situations qui justifient la suspension temporaire de l'effet d'une déclaration d'invalidité :

> Un tribunal peut déclarer une loi ou une disposition législative inopérante, mais suspendre l'effet de cette déclaration jusqu'à ce que le législateur fédéral ou provincial ait eu l'occasion de combler le vide. Cette méthode est fort appropriée lorsque l'annulation d'une disposition présente un danger pour le public (*R. c. Swain*, précité) ou porte atteinte à la primauté du droit (*Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, 1985 CanLII 33 (CSC), [1985] 1 R.C.S. 721). Cette méthode pourrait également être appropriée dans les cas où une disposition est limitative par opposition aux cas où elle aurait une portée trop large[246].

[488] Le professeur Roach estime qu'il ne s'agit pas de catégories étanches et rigides. Voici la description qu'il donne de ce pouvoir :

> Courts have often been attracted to suspended declarations of invalidity because of their recognition that legislatures have a legitimate role and a broader range of options in devising constitutional responses to court decisions. At the same time, the Supreme Court in *Schachter* warned that suspended declarations of invalidity should not become routine and that they can force matters back on the legislative agenda. A number of commentators have criticized the Court for routinely suspending declarations of invalidity and not justifying its decisions. These criticisms have some validity, but the answer is not to abandon the useful technique of a suspended declaration of invalidity or to retreat to the three limited categories or pigeonholes outlined in *Schachter*. Rather, courts should justify the use of suspended declarations in each case on the basis of remedial principles.
>
> Suspended declarations should be used where an immediate declaration could cause a significant social harm including but not limited to threats to the rule of law and public safety. Suspended declarations should also be used in cases of unconstitutionally under-inclusive legislation where legislatures have a range of remedial options such as extending but also reducing benefits that are not open to the court. More generally, they should be used in cases where legislatures can select among a number of options in complying with the court's interpretation of the Charter. This latter principle is in tension with Lamer C.J.C.'s statement in *Schachter* that the use of suspended declarations of invalidity should "turn not on considerations of the role of the courts and legislatures" but rather on the three listed categories. Nevertheless, the need to respect the roles of courts and legislatures has emerged as important principles that govern constitutional remedies in the Court's subsequent remedial jurisprudence and indeed in its own decision in *Schachter* with respect to when reading in would be an appropriate subsection 52(1) remedy[247].
>
> [Je souligne]

[489] L'effet de la déclaration d'invalidité de l'article 500.1 doit être suspendu en raison des dangers en matière de sécurité routière et de circulation des marchandises qui seraient susceptibles de se poser si son effet était immédiat et ce, même si, selon la preuve présentée devant le juge d'instance, les corps policiers sont souvent en mesure de gérer adéquatement la tenue de manifestations dont ils ne connaissent pas le trajet.

[490] Le défi posé par les modifications qui doivent être apportées au *Code de la sécurité routière* est loin d'être insurmontable. Un délai de six mois semble raisonnable[248].

4.2. La condamnation de l'appelante

[491] Il s'agit en l'espèce d'une contestation de la constitutionnalité de l'infraction en vertu de laquelle le constat d'infraction a été porté contre l'appelante. Cet article est invalide. L'appelante doit être acquittée[249].

[492] N'eut été de la conclusion relative à l'invalidité de l'article 500.1, le Tribunal aurait ordonné, selon les pouvoirs conférés par le deuxième alinéa de l'article 285 du *Code de procédure pénale*, la tenue d'une nouvelle instruction pour évaluer la portée de l'avis donné par les policiers le 15 mars 2011 à 17 h 09 à l'égard de la culpabilité de l'appelante ou l'évaluation de la question de l'erreur provoquée par une personne en situation d'autorité.

[493] Bien que cette question n'ait pas fait l'objet d'un débat en première instance en raison du plaidoyer de culpabilité conditionnel de l'appelante, l'audition du pourvoi révèle que l'intérêt de la justice aurait justifié la tenue d'une nouvelle instruction pour évaluer ces questions. Il ne faut pas voir dans ces commentaires une critique du juge d'instance ou des parties. Le bénéfice du recul est souvent un révélateur qui permet l'identification de questions pertinentes à l'intérêt de la justice.

[494] **POUR CES MOTIFS, LE TRIBUNAL:**

[495] **DÉCLARE** l'article 500.1 du *Code de la sécurité routière* invalide;

[496] **SUSPEND** l'effet de la déclaration d'invalidité pour une période de six mois;

[497] **ACQUITTE** l'appelante;

[498] **LE TOUT** sans frais.

GUY COURNOYER, J.C.S.

Me Marie Claude St-Amant
Procureure pour l'appelante

Me Agori Fridas
Procureure pour l'intimée

Me Patrice Claude
Me Catherine Paschali
Procureurs pour le mis en cause

Me Sibel Ataogul
Procureure pour l'intervenante

Date d'audience : 23 et 24 mars 2015
Observations écrites supplémentaires : 30 mars, 7 et 22 avril 2015
Début du délibéré: 7 avril 2015
Suspension du délibéré : 22 au 29 avril 2015

---

[1] RLRQ c. C-24.2.

[2] Le mémoire de la Procureure générale fournit un résumé utile des faits que le Tribunal adopte en grande partie : *Cojocaru c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357, paragr. 49-50.

[3] VD-1, PG-3, Annexe #5.

[4] Voir par exemple, Margaret E. Beare, Nathalie Des Rosiers et Abigail C. Deshman, *Putting The State On Trial: The Policing of Protest during the G20 Summit*, UBCPress, 2015; Leslie J. Wood, *Crisis and Control: The Militarization of Protest Policing*, Pluto Press, 2014; Francis Dupuis-Déri (dir.), *À qui la rue?: répression policière et mouvements sociaux*, 2013, Les Éditions Écosociété.

[5] *R. c. Bertrand*, 2011 QCCA 1412, paragr. 150.

[6] Voir par exemple les décisions anglaises *Hubbard v. Pitt*, [1976] Q.B. 142 (C.A.) et *R. v. Chief Constable of Devon and Cornwall ex parte Central Electricity Generating Board*, [1982] Q.B. 458 : D. Mead, *The New Law of Peaceful Protest: Rights and Regulation in the Humans Rights Act Era*, Hart Publishing, 2010, aux pages 4-7.

[7] *R. c. Lecompte*, (1999), 2000 CanLII 8782 (QC CA), 149 C.C.C. (3d) 185; REJB 2000-19319 autorisation d'appel refusée [2001] 1 R.C.S. xiii.

[8] *R. c. Bédard*, 2009 QCCA 1473.

[9] *R. c. Campbell*, 1999 CanLII 676 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 565, paragr. 19.

[10] On consultera avec intérêt les rapports d'enquête récents suivants: Gerry McNeilly, *Policing the Right to Protest : G20 Systemic Review Report*, Office of the Independent Police Review Director, Toronto (Ont.), Mai 2012; André Marin, *Caught in the Act: Investigation into The Ministry of Community Safety and Correctional Services' conduct in relation to Ontario Regulation 233/10 under the Public Works Protection Act*, Toronto (Ont.), Ombudsman of Ontario, Décembre 2010; Hon. John W. Morden, *Independent Civilian Review Into Matters relating to The G20 Summit*, Toronto Police Services Board, Toronto (Ont.), Juin 2012; Hon. R. Roy McMurtry, *Report of the Review of the Public Works Protection Act*, Ministry of Community Safety and Correctional Services, Toronto (Ont.), Avril 2011.

[11] 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 770.

[12] 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 770, aux pages 780-781.

[13] OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010, paragr. 164, à la p. 81.

[14] Hon. John W. Morden, *Independent Civilian Review Into Matters relating to The G20 Summit*, Toronto Police Services Board, Toronto (Ont.), Juin 2012, à la p. 275.

[15] 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, paragr. 3.

[16] 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, paragr. 37.

[17] *Ibid.*, paragr. 38.

[18] *Ibid.*, paragr. 39.

[19] *Ibid.*

[20] *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, paragr. 28.

[21] *R. c. Mann*, 2004 CSC 52, [2004] 3 R.C.S. 59, paragr. 16.

[22] *Hill c. Commission des services policiers de la municipalité régionale de Hamilton-Wentworth*, 2007 CSC 41, [2007] 3 R.C.S. 129, paragr. 41.

[23] 2006 CanLII 41649 (ON CA), 82 O.R. (3d) 721; 277 D.L.R. (4th) 274.

[24] *Saskatchewan Federation of Labour c. Saskatchewan*, 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245, paragr. 72.

[25] *Bou Malhab c. Diffusion Métromédia CMR inc.*, 2011 CSC 9, [2011] 1 R.C.S. 214, paragr. 17.

[26] 1986 CanLII 5 (CSC), [1986] 2 R.C.S. 573.

[27] *Ibid.*, à la p. 583.

[28] 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45.

[29] Paul Woodruff, *First Democracy: The Challenge of an Ancient Idea*, Oxford University Press, 2005, à la p. 21.

[30] Aharon Barak, *The Judge in a Democracy*, Princeton University Press, 2006, à la p. 25.
[31] *Ibid.*, aux pages 63-64.
[32] 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103.
[33] 1986 CanLII 46 (CSC), [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136.
[34] *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 969, citant l'affaire *Handyside*, une décision de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir aussi *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, paragr. 48.
[35] *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, paragr. 75.
[36] 1998 CanLII 793 (CSC), [1998] 2 R.C.S. 217.
[37] 1996 CanLII 165 (CSC), [1996] 2 R.C.S. 1048.
[38] Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, à la p. 213.
[39] Irwin Cotler, « Liberté de réunion, d'association, de conscience et de religion », dans Gérald-A Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, *Charte Canadienne des droits et libertés*, Montréal, Éditions Wilson & Lafleur, 1982, à la p. 183.
[40] Gabriel Babineau, « La manifestation: une forme d'expression collective », (2012) 53 Les Cahiers de Droit 761, à la p. 787.
[41] 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.
[42] 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19.
[43] 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.
[44] (2015), 2015 ONCA 208 (CanLII), 320 C.C.C. (3d) 437.
[45] Kent Roach et David Schneiderman, « Freedom of Expression in Canada », (2013), 61 S.C.L.R. (2d) 429, à la p. 480.
[46] Gabriel Babineau, « La manifestation: une forme d'expression collective », (2012) 53 Les Cahiers de Droit 761, à la p. 777.
[47] *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, paragr. 37.
[48] Voir par exemple *Syndicat des cols bleus regroupés de Montréal, (SCFP, section locale 301) c. Coll*, 2009 QCCA 708, paragr. 70 (le juge Brossard).
[49] *Figueiras c. Toronto Police Services Board* (2015), 2015 ONCA 208 (CanLII), 320 C.C.C. (3d) 437, paragr. 78; Dwight Newman, « Fundamental Freedoms » dans *Halsbury's Laws of Canada - Constitutional Law (Charter of Rights)*, à jour en 2014, Markham (Ont), LexisNexis, 2014, (LN/QL), HCHR-42, aux pages 529-530.
[50] Hon. John W. Morden, *Independent Civilian Review Into Matters relating to The G20 Summit*, Toronto Police Services Board, Toronto (Ont.), Juin 2012, à la p. 24.
[51] Gabriel Babineau, « La manifestation: une forme d'expression collective », (2012) 53 Les Cahiers de Droit 761, à la p. 783.
[52] 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, paragr. 64.
[53] 1978 CanLII 201 (CSC), [1978] 2 R.C.S. 770.
[54] *Ibid.*, à la p. 797.
[55] *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139.
[56] *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, aux pp. 199 et 200.
[57] (1994), 1994 CanLII 10546 (ON SC), 20 O.R. (3d) 229 (Cour Ont. (Div. Gén.).
[58] Voir *R. c. Gibbons*, 2012 CSC 28, [2012] 2 R.C.S. 92, paragr. 2.
[59] (1994), 1994 CanLII 10546 (ON SC), 20 O.R. (3d) 229 (Cour Ont. (Div. Gén.), à la p. 285.
[60] 2015 CSC 4, [2015] 1 R.C.S. 245.
[61] *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, paragr. 24.
[62] Gabriel Babineau, « La manifestation: une forme d'expression collective », (2012) 53 Les Cahiers de Droit 761, à la p. 784.
[63] OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et la Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010.
[64] On consultera toutefois l'analyse plus complète du droit européen dans les ouvrages suivants: Orsolya. Salát, *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2015; David Mead, *The New Law of Peaceful Protest: Rights and Regulation in the Humans Rights Act Era*, Hart Publishing, 2010; voir aussi Gabriel Babineau, « La manifestation: une forme d'expression collective », (2012) 53 Les Cahiers de Droit 761, aux pages 785 à 788.
[65] OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010, à la p. 15.
[66] *Ibid.*, à la p. 17.
[67] *Ibid.*, à la p. 31.
[68] Cass R. Sunstein, *Why Societies Need Dissent*, Harvard University Press, 2003, à la p. 96; Voir aussi Tabatha Abu El-Haj, « The Neglected Right of Assembly », (2009) 56 UCLA Law Rev. 543, à la p. 569; John D. Inazu, « The Forgotten Freedom of Assembly », (2010), 84 Tulane Law. Rev. 565.
[69] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 67.
[70] *Ibid.*, paragr. 68. Il réfère aux décisions suivantes: *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, paragr. 37, *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, paragr. 80; *R. v. Banks* (2007), 2007 ONCA 19 (CanLII), 216 C.C.C. (3d) 19 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée [2007] 3 R.C.S. vi.
[71] *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, paragr. 48-56.
[72] 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141.
[73] 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, paragr. 82.
[74] Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, paragr. 37; *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 73-78.
[75] Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 214, la juge L'Heureux-Dubé décrit le règlement en cause comme un régime d'autorisation préalable. Sur l'application du règlement aux faits de cette affaire, la juge L'Heureux-Dubé exprime la position majoritaire, le juge Gonthier (à la p. 226), le juge Cory (à la p. 227) et la juge McLachlin (à la p. 243-244); Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fifth Edition Supplemented, Volume 2, Toronto, Carswell, (mise à jour 2015), à la p. 43-14; Dans l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, paragr. 232-236, le juge Iacobucci décrit dans sa dissidence la nature d'un régime de restriction préalable. Comme le note le doyen américain Erwin Chemerinsky dans son ouvrage *Constitutional Law: Principles and Policies*, Fifth Edition, 2015, Wolters Kluwer, à la p. 1196: « [A] licensing or permit system is a classic form of prior restraint ».
[76] 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139.
[77] *Ibid.*, aux pp. 165-166.
[78] Ce cadre d'analyse s'applique tant à l'article 1 de la *Charte canadienne* qu'à l'article 9.1 de la *Charte québécoise* : *Ford c. Québec (Procureur Général)*, 1988 CanLII 19 (CSC), [1988] 2 R.C.S. 712, aux pages 769-770; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, paragr. 47-48.
[79] *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331.
[80] Voir aussi *Canada (Procureur général) c. Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada*, 2015 CSC 7, [2015] 1 R.C.S. 401, paragr. 58-60; *Montréal (Ville de) c. 2952-1366 Québec inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, paragr. 88.
[81] *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, paragr. 62.
[82] 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 983.
[83] *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, 1991 CanLII 60 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 69, à la p. 95.
[84] *R. c. Levkovic*, 2013 CSC 25, [2013] 2 R.C.S. 204, paragr. 39; voir aussi l'opinion similaire formulée par la juge L'Heureux-Dubé dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, aux pages 214-215.

[85] Tout comme le juge d'instance (voir *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 130-131), le Tribunal adopte ici essentiellement les principaux éléments de l'analyse proposée par la Procureure générale dans son mémoire. Il les intègre à son jugement pour en faciliter la lecture: *Cojocaru c. British Columbia Women's Hospital and Health Centre*, 2013 CSC 30, [2013] 2 R.C.S. 357, paragr. 49-50.

[86] L.Q. 2000, c. 31.

[87] Voir aussi les interventions des députés Yvan Bordeleau (p. 6075), André Pelletier (p. 6079) et Réal Gauvin (p. 6080.)

[88] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 141, 143, 145 et 147.

[89] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 137.

[90] *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, paragr. 20; *Vriend c. Alberta*, 1998 CanLII 816 (CSC), [1998] 1 R.C.S. 493, paragr. 111; *R. c. Conception*, 2014 CSC 60, [2014] 3 R.C.S. 82, paragr. 15.

[91] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, paragr. 45.

[92] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, paragr. 48; *Société Radio-Canada c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 2, [2011] 1 R.C.S. 19, paragr. 70.

[93] 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3.

[94] *Ibid.*, paragr. 143.

[95] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 151.

[96] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 152-153.

[97] *Ibid.*, paragr. 154-155.

[98] *Ibid.*, paragr. 159.

[99] *Ibid.*, paragr. 157, 168, 169, 171.

[100] 2011 ONSC 6862,108 O.R. (3d) 571 (C.S. Ont.).

[101] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 160.

[102] *Ibid.*, paragr. 161.

[103] *Ibid.*, paragr. 162.

[104] *Ibid.*, paragr. 163 et 171.

[105] *Ibid.*, paragr. 158, 163 et 171.

[106] *Ibid.*, paragr. 171.

[107] *Ibid.*

[108] 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, paragr. 18.

[109] 2015 CSC 15, [2015] 1 RCS 773.

[110] 2015 CSC 34.

[111] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 159.

[112] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 162.

[113] Notes sténographiques, 22 février 2013, les pages 31 à 34.

[114] QUÉBEC, ASSEMBLÉE NATIONALE, *Journal des débats de la Commission permanente des transports et de l'environnement*, 1re sess., 36e légis., 1er juin 2000, « Étude détaillée du projet de loi nº130 – Loi modifiant le Code de la sécurité routière et la Loi sur le transport par taxi », CTE-53 pages 11-12. Le Tribunal souligne que le ministre des transports évoque *le permis de la police* lors d'un échange, mais cette référence ne fait l'objet d'aucune explication additionnelle. Voir aussi Jean Hétu, *Droit municipal : principes généraux et contentieux*, Guide CCH, Brossard, Wolters Kluwer Québec Ltée., 2015, paragr. 11.57.

[115] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, paragr. 40.

[116] *Greater Vancouver Transportation Authority c. Fédération canadienne des étudiantes et étudiants - Section Colombie-Britannique*, 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295, paragr. 56.

[117] *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, paragr. 139.

[118] *Ibid.*

[119] Richard Tremblay, *Éléments de légistique - Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, aux pages 187 à 195; voir : Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : Précis de droit des institutions administratives*, 3e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, p. 913 à 992; Glanville Williams, « Control by Licensing », (1967) 20 Current Legal Problems 81.

[120] Richard Tremblay, *Éléments de légistique - Comment rédiger les lois et les règlements*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, à la p. 207.

[121] *Ibid.*, à la p. 187.

[122] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, aux pp. 188-189.

[123] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, à la p. 189.

[124] RLRQ, c. J-3.

[125] *Cie pétrolière Impériale ltée c. Québec (Ministre de l'Environnement)*, 2003 CSC 58, [2003] 2 R.C.S. 624, paragr. 26; *Société de l'assurance automobile du Québec c. Cyr*, 2008 CSC 13, [2008] 1 R.C.S. 338, paragr. 30.

[126] *R. c. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 70; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187, paragr. 77.

[127] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 91, 93 et 97.

[128] *Immeubles Jacques Robitaille inc. c. Québec (Ville)*, 2014 CSC 34, [2014] 1 R.C.S. 784.

[129] *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, paragr. 72.

[130] *Ibid.*

[131] *Ibid.*, paragr. 39, 46 et 72 ; *Van de Perre c. Edwards*, 2001 CSC 60, [2001] 2 R.C.S. 1014, paragr. 15.

[132] 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, paragr. 90.

[133] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 152, 158 et 164.

[134] Patrice Garant, *Droit administratif*, 6ème éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2010, aux pages 200 à 219.

[135] *Ibid.*, à la p. 202.

[136] *Ibid.*

[137] *Ibid.*, à la p. 204.

[138] 1958 CanLII 78 (SCC), [1959] R.C.S. 58.

[139] 2014 CSC 54, [2014] 2 R.C.S. 689.

[140] 1958 CanLII 78 (SCC), [1959] R.C.S. 58, aux pp. 76-77.

[141] 1993 CanLII 3754 (QC CA), [1993] R.J.Q. 1043 (C.A.).

[142] *Ibid.*, à la p. 1048.

[143] Philip Cantwell, « Compétences de la municipalité locale », dans JurisClasseur Québec, coll. Droit public, *Droit municipal*, fasc. 8, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour au 18 janvier 2015, paragr. 3, à la p. 8/4.

[144] Valérie Belle-Isle, « Fonction publique », dans JurisClasseur Québec, coll. « Droit Public », *Droit municipal*, fasc. 7, Montréal, LexisNexis Canada, feuilles mobiles, à jour au 16 février 2015, paragr. 4.

[145] [1975] C.A. 143. Voir aussi l'arrêt *Québec (Ville) c. Tremblay*, EYB 2005-82263 (C.S.).

[146] *Ibid.*, à la p. 145.

[147] René Dussault et Louis Borgeat, *Traité de droit administratif*, t. 1, 2e éd., Sainte-Foy, Presse de l'Université de Laval, 1984, aux pages 534-535.

[148] 1999 CanLII 676 (CSC), [1999] 1 R.C.S. 565.

[149] Kent Roach, « Police Independence and the Military Police », (2011) 49 Osgoode Hall L.J. 117, aux pages 121 à 132.

[150] Voir par exemple l'article 83 de la *Loi sur la police*, RLRQ, c. P-13.1. L'autorité à l'égard de la gestion administrative du personnel d'un corps policier est une question distincte: voir par exemple l'article 115 de la *Charte de la Ville de Montréal*, RLRQ, c. C-11.4.

[151] RLRQ, c. P-13.1.

[152] VD1-PG8.

[153] Notes sténographiques, témoignage d'André Turcotte, aux pages 56-65.
[154] Lettre du 30 mars 2015 de Me Marie-Claude St-Amant.
[155] Lettre du 30 mars 2015 de Me Patrice Claude.
[156] Lettre du 2 avril 2015 Me Sibel Ataogul, reçue le 7 avril.
[157] *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Christie*, 2007 CSC 21, [2007] 1 R.C.S. 873, paragr. 28.
[158] Voir *Adgey c. La Reine*, 1973 CanLII 37 (CSC), [1975] 2 R.C.S. 426.
[159] Notes sténographiques du 5 juillet 2013, aux pages 3 à 5; voir *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, paragr. 17-18.
[160] 639 F.3d 738 (2011), aux pages 746-747.
[161] *Al-Musawi c. Montréal (Ville de)*, 2006 QCCA 945, paragr. 57.
[162] *Goodwin c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 46, paragr. 28.
[163] 2007 CSC 5, [2007] 1 R.C.S. 190, paragr. 37.
[164] (2006), 2006 CanLII 41649 (ON CA), 82 O.R. (3d) 721; 277 D.L.R. (4th) 274, paragr. 113-118.
[165] *Courchesne c. Sorel-Tracy (Ville de)*, 2014 QCCS 4610, paragr. 87-93.
[166] *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 CanLII 50 (SCC), [1959] R.C.S. 121; *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304. Voir deux exemples de l'application de ce passage de l'arrêt *Roncarelli* dans le contexte d'un débat constitutionnel: *Ontario (Minister of Transportation) c. Miracle* (2005), 2005 CanLII 2305 (ON CA), 249 D.L.R. (4th) 680 (C.A. Ont.), autorisation d'appel refusée, Cour suprême du Canada, Bulletin des procédures, 10 novembre 2005, à la p. 1580 (affichage commercial le long d'une autoroute); *R. c. Watson* (2008), 2008 BCCA 340 (CanLII), 235 C.C.C. (3d) 521 (C.A.C.-B.), autorisation d'appel refusée [2009] 3 R.C.S. ix.
[167] *Roncarelli c. Duplessis*, 1959 CanLII 50 (SCC), [1959] R.C.S. 121, à la p. 140.
[168] 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 1038,
[169] *Entreprises Sibeca Inc. c. Frelighsburg (Municipalité)*, 2004 CSC 61, [2004] 3 R.C.S. 304, paragr. 2 et 21.
[170] *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, 2003 CSC 29, [2003] 1 R.C.S. 539, paragr. 106.
[171] *Ibid.*, paragr. 107.
[172] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 150-178.
[173] *Doré c. Barreau du Québec*, 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395, paragr. 37; *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, paragr. 49.
[174] *Montréal (Ville de) c. Garbeau*, 2014 QCCM 76, paragr. 163.
[175] *Wilson c. Colombie-Britannique (Superintendent of Motor Vehicles)*, 2015 CSC 47, paragr. 27; P.-A. Côté, S. Beaulac et M. Devinat, *Interprétation des lois*, 4ème éd., Montréal, Les Éditions Thémis, 2009, paragr. 1042-1046; Ruth Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6e éd., Markham (Ont.), 2014, paragr. 7.10-719; paragr. 9.74-9.75. Voir aussi *Longueuil (Ville de) c. Lachapelle*, 2013 QCCA 1288, paragr. 51.
[176] On lira avec intérêt les observations de la professeure Danielle Pinard dans « A Plea for Conceptual Consistency in Constitutional Remedies », (2005-2006) 18 N.J.C.L. 105.
[177] 1984 CanLII 33 (CSC), [1984] 2 R.C.S. 145, à la p. 169.
[178] *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, paragr. 50.
[179] Voir par exemple: *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 4, [2004] 1 R.C.S. 76; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; Danielle Pinard, « A Plea for Conceptual Consistency in Constitutional Remedies », (2005-2006) 18 N.J.C.L. 105; Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fifth Edition Supplemented, Volume 2, Toronto, Carswell, (mise à jour 2015), aux pages 40-22 à 40-26.
[180] *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, 1992 CanLII 72 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 606, aux pages 626-627.
[181] Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Fifth Edition Supplemented, Volume 2, Toronto, Carswell, (mise à jour 2015), à la p. 38-12.
[182] *Ibid.*, à la p. 38-14.
[183] 1988 CanLII 72 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 621.
[184] 1988 CanLII 72 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 621, aux pages 632-633.
[185] *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, 1989 CanLII 87 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 927.
[186] *Ibid.*, à la p. 983.
[187] 1989 CanLII 92 (CSC), [1989] 1 R.C.S. 1038, aux pp. 1077-1078.
[188] 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139.
[189] 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, aux pages 214-215.
[190] *Ibid*, aux pages 246-247.
[191] (2000), 2000 CanLII 5762 (ON CA), 146 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.).
[192] L.C. 1996, ch. 19.
[193] 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.
[194] 1992 CanLII 72 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 606.
[195] *Ibid.*, à la p. 639.
[196] *Ibid.*
[197] 1996 CanLII 169 (CSC), [1996] 3 R.C.S. 101.
[198] 1997 CanLII 327 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 624.
[199] 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120.
[200] *Ibid.*, paragr. 46.
[201] *Ibid.*, paragr. 138.
[202] *Ibid.*, paragr. 137.
[203] 2009 CSC 31, [2009] 2 R.C.S. 295.
[204] 2010 QCCA 1340.
[205] 2015 QCCA 1576, paragr. 23, 75-76.
[206] Ces modifications suppriment l'audience obligatoire que doit tenir la Commission nationale des libérations conditionnelles dans les cas à l'égard des examens qui suivent la suspension, la cessation ou la révocation de la liberté conditionnelle ou d'office.
[207] (2000), 2000 CanLII 5762 (ON CA), 146 C.C.C. (3d) 193 (C.A. Ont.).
[208] (2003), 2003 CanLII 30796 (ON CA), 177 C.C.C. (3d) 449 (C.A. Ont.).
[209] 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134.
[210] 2015 CSC 34.
[211] 1988 CanLII 90 (CSC), [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 68.
[212] 1987 CanLII 64 (CSC), [1987] 1 R.C.S. 1045.
[213] H. Stewart, *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2012, à la p. 144.
[214] Voir la description du fonctionnement du règlement dans le jugement de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Hitzig c. Canada* (2003), 2003 CanLII 30796 (ON CA), 177 C.C.C. (3d) 449 paragr. 44-66 autorisation d'appel refusée [2004] 1 R.C.S. x.
[215] [2004] 1 R.C.S. x.
[216] 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, parargr. 65-71.
[217] 2012 CSC 12, [2012] 1 R.C.S. 395.
[218] *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, paragr. 3.
[219] *École secondaire Loyola c. Québec (Procureur général)*, 2015 CSC 12, [2015] 1 R.C.S. 613, paragr. 3. Voir H. Stewart, *Fundamental Justice: section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Toronto, Irwin Law, 2012, aux pages 26 à 31.
[220] 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773.
[221] *Ibid.*, paragr. 92-93.
[222] 2015 CSC 34, paragr. 1-4, et 17-18.
[223] 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157.
[224] 1997 CanLII 327 (CSC), [1997] 3 R.C.S. 624, paragr. 30.

[225] 1992 CanLII 72 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 642.

[226] 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, aux pp. 214-215.

[227] 1991 CanLII 119 (CSC), [1991] 1 R.C.S. 139, à la p. 225.

[228] Voir l'opinion du juge Binnie dans *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141, paragr. 171, même s'il s'agit dans le contexte de cette affaire d'une dissidence.

[229] 2015 CSC 15, [2015] 1 R.C.S. 773.

[230] 2010 BCCA 450, 325 D.L.R. (4th) 313.

[231] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, paragr. 55.

[232] *Divito c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 47, [2013] 3 R.C.S. 157, paragr. 22-24; Benjamin Oliphant, « Interpreting the *Charter* with International Law: Pitfalls and Principles » (2014), 19 Appeal 105, à la p. 107, note en bas de pages 13; William A. Schabas et Stéphane Beaulac, « International Human Rights and Canadian Law – Legal Commitment, Implementation and the *Charter* », Third Edition, 2007, Carswell, aux pp. 287 à 291.

[233] OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010, à la p. 12.

[234] OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010, à la p. 16.

[235] *Ibid.*, à la p. 65.

[236] *Ibid.*, à la p. 19.

[237] THE LAW LIBRARY OF CONGRESS, « Right to Peaceful Assembly », United States, par Andrew M. Winston, Global Legal Research Center, Octobre 2014, aux pages 18-19, en ligne : <http://www.loc.gov/law/help/peaceful-assembly/right-to-peaceful-assembly.pdf.> (consulté le 10 novembre 2015).

[238] 534 U.S. 316 (2002).

[239] 534 U.S. 316 (2002), aux pp. 323-324.

[240] Tabatha Abu El-Haj, « The Neglected Right of Assembly », (2009) 56 UCLA Law Rev. 543, à la p. 548.

[241] Le choix entre l'exigence d'un avis préalable ou l'établissement d'un système d'autorisation préalable est une question qui n'exige pas d'être résolue en l'espèce. Cette question fait l'objet de plusieurs observations utiles dans les documents suivants: OSCE - Office of Democratic Institutions and Human Rights et Commission de Venice, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, Second Edition, Warsaw, 2010, aux pages 17-18 et 63 à 72; Orsolya. Salát, *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study*, Hart Publishing, 2015, aux pages 55 à 106. Conformément aux enseignements de l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, 1995 CanLII 86 (CSC), [1995] 2 R.C.S. 97, paragr. 9, le Tribunal n'exprime aucune opinion sur cette question.

[242] *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, pargr. 76.

[243] *Ibid.*, paragr. 77.

[244] *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, paragr. 50-51.

[245] 1992 CanLII 74 (CSC), [1992] 2 R.C.S. 679.

[246] *Ibid.*, à la p. 684.

[247] Kent Roach, « Enforcement of the Charter - Subsections 24(1) and 52(1) », dans Errol Mendes et Stéphane Beaulac, *Charte canadienne des droits et libertés*, 5e éd., Markham, LexisNexis Canada, 2013, p. 1123, à la p. 1155.

[248] *R. c. Guignard*, 2002 CSC 14 (CanLII), [2002] 1 R.C.S. 472, paragr. 34.

[249] *Ibid.*, paragr. 32; *Singh c. Montréal (Ville de)*, 2010 QCCA 1340, paragr. 47.

TAB 13

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden and Michael Doyle, on their own behalf and on behalf of the United Food and Commercial Workers International Union *Appellants*

v.

Attorney General for Ontario and Fleming Chicks *Respondents*

and

Attorney General of Quebec, Attorney General for Alberta, Canadian Labour Congress and Labour Issues Coordinating Committee ("LICC") *Interveners*

Indexed as: Dunmore *v.* Ontario (Attorney General)

Neutral citation: 2001 SCC 94.

File No.: 27216.

2001: February 19; 2001: December 20.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of association — Exclusion of agricultural workers from statutory labour relations regime — Whether exclusion infringes freedom of association — If so, whether infringement justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(d) — Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, s. 80 — Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, s. 3(b).

In 1994, the Ontario legislature enacted the *Agricultural Labour Relations Act, 1994* ("*ALRA*"), which extended trade union and collective bargaining rights to agricultural workers. Prior to the adoption of this legislation, agricultural workers had always been excluded from Ontario's labour relations regime. A year later, by virtue

Tom Dunmore, Salame Abdulhamid, Walter Lumsden et Michael Doyle, en leur propre nom et au nom de l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce *Appelants*

c.

Procureur général de la province de l'Ontario et Fleming Chicks *Intimés*

et

Procureur général du Québec, Procureur général de l'Alberta, Congrès du travail du Canada et Labour Issues Coordinating Committee (« LICC ») *Intervenants*

Répertorié : Dunmore *c.* Ontario (Procureur général)

Référence neutre : 2001 CSC 94.

N° du greffe : 27216.

2001 : 19 février; 2001 : 20 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'association — Exclusion des travailleurs agricoles du régime légal de relations de travail — L'exclusion porte-t-elle atteinte à la liberté d'association? — Dans cette éventualité, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2d) — Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80 — Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 3b).

En 1994, la législature de l'Ontario édicte la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture* (« *LRTA* ») qui reconnaît aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Avant cette loi, les travailleurs agricoles avaient toujours été exclus du régime légal des relations de travail de

2001 SCC 94 (CanLII)

of s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995* ("*LRESLAA*"), the legislature repealed the *ALRA* in its entirety, in effect subjecting agricultural workers to s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995* ("*LRA*"), which excluded them from the labour relations regime set out in the *LRA*. Section 80 also terminated any certification rights of trade unions, and any collective agreements certified, under the *ALRA*. The appellants brought an application challenging the repeal of the *ALRA* and their exclusion from the *LRA*, on the basis that it infringed their rights under ss. 2(*d*) and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the Ontario Court (General Division) and the Ontario Court of Appeal upheld the challenged legislation.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed. The impugned legislation is unconstitutional.

Per McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: The purpose of s. 2(*d*) of the *Charter* is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action. This purpose commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? While the traditional four-part formulation of the content of freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(*d*). In some cases s. 2(*d*) should be extended to protect activities that are inherently collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. Trade unions develop needs and priorities that are distinct from those of their members individually and cannot function if the law protects exclusively the lawful activities of individuals. The law must thus recognize that certain union activities may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level.

Ordinarily, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms. There is no constitutional right to protective legislation *per se*. However, history has shown and Canada's legislatures have recognized that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. In order to make the freedom to organize meaningful, in this very particular context, s. 2(*d*) of the *Charter* may impose a positive obligation on the state to extend protective legislation to unprotected groups. The distinction

l'Ontario. Un an plus tard, avec l'art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi* (« *LMLRTE* ») la législature abroge la *LRTA* dans sa totalité, ce qui a pour effet d'assujettir les travailleurs agricoles à l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* (« *LRT* ») qui les exclut du régime des relations de travail établi par la *LRT*. De plus, l'article 80 met fin aux droits d'accréditation des syndicats et aux conventions collectives signées en vertu de la *LRTA*. Les appelants contestent l'abrogation de la *LRTA* et leur exclusion de la *LRT*, invoquant l'atteinte aux droits que leur confèrent l'al. 2*d*) et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La Cour de l'Ontario (Division générale) et la Cour d'appel de l'Ontario confirment la validité des lois contestées.

Arrêt (le juge Major est dissident) : L'appel est accueilli. Les textes législatifs contestés sont inconstitutionnels.

Le juge en chef McLachlin et les juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel : L'alinéa 2*d*) de la *Charte* a pour objet l'épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l'action collective. Cet objet commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? Si la formulation traditionnelle en quatre points du contenu de la liberté d'association clarifie la notion, elle ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2*d*). Dans certains cas, la protection de l'al. 2*d*) devrait couvrir des activités qui, par leur nature inhérente, sont collectives, en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. Les syndicats ont des besoins et des priorités qui sont distincts de ceux de leurs membres individuels et ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement des activités individuelles licites. La loi doit reconnaître que certaines activités syndicales peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel.

Généralement, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour préserver et faciliter l'exercice de libertés fondamentales. Il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme tel. Toutefois l'histoire a montré, et les législateurs canadiens ont reconnu, qu'une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Dans ce contexte très particulier, pour que la liberté syndicale ait un sens, l'al. 2*d*) de la *Charte* peut imposer à l'État

2001 SCC 94 (CanLII)

between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime contributes substantially to the violation of protected freedoms.

Several considerations circumscribe the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*: (1) claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime; (2) the evidentiary burden in cases where there is a challenge to underinclusive legislation is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity; and (3), in order to link the alleged *Charter* violation to state action, the context must be such that the state can be truly held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. The contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review.

In order to establish a violation of s. 2(*d*) of the *Charter*, the appellants must demonstrate that their claim relates to activities that fall within the range of activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*, and that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities. In this case, insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, their claim falls squarely within the protected ambit of s. 2(*d*). Moreover, the effective exercise of the freedoms in s. 2(*d*) require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one's employer. Conflicting claims concerning the meaning of troubling comments in the legislature make it impossible to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize, but the effect of the exclusion in s. 3(*b*) of the *LRA* is to infringe their right to freedom of association.

The *LRA* is clearly designed to safeguard the exercise of the freedom to associate rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Through the right to organize inscribed in s. 5 of the *LRA* and the protection offered against unfair labour practices, the legislation recognizes that without a statutory vehicle employee associations are, in many cases, impossible. Here, the appellants do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to

l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. La distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Plusieurs considérations délimitent la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte* : (1) la contestation de la non-inclusion devrait reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis; (2) la charge de preuve consiste à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*d*); et (3) pour établir le lien entre la violation alléguée de la *Charte* et la mesure gouvernementale, le contexte doit être tel que l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. La participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*.

Pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, les appelants doivent prouver que leur demande vise des activités faisant partie de celles qu'il protège et que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités. En l'espèce, dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d'employés, leur demande relève manifestement de la protection conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte*. De plus, l'exercice réel des libertés conférées par l'al. 2*d*) exige non seulement l'exercice en association des droits et libertés constitutionnels et des droits légitimes des individus, mais aussi l'exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l'employeur. Les arguments contradictoires concernant le sens de commentaires troublants faits devant la législature rendent impossible la conclusion que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale, mais l'effet de l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT* est une atteinte à leur droit à la liberté d'association.

La *LRT* vise clairement à protéger l'exercice de la liberté d'association, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Par le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT* et la protection contre les pratiques déloyales, la loi reconnaît que l'absence de régime légal peut, dans bien des cas, rendre impossible l'association d'employés. Les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette

2001 SCC 94 (CanLII)

organize exists independently of any statutory enactment, although its effective exercise may require legislative protection in some cases. The appellants have met the evidentiary burden of showing that they are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the *LRA*'s protective regime. While the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation, the evidence indicates that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers' union in Ontario and agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. The inability of agricultural workers to organize can be linked to state action. The exclusion of agricultural workers from the *LRA* functions not simply to permit private interferences with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threat of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by the exclusion of agricultural workers from the *LRA*, which delegitimizes their associational activity and thereby contributes to its ultimate failure. The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, therefore, to place a chilling effect on non-statutory union activity.

With respect to the s. 1 analysis, the evidence establishes that many farms in Ontario are family-owned and operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter*. The economic objective of ensuring farm productivity is also important. Agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, experiences disproportionately thin profit margins and, due to its seasonal character, is particularly vulnerable to strikes and lockouts.

There is also a rational connection between the exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime and the objective of protecting the family farm. Unionization leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution. It is reasonable to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that is characteristic of the family farm. Yet this concern is only as great as the extent of the family farm structure in Ontario and does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully

liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si son exercice réel peut exiger parfois une protection légale. Les appelants ont apporté la preuve qu'ils sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence du régime de protection de la *LRT*. Si la simple exclusion d'un régime de protection n'est pas la preuve concluante d'une violation de la *Charte*, la preuve indique que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n'y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario et que leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. L'incapacité des travailleurs agricoles de se syndiquer est liée à l'action de l'État. Leur exclusion de la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal.

Pour l'analyse selon l'article premier, il est établi qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial et que la protection de la ferme familiale est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*. L'objectif économique d'assurer la productivité du secteur agricole est aussi un objectif important. L'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, ses marges de profit sont disproportionnellement minces et son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out.

Il existe un lien rationnel entre l'exclusion de travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario et l'objectif de protection de la ferme familiale. La syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends. Il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale. Cependant cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations

2001 SCC 94 (CanLII)

circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

The wholesale exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime does not minimally impair their right to freedom of association. The categorical exclusion of agricultural workers is unjustified where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations. The exclusion is overly broad as it denies the right of association to every sector of agriculture without distinction. The reliance on the family farm justification ignores an increasing trend in Canada towards corporate farming and complex agribusiness and does not justify the unqualified and total exclusion of all agricultural workers from Ontario's labour relations regime. More importantly, no justification is offered for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, in particular those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. Nothing in the record suggests that protecting agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association would pose a threat to the family farm structure. Consequently, the total exclusion of agricultural workers from Ontario's labour relations regime is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

The appropriate remedy in this case is to declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to the exclusion clause found in s. 3(*b*) of the *LRA*, and to declare s. 3(*b*) of the *LRA* unconstitutional. The declarations should be suspended for 18 months, thereby allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Section 2(*d*) of the *Charter* only requires the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case. At a minimum, these principles require that the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, freedom from interference, coercion and discrimination and freedom to make representations and to participate in the lawful activities of the association. The appropriate remedy does not require or forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers.

It is unnecessary to consider the status of occupational groups under s. 15(1) of the *Charter*.

de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

L'exclusion en bloc des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario n'est pas une atteinte minimale à leur liberté d'association. L'exclusion catégorique des travailleurs agricoles n'est pas justifiée quand aucun effort satisfaisant n'a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations. L'exclusion est excessive car elle retire le droit d'association à tous les secteurs de l'agriculture sans distinction. L'argument de la protection de la ferme familiale ne tient pas compte de l'évolution de l'agriculture au Canada vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie et ne justifie pas l'exclusion totale et absolue de tous les travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. De façon plus importante, on n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. Rien au dossier n'indique que protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association mettrait en danger la structure d'exploitation familiale. Par conséquent, l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*.

La réparation qui s'impose en l'espèce est de déclarer inconstitutionnelle la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de l'al. 3*b*) de la *LRT*, et de déclarer inconstitutionnel l'al. 3*b*) de la *LRT*. L'effet des déclarations devrait être suspendu pendant 18 mois pour permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. L'alinéa 2*d*) de la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif compatible avec les principes dégagés en l'espèce. Au minimum, ces principes exigent que soit reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination. La réparation n'exige pas et n'interdit pas l'inclusion des travailleurs agricoles dans un régime complet de négociation collective, que ce soit la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles.

Il est inutile d'examiner le statut des travailleurs agricoles en vertu du par. 15(1) de la *Charte*.

2001 SCC 94 (CanLII)

Per L'Heureux-Dubé J.: The purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* is to prevent agricultural workers from unionizing, and this purpose infringes s. 2(*d*) of the *Charter*. In the record, there is clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(*d*) rights of agricultural workers, including repeated instances where government officials indicated that the impugned legislation's intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector. On a balance of probabilities, the evidence demonstrates that the legislature's purpose in enacting the exclusion was to ensure that persons employed in agriculture remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it had feared would result from agricultural workers' labour associations. Furthermore, the evidence does not reveal any positive effects upon the associational freedom of agricultural workers stemming from their exclusion from the *LRA*. The reality of the labour market, which has led to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restriction or qualification, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. Consequently, it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment of the impugned legislation that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(*d*) *Charter* rights.

In the present case, there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices. A positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one. The government has breached the s. 2(*d*) rights of agricultural workers because it has enacted a new labour statute which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers has created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation has a chilling effect on freedom of association for agricultural workers. The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and restrain themselves from further associational initiatives. The freedom of association of agricultural workers under the *LRA* can be

Le juge L'Heureux-Dubé : L'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3*b*) de la *LRT* est d'empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer et cet objet contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Le dossier établit clairement l'intention du gouvernement de l'Ontario de porter atteinte aux droits des travailleurs agricoles suivant l'al. 2*d*), notamment les nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant que l'intention des dispositions contestées était de faire obstacle aux activités syndicales dans le secteur agricole. Selon la prépondérance des probabilités, la preuve montre que l'objectif du législateur, en adoptant la clause d'exclusion, était de faire en sorte que les personnes employées dans l'agriculture restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qu'il craignait devoir résulter des associations de travailleurs agricoles. De plus, la preuve ne révèle aucun effet positif de l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sur leur liberté d'association. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l'élaboration de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, des atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. Il était donc raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

En l'espèce, le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail. En général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. Pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif. Le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles selon l'al. 2*d*) parce qu'il a adopté une nouvelle législation du travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur la liberté d'association des travailleurs agricoles. L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives

2001 SCC 94 (CanLII)

characterized as a hollow right because it amounts to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from State action, they must also be given "breathing space".

Since the impugned legislation infringes s. 2(*d*), it is necessary to make but a single observation with respect to whether the exclusion of agricultural workers from the *LRA* constitutes discrimination under s. 15(1) of the *Charter*. The occupational status of agricultural workers constitutes an "analogous ground" for the purposes of an analysis under s. 15(1). There is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group. Employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being. Agricultural workers generally suffer from disadvantage and the effect of the distinction made by their exclusion from the *LRA* is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment and mobility, can change their occupational status only at great cost, if at all.

The impugned legislation is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society, s. 3(*b*) does not pursue a pressing and substantial concern justifying the breach of the appellants' *Charter* rights. It cannot be argued that Ontario agriculture has unique characteristics which are incompatible with legislated collective bargaining. It is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, enumerated at s. 2 of the *LRA*, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, are inapplicable in the agricultural sector. At the very least, the expressions of intent found in s. 2 of the *LRA* would apply to factory-like agricultural enterprises. Without enunciating a constitutionally valid reason, one cannot countenance a breach of a *Charter* guaranteed fundamental freedom on grounds which appear to be based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. However, it is not open to the government to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified.

associatives. La liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisqu'elle n'est rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

Puisque les dispositions attaquées contreviennent à l'al. 2*d*), une seule remarque s'impose sur la question de savoir si l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* est discriminatoire selon le par. 15(1) de la *Charte*. Le statut professionnel des travailleurs agricoles est un « motif analogue » aux fins de l'analyse selon le par. 15(1). Rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé. L'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel. Les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et la distinction créée par leur exclusion de la *LRT* a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent.

Les dispositions législatives ne sont pas justifiables en vertu de l'article premier de la *Charte*. Si les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société, l'al. 3*b*) ne vise pas un objectif urgent et réel justifiant la violation des droits des appelants selon la *Charte*. On ne peut soutenir que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective. Il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets énumérés à l'art. 2 de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole. Les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On ne peut, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, accepter la violation d'une liberté fondamentale garantie par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés sur une politique visant l'amélioration de la santé économique des entreprises privées. Le gouvernement est en droit d'apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales, mais il ne peut le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d'un tel choix de politique ne peut être démontrée.

2001 SCC 94 (CanLII)

Even if the impugned legislation pursued a valid objective, the absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. First, a rational connection between the objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario and the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA* has not been established. If the good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA* may have the opposite effect. Second, the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not minimally impair their *Charter* rights. Such a blunt measure can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the public. It weakens the case for deference to the legislature. This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as members of society with low income, little education and scant security or social recognition. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market. While the important role that family farms play in Ontario agriculture must be recognized, such a role is not unique to Ontario. Further, both families and farms have evolved. There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and farmers or family farms. A city-based corporation could be operating an agricultural entity and benefit from the restrictions on the freedoms of association of its agricultural workers. Labour statutes in other provinces contain agricultural exemptions that are narrower than the one contained in the *LRA*. The objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*.

Per Major J. (dissenting): The appellants failed to demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*. In particular, s. 2(*d*) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. Prior to the enactment of the *LRA*, agricultural workers had historically faced significant difficulties organizing and the appellants did not establish that the state is causally responsible for the inability of agricultural workers to exercise a fundamental freedom.

Même si la disposition poursuivait un objectif valide, le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Premièrement, on n'a pas établi de lien rationnel entre l'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario et l'exclusion de personnes employées à l'agriculture de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de tous les avantages conférés par la *LRT* peut avoir l'effet inverse. Deuxièmement, l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une atteinte minimale à leurs droits selon la *Charte*. Une mesure aussi brutale ne peut être considérée comme établissant un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public. Elle affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur. La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail. S'il faut reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, ce rôle n'est pas unique à l'Ontario et les familles tout autant que les fermes ont évolué. Il n'y a aucun lien évident entre l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* et la notion de fermier ou de ferme familiale. Une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole et profiter de la limitation de la liberté d'association de ses employés agricoles. La législation du travail d'autres provinces contient des exceptions pour l'agriculture plus restreintes que ce que contient la *LRT*. L'objectif d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles de la *LRT*.

Le juge Major (dissident) : Les appelants n'ont pas réussi à démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2*d*) de la *Charte*. En particulier, l'al. 2*d*) n'impose pas en l'espèce d'obligation positive de protection ou d'inclusion à l'État. Les travailleurs agricoles faisaient face à d'importantes difficultés à se syndiquer avant l'adoption de la *LRT* et les appelants n'ont pas réussi à établir que l'État est la cause de l'incapacité des travailleurs agricoles d'exercer une liberté fondamentale.

2001 SCC 94 (CanLII)

Agricultural workers are not an analogous group for the purposes of s. 15(1) of the *Charter* and, as a result, the exclusion of agricultural workers from the *LRA* does not violate their equality rights.

Cases Cited

By Bastarache J.

Referred to: *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460; *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367; *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284, aff'd (1989), 70 O.R. (2d) 179, aff'd [1991] 2 S.C.R. 5; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519.

Les travailleurs agricoles ne constituent pas un groupe analogue pour les fins du par. 15(1) de la *Charte* et, par conséquent, leur exclusion de la *LRT* ne viole pas leurs droits à l'égalité.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts mentionnés : *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460; *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367; *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235; *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206; *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284, conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179, conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519.

2001 SCC 94 (CanLII)

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, aff'g (1983), 49 A.R. 194; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436.

By Major J. (dissenting)

Delisle v. Canada (Deputy Attorney General), [1999] 2 S.C.R. 989; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995.

Statutes and Regulations Cited

Agricultural Labour Relations Act, 1994, S.O. 1994, c. 6 [rep. 1995, c. 1, s. 80], s. 10.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), (*d*), 15(1), 32.

Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, c. 4, s. 24 [rep. & sub. by *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29].

Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers, 38 U.N.T.S. 153, Art. 1.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés : *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, conf. (1983), 49 A.R. 194; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 38; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436.

Citée par le juge Major (dissident)

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), *d*), 15(1), 32.

Code du travail, L.R.Q., ch. C-27, art. 21.

Collective Bargaining Act, 1943, S.O. 1943, ch. 4, art. 24 [abr. & rempl. *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29].

Convention (n^{o} 11) concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles, 38 R.T.N.U. 153, art. 1.

2001 SCC 94 (CanLII)

Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize, 67 U.N.T.S. 17, Arts. 2, 9, 10.

Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development, *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28, Art. 2.

Corporations Tax Act, R.S.O. 1990, c. C.40, s. 1(2) "family farm corporation".

Employment Standards Act, R.S.O. 1990, c. E.14.

Employment Standards Act Regulations, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(*i*).

Fish and Wildlife Conservation Act, 1997, S.O. 1997, c. 41, s. 1(1) "farmer".

Industrial Relations Act, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(*a*).

Junior Farmer Establishment Act, R.S.O. 1990, c. J.2, s. 1 "family farm".

Labour Code, R.S.Q., c. C-27, s. 21.

Labour Code of British Columbia Act, S.B.C. 1973, c. 122.

Labour Relations Act, R.S.O. 1980, c. 228, s. 2(*b*).

Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, c. 34, s. 2(*b*) [am. 1960, c. 54, s. 2(*bb*)].

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, ss. 1(1) "agriculture", 2, 3, 3(*b*), (*e*) [am. 1997, c. 4, s. 83], (*f*) [*idem*, c. 31, s. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.

Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, ss. 80, 81(1).

Labour Relations Board Act, 1944, S.O. 1944, c. 29, s. 10(*a*) [rep. & sub. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51].

National Labor Relations Act, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169).

Occupational Health and Safety Act, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2).

Tenant Protection Act, 1997, S.O. 1997, c. 24, s. 3(*b*).

Convention (n^o 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 67 R.T.N.U. 19, art. 2, 9, 10.

Convention (n^o 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social, *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LVIII, 1975, Série A, n^o 1, p. 28, art. 2.

Labour Code of British Columbia Act, S.B.C. 1973, ch. 122.

Labour Relations Act, 1950, S.O. 1950, ch. 34, art. 2*b*) [mod. 1960, ch. 54, art. 2*bb*)].

Labour Relations Board Act, 1944, S.O. 1944, ch. 29, art. 10*a*) [abr. & rempl. *Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51].

Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture, L.O. 1994, ch. 6 [abr. 1995, ch. 1, art. 80], art. 10.

Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1, art. 80, 81(1).

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, art. 1(1) « agriculture », 2, 3, 3*b*), *e*) [mod. 1997, ch. 4, art. 83], *f*) [*idem*, ch. 31, art. 151], 5, 13, 70, 72, 76, 86, 87, 88.

Loi de 1997 sur la protection des locataires, L.O. 1997, ch. 24, art. 3*b*).

Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune, L.O. 1997, ch. 41, art. 1(1) « exploitant agricole ».

Loi sur la santé et la sécurité au travail, L.R.O. 1990, ch. O.1, art. 3(2).

Loi sur les normes d'emploi, L.R.O. 1990, ch. E.14.

Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1 « exploitation agricole familiale ».

Loi sur les relations de travail, L.R.O. 1980, ch. 228, art. 2*b*).

Loi sur les relations industrielles, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, art. 1(5)*a*).

Loi sur l'imposition des corporations, L.R.O. 1990, ch. C.40, art. 1(2) « corporation agricole familiale ».

National Labor Relations Act, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169).

Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi, R.R.O. 1990, Règl. 325, art. 3(1)*i*).

Authors Cited

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).

Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: Butterworths, 1993.

Beatty, David M. *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont.: McGill-Queen's University Press, 1987.

Doctrine citée

Adams, George W. *Canadian Labour Law*, 2nd ed. Aurora, Ont. : Canada Law Book (loose-leaf updated June 2001, release 15).

Arthurs, H. W., et al. *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4th ed. Markham, Ont. : Butterworths, 1993.

Beatty, David M. *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code*. Kingston, Ont. : McGill-Queen's University Press, 1987.

2001 SCC 94 (CanLII)

Beatty, David, and Steven Kennett. "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573.

Canada. Parliament. Special Joint Committee on the Constitution of Canada. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, pp. 69-70.

Canada. Statistics Canada. Industrial Organization and Finance Division. Labour Unions Section. *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.

Canada. Task Force on Labour Relations. *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations*. Ottawa: Privy Council Office, 1968.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter: Equality Rights*. Toronto: Carswell, 1990.

Harmer, Lily. "The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations" (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.

Hodges-Aeberhard, Jane. "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?" (1989), 128 *Int'l Lab. Rev.* 177.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).

Hunter, Ian. "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 *Man. L.J.* 145.

International Labour Office. Committee on Freedom of Association. Report 308. *Case No. 1900 (Canada/Ontario): Report in which the Committee requests to be kept informed of developments*, *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3.

International Labour Office. Freedom of Association Committee. *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, 4th ed. Geneva: International Labour Office, 1996.

International Labour Office. *Voices for Freedom of Association*, Labour Education 1998/3, No. 112. Geneva: International Labour Office, 1998.

Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont.: Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.

Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington: Bureau of National Affairs, 1971.

Neilson, Kathryn, and Innis Christie. "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.

Beatty, David, and Steven Kennett. « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573.

Bureau international du Travail. Comité de la liberté syndicale. Rapport n^{o} 308. *Cas n^{o} 1900 (Canada) : Rapport où le comité demande à être tenu informé de l'évolution de la situation*, *Bulletin Officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n^{o} 3.

Bureau international du Travail. *Des voix pour la liberté syndicale*, Éducation ouvrière 1998/3, n^{o} 112. Genève : Bureau international du Travail, 1998.

Bureau international du Travail. *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT*, 4^{e} éd. Genève : Bureau international du Travail, 1996.

Canada. Équipe spécialisée en relations de travail. *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail*. Ottawa : Bureau du Conseil privé, 1968.

Canada. Parlement. Comité mixte spécial sur la Constitution du Canada. *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule n^{o} 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70.

Canada. Statistique Canada. Division de l'organisation et finances de l'industrie. Section des syndicats ouvriers. *Rapport annuel du ministre de l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers.* Ottawa : Statistique Canada, 1992.

Gibson, Dale. *The Law of the Charter : Equality Rights*. Toronto : Carswell, 1990.

Harmer, Lily. « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420.

Hodges-Aeberhard, Jane. « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n^{o} 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte"? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1992 (updated 2000, release 1).

Hunter, Ian. « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145.

Labour Law Casebook Group. *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary*, 6th ed. Kingston, Ont. : Industrial Relations Centre, Queen's University, 1998.

Morris, Charles J., ed. *The Developing Labor Law*. Washington : Bureau of National Affairs, 1971.

2001 SCC 94 (CanLII)

Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto: Queen's Park, 1995.

Ontario. Legislative Assembly. *Official Report of Debates*, 1st Sess., 36th Parl., October 4, 1995, pp. 99-100.

Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Report to the Minister of Labour*, June 1992.

Ontario. Task Force on Agricultural Labour Relations. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.

Pothier, Dianne. "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37.

Sugeno, Kazuo. "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 *Int'l Lab. Rev.* 511.

Swepston, Lee. "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto: Carswell, 1980.

White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont.: James White & Associates, 1997.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), upholding the decision of the Ontario Court (General Division) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Appeal allowed, Major J. dissenting.

Chris G. Paliare and *Martin J. Doane*, for the appellants.

Richard J. K. Stewart, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Alan L. W. D'Silva, *Darrell L. Kloeze* and *Vincent C. Kazmierski*, for the respondent Fleming Chicks.

Written submissions only by *Renée Madore* and *Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Neilson, Kathryn, and Innis Christie. « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330.

Ontario Government Media Kit for Bill 7 (*An Act to Restore Balance and Stability to Labour Relations and to Promote Economic Prosperity*). Questions and Answers: Repeal of the *Agricultural Labour Relations Act* (Bill 91). Toronto : Queen's Park, 1995.

Ontario. Assemblée législative. *Journal des débats*, 1re sess., 36e lég., 4 octobre 1995, p. 99-100.

Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Rapport présenté au ministère du Travail*, juin 1992.

Ontario. Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole. *Second Report to the Minister of Labour*, November 1992.

Pothier, Dianne. « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37.

Sugeno, Kazuo. « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561.

Swepston, Lee. « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law*. Toronto : Carswell, 1980.

White, James. *A Profile of Ontario Farm Labour*. Brampton, Ont. : James White & Associates, 1997.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1999), 182 D.L.R. (4th) 471, 49 C.C.E.L. (2d) 29, [1999] O.J. No. 1104 (QL), confirmant une décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) (1997), 155 D.L.R. (4th) 193, 37 O.R. (3d) 287, 49 C.C.E.L. (2d) 5, [1997] O.J. No. 4947 (QL). Pourvoi accueilli, le juge Major est dissident.

Chris G. Paliare et *Martin J. Doane*, pour les appelants.

Richard J. K. Stewart, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Alan L. W. D'Silva, *Darrell L. Kloeze* et *Vincent C. Kazmierski*, pour l'intimée Fleming Chicks.

Argumentation écrite seulement par *Renée Madore* et *Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

2001 SCC 94 (CanLII)

Rod Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Steven Barrett, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Written submissions only by *John C. Murray* and *Jonathan L. Dye*, for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee.

The judgment of McLachlin C.J. and Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

This appeal concerns the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations regime. The appellants, individual farm workers and union organizers, challenge the exclusion as a violation of their freedom of association and equality rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In particular, they argue that the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 ("*LRESLAA*"), combined with s. 3(*b*) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*"), prevents them from establishing, joining and participating in the lawful activities of a trade union. In addition, they claim that the *LRESLAA* and the *LRA* violate their equality rights under s. 15(1) of the *Charter* by denying them a statutory protection enjoyed by most occupational groups in Ontario.

This is the first time this Court has been asked to review the total exclusion of an occupational group from a statutory labour relations regime, where that group is not employed by the government and has demonstrated no independent ability to organize. For this reason, this appeal raises novel issues of state responsibility under s. 2(*d*) of the *Charter*, notwithstanding its apparent similarity to recent labour relations jurisprudence. After considering these issues, I conclude that the total exclusion of agricultural workers from the *LRA*

Rod Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Steven Barrett, pour l'intervenant le Canadian Labour Congress.

Argumentation écrite seulement par *John C. Murray* et *Jonathan L. Dye*, pour l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Gonthier, Iacobucci, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

1 Ce pourvoi porte sur l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario. Les appelants, travailleurs agricoles individuels et organisateurs syndicaux, contestent l'exclusion comme violation de leur liberté d'association et de leurs droits à l'égalité en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés.* Plus particulièrement, ils font valoir que la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »), de pair avec l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* »), les empêche de former un syndicat, d'adhérer à un syndicat et de participer à des activités syndicales licites. Ils soutiennent en outre que la *LMLRTE* et la *LRT* violent leurs droits à l'égalité suivant le par. 15(1) de la *Charte* en les privant de la protection légale accordée à la plupart des groupes professionnels en Ontario.

2 Notre Cour est appelée pour la première fois à se prononcer sur l'exclusion totale d'un régime légal de relations de travail frappant un groupe professionnel dont les membres ne sont pas des employés de l'État et n'ont manifesté aucune capacité de s'organiser indépendamment. C'est pourquoi le présent pourvoi soulève des questions nouvelles concernant la responsabilité de l'État en vertu de l'al. 2*d*) de la *Charte*, malgré sa ressemblance apparente avec des arrêts récents en matière de relations de travail. Après examen de ces questions, je conclus

2001 SCC 94 (CanLII)

violates s. 2(*d*) of the *Charter* and cannot be justified under s. 1. Accordingly, I conclude that, at a minimum, whatever protections are necessary to establish and maintain employee associations should be extended to persons employed in agriculture in Ontario. I am also of the view that it is not necessary to consider the status of agricultural workers under s. 15(1) of the *Charter*; assuming without deciding the existence of a s. 15(1) violation, such a violation would not alter the remedy I propose.

II. Factual Background

3 Although agricultural workers have been excluded from Ontario's labour relations regime since 1943, the impetus for this appeal was the passage of the *LRESLAA*. The *LRESLAA* was enacted pursuant to an initiative of Ontario's Progressive Conservative government in 1995; it repealed the only statute ever to extend trade union and collective bargaining rights to Ontario's agricultural workers. That short-lived statute, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 ("*ALRA*"), was enacted pursuant to an initiative of the New Democratic Party government in 1994 following the recommendations in the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* (June 1992). The *ALRA* lasted from June 23, 1994 to November 10, 1995, during which time the United Food and Commercial Workers Union ("UFCW") was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory in Leamington, Ontario. The UFCW also filed two other certification applications during the period of the *ALRA*, one for the workers at the Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks. These certification activities came to an end when, with the passage of the *LRESLAA* in 1995, the *ALRA* was repealed in its entirety. In addition to terminating any agreements certified under the *ALRA*, the *LRESLAA* terminated any certification rights of trade unions and prohibited employers from punishing workers for any union activity con-

que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* porte atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier au regard de l'article premier. Par conséquent, je conclus que, au minimum, les protections nécessaires à la formation et au maintien d'associations d'employés devraient être offertes aux personnes employées dans l'agriculture en Ontario. J'estime aussi qu'il n'est pas nécessaire d'étudier le statut des travailleurs agricoles en fonction du par. 15(1) de la *Charte*; à supposer, sans trancher la question, qu'il y ait atteinte au par. 15(1), cette atteinte ne modifierait pas la réparation que je propose.

II. Les faits

Bien que les travailleurs agricoles soient exclus du régime légal des relations de travail de l'Ontario depuis 1943, c'est l'adoption de la *LMLRTE* qui est à l'origine du pourvoi. La *LMLRTE* est adoptée en 1995 à l'initiative du gouvernement progressiste-conservateur de l'Ontario; elle abroge la seule loi qui ait jamais fait bénéficier les travailleurs agricoles ontariens du droit de se syndiquer et de négocier collectivement. Cette loi de courte durée, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), avait été adoptée à l'initiative du gouvernement néo-démocrate en 1994 conformément aux recommandations du *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail* (juin 1992). La *LRTA* est en vigueur du 23 juin 1994 au 10 novembre 1995 et, pendant cette période, l'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (« TUAC ») est accréditée à titre d'agent négociateur d'environ 200 personnes travaillant à la champignonnière Highline Produce Limited, à Leamington (Ontario). Pendant la même période, le syndicat fait deux autres demandes d'accréditation, l'une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., et l'autre les travailleurs de l'intimée Fleming Chicks. Les procédures d'accréditation prennent fin lorsque, en 1995, la *LMLRTE* abroge la *LRTA* dans sa totalité. En plus de mettre fin aux conventions signées sous le régime de la *LRTA*, la *LMLRTE* révoque tous les

2001 SCC 94 (CanLII)

ducted under the *ALRA*. The appellants brought an application within one week of the repeal of the *ALRA*, arguing that it infringed their rights under ss. 2(*d*) and 15(1) of the *Charter*.

As indicated by the legislative record, the *LRESLAA* represents a small piece of the factual context surrounding this litigation. For over 50 years prior to the *ALRA*, and ever since its repeal, the Ontario government has excluded agricultural workers from its statutory labour relations regime. The first statute to effect this exclusion was the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4, which was modelled on the American *National Labor Relations Act* ("*Wagner Act*"), July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169). Section 24 of the *Collective Bargaining Act, 1943* contained a list of excluded classes, including "domestic servants", "members of any police force", certain other public employees, and "the industry of farming". The most recent embodiment of Ontario's labour relations policy, the *LRA*, excludes agricultural workers in the following terms:

3. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

The net effect of the *LRESLAA* was to re-subject agricultural workers to this exclusion clause. Thus, in addition to challenging the constitutionality of the *LRESLAA*, the appellants challenge the constitutionality of s. 3(*b*) of the *LRA*.

The various enactments dealing with agricultural workers' right to unionize, the *Wagner Act*, the *LRA*, the *ALRA* and the *LRESLAA*, reflect highly divergent approaches to economic and labour policy. As noted by Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), the current government in Ontario has "a very different perspective from that of its predecessor on appropriate

droits des syndicats liés à l'accréditation et interdit aux employeurs de pénaliser les travailleurs qui ont exercé des activités syndicales sous le régime de la *LRTA*. Moins d'une semaine après l'abrogation de la *LRTA*, les appelants forment une demande dans laquelle ils font valoir l'atteinte à leurs droits en vertu de l'al. 2*d*) et du par. 15(1) de la *Charte*.

4 L'historique législatif indique que la *LMLRTE* représente un élément mineur du contexte factuel en l'espèce. Pendant plus de 50 ans avant la *LRTA*, et depuis son abrogation, le gouvernement de l'Ontario a exclu les travailleurs agricoles de son régime légal des relations de travail. La première loi à les exclure est la *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4, qui s'inspire d'une loi américaine, la *National Labor Relations Act* (« *Loi Wagner* »), 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151-169). L'article 24 de la *Collective Bargaining Act, 1943* énumérait les catégories exclues, dont les domestiques, les policiers, certains autres salariés du secteur public et les activités agricoles. L'expression la plus récente du régime des relations de travail en Ontario, la *LRT*, exclut les travailleurs agricoles de la manière suivante :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . .

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

L'effet net de la *LMLRTE* est d'assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à cette clause d'exclusion. Ainsi, les appelants contestent la constitutionnalité non seulement de la *LMLRTE*, mais aussi de l'al. 3*b*) de la *LRT*.

5 Les divers textes législatifs traitant du droit des travailleurs agricoles de se syndiquer, la *Loi Wagner*, la *LRT*, la *LRTA* et la *LMLRTE*, reflètent des philosophies très divergentes sur le plan de l'économie et des relations de travail. Comme le signale le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel), en première instance, le gouvernement actuel de l'Ontario [TRADUCTION] « a un point de

2001 SCC 94 (CanLII)

economic and labour policy" and, indeed, rejects any attempt to include agricultural workers in its labour relations regime ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at p. 199). Moreover, the affidavit evidence in this case "presents in stark contrast two conflicting views of an appropriate labour relations regime for agricultural workers in Ontario", one denying the existence of any "industrial relations rationale" for the current exclusion, and the other maintaining that the collective bargaining model of the *ALRA* or the *LRA* would unduly threaten the province's farm economy (pp. 201-2). This latter view is evidently shared by the Legislature of Alberta, which is the only other Canadian province to exclude agricultural workers from its labour relations regime. What is central to this appeal, however, is the constitutional effect of excluding agricultural workers from the *LRA* from the perspective of their freedom to associate. Given my conclusion that this exclusion violates s. 2(*d*) of the *Charter*, the above evidence will provide an important foundation for the s. 1 analysis.

vue très différent de son prédécesseur en matière de politique économique et de relations de travail » et, en fait, écarte toute possibilité d'inclure les travailleurs agricoles dans son régime de relations de travail ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 199). En outre, la preuve par affidavits fait ressortir [TRADUCTION] « deux points de vue diamétralement opposés sur le régime de relations de travail approprié pour le secteur agricole en Ontario », l'un niant l'existence d'une justification quelconque de l'exclusion sur le plan des relations de travail, l'autre affirmant que le modèle de négociation collective prévue dans la *LRTA* ou la *LRT* mettrait en danger l'économie agricole de la province (p. 201-202). Ce dernier point de vue est manifestement partagé par la législature de l'Alberta, la seule autre province à exclure les travailleurs agricoles de son régime de relations de travail. Cependant l'essentiel du pourvoi concerne les effets constitutionnels de l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* sous l'angle de la liberté d'association. Puisque je conclus que l'exclusion porte atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, la preuve susmentionnée sera un élément important de l'analyse selon l'article premier.

III. Relevant Statutory Provisions

III. Les dispositions législatives

6 *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1

1. (1) The *Labour Relations Act, 1995*, as set out in Schedule A, is hereby enacted.

80. (1) The *Agricultural Labour Relations Act, 1994* is repealed.

(2) On the day on which this section comes into force, a collective agreement ceases to apply to a person to whom that Act applied.

(3) On the day on which this section comes into force, a trade union certified under that Act or voluntarily recognized as the bargaining agent for employees to whom that Act applies ceases to be their bargaining agent.

(4) On the day on which this section comes into force, any proceeding commenced under that Act is terminated.

Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi, L.O. 1995, ch. 1 :

1. (1) Par le présent paragraphe, la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, telle qu'elle est énoncée à l'annexe A, est adoptée.

80. (1) La *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture* est abrogée.

(2) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, une convention collective cesse de s'appliquer aux personnes auxquelles s'appliquait cette loi.

(3) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, le syndicat accrédité aux termes de cette loi ou volontairement reconnu comme agent négociateur d'employés auxquels s'applique celle-ci cesse d'être leur agent négociateur.

(4) Le jour de l'entrée en vigueur du présent article, toute instance introduite en vertu de cette loi prend fin.

2001 SCC 94 (CanLII)

Labour Relations Act, 1995, S.O. 1995, c. 1, Sched. A

3. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

Canadian Charter of Rights and Freedoms

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*d*) freedom of association.

Loi de 1995 sur les relations de travail, L.O. 1995, ch. 1, annexe A :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

. . .

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

Charte canadienne des droits et libertés :

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

d) liberté d'association.

IV. Judicial History

A. *Ontario Court (General Division)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 193

The issues before the Ontario Court (General Division) in this case were essentially the same as those before this Court, namely, whether the exclusion of agricultural workers from Ontario's statutory labour relations scheme infringes s. 2(*d*) and/or s. 15(1) of the *Charter* and, if so, whether the infringements are justifiable under s. 1. It might be noted that Sharpe J. released his decision prior to this Court's decisions in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, and other cases that provide important authority for this appeal.

Sharpe J. began with the appellants' s. 2(*d*) claim, observing that the right of workers to form a trade union is protected by s. 2(*d*), while the right to collective bargaining is not. The balance of Sharpe J.'s s. 2(*d*) analysis was thus devoted to whether the impugned provisions infringed, either in purpose or effect, the former right. With respect to purpose, Sharpe J. held that while the purpose of the legislation was undoubtedly to deny agricultural workers the right to bargain collectively, "it is difficult . . . to discern a governmental purpose to deny agricultural workers the right to form an association" (pp. 205-6). He then considered the

IV. Les jugements antérieurs

A. *Cour de l'Ontario (Division générale)* (1997), 155 D.L.R. (4th) 193

7 La Cour de l'Ontario (Division générale) était saisie essentiellement des mêmes questions que notre Cour : l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal des relations de travail de l'Ontario porte-t-elle atteinte à l'al. 2*d*) ou au par. 15(1) de la *Charte* et, dans l'affirmative, ces atteintes peuvent-elles être justifiées en vertu de l'article premier? Il faut préciser que le juge Sharpe a statué avant l'arrêt *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, et d'autres arrêts de notre Cour qui sont largement applicables en l'espèce.

8 Le juge Sharpe traite d'abord de l'argument fondé sur l'al. 2*d*) et fait observer que le droit des travailleurs de créer un syndicat est garanti par cet alinéa, mais que leur droit de négociation collective ne l'est pas. Le reste de son analyse relative à l'al. 2*d*) consiste donc à se demander si les dispositions contestées portent atteinte, par leur objet ou leur effet, au droit de se syndiquer. Pour ce qui est de l'objet, le juge Sharpe conclut que, même si la loi visait sans aucun doute à priver les travailleurs agricoles du droit de négocier collectivement, [TRADUCTION] « il est difficile [. . .] de discerner un objectif gouvernemental de refuser aux

2001 SCC 94 (CanLII)

effect of the legislation on s. 2(*d*) rights, holding that to the extent agricultural workers are deprived of the ability to form trade unions, such deprivation is due to the private actions of their employers rather than the legislative regime itself. The former actions being unreviewable by virtue of this Court's decision in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, Sharpe J. dismissed the s. 2(*d*) claim. In response to the appellants' claim that the *LRESLAA* constituted independently reviewable state action, Sharpe J. held that reviewing the *LRESLAA* would essentially constitutionalize the statute it repealed, namely, the *ALRA*. This would create "a broad class of statutes that would enjoy the status of a constitutional guarantee as they would be immune from repeal" (p. 208), an outcome rejected by the Ontario Court (General Division) in *Ferrell v. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

travailleurs agricoles le droit de s'associer » (p. 205-206). Il examine ensuite l'incidence de la loi sur les droits garantis à l'al. 2*d*) et conclut que si les travailleurs agricoles sont privés de la possibilité de créer des syndicats, cela est imputable aux actes privés de leurs employeurs, et non à la législation comme telle. Comme ces actes échappent au contrôle judiciaire, selon l'arrêt de notre Cour *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, le juge Sharpe rejette la demande fondée sur l'al. 2*d*). En réponse à l'argument des appelants selon lequel la *LMLRTE* est un acte de l'État susceptible de contrôle judiciaire en soi, le juge Sharpe conclut que soumettre la *LMLRTE* au contrôle judiciaire aurait essentiellement pour effet de constitutionnaliser la loi qu'elle abrogeait, savoir la *LRTA*. Il en résulterait [TRADUCTION] « une vaste catégorie de lois bénéficiant du statut de garantie constitutionnelle du fait qu'elles seraient à l'abri de l'abrogation » (p. 208), un résultat que la Cour de l'Ontario (Division générale) a rejeté dans *Ferrell c. Ontario (Attorney General)* (1997), 149 D.L.R. (4th) 335.

9 Sharpe J. then turned to the s. 15(1) claim, which he felt was a more appropriate forum for addressing questions of positive state obligation under the *Charter*. With respect to the first prong of the s. 15(1) analysis, Sharpe J. held that agricultural workers had indeed been denied a legal benefit or protection enjoyed by most other workers, namely, the right to engage in statutory collective bargaining. However, Sharpe J. declined to recognize agricultural workers as an analogous group for the purpose of establishing discrimination under s. 15(1). In his view, the analogous grounds concept was rooted in the denial of human dignity and as such required the appellants to identify a "personal trait or characteristic" on which their differential treatment was based. It would not be sufficient, he held, to identify "occupational status" as such a characteristic, nor to combine occupational status with economic disadvantage. Thus, Sharpe J. rejected the s. 15(1) claim and with it the appellants' constitutional challenge.

Le juge Sharpe considère ensuite l'argument fondé sur le par. 15(1) qui, selon lui, se prête mieux à la détermination des obligations positives de l'État découlant de la *Charte*. Sur le premier volet de l'analyse selon le par. 15(1), le juge Sharpe conclut que les travailleurs agricoles ont effectivement été privés d'un avantage ou protection juridique accordé à la plupart des autres travailleurs, soit le droit à un régime légal de négociation collective. Toutefois, il refuse de reconnaître que les travailleurs agricoles constituent un groupe analogue aux fins d'établir la discrimination en vertu du par. 15(1). Selon lui, la notion de motifs analogues est liée au non-respect de la dignité humaine, et exige donc des appelants qu'ils identifient « une caractéristique ou trait personnel » donnant lieu à la différence de traitement. Il estime qu'il ne suffit pas d'invoquer le « statut professionnel » à titre de caractéristique, ni de combiner statut professionnel et désavantage économique. Le juge Sharpe rejette donc l'argument des appelants fondé sur le par. 15(1) et, de ce fait, la contestation de constitutionnalité.

2001 SCC 94 (CanLII)

B. *Ontario Court of Appeal* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

Krever J.A., concurred in by Doherty and Rosenberg JJ.A., upheld the decision of Sharpe J., holding that "[w]e agree with the judgment of Sharpe J., both with the result at which he arrived and his reasons".

V. Constitutional Questions

On June 20, 2000, Binnie J. stated the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

VI. Analysis

A. *Freedom of Association*

(1) Nature of the Claim

The appellants claim that "[f]irst and foremost, agricultural workers simply wish to unionize". Although the intervener Canadian Labour Congress raised the issue of collective bargaining in this appeal, the appellants directed this Court's

B. *Cour d'appel de l'Ontario* (1999), 182 D.L.R. (4th) 471

10 Le juge Krever, avec l'appui des juges Doherty et Rosenberg, confirme la décision du juge Sharpe : [TRADUCTION] « [n]ous sommes d'accord avec le jugement du juge Sharpe, tant ses motifs que le dispositif ».

V. Les questions constitutionnelles

11 Le 20 juin 2000, le juge Binnie énonce les questions constitutionnelles :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

VI. Analyse

A. *La liberté d'association*

(1) Nature de la revendication

12 Les appelants font valoir que, [TRADUCTION] « [s]urtout et avant tout, les travailleurs agricoles veulent simplement se syndiquer ». Même si l'intervenant le Congrès du travail du Canada soulève la question de la négociation collective

2001 SCC 94 (CanLII)

attention to broader issues, describing a range of union activities not related to collective bargaining. These activities, which ultimately relate to workers' "empowerment and participation in both the workplace and society at large", include promoting workplace democracy, protecting employees from abuses of managerial power, pooling resources, and expressing the views of workers "cogently and forcefully". The appellants also described several social and political functions of trade unions, such as giving workers access to courts, bringing constitutional challenges on behalf of workers and engaging in political education and action. In my view, these functions make it clear that the appellants direct their attack not at legislation restricting collective bargaining *per se*, but at legislation restricting the "wider ambit of union purposes and activities".

dans le cadre du pourvoi, les appelants invitent notre Cour à considérer des questions plus larges, invoquant des activités syndicales étrangères à la négociation collective. Ces activités, qui ont trait en fin de compte [TRADUCTION] « à la responsabilisation et à la participation des travailleurs dans le milieu de travail et dans la société en général », comprennent la promotion de la démocratie au travail, la protection des employés contre les abus de la direction, la mise en commun des ressources et la défense « vigoureuse et énergique » du point de vue des travailleurs. Les appelants décrivent par ailleurs diverses fonctions sociales et politiques des syndicats, comme l'accès des travailleurs à la justice, les contestations de constitutionnalité en leur nom, ainsi que l'éducation et l'action politiques. À mon sens, ces fonctions indiquent clairement que les appelants dirigent leur contestation non pas contre les dispositions restreignant leur droit de négocier collectivement comme tel, mais les dispositions restreignant [TRADUCTION] « les fins et les activités plus générales d'un syndicat ».

13 In order to establish a violation of s. 2(*d*), the appellants must demonstrate, first, that such activities fall within the range of activities protected by s. 2(*d*) of the *Charter*, and second, that the impugned legislation has, either in purpose or effect, interfered with these activities (see, in the s. 2(*a*) context, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at pp. 331-36, and in the s. 2(*b*) context, *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 971). On the first point, I shall review the existing framework of the s. 2(*d*) protection established by this Court in the 1987 "labour trilogy" and subsequent cases. This discussion will include a purposive analysis of s. 2(*d*), one which aims to protect the full range of associational activity contemplated by the *Charter* and to honour Canada's obligations under international human rights law. After reviewing the content of freedom of association, I shall examine the contours of state responsibility under s. 2(*d*) of the *Charter*. In particular, I shall ask whether s. 2(*d*) obligates the state simply to respect trade union freedoms, or additionally to protect trade union freedoms by prohibiting their infringement by

Pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, les appelants doivent prouver premièrement que les activités considérées font partie de celles qu'il protège et, deuxièmement, que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, compromettent ces activités (voir, dans le contexte de l'al. 2*a*), *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331-336 et, dans le contexte de l'al. 2*b*), *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 971). Sur le premier point, j'examinerai les paramètres actuels de la protection de l'al. 2*d*) que notre Cour a dégagés dans la « trilogie des relations de travail » de 1987 et dans des arrêts postérieurs. Mon examen comprend une analyse téléologique de l'al. 2*d*), une analyse orientée vers la protection de toute la gamme d'activités associatives visées par la *Charte* et le respect des obligations du Canada dans le cadre du droit international des droits de la personne. Après l'examen du contenu de la liberté d'association, je délimiterai la responsabilité de l'État découlant de l'al. 2*d*) de la *Charte*. Plus précisément, j'examinerai s'il oblige seulement l'État à respecter les libertés syndicales ou s'il l'oblige aussi à les

2001 SCC 94 (CanLII)

private actors. Following my discussion of the scope of s. 2(*d*), I shall examine the purpose and effects of the impugned legislation.

(2) Scope of Section 2(*d*)

(a) *General Framework*

The scope of s. 2(*d*) was first decided by this Court in a landmark trilogy of labour cases, all of which concerned the right to strike (see *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"); *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *RWDSU v. Saskatchewan*, [1987] 1 S.C.R. 460). In the *Alberta Reference*, McIntyre J. (writing for himself) stressed the double-edged nature of freedom of association, holding that "while [freedom of association] advances many group interests and, of course, cannot be exercised alone, it is nonetheless a freedom belonging to the individual and not to the group formed through its exercise" (p. 397). On the basis of this principle, McIntyre J. confined s. 2(*d*) to three elements: (1) the freedom to join with others in lawful, common pursuits and to establish and maintain organizations and associations (with which all six justices agreed), (2) the freedom to engage collectively in those activities which are constitutionally protected for each individual (with which three of six justices agreed) and (3) the freedom to pursue with others whatever action an individual can lawfully pursue as an individual (with which three of six justices agreed). These three elements of freedom of association are summarized, along with a crucial fourth principle, in the oft-quoted words of Sopinka J. in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*PIPSC*"), at pp. 401-2:

Upon considering the various judgments in the *Alberta Reference*, I have come to the view that four separate propositions concerning the coverage of the s. 2(*d*) guarantee of freedom of association emerge from the case: first, that s. 2(*d*) protects the freedom to establish, belong to and maintain an association; second, that s. 2(*d*) does not protect an activity solely on the ground

protéger en interdisant les actes attentatoires de personnes privées. Après avoir analysé la portée de l'al. 2*d*), j'examinerai l'objet et les effets de la législation contestée.

(2) La portée de l'al. 2*d*)

a) *Cadre général*

Les premières décisions de notre Cour sur la portée de l'al. 2*d*) forment une « trilogie » d'arrêts sur les relations de travail traitant tous du droit de grève (voir *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »); *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; et *SDGMR c. Saskatchewan*, [1987] 1 R.C.S. 460). Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, le juge McIntyre (en son nom seul) souligne que la liberté d'association est une liberté à double tranchant et que, « bien qu'elle assure la promotion de nombreux intérêts collectifs et, naturellement, qu'elle ne puisse être exercée seule, il s'agit néanmoins d'une liberté qui appartient à l'individu et non aux groupes formés grâce à son exercice » (p. 397). Suivant ce principe, le juge McIntyre limite l'al. 2*d*) à trois composantes : (1) le droit de se joindre à d'autres pour poursuivre des objectifs communs licites et pour constituer et maintenir des organisations et des associations (à l'unanimité des six juges); (2) la liberté d'exercer collectivement les activités dont la Constitution garantit l'exercice individuel (avec l'accord de trois des six juges); et (3) la liberté d'accomplir avec d'autres toute action qu'un individu peut licitement accomplir à titre individuel (avec l'accord de trois des six juges). Ces trois composantes de la liberté d'association, ainsi qu'un quatrième principe crucial, sont résumés par le juge Sopinka dans cet extrait souvent cité de *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *IPFPC* »), p. 401-402 :

Après avoir examiné les différents motifs de jugement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, j'arrive à la conclusion qu'il se dégage quatre propositions différentes quant à l'étendue de la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) : premièrement, l'al. 2*d*) protège la liberté de constituer une association, de la maintenir et d'y appartenir; deuxièmement, l'al. 2*d*) ne protège pas une activité pour

2001 SCC 94 (CanLII)

that the activity is a foundational or essential purpose of an association; third, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the constitutional rights and freedoms of individuals; and fourth, that s. 2(*d*) protects the exercise in association of the lawful rights of individuals. [Emphasis added.]

The third and fourth of these principles have received considerably less judicial support than the others, having only been explicitly affirmed by three of six judges in the *Alberta Reference* and two of seven judges in *PIPSC*. Moreover, these elements of s. 2(*d*) provided little assistance to this Court in *Canadian Egg Marketing Agency v. Richardson*, [1998] 3 S.C.R. 157 ("*Egg Marketing*"), which involved an activity that could not conceivably be performed by an individual. Most recently, in *Delisle*, *supra*, this Court did not have to rule on the validity of the existing framework because all of the activities involved fell within it. In that case, this Court clarified that s. 2(*d*) does not guarantee access to a particular labour relations regime where the claimants are able to exercise their s. 2(*d*) rights independently.

15 In addition to the four-part formulation in *PIPSC*, *supra*, an enduring source of insight into the content of s. 2(*d*) is the purpose of the provision. This purpose was first articulated in the labour trilogy and has accordingly been used to define both the "positive" freedom to associate as well as the "negative" freedom not to (see *Alberta Reference*, *supra*; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 318; *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70). In defining this purpose, McIntyre J. stressed, in *Alberta Reference*, *supra*, at p. 395, the unique power of associations to accomplish the goals of individuals:

While freedom of association like most other fundamental rights has no single purpose or value, at its core rests a rather simple proposition: the attainment of individual goals, through the exercise of individual rights, is generally impossible without the aid and cooperation of others. "Man, as Aristotle observed, is a 'social animal, formed by nature for living with others', associating with his fellows both to satisfy his desire for social intercourse and to realize common purposes." (L. J. MacFarlane,

le seul motif que cette activité est un objet fondamental ou essentiel d'une association; troisièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits et libertés individuels consacrés par la Constitution; et quatrièmement, l'al. 2*d*) protège l'exercice collectif des droits légitimes des individus. [Je souligne.]

Le troisième et le quatrième de ces principes ont remporté un appui moindre de la part des juges que les deux autres, n'étant confirmés expressément que par trois des six juges dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et deux des sept juges dans *IPFPC*. En outre, ces composantes de l'al. 2*d*) n'ont pas été d'une grande utilité à notre Cour dans *Office canadien de commercialisation des œufs c. Richardson*, [1998] 3 R.C.S. 157 (« *OCCO* »), où il était clair que l'activité en cause ne pouvait pas être accomplie par une seule personne. Plus récemment, dans *Delisle*, précité, notre Cour n'a pas eu à statuer sur la validité du cadre existant puisque toutes les activités visées s'y inséraient. Notre Cour a précisé dans cet arrêt que l'al. 2*d*) ne garantit pas l'accès à un régime particulier de relations de travail lorsque les demandeurs peuvent exercer de manière indépendante les droits que leur confère l'al. 2*d*).

En plus de la formulation en quatre points dans *IPFPC*, l'objet de la disposition demeure un bon moyen de circonscrire la teneur de l'al. 2*d*). Cet objet est énoncé pour la première fois dans la trilogie du droit du travail et a donc servi à définir tant la liberté « positive » de s'associer que la liberté « négative » de ne pas le faire (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 318; *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70). Pour définir cet objet, le juge McIntyre met l'accent, dans le renvoi, sur le pouvoir propre aux associations de réaliser les objectifs des individus (à la p. 395) :

Bien que, à l'instar de la plupart des autres droits fondamentaux, la liberté d'association n'ait pas un objet ou une valeur unique, elle repose essentiellement sur une proposition assez simple : pour l'individu, la réalisation de certains objectifs par l'exercice de ses droits individuels est généralement impossible sans l'aide et la coopération d'autrui. [TRADUCTION] « L'homme, comme l'a fait observer Aristote, est un "animal social façonné par la nature pour vivre en groupe" », qui s'associe à ses

2001 SCC 94 (CanLII)

The Theory and Practice of Human Rights (1985), p. 82.)

This conception of freedom of association, which was supported by Dickson C.J. in his dissenting judgment (at pp. 334 and 365-66), has been repeatedly endorsed by this Court since the *Alberta Reference* (see *PIPSC*, *supra*, *per* Sopinka J., at pp. 401-2, *per* Cory J. (dissenting), at p. 379; *R. v. Skinner*, [1990] 1 S.C.R. 1235, *per* Dickson C.J., at p. 1243; *Lavigne*, *supra*, *per* La Forest J., at p. 317, *per* Wilson J., at p. 251; *per* McLachlin J. (as she then was), at p. 343). In *Lavigne*, Wilson J. (writing for three of seven judges on this point) conducted an extensive review of this Court's s. 2(*d*) jurisprudence, concluding that "this Court has been unanimous in finding on more than one occasion and in a variety of contexts that the purpose which s. 2(*d*) is meant to advance is the collective action of individuals in pursuit of their common goals" (p. 253). Wilson J. added that the Court has remained steadfast in this position despite numerous disagreements about the application of s. 2(*d*) to particular practices.

As these dicta illustrate, the purpose of s. 2(*d*) commands a single inquiry: has the state precluded activity because of its associational nature, thereby discouraging the collective pursuit of common goals? In my view, while the four-part test for freedom of association sheds light on this concept, it does not capture the full range of activities protected by s. 2(*d*). In particular, there will be occasions where a given activity does not fall within the third and fourth rules set forth by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, but where the state has nevertheless prohibited that activity solely because of its associational nature. These occasions will involve activities which (1) are not protected under any other constitutional freedom, and (2) cannot, for one reason or another, be understood as the lawful activities of individuals. As discussed by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, such activities may be collective in nature, in that they cannot be performed by individuals acting alone. The prohibition of such activities must surely, in some cases, be a violation of s. 2(*d*) (at p. 367):

semblables à la fois pour satisfaire son besoin de relations sociales et pour réaliser des fins communes. » (L. J. MacFarlane, *The Theory and Practice of Human Rights* (1985), p. 82.)

Cette conception de la liberté d'association, qui a reçu l'appui du juge en chef Dickson, dissident (p. 334, 365 et 366), a été confirmée plusieurs fois par notre Cour depuis le *Renvoi relatif à l'Alberta* (voir *IPFPC*, précité, le juge Sopinka, p. 401-402, le juge Cory (dissident), p. 379; *R. c. Skinner*, [1990] 1 R.C.S. 1235, le juge en chef Dickson, p. 1243; *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 317; le juge Wilson, p. 251; le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), p. 343). Dans *Lavigne*, le juge Wilson (au nom de trois des sept juges sur ce point) fait un examen approfondi de la jurisprudence de notre Cour sur l'al. 2*d*) et rappelle que « notre Cour a conclu à l'unanimité à maintes reprises et dans divers contextes que l'al. 2*d*) a pour objet de favoriser l'action collective de personnes en vue de réaliser des objectifs communs » (p. 253). Elle ajoute que la Cour est restée inébranlable dans cette opinion malgré de nombreux désaccords sur l'application de l'al. 2*d*) à des pratiques précises.

16

Comme ces opinions le montrent, l'objet de l'al. 2*d*) commande une seule question : l'État a-t-il empêché l'activité en raison de sa nature associative, décourageant ainsi la poursuite collective d'objectifs communs? À mon avis, même si le critère à quatre volets applicable à la liberté d'association clarifie cette notion, il ne rend pas compte de toute la gamme d'activités protégées par l'al. 2*d*). En particulier, il y a des cas où une activité n'est pas visée par les troisième et quatrième règles énoncées par le juge Sopinka dans *IPFPC*, précité, mais où l'État l'interdit néanmoins en raison seulement de sa nature associative. Il s'agit d'activités (1) qui ne sont pas protégées par une autre liberté constitutionnelle, et (2) qui ne peuvent, pour une raison ou une autre, être considérées comme des activités licites d'un individu. Comme le dit le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, ces activités peuvent être de nature collective en ce qu'elles ne peuvent être accomplies par une personne seule. De toute évidence, l'interdiction de telles activités doit, dans certains cas, porter atteinte à l'al. 2*d*) (à la p. 367) :

2001 SCC 94 (CanLII)

There will, however, be occasions when no analogy involving individuals can be found for associational activity, or when a comparison between groups and individuals fails to capture the essence of a possible violation of associational rights. . . . The overarching consideration remains whether a legislative enactment or administrative action interferes with the freedom of persons to join and act with others in common pursuits. The legislative purpose which will render legislation invalid is the attempt to preclude associational conduct because of its concerted or associational nature. [Emphasis added.]

This passage, which was not explicitly rejected by the majority in the *Alberta Reference* or in *PIPSC*, recognizes that the collective is "qualitatively" distinct from the individual: individuals associate not simply because there is strength in numbers, but because communities can embody objectives that individuals cannot. For example, a "majority view" cannot be expressed by a lone individual, but a group of individuals can form a constituency and distill their views into a single platform. Indeed, this is the essential purpose of joining a political party, participating in a class action or certifying a trade union. To limit s. 2(*d*) to activities that are performable by individuals would, in my view, render futile these fundamental initiatives. At best, it would encourage s. 2(*d*) claimants to contrive individual analogs for inherently associational activities, a process which this Court clearly resisted in the labour trilogy, in *Egg Marketing*, *supra*, and in its jurisprudence on union security clauses and the right not to associate (see *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. v. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] S.C.R. 206 ("[t]he union is . . . the representative of all the employees in the unit for the purpose of negotiating the labour agreement", hence "[t]here is no room left for private negotiation between employer and employee" (*per* Judson J., at p. 212)); *McGavin Toastmaster Ltd. v. Ainscough*, [1976] 1 S.C.R. 718 ("[t]he reality is, and has been for many years now throughout Canada, that individual relationships as between employer and employee have meaning only at the hiring stage" (*per* Laskin C.J., at p. 725)); I. Hunter, "Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law" (1993), 22 *Man. L.J.* 145, at p. 147 ("[i]ndividual rights *vis-à-vis* their employer are replaced by rights in respect of their

Il y a cependant des cas où aucune analogie comportant des individus ne peut être trouvée pour une activité collective ou bien où la comparaison entre des groupes et des individus ne permet pas de saisir l'essence d'une éventuelle violation des droits d'association [. . .] Le facteur primordial demeure la question de savoir si un texte législatif ou un acte administratif porte atteinte à la liberté des personnes de se joindre à d'autres personnes et de poursuivre avec elles des objectifs communs. L'objectif d'une loi qui a pour effet de la rendre invalide est la tentative d'interdire un comportement collectif en raison de sa nature concertée ou collective. [Je souligne.]

Cet extrait, que la majorité n'a pas rejeté explicitement dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* ou dans *IPFPC*, reconnaît une différence « qualitative » entre le collectif et l'individuel : les individus ne s'associent pas simplement pour la force du nombre, mais aussi parce qu'une collectivité peut incarner des objectifs qui n'existent pas au niveau individuel. Par exemple, un « point de vue majoritaire » ne peut être exprimé par une seule personne, mais un groupe de personnes peut constituer un mouvement d'opinion et fondre leurs points de vue dans une plate-forme unique. C'est ce qui motive essentiellement l'adhésion à un parti politique, la participation à un recours collectif ou l'accréditation d'un syndicat. J'estime que limiter l'application de l'al. 2*d*) aux activités qui peuvent être accomplies individuellement viderait de leur sens ces actes fondamentaux. Au mieux, cela inciterait les demandeurs invoquant l'al. 2*d*) à forger des analogies entre des activités individuelles et des activités purement associatives, une démarche que notre Cour a clairement refusée dans la trilogie du droit du travail, dans *OCCO*, précité, et dans la jurisprudence sur les clauses de sécurité syndicale et le droit de ne pas s'associer (voir *Syndicat catholique des employés de magasins de Québec Inc. c. Compagnie Paquet Ltée*, [1959] R.C.S. 206 : [TRADUCTION] « [l]e syndicat est [. . .] le représentant de tous les employés de l'unité pour les fins de la négociation de la convention de travail » et donc « [l]es négociations privées entre l'employeur et l'employé n'ont plus leur place » (le juge Judson, p. 212); *McGavin Toastmaster Ltd. c. Ainscough*, [1976] 1 R.C.S. 718 : (« [d]ans tout le Canada, et ce depuis plusieurs années, les relations individuelles entre employeur et employé n'ont d'importance qu'à l'étape de l'embauchage » (le

2001 SCC 94 (CanLII)

union, which, in turn, is mandated to advance the interests of bargaining-unit members"); D. Beatty and S. Kennett, "Striking Back: Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 573, at pp. 587-88). The collective dimension of s. 2(*d*) is also consistent with developments in international human rights law, as indicated by the jurisprudence of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations and the ILO Committee on Freedom of Association (see, e.g., International Labour Office, *Freedom of Association: Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (4th ed. 1996)). Not only does this jurisprudence illustrate the range of activities that may be exercised by a collectivity of employees, but the International Labour Organization has repeatedly interpreted the right to organize as a collective right (see International Labour Office, *Voices for Freedom of Association* (Labour Education 1998/3, No. 112): "freedom is not only a human right; it is also, in the present circumstances, a collective right, a public right of organisation" (address delivered by Mr. Léon Jouhaux, workers' delegate)).

As I see it, the very notion of "association" recognizes the qualitative differences between individuals and collectivities. It recognizes that the press differs qualitatively from the journalist, the language community from the language speaker, the union from the worker. In all cases, the community assumes a life of its own and develops needs and priorities that differ from those of its individual members. Thus, for example, a language community cannot be nurtured if the law protects only the individual's right to speak (see *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20). Similar reasoning applies, albeit in a limited fashion, to the freedom to organize: because trade unions develop needs and priorities that are

juge en chef Laskin, p. 725)); I. Hunter, « Individual and Collective Rights in Canadian Labour Law » (1993), 22 *R.D. Man.* 145, p. 147, ([TRADUCTION] « [l]es droits individuels face à l'employeur sont remplacés par les droits à l'égard du syndicat, qui a pour mandat, en retour, de promouvoir les intérêts des membres de l'unité de négociation »); D. Beatty et S. Kennett, « Striking Back : Fighting Words, Social Protest and Political Participation in Free and Democratic Societies » (1988), 67 *R. du B. can.* 573, p. 587-588). La dimension collective de l'al. 2*d*) est également compatible avec l'évolution du droit international des droits de la personne, comme l'indique la jurisprudence de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations et du Comité de la liberté syndicale de l'OIT (voir, p. ex., Bureau international du Travail, *La liberté syndicale : Recueil de décisions et de principes du Comité de la liberté syndicale du Conseil d'administration du BIT* (4e éd. 1996)). Non seulement cette jurisprudence illustre la gamme d'activités pouvant être exercées par une collectivité d'employés, mais l'Organisation internationale du Travail a maintes fois interprété le droit syndical comme étant un droit collectif (voir Bureau international du Travail, *Des voix pour la liberté syndicale* (Éducation ouvrière 1998/3, no 112) : « la liberté ne vaut pas seulement pour le plein développement de la personnalité humaine, mais [. . .], dans les circonstances actuelles, elle doit être un aspect du droit public dans la complète indépendance de l'organisation syndicale » (Allocution de Léon Jouhaux, délégué des travailleurs)).

17 À mon avis, la notion même d'« association » reconnaît les différences qualitatives entre individu et collectivité. Elle reconnaît que la presse diffère qualitativement du journaliste, la collectivité linguistique du locuteur, le syndicat du travailleur. Dans tous les cas, la collectivité a une existence propre et ses besoins et priorités diffèrent de ceux de ses membres individuels. Ainsi, par exemple, on ne peut donner substance à une collectivité linguistique si la loi protège uniquement la liberté d'expression individuelle (voir *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20). Le même raisonnement s'applique, mais d'une façon limitée, à la liberté syndicale : étant donné que les besoins et priorités des

2001 SCC 94 (CanLII)

distinct from those of their members individually, they cannot function if the law protects exclusively what might be "the lawful activities of individuals". Rather, the law must recognize that certain union activities — making collective representations to an employer, adopting a majority political platform, federating with other unions — may be central to freedom of association even though they are inconceivable on the individual level. This is not to say that all such activities are protected by s. 2(*d*), nor that all collectivities are worthy of constitutional protection; indeed, this Court has repeatedly excluded the right to strike and collectively bargain from the protected ambit of s. 2(*d*) (see *Alberta Reference*, *supra*, *per* Le Dain J., at p. 390 (excluding the right to strike and collectively bargain), *per* McIntyre J., at pp. 409-10 (excluding the right to strike); *PIPSC*, *supra*, *per* Dickson C.J., at pp. 373-74 (excluding the right to collectively bargain), *per* La Forest J., at p. 390 (concurring with Sopinka J.), *per* L'Heureux-Dubé J., at p. 392 (excluding both the right to strike and collectively bargain), *per* Sopinka J., at p. 404 (excluding both the right to strike and collectively bargain)). It is to say, simply, that certain collective activities must be recognized if the freedom to form and maintain an association is to have any meaning. As one author puts it, the *per se* exclusion of collective action reduces employee collectives to mere "aggregate[s] of economically self-interested individuals" rather than "co-operative undertakings where individual flourishing can be encouraged through membership in and co-operation with the community of fellow workers" (see L. Harmer, "The Right to Strike: Charter Implications and Interpretations" (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, at pp. 434-35). This would surely undermine the purpose of s. 2(*d*), which is to allow the achievement of individual potential through interpersonal relationships and collective action (see, e.g., *Lavigne*, *supra*, *per* McLachlin J., at pp. 343-44, *per* La Forest J., at pp. 327-28).

18 In sum, a purposive approach to s. 2(*d*) demands that we "distinguish between the associational aspect of the activity and the activity itself", a process mandated by this Court in the *Alberta Reference*

syndicats tendent à se distinguer de ceux de leurs membres individuels, ils ne peuvent fonctionner si la loi protège exclusivement ce qui pourrait être des « activités licites d'un individu ». La loi doit plutôt reconnaître que certaines activités syndicales — les revendications collectives auprès de l'employeur, l'adoption d'une plate-forme politique majoritaire, le regroupement en fédérations syndicales — peuvent être au cœur de la liberté d'association même si elles ne peuvent exister au niveau individuel. Ceci ne veut pas dire que toutes ces activités sont protégées par l'al. 2*d*), ni que toutes les collectivités ont droit à la protection constitutionnelle; en fait, notre Cour a exclu plusieurs fois le droit de grève et de négociation collective de la protection de l'al. 2*d*) (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge Le Dain, p. 390 (excluant le droit de faire la grève et de négocier collectivement), le juge McIntyre, p. 409-410 (excluant le droit de grève); *IPFPC*, précité, le juge en chef Dickson, p. 373-374 (excluant le droit de négociation collective), le juge La Forest, p. 390 (avec l'appui du juge Sopinka) et le juge L'Heureux-Dubé, p. 392 (excluant le droit de grève et de négociation collective), le juge Sopinka, p. 404 (excluant le droit de grève et de négociation collective)). Cela veut dire simplement que certaines activités collectives doivent être reconnues pour que la liberté de constituer et de maintenir une association ait un sens. Selon un auteur, l'exclusion de l'action collective comme telle réduit l'association d'employés à une simple [TRADUCTION] « juxtaposition d'intérêts économiques individuels » au lieu d'être une « entreprise coopérative où l'épanouissement personnel peut être encouragé par l'appartenance et la coopération dans la communauté des collègues de travail » (L. Harmer, « The Right to Strike : Charter Implications and Interpretations » (1988), 47 *U.T. Fac. L. Rev.* 420, p. 434-435). Ce serait certainement compromettre la réalisation de l'objet de l'al. 2*d*), savoir l'épanouissement individuel au moyen de relations interpersonnelles et de l'action collective (voir p. ex. *Lavigne*, précité, le juge McLachlin, p. 343-344, le juge La Forest, p. 327-328).

L'interprétation téléologique de l'al. 2*d*) exige en somme « de distinguer l'aspect collectif d'une activité de l'activité elle-même », la démarche imposée par notre Cour dans le *Renvoi relatif à*

2001 SCC 94 (CanLII)

(see *Egg Marketing*, *supra*, *per* Iacobucci and Bastarache JJ., at para. 111). Such an approach begins with the existing framework established in that case, which enables a claimant to show that a group activity is permitted for individuals in order to establish that its regulation targets the association *per se* (see *Alberta Reference*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 367). Where this burden cannot be met, however, it may still be open to a claimant to show, by direct evidence or inference, that the legislature has targeted associational conduct because of its concerted or associational nature.

(b) *State Responsibility Under Section 2(d)*

The content of the freedom to organize having been discussed, the next question that arises is the scope of state responsibility in respect of this freedom. This responsibility is generally characterized as "negative" in nature, meaning that Parliament and the provincial legislatures need only refrain from interfering (either in purpose or effect) with protected associational activity. Conversely, the *Charter* does not oblige the state to take affirmative action to safeguard or facilitate the exercise of fundamental freedoms.

However, history has shown, and Canada's legislatures have uniformly recognized, that a posture of government restraint in the area of labour relations will expose most workers not only to a range of unfair labour practices, but potentially to legal liability under common law inhibitions on combinations and restraints of trade. Knowing this would foreclose the effective exercise of the freedom to organize, Ontario has provided a statutory freedom to organize in its *LRA* (s. 5), as well as protections against denial of access to property (s. 13), employer interference with trade union activity (s. 70), discrimination against trade unionists (s. 72), intimidation and coercion (s. 76), alteration of working conditions during the certification process (s. 86), coercion of witnesses (s. 87), and removal of Board notices (s. 88). In this context, it must be asked whether, in order to make the freedom to organize meaningful, s. 2(*d*) of the *Charter* imposes a positive obligation on the state to extend protective

l'Alberta (voir *OCCO*, précité, les juges Iacobucci et Bastarache, par. 111). Cette démarche commence avec les paramètres établis dans ce renvoi qui permettent à un demandeur de démontrer que l'activité collective est autorisée pour des individus afin d'établir que sa réglementation vise en fait l'association comme telle (voir le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge en chef Dickson, p. 367). Le demandeur qui ne peut apporter cette preuve peut cependant établir, directement ou par inférence, que le législateur a ciblé une activité associative en raison de son caractère concerté ou associatif.

b) *La responsabilité de l'État en vertu de l'al. 2d)*

19 Après l'examen du contenu de la liberté syndicale, il faut déterminer l'étendue de la responsabilité de l'État vis-à-vis de cette liberté. On qualifie généralement cette responsabilité de « négative » par nature, en ce sens que le Parlement et les législatures provinciales sont seulement tenus de s'abstenir de toute intervention portant atteinte (par son objet ou son effet) à une activité associative protégée. À l'inverse, la *Charte* n'oblige pas l'État à prendre des mesures positives pour préserver ou faciliter l'exercice de libertés fondamentales.

20 Toutefois, l'histoire a montré, et les législateurs canadiens ont uniformément reconnu, qu'une attitude de retenue de la part du gouvernement dans le domaine des relations de travail expose la plupart des travailleurs non seulement à diverses pratiques déloyales de travail, mais peut aussi engager leur responsabilité juridique en common law pour coalition ou restriction du commerce. Conscient de ce qu'il en résulterait une entrave à l'exercice réel de la liberté syndicale, l'Ontario a institué législativement, dans la *LRT*, la liberté de se syndiquer (art. 5), ainsi que la protection contre le refus d'un droit d'accès (art. 13), l'ingérence de l'employeur dans les affaires syndicales (art. 70), la discrimination contre les membres d'un syndicat (art. 72), les menaces (art. 76), la modification des conditions de travail pendant la procédure d'accréditation (art. 86), l'intimidation d'un témoin (art. 87) et l'enlèvement des avis de la Commission (art. 88). Dans ce contexte, il faut se demander si, pour que la liberté

2001 SCC 94 (CanLII)

legislation to unprotected groups. More broadly, it may be asked whether the distinction between positive and negative state obligations ought to be nuanced in the context of labour relations, in the sense that excluding agricultural workers from a protective regime substantially contributes to the violation of protected freedoms.

21 This precise question was raised in *Delisle*, *supra*, in which the appellant failed to establish that exclusion from a protective regime violated s. 2(*d*). The *Delisle* case involved RCMP officers who were employed by the Canadian government, so it is arguable that the Court's decision was not intended to apply where private employers are involved. However, Justice L'Heureux-Dubé recognized at para. 7 of a concurring judgment that s. 2(*d*) may require protection against unfair labour practices in certain circumstances:

> I recognize that in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions. [Emphasis added.]

This dictum was not rejected by the *Delisle* majority, which focused instead on the fact that an interference with associational activity had not been made out on the facts of the case. Indeed, in making this finding, I deferred judgment on the appellant's argument that underinclusion could have "an important chill on freedom of association because it clearly indicates to its members that unlike all other employees, they cannot unionize, and what is more, that they must not get together to defend

syndicale ait un sens, l'al. 2*d*) de la *Charte* impose à l'État l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés. De façon plus générale, on peut se demander si la distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées.

Cette question se posait précisément dans *Delisle*, précité, où l'appelant n'a pas réussi à établir que l'exclusion du régime de protection était contraire à l'al. 2*d*). L'affaire *Delisle* concernait des agents de la GRC employés par le gouvernement du Canada, de sorte qu'on peut soutenir que cette décision ne visait pas les employeurs du secteur privé. Dans son jugement concourant, le juge L'Heureux-Dubé reconnaît que l'al. 2*d*) peut exiger la protection contre les pratiques déloyales de travail, dans certaines circonstances (au par. 7) :

> Je reconnais que la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé. [Je souligne.]

Ce point de vue n'est pas rejeté par la majorité dans *Delisle*, qui met plutôt l'accent sur le fait que l'ingérence dans l'activité associative n'a pas été établie à partir des faits de l'espèce. En arrivant à cette conclusion, je refuse de me prononcer sur l'argument de l'appelant qu'une application limitative peut créer « un effet dissuasif important concernant la liberté de s'associer car [elle] envoie clairement à ses membres le message que, contrairement à tous les autres employés, ils ne peuvent se syndiquer, et

2001 SCC 94 (CanLII)

their interests with respect to labour relations" (see *Delisle*, *supra*, at para. 30). In addition, I left open the possibility that s. 2 of the *Charter* may impose "a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government . . . in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case" (para. 33).

Even before *Delisle*, Le Dain J. recognized in the *Alberta Reference*, *supra*, that s. 2(*d*) protected workers' freedom to organize "without penalty or reprisal", making no distinction between workers employed by government or private entities (p. 391). What this dictum recognized, in my view, is that without the necessary protection, the freedom to organize could amount "to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences" (see H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 431). Perhaps more importantly for this appeal, this dictum implies that total exclusion from a regime protecting the freedom to organize could engage not only s. 15(1) of the *Charter*, but also s. 2(*d*) of the *Charter*. Where a group is denied a statutory benefit accorded to others, as is the case in this appeal, the normal course is to review this denial under s. 15(1) of the *Charter*, not s. 2(*d*) (see *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627 ("*NWAC*"); *Delisle*, *supra*). This was properly recognized by Sharpe J. who noted that "by 'dipping its toe in the water', and affording or enhancing the rights of some", the government is not obliged to "go all the way and ensure the enjoyment of rights by all" (p. 207). However, it seems to me that apart from any consideration of a claimant's dignity interest, exclusion from a protective regime may in some contexts amount to an affirmative interference with the effective exercise of a protected freedom. In such a case, it is not so much the differential treatment that is at issue, but the fact that the government is creating conditions which in effect substantially interfere with the exercise of a constitutional right; it has been held in the s. 2(*a*) context, for example, that "protection of one religion and the concomitant non-protection of others imports disparate impact destructive of the religious

qui plus est, qu'ils ne doivent pas s'associer pour défendre leurs intérêts en matière de relations du travail » (voir *Delisle*, par. 30). Je ne me prononce pas sur la possibilité que l'art. 2 de la *Charte* peut imposer une « obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement [. . .] dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce » (par. 33).

Même avant *Delisle*, le juge Le Dain reconnaissait dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, que l'al. 2*d*) garantissait aux travailleurs le droit de se syndiquer « sans faire l'objet d'une peine ou de représailles », ne faisant aucune distinction entre les travailleurs du secteur public et ceux du secteur privé (p. 391). Cette observation indique, à mon sens, que, sans la protection voulue, la liberté de se syndiquer pouvait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique » (voir H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4e éd. 1993), par. 431). Il est peut-être plus important encore aux fins du présent pourvoi de souligner que cette observation laisse entendre que l'exclusion totale d'un régime protégeant la liberté syndicale pourrait porter atteinte non seulement au par. 15(1), mais aussi à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Lorsqu'une loi refuse à un groupe de personnes un avantage qu'elle accorde à d'autres, comme c'est le cas en l'espèce, la démarche habituelle consiste à l'examiner en fonction du par. 15(1), et non de l'al. 2*d*) (voir *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627 (« *AFAC* »), et *Delisle*, précité). Le juge Sharpe en convient à juste titre : [TRADUCTION] « lorsqu'il entrebâille la porte et accorde des droits à certains ou les accroît », le gouvernement n'est pas tenu « d'ouvrir la porte toute grande et de conférer les mêmes droits à tous » (p. 207). Toutefois j'estime qu'indépendamment de l'atteinte éventuelle au droit à la dignité, l'exclusion d'un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie. En pareil cas, ce n'est pas tant le traitement différent qui est en cause, que le fait que le gouvernement crée des conditions qui ont pour effet d'entraver considérablement l'exercice d'un droit constitutionnel; dans

2001 SCC 94 (CanLII)

freedom of the collectivity" (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 337). This does not mean that there is a constitutional right to protective legislation *per se*; it means legislation that is underinclusive may, in unique contexts, substantially impact the exercise of a constitutional freedom.

23 This brings me to the central question of this appeal: can excluding agricultural workers from a statutory labour relations regime, without expressly or intentionally prohibiting association, constitute a substantial interference with freedom of association? A preliminary answer to this question may be found in *Haig*, *supra*, where L'Heureux-Dubé J. recognized that "a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required" (p. 1039). Although such a situation did not arise in that case, at least three observations are in order. First, the benefit sought in *Haig*, namely, participation in a national referendum, was, unlike inclusion in the *LRA*, not designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom; thus, this Court was able to reject the appellants' claim for positive state action on the grounds that it would constitutionalize a very limited statutory regime. Second, there was no evidence in *Haig* that without the benefit of the referendum, the appellant would have been incapable of expressing his views on Quebec secession; thus, the appellants failed to meet the minimum evidentiary burden required of a s. 2(*b*) claim (see *Haig*, at p. 1040). Finally, even had the appellant been unable to express his views on Quebec secession, that surely had nothing to do with his exclusion from the national referendum. Similar points may be made about *NWAC*, *supra*. In that case, this Court again recognized the possibility of positive government action in some cases, but concluded that the respondents' exclusion from a particular series of constitutional discussions did not suppress their overall freedom of expression. As in the *Haig* case, the decisive point was the nature of the state action sought, combined with the absence of an

le contexte de l'al. 2*a*), on a statué, par exemple, que « protéger une religion sans accorder la même protection aux autres religions a pour effet de créer une inégalité destructrice de la liberté de religion dans la société » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 337). Cela ne signifie pas qu'il existe un droit constitutionnel à la protection légale comme tel; cela signifie qu'une loi dont l'application est limitative peut, dans des contextes exceptionnels, avoir un effet substantiel sur l'exercice d'une liberté constitutionnelle.

Ceci m'amène à la question centrale du pourvoi : l'exclusion des travailleurs agricoles d'un régime légal de relations de travail, sans interdiction expresse ou intentionnelle de l'association, peut-elle constituer une atteinte substantielle à la liberté d'association? On trouve une réponse préliminaire à cette question dans *Haig*, précité, où le juge L'Heureux-Dubé reconnaît qu'« il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être » (p. 1039). Bien que ce n'ait pas été le cas dans cette affaire, au moins trois observations s'imposent. Premièrement, dans *Haig*, l'avantage recherché, la participation à un référendum national, ne visait pas, contrairement à l'inclusion dans la *LRT*, à préserver l'exercice d'une liberté fondamentale; notre Cour a donc pu rejeter la demande d'action positive gouvernementale, car y faire droit aurait eu pour effet de constitutionnaliser un régime légal très limité. Deuxièmement, rien dans la preuve n'indiquait dans *Haig* que, sans le référendum, l'appelant aurait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec; ainsi, les appelants ne satisfaisaient pas à l'exigence minimale de preuve pour une demande fondée sur l'al. 2*b*) (voir *Haig*, p. 1040). Enfin, même si l'appelant avait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cela n'avait certainement rien à voir avec son exclusion du référendum national. Les mêmes observations valent pour l'arrêt *AFAC*, précité, où notre Cour reconnaît de nouveau la possibilité d'une mesure gouvernementale positive dans certains cas, mais conclut que l'exclusion des intimés d'une série donnée de débats constitutionnels ne les privait pas de leur liberté d'expression globale. Comme dans

2001 SCC 94 (CanLII)

evidentiary foundation for the s. 2 claim. By contrast, the appellants argue in this case that they possess no independent ability to organize, either inside or outside of the relevant statutory context.

In my view, the cases of *Haig*, *NWAC* and *Delisle* function to circumscribe, but not to foreclose, the possibility of challenging underinclusion under s. 2 of the *Charter*. One limit imposed by these cases is that claims of underinclusion should be grounded in fundamental *Charter* freedoms rather than in access to a particular statutory regime. Thus, in *Haig*, the majority of this Court held that "[a] government is under no constitutional obligation to extend [a referendum] to anyone, let alone to everyone" (emphasis in original), and further that "[a] referendum as a platform of expression is . . . a matter of legislative policy and not of constitutional law" (p. 1041 (emphasis in original)). Similarly, in *NWAC*, the majority of this Court held that "[i]t cannot be claimed that NWAC has a constitutional right to receive government funding aimed at promoting participation in the constitutional conferences" (p. 654). In my view, the appellants in this case do not claim a constitutional right to general inclusion in the *LRA*, but simply a constitutional freedom to organize a trade association. This freedom to organize exists independently of any statutory enactment, even though the so-called "modern rights to bargain collectively and to strike" have been characterized otherwise in the *Alberta Reference*, *supra*, *per* Le Dain J., at p. 391. While it may be that the effective exercise of this freedom requires legislative protection in some cases, this ought not change the fundamentally non-statutory character of the freedom itself. As long as the appellants can plausibly ground their action in a fundamental *Charter* freedom, *Haig* and *NWAC* ought simply to be distinguished.

Second, the underinclusion cases demonstrate that a proper evidentiary foundation must be provided before creating a positive obligation under the *Charter*. This requirement proved fatal in *Haig*,

Haig, l'élément décisif était la nature de la mesure gouvernementale recherchée, conjuguée à l'absence de preuve de l'allégation fondée sur l'art. 2. À l'opposé, les appelants soutiennent en l'espèce qu'ils n'ont aucune capacité indépendante de s'organiser, dans le cadre ou en dehors du régime légal.

24 À mon avis, les arrêts *Haig*, *AFAC* et *Delisle* délimitent mais n'excluent pas la possibilité de contester la non-inclusion sur le fondement de l'art. 2 de la *Charte*. Une limite imposée par ces arrêts est d'exiger que les arguments fondés sur la non-inclusion reposent sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, plutôt que sur l'accès à un régime légal précis. Ainsi, dans *Haig*, la majorité de la Cour conclut qu'un « gouvernement n'a aucune obligation constitutionnelle d'offrir [un référendum] à qui que ce soit, et encore moins à tous » et qu'un « référendum en tant que tribune pour favoriser l'expression relève [. . .] de la politique législative et non du droit constitutionnel » (p. 1041 (souligné dans l'original)). De même, dans *AFAC*, la majorité de la Cour conclut : « [o]n ne saurait prétendre que l'AFAC a, en vertu de la Constitution, le droit de recevoir des deniers publics pour promouvoir sa participation aux conférences constitutionnelles » (p. 654). J'estime que les appelants en l'espèce ne revendiquent pas un droit constitutionnel à l'inclusion générale dans la *LRT*, mais simplement la liberté constitutionnelle de former une association syndicale. Cette liberté existe indépendamment de tout texte législatif, même si, dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge Le Dain décrit d'une autre façon les prétendus « droits contemporains de négocier collectivement et de faire la grève » (p. 391). Il se peut que l'exercice réel de cette liberté exige parfois une protection légale, mais cela ne change rien au fait que fondamentalement la liberté n'est pas d'origine législative. Dans la mesure où les appelants peuvent invoquer de manière plausible une liberté fondamentale garantie par la *Charte*, il faut simplement faire une distinction avec les affaires *Haig* et *AFAC*.

25 Deuxièmement, il ressort des affaires de non-inclusion que la création d'une obligation positive en vertu de la *Charte* exige un fondement de preuve approprié. Le non-respect de cette exigence a été

2001 SCC 94 (CanLII)

NWAC and *Delisle* because the claimants in all three cases were unable to prove that the fundamental freedom at issue, as opposed to merely their requested statutory entitlement, was impossible to exercise. On the contrary, it was concluded in *Haig* that "the referendum itself, far from stifling expression, provided a particular forum for such expression" (p. 1040). Similarly, it was concluded in *NWAC* that "[e]ven assuming that in certain extreme circumstances, the provision of a platform of expression to one group may infringe the expression of another and thereby require the Government to provide an equal opportunity for the expression of that group, there was no evidence in this case to suggest that the funding or consultation of the four Aboriginal groups infringed the respondents' equal right of freedom of expression" (p. 664). Finally, it was concluded in *Delisle* that "it is difficult to argue that the exclusion of RCMP members from the statutory regime of the *PSSRA* prevents the establishment of an independent employee association because RCMP members have in fact formed such an association in several provinces, including Quebec, where 'C' Division was created by Mr. Delisle himself" (para. 31). In my view, the evidentiary burden in these cases is to demonstrate that exclusion from a statutory regime permits a substantial interference with the exercise of protected s. 2(*d*) activity. Such a burden was implied by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, where he stated that positive obligations may be required "where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms" (p. 361 (emphasis added)). It was also implied by this Court in *NWAC*, where Sopinka J. stated that "[i]t will be rare indeed that the provision of a platform or funding to one or several organizations will have the effect of suppressing another's freedom of speech" (p. 657 (emphasis added)). These dicta do not require that the exercise of a fundamental freedom be impossible, but they do require that the claimant seek more than a particular channel for exercising his or her fundamental freedoms.

fatal dans les affaires *Haig*, *AFAC* et *Delisle*, car dans les trois cas, les demandeurs n'ont pu prouver l'impossibilité d'exercer la liberté fondamentale en cause et non pas simplement le droit revendiqué de bénéficier de l'application d'une loi. Au contraire, selon *Haig*, « le référendum lui-même, loin d'étouffer l'expression, a créé une tribune particulière pour favoriser l'expression » (p. 1040). De même, selon *AFAC*, « [m]ême en supposant que, dans certaines circonstances extrêmes, le fait d'offrir à un certain groupe une tribune pour favoriser l'expression puisse porter atteinte à la liberté d'expression d'un autre groupe et imposer, en conséquence, au gouvernement l'obligation de fournir à cet autre groupe une chance équivalente de s'exprimer, il n'y avait, en l'espèce, aucune preuve que le financement ou la consultation des quatre groupes autochtones violait le droit des intimées à une liberté égale d'expression » (p. 664). Enfin, selon *Delisle*, « [i]l est [. . .] difficile de prétendre que l'exclusion des membres de la GRC du régime législatif de la *LRTFP* a pour effet d'empêcher la formation d'une association indépendante de travailleurs puisqu'en réalité les membres de la GRC ont formé une telle association dans plusieurs provinces, y compris le Québec, où la division "C" a été créée par M. Delisle lui-même » (par. 31). La charge de preuve consiste à mon avis à démontrer que l'exclusion du régime légal permet une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée par l'al. 2*b*). Cette charge ressort implicitement de la remarque du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, selon laquelle des obligations positives peuvent être nécessaires lorsque « l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales » (p. 361 (je souligne)). La Cour laisse également entendre, par la voix du juge Sopinka, dans *AFAC*, qu'« [i]l sera extrêmement rare que la tribune ou le financement offerts à un seul ou à plusieurs organismes auront pour effet de supprimer la liberté de parole d'autrui » (p. 657 (je souligne)). Ces observations ne disent pas que l'exercice d'une liberté fondamentale doit être impossible, mais que le demandeur doit rechercher davantage qu'une voie particulière pour l'exercice de ses libertés fondamentales.

2001 SCC 94 (CanLII)

Assuming an evidentiary foundation can be provided, a third concern is whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom. In this case, it is said that the inability to form an association is the result of private action and that mandating inclusion in a statutory regime would run counter to this Court's decision in *Dolphin Delivery*, *supra*. However, it should be noted that this Court's understanding of "state action" has matured since the *Dolphin Delivery* case and may mature further in light of evolving *Charter* values. For example, this Court has repeatedly held that the contribution of private actors to a violation of fundamental freedoms does not immunize the state from *Charter* review; rather, such contributions should be considered part of the factual context in which legislation is reviewed (see *Lavigne*, *per* La Forest J., at p. 309; see, similarly, *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, *per* Dickson C.J., at p. 766). Moreover, this Court has repeatedly held in the s. 15(1) context that the *Charter* may oblige the state to extend underinclusive statutes to the extent underinclusion licenses private actors to violate basic rights and freedoms (see *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493). Finally, there has been some suggestion that the *Charter* should apply to legislation which "permits" private actors to interfere with protected s. 2 activity, as in some contexts mere permission may function to encourage or support the act which is called into question (see *Lavigne*, *per* Wilson J., at p. 248). If we apply these general principles to s. 2(*d*), it is not a quantum leap to suggest that a failure to include someone in a protective regime may affirmatively permit restraints on the activity the regime is designed to protect. The rationale behind this is that underinclusive state action falls into suspicion not simply to the extent it discriminates against an unprotected class, but to the extent it substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms.

26 À supposer qu'il existe un fondement probatoire, la troisième question est de savoir si l'État peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale. On prétend en l'espèce que l'incapacité de constituer une association résulte d'une action privée et que l'inclusion obligatoire dans un régime légal irait à l'encontre de l'arrêt *Dolphin Delivery*, précité. Il faut toutefois signaler que, depuis cet arrêt, l'interprétation de l'« action gouvernementale » par notre Cour a évolué et qu'elle pourrait encore se modifier compte tenu de l'évolution des valeurs qui sous-tendent la *Charte*. Par exemple, notre Cour a maintes fois rappelé que la participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte*; cette participation doit être considérée comme un élément du contexte factuel dans lequel la loi est examinée (voir *Lavigne*, précité, le juge La Forest, p. 309; voir, dans le même sens, *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson, p. 766). En outre, notre Cour a souvent statué, dans le contexte du par. 15(1), que la *Charte* peut obliger l'État à élargir le champ d'application d'une loi lorsque sa portée trop limitative permet à une personne privée de porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux (voir *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493). Enfin, on a laissé entendre que la *Charte* devrait s'appliquer à toute loi qui « permet » à une personne privée de nuire à une activité protégée par l'art. 2, étant donné que, dans certains cas, la simple faculté donnée peut avoir pour effet d'encourager ou d'appuyer l'acte en cause (voir *Lavigne*, le juge Wilson, p. 248). Si l'on applique ces principes généraux à l'al. 2*d*), ce n'est pas un grand bond en avant de dire que le défaut d'inclure une personne dans un régime de protection peut positivement permettre la restriction de l'activité que le régime vise à protéger. La raison en est que la mesure gouvernementale de portée trop limitative devient suspecte non seulement dans la mesure où elle est discriminatoire à l'endroit d'une catégorie non protégée, mais aussi dans la mesure où elle orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales.

The notion that underinclusion can infringe freedom of association is not only implied by

27 L'idée que la non-inclusion peut porter atteinte à la liberté d'association est non seulement implicite

2001 SCC 94 (CanLII)

Canadian *Charter* jurisprudence, but is also consistent with international human rights law. Article 2 of *Convention (No. 87) concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize*, 67 U.N.T.S. 17, provides that "[w]orkers and employers, without distinction whatsoever, shall have the right to establish and . . . to join organisations of their own choosing" (emphasis added), and that only members of the armed forces and the police may be excluded (Article 9). In addition, Article 10 of Convention No. 87 defines an "organisation" as "any organisation of workers or of employers for furthering and defending the interests of workers or of employers" (emphasis added). Canada ratified Convention No. 87 in 1972. The Convention's broadly worded provisions confirm precisely what I have discussed above, which is that discriminatory treatment implicates not only an excluded group's dignity interest, but also its basic freedom of association. This is further confirmed by the fact that Article 2 operates not only on the basis of sex, race, nationality and other traditional grounds of discrimination, but on the basis of any distinction, including occupational status (see L. Swepston, "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision" (1998), 137 *Int'l Lab. Rev.* 169, at pp. 179-180). Nowhere is this clearer than in Article 1 of *Convention (No. 11) concerning the Rights of Association and Combination of Agricultural Workers*, 38 U.N.T.S. 153, which obliges ratifying member states to secure to "all those engaged in agriculture" the same rights of association as to industrial workers; the convention makes no distinction as to the type of agricultural work performed. Although provincial jurisdiction has prevented Canada from ratifying Convention No. 11, together these conventions provide a normative foundation for prohibiting any form of discrimination in the protection of trade union freedoms (see J. Hodges-Aeberhard, "The right to organise in Article 2 of Convention No. 87: What is meant by workers 'without distinction whatsoever'?" (1989), 128 *Int'l Lab. Rev.* 177). This foundation is fortified by *Convention (No. 141) concerning Organisations of Rural Workers and Their Role in Economic and Social Development* (*I.L.O. Official Bulletin*, vol. LVIII, 1975, Series A, No. 1, p. 28) which extends, under

dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte*, mais elle est aussi compatible avec le droit international des droits de la personne. L'article 2 de la *Convention (n^o^ 87) concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical*, 67 R.T.N.U. 19, dispose que « [l]es travailleurs et les employeurs, sans distinction d'aucune sorte, ont le droit [. . .] de constituer des organisations de leur choix, ainsi que celui de s'affilier à ces organisations » (je souligne) et que seuls les membres des forces armées et des forces policières peuvent être exclus (article 9). De plus, l'article 10 de la Convention n^o^ 87 définit une « organisation » comme étant « toute organisation de travailleurs ou d'employeurs ayant pour but de promouvoir et de défendre les intérêts des travailleurs ou des employeurs » (je souligne). Le Canada a ratifié la Convention n^o^ 87 en 1972. Les dispositions de portée générale de la Convention confirment exactement ce dont je parle précédemment, savoir qu'un traitement discriminatoire touche non seulement le droit à la dignité du groupe exclu, mais aussi sa liberté fondamentale d'association. À cela s'ajoute le fait que l'article 2 ne s'applique pas uniquement sans distinction de sexe, de race, de nationalité ou autre motif traditionnel de distinction, mais sans distinction d'aucune sorte, y compris la situation professionnelle (voir L. Swepston, « Droits de l'homme et liberté syndicale : évolution sous le contrôle de l'OIT » (1998), 137 *Rev. int. trav.* 187, p. 198). Nul autre texte ne l'énonce plus clairement que l'article premier de la *Convention (n^o^ 11) concernant les droits d'association et de coalition des travailleurs agricoles*, 38 R.T.N.U. 153, qui oblige les États signataires à accorder à « toutes les personnes occupées dans l'agriculture » le droit d'association reconnu aux travailleurs industriels; la Convention ne fait aucune distinction fondée sur le type de travail agricole. Même si la compétence des provinces a empêché le Canada de ratifier la Convention n^o^ 11, l'ensemble de ces conventions établit néanmoins un fondement normatif pour l'interdiction de toute forme de discrimination dans la protection des libertés syndicales (voir J. Hodges-Aeberhard, « Le droit syndical selon l'article 2 de la convention n^o^ 87 : Que signifie l'expression "tous les travailleurs sans distinction d'aucune sorte"? » (1989), 128 *Rev. int. trav.* 197). Ce fondement est

2001 SCC 94 (CanLII)

Article 2, the freedom to organize to "any person engaged in agriculture, handicrafts or a related occupation in a rural area, whether as a wage earner or, . . . as a tenant, sharecropper or small owner-occupier".

In sum, while it is generally desirable to confine claims of underinclusion to s. 15(1), it will not be appropriate to do so where the underinclusion results in the effective denial of a fundamental freedom such as the right of association itself. This is not to say that such claims will be common: they are constrained by both s. 32 of the *Charter*, which demands a minimum of state action before the *Charter* can be invoked, as well as by the factors discussed above. However, a claim for inclusion should not, in my view, automatically fail a s. 2(*d*) analysis: depending on the circumstances, freedom of association may, for example, prohibit the selective exclusion of a group from whatever protections are necessary to form and maintain an association, even though there is no constitutional right to such statutory protection *per se*. In this sense, the burden imposed by s. 2(*d*) of the *Charter* differs from that imposed by s. 15(1): while the latter focuses on the effects of underinclusion on human dignity (*Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497), the former focuses on the effects of underinclusion on the ability to exercise a fundamental freedom. This distinction is contemplated by the wording of the *Charter* itself and is supported by subsequent jurisprudence of this Court (see, e.g., *Delisle*, *supra*, at para. 25).

Before concluding on this point, I reiterate that the above doctrine does not, on its own, oblige the state to act where it has not already legislated in respect of a certain area. One must always guard against reviewing legislative silence, particularly where no legislation has been enacted in the first place. By the same token, it must be remembered

renforcé par la *Convention (n^o^ 141) concernant les organisations de travailleurs ruraux et leur rôle dans le développement économique et social* (*Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LVIII, 1975, Série A, n^o^ 1, p. 28), dont l'article 2 reconnaît la liberté syndicale à « toutes personnes exerçant, dans les régions rurales, une occupation agricole, artisanale ou autre, assimilée ou connexe, qu'il s'agisse de salariés ou [. . .] de personnes travaillant à leur propre compte, par exemple les fermiers, métayers et petits propriétaires exploitants ».

28 En somme, bien qu'il soit généralement souhaitable de limiter l'examen des cas de non-inclusion au par. 15(1), cela ne vaut pas lorsque la non-inclusion emporte la négation effective d'une liberté fondamentale comme la liberté d'association. Ces cas ne seront pas monnaie courante : ils sont limités par l'art. 32 de la *Charte*, qui exige un minimum d'action gouvernementale pour que la *Charte* puisse s'appliquer, ainsi que par les facteurs examinés plus haut. Cependant, une demande d'inclusion ne devrait pas être automatiquement rejetée à l'issue d'une analyse fondée sur l'al. 2*d*) : selon les circonstances, la liberté d'association peut, par exemple, interdire l'exclusion sélective d'un groupe de la protection nécessaire à la formation et au maintien d'une association, même s'il n'existe en soi aucun droit constitutionnel à une telle protection de la loi. En ce sens, la charge de preuve imposée par l'al. 2*d*) de la *Charte* diffère de celle imposée par le par. 15(1) : ce dernier met l'accent sur les effets de la non-inclusion sur la dignité humaine (*Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497), alors que l'al. 2*d*) vise les effets de la non-inclusion sur la capacité d'exercer une liberté fondamentale. La distinction ressort du libellé même de la *Charte* et est confirmée par la jurisprudence postérieure de notre Cour (p. ex., *Delisle*, précité, par. 25).

29 Avant de conclure sur ce point, je répète que, à eux seuls, les principes énoncés précédemment n'obligent pas l'État à agir lorsqu'il n'a pas déjà légiféré dans un domaine particulier. On doit toujours se garder d'interpréter le silence du législateur, surtout lorsqu'aucun texte législatif n'a été adopté. De même, il faut se rappeler la raison pour laquelle

2001 SCC 94 (CanLII)

why the *Charter* applies to legislation that is underinclusive. Once the state has chosen to regulate a private relationship such as that between employer and employee, I believe it is unduly formalistic to consign that relationship to a "private sphere" that is impervious to *Charter* review. As Dean P. W. Hogg has stated, "[t]he effect of the governmental action restriction is that there is a private realm in which people are not obliged to subscribe to 'state' values, and into which constitutional norms do not intrude. The boundaries of that realm are marked, not by an *a priori* definition of what is 'private', but by the absence of statutory or other governmental intervention" (see *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), at p. 34-27). I am not prepared to say that the relationship between farmers and their employees falls within that boundary. If, by investigating the effects of a statute that regulates this sphere, this Court is imposing "positive" obligations on the state, that is only because such imposition is justified in the circumstances.

(c) *Summary of Discussion on Section 2(d)*

30 In my view, the activities for which the appellants seek protection fall squarely within the freedom to organize, that is, the freedom to collectively embody the interests of individual workers. Insofar as the appellants seek to establish and maintain an association of employees, there can be no question that their claim falls within the protected ambit of s. 2(*d*) of the *Charter*. Moreover, the effective exercise of these freedoms may require not only the exercise in association of the constitutional rights and freedoms (such as freedom of assembly) and lawful rights of individuals, but the exercise of certain collective activities, such as making majority representations to one's employer. These activities are guaranteed by the purpose of s. 2(*d*), which is to promote the realization of individual potential through relations with others, and by international labour jurisprudence, which recognizes the inevitably collective nature of the freedom to organize. Finally, while inclusion in legislation designed to protect such freedoms will normally be the province of s. 15(1) of the *Charter*, claims for inclusion may, in rare cases, be cognizable under the fundamental

la *Charte* s'applique à une loi limitative. Une fois que l'État a décidé de réglementer une relation d'ordre privé, comme celle entre employeur et employé, je crois qu'il est trop formaliste d'assigner cette relation à un « domaine privé » qui échappe au contrôle fondé sur la *Charte*. Selon le doyen P. W. Hogg, [TRADUCTION] « l'effet de la restriction de l'action gouvernementale est qu'il existe un domaine privé à l'intérieur duquel les personnes ne sont pas obligées de souscrire aux valeurs de "l'État" et à l'intérieur duquel les normes constitutionnelles n'interviennent pas. Les limites de ce domaine sont établies non pas par une définition a priori de ce qui est "privé", mais par l'absence d'intervention gouvernementale, législative ou autre » (voir *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), p. 34-27). Je ne suis pas disposé à conclure que les rapports entre les exploitants agricoles et leurs employés se situent à l'intérieur de ces limites. Lorsqu'en examinant les effets d'une loi qui régit ce domaine, notre Cour impose à l'État une obligation « positive » c'est uniquement parce que les circonstances l'exigent.

c) *Résumé de l'analyse selon l'al. 2d)*

J'estime que les activités dont les appelants demandent la protection relèvent tout à fait de la liberté syndicale, soit la liberté de défendre collectivement les intérêts des travailleurs individuels. Dans la mesure où les appelants veulent constituer et maintenir une association d'employés, il ne fait aucun doute que leur recours ressortit à l'al. 2*d*) de la *Charte* et à la protection qu'il confère. De plus, l'exercice réel de ces libertés peut exiger non seulement l'exercice en association des droits et libertés constitutionnels (telle la liberté de réunion) et des droits légitimes des individus, mais aussi l'exercice de certaines activités collectives, comme la défense des intérêts de la majorité auprès de l'employeur. Ces activités sont protégées par l'objet de l'al. 2*d*), qui est de favoriser l'épanouissement personnel au moyen des relations avec autrui, et dans le cadre des arrêts internationaux en matière de droit du travail, qui reconnaissent la nature nécessairement collective de la liberté syndicale. Enfin, même si l'inclusion dans une loi vouée à la protection de telles libertés relève normalement du par. 15(1) de la *Charte*, on peut, dans de rares cas, connaître de

2001 SCC 94 (CanLII)

freedoms. With this in mind, I turn to whether s. 3(*b*) of the *LRA* interferes with the appellants' protected freedoms, either in purpose or effect.

(3) Application to the Ontario Legislation

(a) *Purpose of the Exclusion*

The appellants claim that their exclusion from the *LRA* was intended to infringe their freedom to organize and, as such, violates the *Charter* notwithstanding its actual effects (see *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 331-33; *Edwards Books*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 752). A similar allegation of colourable purpose was assessed in the recent case of *Delisle*, *supra*. In that case, s. 2 "employee" (*e*) of the *Public Service Staff Relations Act*, R.S.C. 1985, c. P-35, was held not to interfere with the unionization of RCMP officers, as the purpose of the provision was simply to withhold from RCMP officers any status or protection created by the Act itself. The majority rejected extrinsic evidence that the purpose of the Act was, in the words of the dissenting judges, "to maintain the inherent difficulty faced by RCMP members in attempting to associate together to confront management on more equal terms" (para. 88). In the case at bar, a similar analysis yields an ambiguous result. At first blush, it would seem that the purpose of the *LRA* and the *LRESLAA* is to withhold from agricultural workers any status or protection created by the former Act, and not to target non-statutory unionization. On the other hand, the appellants point out several comments made by Ontario government officials to the effect that the purpose of the *LRESLAA* was to prevent "unionization". Upon introducing the *LRESLAA* to the Ontario Legislature in 1995, for example, the Ontario Minister of Labour stated that "unionization of the family farm has no place in Ontario's key agricultural sector"; moreover, the Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs later stated that "the *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm" and that "[w]e do not believe in the unionization of the family farm" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100). Similar language

demandes d'inclusion sous l'angle des libertés fondamentales. En gardant cela à l'esprit, je passe à la question de savoir si l'al. 3*b*) de la *LRT* porte atteinte aux libertés garanties aux appelants, par son objet ou par son effet.

(3) Application à la loi ontarienne

a) *Objet de l'exclusion*

31 Les appelants soutiennent que leur exclusion de la *LRT* visait à faire obstacle à leur liberté syndicale et contrevenait donc à la *Charte*, quels que soient ses effets réels (voir *Big M Drug Mart*, précité, p. 331-333; *Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, p. 752). Une allégation similaire d'objet répréhensible a été évaluée dans le récent arrêt *Delisle*, précité, où notre Cour a jugé que l'al. *e*) de la définition de « fonctionnaire » figurant à l'art. 2 de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*, L.R.C. 1985, ch. P-35, n'empêchait pas la syndicalisation des agents de la GRC, car son objet était simplement de ne pas leur accorder un statut ou une protection découlant de la loi elle-même. La majorité a rejeté la preuve extrinsèque que, selon les juges dissidents, l'objet de la loi était de « maintenir la difficulté inhérente que devaient surmonter les membres de la GRC en tentant de s'associer pour affronter la direction sur un meilleur pied d'égalité » (par. 88). En l'espèce, une analyse similaire aboutit à un résultat ambigu. À première vue, l'objet de la *LRT* et de la *LMLRTE* paraît être de priver les travailleurs agricoles de tout statut ou protection accordé par l'ancienne loi, et non d'empêcher la syndicalisation hors du régime légal. Par contre, les appelants citent en preuve les observations de membres du gouvernement ontarien selon lesquelles la *LMLRTE* visait à empêcher la « syndicalisation ». Par exemple, lorsqu'elle présente la *LMLRTE* à l'assemblée législative ontarienne en 1995, la ministre du Travail dit ceci : [TRADUCTION] « la syndicalisation de la ferme familiale n'a pas sa place dans l'important secteur agricole de l'Ontario »; en outre, le ministre de l'Agriculture déclare plus tard que « la *Loi sur les relations de travail dans l'agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale » et « [n]ous ne croyons pas en la syndicalisation

2001 SCC 94 (CanLII)

was employed in the legislature's media kit on Bill 7, which stated that the agricultural sector "would have great difficulty adapting to the presence of unions". These troubling comments were made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA* and, as such, may have reflected the legislature's intention in enacting that statute.

de la ferme familiale » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100). Des propos semblables sont repris dans la pochette d'information sur le projet de loi 7 destinée à la presse, où on peut lire que le secteur agricole [TRADUCTION] « aurait beaucoup de difficulté à s'adapter à la présence de syndicats ». Ces observations troublantes s'adressaient aux députés de la législature provinciale avant le vote de la *LMLRTE* et, à ce titre, elles pouvaient traduire l'intention du législateur.

32 There are conflicting claims in this case concerning the meaning of the above comments and the light they shed on the intention of the legislature. On the one hand, the ambiguous use of the term "unionization" suggests that the legislature sought not only to exclude agricultural workers from the statutory incidents of striking and collective bargaining, but also to insulate Ontario's farms from the very presence of unions. Such an intention would, needless to say, run counter to the *Charter*'s guarantee of freedom of association. On the other hand, the fact that the *LRESLAA* pursues a collateral legislative objective, namely the protection of the family farm, makes it difficult to conclude without speculation that this protection was sought through the prevention of unionization *per se*. While my colleague L'Heureux-Dubé J. marshals compelling evidence to make this point, I remain struck by the fact that s. 3(*b*) of the *LRA* does not, on its face, prohibit agricultural workers from forming workers' associations, while it does bar them from all statutory labour relations schemes.

Le sens de ces observations et l'éclairage qu'elles apportent sur l'intention du législateur ont donné lieu à des arguments contradictoires. D'une part, l'utilisation ambiguë du mot « syndicalisation » semble indiquer que le législateur cherchait non seulement à exclure les travailleurs agricoles des grèves et des négociations collectives légales, mais aussi d'isoler les exploitations agricoles de l'Ontario de toute présence syndicale. Il va sans dire qu'une telle intention serait contraire à la garantie constitutionnelle de la liberté d'association. Par ailleurs, le fait que la *LMLRTE* poursuive un objectif législatif parallèle, la protection de l'exploitation agricole familiale, ne permet pas de conclure avec certitude que l'on cherchait à donner cette protection grâce à l'interdiction de la syndicalisation comme telle. Alors que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé fait appel à une preuve convaincante pour démontrer ce point, je demeure frappé par le fait que l'al. 3*b*) de la *LRT* n'interdit pas expressément aux travailleurs agricoles de former des associations syndicales, alors qu'ils les exclut de tout régime légal de relations de travail.

33 The difficulties of assessing legislative intent cannot be overemphasized. Such an assessment strikes at the heart of the rapport between the legislatures and the courts and, if undertaken lightly, can become a rather subjective process of induction. Moreover, the kind of evidence that is required to go behind the wording of a statute and make a finding of unconstitutional purpose is, understandably, not often available on the legislative record. On the facts of this case, therefore, I think it is more appropriate to focus on the effects of the impugned provisions, noting that some of

On ne peut jamais assez souligner les difficultés de l'évaluation de l'intention du législateur. Cette évaluation touche au cœur même des relations entre législatif et judiciaire, et, si elle est entreprise à la légère, elle peut devenir un processus d'induction assez subjectif. De plus, le type de preuve requis pour aller au-delà du libellé d'une loi et conclure que son objectif est inconstitutionnel n'est pas souvent fourni par les documents législatifs, pour des raisons évidentes. Vu les faits en l'espèce, je pense donc qu'il est plus approprié d'axer l'analyse sur l'effet des dispositions attaquées, mais je note que

2001 SCC 94 (CanLII)

the concerns raised by the above comments will inform the s. 1 analysis.

(b) *Effects of the Exclusion*

In their submissions before this Court, the appellants urged that because the statutory protections provided by the *LRA* were a necessary pre-condition for the formation of agricultural unions in Ontario, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* was to permanently foreclose this possibility and thus to violate s. 2(*d*) of the *Charter*. In response, the Attorney General adopted the position of Sharpe J. that *LRA* protection was an insufficient condition for the formation of agricultural unions and, more importantly, that any inability to form agricultural unions in Ontario stemmed from private, not state action. In my view, the appellants must prevail on this point. While the respondent rightly observes that the *Charter* does not apply to private actors, their argument assumes a rigid dichotomy between public and private action which, while appropriate in some contexts, belies the historical reality of agricultural labour relations. I conclude that the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is to violate s. 2(*d*) of the *Charter*.

The history of labour relations in Canada illustrates the profound connection between legislative protection and the freedom to organize. It may be suggested that legislative protection is so tightly woven into the fabric of labour relations that, while there is no constitutional right to protective legislation *per se*, the selective exclusion of a group from such legislation may substantially impact the exercise of a fundamental freedom. To illustrate this point, I find it necessary to make three observations about the appellants' exclusion from the *LRA*. First, the *LRA* is designed to safeguard the exercise of a fundamental freedom, rather than to provide a limited statutory entitlement to certain classes of citizens. Second, the appellants in this case are substantially incapable of exercising their fundamental freedom to organize without the protective regime, as indicated by the record filed before this Court. Third, the appellants' exclusion from the *LRA*

certaines préoccupations exprimées plus haut seront prises en compte dans l'analyse selon l'article premier.

b) *Effets de l'exclusion*

34 Devant notre Cour, les appelants ont fait valoir que, puisque les garanties prévues dans la *LRT* sont une condition préalable nécessaire à la constitution de syndicats agricoles en Ontario, l'al. 3*b*) de la *LRT* a pour effet d'exclure cette possibilité de manière permanente et contrevient donc à l'al. 2*d*) de la *Charte*. En réponse, le procureur général adopte le point de vue du juge Sharpe selon lequel la protection découlant de la *LRT* est une condition non suffisante pour la création de syndicats agricoles et, qui plus est, toute incapacité de créer des syndicats agricoles en Ontario résulte d'actes privés, et non d'un acte de l'État. À mon sens, il faut donner raison aux appelants sur ce point. Même si l'intimé fait observer à juste titre que la *Charte* ne n'applique pas au secteur privé, son argument suppose une stricte dichotomie entre l'action publique et l'action privée qui, bien qu'elle soit appropriée dans certains contextes, contredit la réalité historique des relations de travail dans le secteur agricole. Je conclus que l'al. 3*b*) de la *LRT*, par ses effets, viole l'al. 2*d*) de la *Charte*.

35 L'histoire des relations de travail au Canada illustre le lien profond entre protection légale et liberté syndicale. On peut soutenir que la protection légale est si étroitement imbriquée dans le tissu des relations de travail que, même s'il n'existe pas de droit constitutionnel à la protection légale comme telle, l'exclusion sélective d'un groupe de ce type de législation peut avoir des effets substantiels sur l'exercice d'une liberté fondamentale. Pour illustrer ce point, je dois faire trois observations concernant l'exclusion des appelants de la *LRT*. Premièrement, la *LRT* vise à protéger l'exercice d'une liberté fondamentale, et non à accorder un droit limité à certaines catégories de citoyens. Deuxièmement, les appelants en l'espèce sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer leur liberté fondamentale de se syndiquer en l'absence d'un régime de protection, comme l'indique le dossier présenté à notre Cour. Troisièmement, l'exclusion des appelants de

2001 SCC 94 (CanLII)

functions not simply to permit private interference with their fundamental freedoms, but to substantially reinforce such interferences. Central to all of these points, in my view, is that the freedom to organize constitutes a unique swatch in Canada's constitutional fabric, as difficult to exercise as it is fundamental, into which legislative protection is historically woven.

(i) The *LRA* is Designed to Safeguard the Exercise of the Fundamental Freedom to Associate

36 In assessing the appellant's claim for the repeal of s. 3(*b*) of the *LRA*, it is crucial to examine the essential ambition of the *LRA*. As numerous scholars have pointed out, the *LRA* does not simply enhance, but instantiates, the freedom to organize. The Act provides the only statutory vehicle by which employees in Ontario can associate to defend their interests and, moreover, recognizes that such association is, in many cases, otherwise impossible. This recognition is evident not only from the statute's protections against unfair labour practices, but from the express "right to organize" it inscribes in s. 5. At the same time, the activities for which the appellants seek protection antecede, at least notionally, the *LRA*'s enactment; as this Court held in *Delisle*, *supra*, "[t]he ability to form an independent association and to carry on [its] protected activities . . . exists independently of any statutory regime", even though the unprotected aspects of collective bargaining and the right to strike are creatures of statute (para. 33). What this means is that, while the inevitable effect of allowing this appeal may be to extend a statutory regime to agricultural workers, depending on the legislative response to this decision, the appellants are not seeking a constitutional "right" to inclusion in the *LRA*.

37 The freedom to organize lies at the core of the *Charter*'s protection of freedom of association. So central is this freedom to s. 2(*d*) that, during the legislative hearings preceding the *Charter*'s enactment, an express right to unionize was opposed on the grounds "that that is already covered in the freedom of association that is provided already

la *LRT* n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. Pour moi, le point essentiel de tous ces éléments est que la liberté syndicale est aussi difficile à exercer qu'elle est fondamentale, et qu'elle forme une pièce unique dans la toile constitutionnelle canadienne où l'histoire a tissé une protection légale.

(i) La *LRT* vise à protéger l'exercice de la liberté fondamentale d'association

Pour statuer sur la demande d'invalidation de l'al. 3*b*) de la *LRT*, il est crucial d'examiner l'objectif essentiel de cette loi. De nombreux experts ont souligné que la *LRT* ne fait pas que favoriser la liberté syndicale, mais elle lui donne effet. La loi est le seul instrument législatif permettant aux employés en Ontario de s'associer pour défendre leurs intérêts et, de plus, elle reconnaît que, dans bien des cas, pareille association est par ailleurs impossible. Cela ressort non seulement de la protection que prévoit la loi contre les pratiques déloyales de travail, mais aussi du « droit de s'organiser » expressément inscrit à l'art. 5. En même temps, les activités dont les appelants demandent la protection existaient, du moins théoriquement, avant l'adoption de la *LRT*; comme notre Cour le dit dans *Delisle*, précité, « [l]a capacité de former une association indépendante et d'exercer [ses] activités protégées [. . .] existe en dehors de tout cadre législatif », même si les aspects non protégés de la négociation collective et du droit de grève tirent leur origine de la loi (par. 33). Cela signifie que, même si accueillir le présent pourvoi pourrait avoir pour effet d'étendre un régime légal aux travailleurs agricoles, selon ce que sera la réponse législative à cette décision, les appelants ne revendiquent pas de « droit » constitutionnel à l'inclusion dans la *LRT*.

La liberté syndicale est au cœur de la liberté d'association garantie par la *Charte*. Elle est si centrale à l'al. 2*d*) que, pendant les audiences qui ont précédé l'adoption de la *Charte*, le droit exprès de se syndiquer a été écarté pour le motif qu'il était [TRADUCTION] « couver[t] par les termes "libertés d'association", qui figurent dans la charte » (je

2001 SCC 94 (CanLII)

in . . . the *Charter*" (emphasis added) (see *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada*, Issue No. 43, January 22, 1981, at pp. 69-70 (Kaplan)). As recently as *Delisle*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. noted that "the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment" (para. 6 (emphasis in original)). These remarks echo those of Dickson C.J., who noted in the *Alberta Reference*, *supra*, that "[w]ork is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society" (p. 368) (see similarly, *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, *per* La Forest J., at p. 300; *Machtinger v. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 S.C.R. 986, at p. 1002; *Wallace v. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 S.C.R. 701, *per* Iacobucci J., at para. 95). Moreover, the importance of trade union freedoms is widely recognized in international covenants, as is the freedom to work generally. In my view, judicial recognition of these freedoms strengthens the case for their positive protection. It suggests that trade union freedoms lie at the core of the *Charter*, and in turn that legislation instantiating those freedoms ought not be selectively withheld where it is most needed.

By protecting the freedom to organize, s. 2(*d*) of the *Charter* recognizes the dynamic and evolving role of the trade union in Canadian society. In addition to permitting the collective expression of employee interests, trade unions contribute to political debate. At the level of national policy, unions advocate on behalf of disadvantaged groups and present views on fair industrial policy. These functions, when viewed globally, affect all levels of society and constitute "an important subsystem in a democratic market-economy system" (see K. Sugeno, "Unions as social institutions in democratic market economies" (1994), 133 *Int'l Lab. Rev.* 511, at p. 519). For these reasons, the notion that

souligne) (voir *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada*, Fascicule nº 43, le 22 janvier 1981, p. 69-70 (Kaplan)). Dans le récent arrêt *Delisle*, précité, le juge L'Heureux-Dubé fait observer que « la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi » (par. 6 (souligné dans l'original)). Sa remarque faisait écho à cette observation du juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité : « [l]e travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société » (p. 368) (voir dans le même sens *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, le juge La Forest, p. 300; *Machtinger c. HOJ Industries Ltd.*, [1992] 1 R.C.S. 986, p. 1002; *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701, le juge Iacobucci, par. 95). En outre, l'importance des libertés syndicales est largement reconnue dans les conventions internationales, tout comme la liberté de travailler en général. J'estime que la reconnaissance de ces libertés par les tribunaux renforce l'idée de protection positive. Cela indique que les libertés syndicales sont au cœur de la *Charte*, et que la loi qui leur donne effet ne devrait pas être sélectivement inapplicable là où elle est le plus nécessaire.

38

En protégeant la liberté syndicale, l'al. 2*d*) reconnaît la dynamique et l'évolution du rôle des syndicats dans la société canadienne. En plus de permettre l'expression collective des intérêts des travailleurs, les syndicats contribuent au débat politique. À l'échelle nationale, les syndicats prennent la défense de groupes défavorisés et donnent leur avis sur les politiques industrielles équitables. Considéré globalement, ce rôle atteint toutes les couches de la société et constitue une « partie intégrante d'une économie de marché démocratique » (voir K. Sugeno, « Les syndicats, institutions sociales dans les pays démocratiques à économie de marché » (1994), 133 *Rev. int. trav.* 561, p. 570).

2001 SCC 94 (CanLII)

minimum legislative protection cannot be extended to agricultural workers without extending full collective bargaining rights is misguided. Equally misguided is the notion that inherent difficulties in the formation of trade unions, or the fact that unions are in some cases experiencing a decline in membership, diminishes their social and political significance. On the contrary, unions remain core voluntary associations based on the principle of freedom of association.

C'est pourquoi l'idée qu'on ne peut donner la protection légale minimale aux travailleurs agricoles sans leur donner tous les droits de négociation collective est mal fondée. Est également mal fondée l'idée que les difficultés inhérentes à la création des syndicats ou, dans certains cas, la baisse du nombre d'adhérents diminuent l'importance sociale et politique des travailleurs agricoles. Au contraire, les syndicats demeurent des associations volontaires essentielles eu égard au principe de la liberté d'association.

(ii) Without the Protection of the *LRA*, Agricultural Workers Are Substantially Incapable of Exercising the Freedom to Associate

(ii) Sans la protection légale de la *LRT*, les travailleurs agricoles sont essentiellement dans l'incapacité d'exercer la liberté d'association

39 The fact that a regime aims to safeguard a fundamental freedom does not, of course, mean that exclusion from that regime automatically gives rise to a *Charter* violation. As I discussed in *Delisle*, *supra*, a group that proves capable of associating despite its exclusion from a protective regime will be unable to meet the evidentiary burden required of a *Charter* claim. In such a case, inclusion in a statutory regime cannot be said to safeguard, but rather to enhance, the exercise of a fundamental freedom. In this case, by contrast, the appellants contend that total exclusion from the *LRA* creates a situation whereby they are substantially incapable of exercising their constitutional right to associate. Needless to say, this claim must be assessed against the factual record provided by both the appellants and the respondents.

Le fait qu'un régime vise à protéger une liberté fondamentale ne veut évidemment pas dire que toute exclusion de ce régime est automatiquement une atteinte à la *Charte*. Comme je le dis dans *Delisle*, précité, le groupe qui réussit à s'associer malgré son exclusion d'un régime de protection ne peut s'acquitter de la charge de la preuve qui lui incombe pour établir l'atteinte à la *Charte*. Dans ce cas, l'inclusion dans le régime légal ne protège pas seulement, mais améliore, l'exercice d'une liberté fondamentale. En l'espèce, par contre, les appelants soutiennent que leur exclusion totale de la *LRT* crée une situation où ils sont essentiellement incapables d'exercer leur droit constitutionnel de s'associer. Il va sans dire que cette allégation doit être évaluée en fonction des faits établis tant par les appelants que par les intimés.

40 As a preliminary matter, the appellants state that the repeal of the *ALRA* by the *LRESLAA* caused the immediate demise of the first agricultural workers' union in Ontario. While this is an alluring argument, in my view it obscures the true substance of the appellants' claim. As discussed above, what is ultimately impugned in this case is not simply the repeal of the *ALRA*, but the combined effect of the *LRESLAA* and the *LRA*. This implicates the decades-long exclusion of agricultural workers from the labour relations regime, from the first enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*, until the repeal of the *ALRA* in 1995. The *LRESLAA* occupies only

À titre préliminaire, les appelants affirment que l'abrogation de la *LRTA* par la *LMLRTE* a entraîné la dissolution immédiate du premier syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Bien que l'argument soit séduisant, je trouve qu'il obscurcit la vraie prétention des appelants. Comme je le dis plus haut, ce n'est pas simplement l'abrogation de la *LRTA* qui est en cause, en définitive, mais l'effet combiné de la *LMLRTE* et de la *LRT*. Il s'agit de décennies d'exclusion des travailleurs agricoles du régime de relations de travail, depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* jusqu'à l'abrogation de la *LRTA* en 1995. La *LMLRTE* représente une petite

2001 SCC 94 (CanLII)

a small space in this history; it ought not prove decisive in this appeal.

Nonetheless, the appellants argue that notwithstanding the *ALRA*, they have no realistic chance of associating without the protection of the *LRA*. This is mainly because the *LRA* protects workers from common law inhibitions on organizing activity, as well as from employer practices designed to obstruct the formation of unions (see Arthurs, *supra*, at para. 431; International Labour Organization, Committee on Freedom of Association, Report No. 308, Case No. 1900, "Complaint against the Government of Canada (Ontario), presented by the Canadian Labour Congress (CLC)", *I.L.O. Official Bulletin*, vol. LXXX, 1997, Series B, No. 3, at paras. 145-46 and 187). Perhaps more broadly, the *LRA* is described by the intervener Canadian Labour Congress as having "regulated, structured and channelled" the method through which Canadian workers are able to organize, to the point where organizing a workers' association is "virtually synonymous" with unionizing under the legislative scheme. As just noted, the mere fact of exclusion from protective legislation is not conclusive evidence of a *Charter* violation; as I observed in *Delisle*, *supra*, RCMP officers had the strength to form employee associations in several provinces despite their exclusion from the *PSSRA* (para. 31). That being said, it is possible to draw a distinction between groups who are "strong enough to look after [their] interests without collective bargaining legislation" and those "who have no recourse to protect their interests aside from the right to quit" (see *Canadian Industrial Relations: The Report of the Task Force on Labour Relations* (1968), at paras. 253-54). As Canada's leading Task Force on Labour Relations recognized as early as 1968, agricultural workers fall into the latter category (para. 254). Not only have agricultural workers proved unable to form employee associations in provinces which deny them protection but, unlike the RCMP officers in *Delisle*, they argue that their relative status and lack of statutory protection all but guarantee this result. Distinguishing features of agricultural workers are their political impotence, their lack of resources to associate without state protection and their vulnerability to reprisal by their employers; as noted by Sharpe J., agricultural

partie seulement de l'histoire et ne devrait pas être décisive en l'espèce.

41 Quoi qu'il en soit, les appelants soutiennent que, abstraction faite de la *LRTA*, ils n'ont aucune possibilité réelle de s'associer sans la protection de la *LRT*, principalement parce que cette loi protège les travailleurs contre les interdictions de common law frappant les activités d'organisation, ainsi que contre les pratiques patronales s'opposant à la formation de syndicats (Arthurs, *op. cit.*, par. 431; Bureau international du Travail, Comité de la liberté syndicale, Rapport n^{o} 308, cas n^{o} 1900, « Plainte contre le gouvernement du Canada (Ontario) présentée par le Congrès du travail du Canada (CTC) », *Bulletin officiel du B.I.T.*, vol. LXXX, 1997, Série B, n^{o} 3, par. 145, 146 et 187). Plus largement peut-être, la *LRT* est décrite par l'intervenant le Congrès du travail du Canada comme ayant [TRADUCTION] « réglementé, structuré et orienté » la démarche par laquelle les travailleurs canadiens sont en mesure de s'organiser, à tel point que l'organisation d'une association de travailleurs est devenue [TRADUCTION] « presque synonyme » de syndicalisation dans le cadre du régime législatif. Je le répète, la simple exclusion d'un régime de protection n'est pas la preuve concluante d'une violation de la *Charte*; comme je le dis dans *Delisle*, précité, les agents de la GRC avaient la force voulue pour former des associations d'employés dans plusieurs provinces malgré leur exclusion de la *LRTFP* (par. 31). Cela étant, on peut faire une distinction entre les groupes qui sont « assez fort[s] pour défendre [leurs] intérêts sans le secours d'une législation en matière de négociation collective » et ceux « qui n'ont aucun moyen de protéger leurs intérêts, si ce n'est le droit d'abandonner leur emploi » (voir *Les relations du travail au Canada : Rapport de l'Équipe spécialisée en relations de travail* (1968), par. 253-254). Comme l'Équipe spécialisée en relations de travail l'a reconnu dès 1968, les travailleurs agricoles tombent dans la dernière catégorie (par. 254). Non seulement les travailleurs agricoles ont été incapables de former des associations dans les provinces qui leur refusent la protection mais, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, ils allèguent que leur statut relatif et l'absence de protection légale ne peuvent conduire qu'à un tel échec. Les travailleurs

2001 SCC 94 (CanLII)

workers are "poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility" (p. 216). Moreover, unlike RCMP officers, agricultural workers are not employed by the government and therefore cannot access the *Charter* directly to suppress an unfair labour practice (*Delisle*, at para. 32). It is no wonder, therefore, according to the appellants, that agricultural workers have failed to associate in any meaningful way in Ontario, while RCMP officers have successfully created independent employee associations in several provinces across Canada (*Delisle*, at para. 31).

agricoles n'ont ni pouvoir politique, ni ressources pour se regrouper sans la protection de l'État, et ils sont vulnérables face aux représailles patronales; comme le fait observer le juge Sharpe, les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d'emploi restreinte » (p. 216). En outre, contrairement aux agents de la GRC, les travailleurs agricoles ne sont pas des employés de l'État et ne peuvent donc pas invoquer directement la *Charte* pour mettre fin à une pratique déloyale de travail (*Delisle*, par. 32). Il n'est donc pas étonnant, selon les appelants, que les travailleurs agricoles n'aient pas réussi à s'associer de manière convaincante en Ontario, alors que les agents de la GRC ont réussi à former des associations indépendantes d'employés dans plusieurs provinces du Canada (*Delisle*, par. 31).

42 The validity of this claim will depend in part on how strict a definition of the word "unionize" this Court adopts. The respondent Fleming Chicks and the intervener Labour Issues Coordinating Committee both adopt a very strict definition, arguing that UFCW's involvement in this litigation proves that the *LRA* has not functioned to stifle union activity. This claim is disputed by the appellants' chief expert, Professor Judy Fudge, who notes that legislative protection is a necessary precondition for collective bargaining under Canadian labour relations legislation. As stated earlier in these reasons, it is only the right to associate that is at issue here, not the right to collective bargaining. Nevertheless, to suggest that s. 2(*d*) of the *Charter* is respected where an association is reduced to claiming a right to unionize would, in my view, make a mockery of freedom of association. The record shows that, but for the brief period covered by the *ALRA*, there has never been an agricultural workers' union in Ontario. Agricultural workers have suffered repeated attacks on their efforts to unionize. Conversely, in those provinces where labour relations rights have been extended to agricultural workers, union density is higher than in Ontario (see Statistics Canada, *Annual Report of the Minister of Industry, Science and Technology under the Corporations and Labour Unions Returns Act, Part II, Labour Unions* (1992),

Le bien-fondé de cet argument dépend en partie de la manière plus ou moins stricte dont notre Cour définit la « syndicalisation ». L'intimée Fleming Chicks et l'intervenant Labour Issues Coordinating Committee favorisent tous deux une définition très stricte et font valoir que la participation de TUAC au présent litige montre que la *LRT* n'a pas étouffé l'activité syndicale. Le principal expert des appelants, le professeur Judy Fudge, réfute cette allégation en soulignant que l'existence d'une protection législative est une condition préalable nécessaire à la négociation collective dans le cadre de la législation canadienne des relations du travail. Comme je le dis plus haut, le droit d'association est le seul en cause en l'espèce, et non le droit à la négociation collective. Néanmoins, ce serait dévaloriser totalement la liberté d'association que de prétendre que l'al. 2*d*) de la *Charte* est respecté lorsqu'une association en est réduite à revendiquer le droit de se syndiquer. Il ressort du dossier que, sauf pour la brève période couverte par la *LRTA*, il n'y a jamais eu de syndicat de travailleurs agricoles en Ontario. Leurs efforts de syndicalisation se sont heurtés à des attaques répétées. À l'inverse, dans les provinces où les droits en matière de relations de travail ont été étendus aux travailleurs agricoles, le taux de syndicalisation est plus élevé qu'en Ontario (voir Statistique Canada, *Rapport annuel du ministre de*

2001 SCC 94 (CanLII)

at pp. 38-41). The respondents do not contest this evidence, nor do they deny that legislative protection is absolutely crucial if agricultural workers wish to unionize. Indeed, to suggest otherwise would contradict a widespread consensus among Parliament and the provincial legislatures that without certain minimum protections, the somewhat limited freedom to organize itself would be a hollow freedom. For these reasons, I readily conclude that the evidentiary burden has been met in this case: the appellants have brought this litigation because there is no possibility for association as such without minimum statutory protection.

l'Industrie, des Sciences et de la Technologie présenté sous l'empire de la Loi sur les déclarations des personnes morales et des syndicats, Partie II, Syndicats ouvriers (1992), p. 38-41). Les intimés ne contestent pas cette preuve, pas plus qu'ils ne nient l'importance cruciale de la protection de la loi pour les travailleurs agricoles qui désirent se syndiquer. En fait, exprimer une opinion différente serait contraire au consensus général au sein du Parlement et des législatures provinciales selon lequel, sans certaines protections minimales, la liberté relativement limitée de s'organiser demeure un vœu pieux. C'est pourquoi je conclus sans hésiter qu'il a été satisfait à la charge de preuve : les appelants ont saisi les tribunaux parce qu'il n'y a aucune possibilité d'association comme telle sans un minimum de protection légale.

2001 SCC 94 (CanLII)

(iii) The Exclusion of Agricultural Workers from the *LRA* Substantially Reinforces the Inherent Difficulty in Exercising the Freedom to Associate

(iii) L'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* accroît considérablement la difficulté inhérente à l'exercice de la liberté d'association

Their freedom to organize having been substantially impeded by exclusion from protective legislation, it is still incumbent on the appellants to link this impediment to state, not just private action (see *Dolphin Delivery*, *supra*). On this point, the respondents argue that since agricultural workers are isolated, seasonal and relatively under-educated, this, along with the unfair labour practices of their employers, is what explains the difficulty in creating associations rather than the underinclusiveness of the legislation. On the other hand, the appellants argue that the above conditions are reinforced by legislation which fails to provide minimum protection of their freedom to organize and further isolates agricultural workers by excluding them from the general regime of labour relations.

43 Même si l'exclusion du régime de protection a substantiellement entravé l'exercice de leur liberté de s'organiser, les appelants doivent néanmoins établir un lien entre cette entrave et l'État, et non seulement avec un acte privé (voir *Dolphin Delivery*, précité). À cet égard, les intimés ont fait valoir que, puisque les travailleurs agricoles sont des travailleurs isolés, saisonniers et relativement peu instruits, ce sont ces conditions, combinées aux pratiques déloyales de leurs employeurs, qui expliquent leurs difficultés à constituer des associations, et non la portée limitative de la législation. Par contre, les appelants font valoir que la loi renforce les conditions précitées parce qu'elle n'apporte pas de protection minimum à leur liberté de s'organiser et qu'elle isole encore davantage les travailleurs agricoles en les excluant du régime général des relations de travail.

In my view, the appellants' argument must prevail. What the legislature has done by reviving the *LRA* is not simply allow private circumstances to subsist; it has reinforced those circumstances by excluding agricultural workers from the only available channel for associational activity (see *Vriend*,

44 À mon avis, l'argument des appelants doit prévaloir. En rétablissant la *LRT*, le législateur n'a pas simplement permis le maintien de conditions privées, il a renforcé ces conditions en excluant les travailleurs agricoles de leur seul accès à l'activité associative (voir *Vriend*, précité, par. 99-103).

supra, at paras. 99-103). The most poignant chapter in this legislative history, but by no means the decisive one, is the *LRESLAA*. Through this enactment, the Ontario government not only renewed its commitment to preventing agricultural unions from collective bargaining, but prohibited even the voluntary recognition of agricultural associations, whatever their attributes might be. At the same time, it must be presumed that the legislature understood the history of labour relations and remained of the view that a protective regime was essential to the exercise of freedom of association in this area.

45 The most palpable effect of the *LRESLAA* and the *LRA* is, in my view, to place a chilling effect on non-statutory union activity. By extending statutory protection to just about every class of worker in Ontario, the legislature has essentially discredited the organizing efforts of agricultural workers. This is especially true given the relative status of agricultural workers in Canadian society. In *Delisle*, *supra*, I linked RCMP officers' ability to associate to their relative status, comparing them with the armed forces, senior executives in the public service and judges. The thrust of this argument was that if the *PSSRA* sought to discourage RCMP officers from associating, it could not do so in light of their relative status, their financial resources and their access to constitutional protection. By contrast, it is hard to imagine a more discouraging legislative provision than s. 3(*b*) of the *LRA*. The evidence is that the ability of agricultural workers to associate is only as great as their access to legal protection, and such protection exists neither in statutory nor constitutional form. Moreover, agricultural workers already possess a limited sense of entitlement as a result of their exclusion from other protective legislation related to employment standards and occupational health and safety (see *Employment Standards Act Regulations*, R.R.O. 1990, Reg. 325, s. 3(1)(*i*), excluding most agricultural workers from Parts IV-VIII of the *Employment Standards Act*, R.S.O. 1990, c. E.14; *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1990, c. O.1, s. 3(2)). In this context, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to

Le chapitre le plus poignant de cette évolution législative, mais certainement pas le plus décisif, est la *LMLRTE*. Par cette loi, le gouvernement de l'Ontario a non seulement réitéré son engagement à interdire la négociation collective aux syndicats agricoles, mais il a également interdit la reconnaissance volontaire des associations agricoles, quels que soient leurs attributs. En même temps, il faut présumer que le législateur était au fait de l'histoire des relations de travail et demeurait d'avis qu'un régime de protection était essentiel à l'exercice de la liberté d'association dans ce secteur.

L'effet le plus manifeste de la *LMLRTE* et de la *LRT* est, à mon avis, de paralyser l'activité syndicale hors d'un cadre légal. En étendant la protection de la loi à presque toutes les catégories de travailleurs en Ontario, le législateur a essentiellement discrédité les efforts d'organisation des travailleurs agricoles. Cela est particulièrement vrai compte tenu du statut relatif des travailleurs agricoles dans la société canadienne. Dans *Delisle*, précité, j'établis un lien entre la capacité des agents de la GRC de s'associer et leur statut relatif, en les comparant aux membres des forces armées, aux hauts fonctionnaires et aux juges. L'idée centrale de cet argument est que si la *LRTFP* visait à dissuader les agents de la GRC de s'associer, elle ne pouvait atteindre cet objectif étant donné leur statut relatif, leurs ressources financières et leur accès à la protection constitutionnelle. À l'opposé, il est difficile d'imaginer une disposition législative plus dissuasive que l'al. 3*b*) de la *LRT*. La preuve montre que la capacité des travailleurs agricoles de s'associer est proportionnelle à la protection légale, et que cette protection ne leur est donnée ni par un texte législatif ni par la Constitution. De plus, à cause de leur exclusion d'autres régimes de protection (normes d'emploi, santé et sécurité au travail), les travailleurs agricoles ont un sens limité de leurs droits (voir *Règlements en application de la Loi sur les normes d'emploi*, R.R.O. 1990, Règl. 325, al. 3(1)*i*), excluant la plupart des travailleurs agricoles des parties IV à VIII de la *Loi sur les normes d'emploi*, L.R.O. 1990, ch. E.14; *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1990, ch. O.1, par. 3(2)). Dans ce contexte, l'al. 3*b*) de la *LRT* n'a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité

2001 SCC 94 (CanLII)

exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

Conversely, the didactic effects of labour relations legislation on employers must not be underestimated. It is widely accepted that labour relations laws function not only to provide a forum for airing specific grievances, but for fostering dialogue in an otherwise adversarial workplace. As P. Weiler has written, unionization introduces a form of political democracy into the workplace, subjecting employer and employee alike to the "rule of law" (see *Reconcilable Differences: New Directions in Canadian Labour Law* (1980), at pp. 31-32). In this context, the wholesale exclusion of agricultural workers from a labour relations regime can only be viewed as a stimulus to interfere with organizing activity. The exclusion suggests that workplace democracy has no place in the agricultural sector and, moreover, that agricultural workers' efforts to associate are illegitimate. As surely as *LRA* protection would foster the "rule of law" in a unionized workplace, exclusion from that protection privileges the will of management over that of the worker. Again, a contrast to *Delisle*, *supra*, is apposite: a government employer is less likely than a private employer to take exclusion from protective legislation as a green light to commit unfair labour practices, as its employees have direct recourse to the *Charter*.

For these reasons, I believe it is inappropriate for the Ontario Legislature to distance itself from the effects of the *LRA* and the *LRESLAA*. The enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943* reflected the legislature's awareness of employer unfair labour practices and its concomitant recognition that legislation was necessary to enable workers' freedom of association. The *Collective Bargaining Act, 1943* was enacted against a background of staunch resistance to the labour movement; in large part, it was intended to prevent discrimination against union members. In this context, the exclusion of an entire category of workers

existante de s'organiser, mais de créer précisément l'effet paralysant que j'ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

46 Inversement, il ne faut pas sous-estimer la valeur didactique d'une loi sur les relations de travail pour les employeurs. Il est largement reconnu que la législation du travail offre non seulement une tribune pour faire valoir des griefs précis, mais qu'elle favorise aussi le dialogue dans un milieu de travail conflictuel. Comme l'écrit P. Weiler, la syndicalisation établit une sorte de démocratie politique sur le lieu de travail, assujettissant l'employeur et l'employé à la « règle de droit » (voir *Reconcilable Differences : New Directions in Canadian Labour Law* (1980), p. 31-32). Dans ce contexte, l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles d'un régime de relations de travail ne peut être perçue que comme une incitation à entraver l'activité associative. L'exclusion donne à penser que la démocratie au travail n'a pas sa place dans le secteur agricole et, de plus, que les efforts d'association des travailleurs agricoles ne sont pas légitimes. Aussi certainement que la protection de la *LRT* favoriserait l'application de la « règle de droit » dans un lieu de travail syndiqué, l'exclusion du régime de protection revient à privilégier la volonté patronale par rapport à celle du travailleur. Encore une fois, il faut faire une distinction avec *Delisle,* précité : un employeur gouvernemental, dont les employés peuvent recourir directement à la *Charte*, est moins susceptible qu'un employeur privé de considérer l'exclusion du régime légal de protection comme l'autorisation de se livrer à des pratiques déloyales de travail.

47 Pour ces motifs, j'estime qu'il est inapproprié que la législature de l'Ontario prenne ses distances par rapport aux effets de la *LRT* et de la *LMLRTE*. L'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943* résultait de ce qu'elle était consciente de l'existence de pratiques déloyales de travail et reconnaissait qu'elle devait légiférer pour permettre aux travailleurs d'exercer leur liberté d'association. La *Collective Bargaining Act, 1943* a été adoptée dans un contexte d'opposition farouche au mouvement ouvrier et elle visait en grande partie à empêcher la discrimination contre les syndiqués. Dans ces circonstances, l'exclusion d'une catégorie entière

2001 SCC 94 (CanLII)

from the *LRA* can only be viewed as a foreseeable infringement of their *Charter* rights. It was obviously open to the respondents to argue that the legislature has since altered its view of the need for protective legislation and that the *LRA* is not even required for the majority of workers today. However, by reviving the exclusion in 1995 and providing time-limited protection against penalty and reprisal, the legislature clearly acknowledged otherwise (see *LRESLAA*, s. 81(1)). In essence, after recognizing agricultural workers' need for protection, the legislature made things more difficult for them by excluding them from the protective regime put in place in 1943. For these reasons, the respondents cannot claim that circumstances have changed substantially since the enactment of the *Collective Bargaining Act, 1943*; rather, it can only justify the exclusion of agricultural workers on the basis of collateral concerns such as the protection of the family farm and the need to maintain a competitive agricultural sector — issues which, needless to say, must be considered under s. 1 of the *Charter*.

48 In sum, I believe it is reasonable to conclude that the exclusion of agricultural workers from the *LRA* substantially interferes with their fundamental freedom to organize. The inherent difficulties of organizing farm workers, combined with the threats of economic reprisal from employers, form only part of the reason why association is all but impossible in the agricultural sector in Ontario. Equally important is the message sent by s. 3(*b*) of the *LRA*, which delegitimizes associational activity and thereby ensures its ultimate failure. Given these known and foreseeable effects of s. 3(*b*), I conclude that the provision infringes the freedom to organize and thus violates s. 2(*d*) of the *Charter*.

B. *Section 1*

49 Having established a violation of s. 2(*d*) of the *Charter*, the question arises as to whether exclusion from the *LRA* constitutes a reasonable limit on agricultural workers' freedom to organize. In this regard, s. 1 of the *Charter* obliges the respondents, as the

de travailleurs de la *LRT* ne peut être assimilée qu'à une atteinte prévisible aux droits garantis par la *Charte*. Les intimés pouvaient bien sûr faire valoir que le législateur a depuis lors changé d'avis quant à la nécessité d'un régime légal de protection et que la *LRT* n'est même plus nécessaire de nos jours pour la majorité des travailleurs. Cependant, en faisant revivre l'exclusion en 1995 et en prévoyant une protection limitée dans le temps contre les peines et les représailles, le législateur a clairement manifesté le contraire (voir *LMLRTE*, par. 81(1)). Pour l'essentiel, après avoir reconnu le besoin de protection des travailleurs agricoles, le législateur a aggravé leur situation en les excluant du régime de protection en place en 1943. C'est pourquoi les intimés ne peuvent prétendre que la situation a beaucoup changé depuis l'adoption de la *Collective Bargaining Act, 1943*; en réalité, ils ne peuvent justifier l'exclusion des travailleurs agricoles que par des considérations accessoires, comme la protection de la ferme familiale et la nécessité de maintenir la compétitivité du secteur agricole — des éléments qui, bien sûr, doivent être examinés en fonction de l'article premier de la *Charte*.

En résumé, j'estime qu'il est raisonnable de conclure que l'exclusion des travailleurs agricoles de la *LRT* porte substantiellement atteinte à leur liberté fondamentale de s'organiser. Les difficultés inhérentes à l'organisation des travailleurs agricoles, de pair avec le risque de représailles financières de la part de l'employeur, n'expliquent qu'en partie l'impossibilité d'association dans le secteur agricole en Ontario. Tout aussi important est le message que transmet l'al. 3*b*) de la *LRT*, qui retire à l'activité associative sa légitimité et assure ultimement son échec. Vu ces effets connus et prévisibles de l'al. 3*b*), je conclus que la disposition porte atteinte à la liberté d'association et, par conséquent, à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

B. *L'article premier*

Une fois établie l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*, se pose la question de savoir si l'exclusion de la *LRT* restreint la liberté syndicale des travailleurs agricoles dans des limites qui sont raisonnables. À cet égard, l'article premier de la *Charte* oblige les

2001 SCC 94 (CanLII)

parties seeking to uphold the limitation, to establish both that the objective underlying the limitation is of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom, and that the means chosen to reach this objective are proportionate (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-39). This analysis must be undertaken with a close attention to the factual and social context surrounding the enactment of the *LRA*; as I noted in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 87, "context is the indispensable handmaiden to the proper characterization of the objective of the impugned provision, to determining whether that objective is justified, and to weighing whether the means used are sufficiently closely related to the valid objective so as to justify an infringement of a *Charter* right". The contextual factors established in *Thomson Newspapers* and subsequent cases will prove especially helpful at the minimum impairment stage of the s. 1 analysis.

(1) Sufficiently Important Objective

According to settled s. 1 jurisprudence, the respondents must establish that the objectives of the infringing measures, in this case s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA*, "are of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom" (*Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 352). The appellants argue that these objectives must be those "that originally motivated the government action in question", and that "[t]he exclusion contained in the 1943 Act simply followed the approach taken in the U.S. *Wagner Act* which had excluded agricultural workers on racial grounds". In support of this view, the appellants note that at the time the *Wagner Act* was enacted, agricultural workers in the American South were predominantly Black and, due to their alienation from the political process, were unable to prevail over the will of powerful Southern Democrats. In my view, this argument confuses the objective underlying the passage of the 1943 Act with the social and political factors surrounding its enactment. While it may be that Southern Democrats held the balance of power at the time the *Wagner Act* was enacted, and further that the majority of agricultural workers lacked

intimés, en tant que parties recherchant le maintien de la restriction, à prouver à la fois que l'objectif qui sous-tend cette restriction revêt une importance suffisante pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution, et que le moyen retenu pour atteindre cet objectif est proportionné (voir *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 136-139). Dans cette analyse, il faut porter une grande attention au contexte factuel et social dans lequel la *LRT* a été adoptée; comme je le signale dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 87, « le contexte est l'indispensable support qui permet de bien qualifier l'objectif de la disposition attaquée, de décider si cet objectif est justifié et d'apprécier si les moyens utilisés ont un lien suffisant avec l'objectif valide pour justifier une atteinte à un droit garanti par la *Charte* ». Les facteurs contextuels énoncés dans *Thomson Newspapers* et des arrêts postérieurs seront particulièrement utiles à l'étape atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

(1) Objectif suffisamment important

50

Suivant la jurisprudence de l'article premier, les intimés doivent établir que les objectifs des mesures attentatoires, en l'occurrence l'art. 80 de la *LMLRTE* et l'al. 3*b*) de la *LRT*, « sont suffisamment importants pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution » (*Big M Drug Mart*, précité, p. 352). Les appelants font valoir que ces objectifs doivent être ceux [TRADUCTION] « qui ont initialement incité le gouvernement à prendre la mesure en cause » et que « [l']exclusion prévue dans la loi de 1943 s'inspirait simplement de la *Loi Wagner* des États-Unis, qui excluait les travailleurs agricoles pour des motifs raciaux ». À l'appui de cette opinion, ils soulignent qu'à l'époque de l'adoption de la *Loi Wagner*, les travailleurs agricoles du sud des États-Unis, étaient majoritairement de race noire et n'étaient pas, du fait de leur marginalisation politique, en mesure d'infléchir la volonté des puissants démocrates du sud. À mon sens, cet argument confond l'objectif de la loi de 1943 avec le contexte social et politique de son adoption. Même si l'on peut prétendre que les démocrates du sud détenaient la balance du pouvoir au moment de l'adoption de la *Loi Wagner*

2001 SCC 94 (CanLII)

access to the political process on account of their race, this does not prove that these workers were excluded "on racial grounds". What it establishes, rather, is that the "administrative reasons" cited for excluding agricultural workers were accepted without debate because the workers themselves lacked an effective political voice. While this undoubtedly taints the legacy of the *Wagner Act* and the *LRA*, it does not alter the apparent policy objectives underlying the exclusion of agricultural workers.

51 The respondent Attorney General for Ontario proffers two broad objectives in this case, no doubt designed to avert the suggestion that its objectives have shifted since the 1943 Act:

(1) to recognize the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with legislated collective bargaining; and

(2) to further the purpose of the *LRA* by extending legislated collective bargaining only to fields of employment where the Act's purposes can be realized.

While it is widely recognized that certain occupations may, in certain cases, be incompatible with collective bargaining, the judiciary and some essential services, for example, it is less certain that agricultural workers fall into this category. The Attorney General tenders extensive affidavit evidence on this point, arguing that the prevalence of the "family farm" and the vulnerability of the agricultural production process militate against legislated collective bargaining. For their part, the appellants maintain that the family farm no longer typifies Ontario agriculture and that the vulnerability of the agricultural production process, assuming it exists, does not militate against legislated collective bargaining. This discussion is however somewhat irrelevant in that the breach of the right of association does not extend to collective bargaining. What the government of Ontario must justify with regard to this appeal is its

et, en outre, que la majorité des travailleurs agricoles n'avaient pas accès au processus politique à cause de leur race, cela ne prouve pas que ces travailleurs étaient exclus « pour des motifs raciaux ». Cela prouve plutôt que les « raisons administratives » invoquées pour justifier l'exclusion des travailleurs agricoles ont été acceptées sans débat parce que les travailleurs eux-mêmes n'étaient pas véritablement représentés sur la scène politique. Même si ces éléments entachent incontestablement l'héritage de la *Loi Wagner* et de la *LRT*, cela ne change rien aux objectifs généraux qui paraissent sous-tendre l'exclusion des travailleurs agricoles.

Le procureur général de l'Ontario, intimé, avance deux objectifs généraux en l'espèce, dans le but manifeste de parer l'allégation que les objectifs ont changé depuis la loi de 1943 :

(1) reconnaître les caractéristiques uniques de l'agriculture de l'Ontario et l'incompatibilité qui en résulte avec un régime légal de négociation collective et

(2) réaliser l'objet de la *LRT* en établissant un régime légal de négociation collective dans les seuls secteurs d'emploi où les objectifs de la loi peuvent être atteints.

Même s'il est généralement admis que certains domaines d'emploi peuvent, dans certains cas, ne pas se prêter à la négociation collective, comme le domaine judiciaire et certains services essentiels, on peut douter que ce soit le cas du travail agricole. Le procureur général offre à cet égard une volumineuse preuve par affidavits, faisant valoir que la prédominance de la « ferme familiale » et la vulnérabilité du processus de production agricole militent contre l'instauration d'un régime légal de négociation collective. Pour leur part, les appelants soutiennent que la ferme familiale ne caractérise plus l'agriculture de l'Ontario et que la vulnérabilité du processus de production agricole, si elle existe, ne milite pas contre l'établissement d'un régime légal de négociation collective. Le débat est un peu oiseux puisque la violation du droit d'association ne touche pas la négociation collective. Ce que le gouvernement de l'Ontario doit justifier, dans le pourvoi, est l'entrave

2001 SCC 94 (CanLII)

substantial interference with the right to form agricultural associations.

Judging from the parties' evidence, I am satisfied both that many farms in Ontario are family-owned and -operated, and that the protection of the family farm is a pressing enough objective to warrant the infringement of s. 2(*d*) of the *Charter*. The fact that Ontario is moving increasingly towards corporate farming and agribusiness does not, in my view, diminish the importance of protecting the unique characteristics of the family farm; on the contrary, it may even augment it. Perhaps more importantly, the appellants do not deny that the protection of the family farm is, at least in theory, an admirable objective. The choice to "pursue the pastoral path" implies a unique and non-commercial way of life; this way of life is entitled, according to many, to the same level of protection as "that which prevails in our factories and office buildings" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code* (1987), at p. 91). If providing this protection means restraining the activities of those who would interfere with that choice, the appropriate response is not to deny the protection, however, but to balance these interests against one another. Such balancing, in my view, is the essence of s. 1 of the *Charter* (see *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC 2, at para. 97). As Professor Beatty puts it, at p. 91, "the freedom of those who choose to experience their lives in such non-commercial, self-sustaining ways may justify restraining the freedom of others who would wish to associate with them in a way which would threaten or deny them the opportunity to realize their choice".

With respect to the economic rationale, I disagree with the appellants that "[t]he Government has provided no evidence that the Ontario agricultural sector is in a fragile competitive position or that it is likely to be substantially affected by small changes in the cost and operating structure of Ontario farming". The Attorney General notes that agriculture occupies a volatile and highly competitive part of the private sector economy, that it experiences disproportionately thin profit margins and that its seasonal character makes it

substantielle à l'exercice du droit de former des associations agricoles.

52 La preuve en l'espèce me convainc à la fois qu'il existe en Ontario de nombreuses fermes dont la propriété et l'exploitation revêtent un caractère familial; et que la protection de ce caractère familial est un objectif suffisamment urgent pour justifier l'atteinte à l'al. 2*d*) de la *Charte*. Le fait que l'Ontario s'oriente de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie ne diminue pas, à mon avis, l'importance de protéger les caractéristiques uniques de la ferme familiale; au contraire, il peut même l'accroître. De plus, les appelants ne nient pas que la protection de la ferme familiale soit, du moins en théorie, un objectif louable. Le choix de [TRADUCTION] « persévérer dans la voie pastorale » implique un mode de vie unique et non commercial; selon beaucoup, ce mode de vie mérite la même protection [TRADUCTION] « que l'usine ou le bureau » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 91). Si fournir cette protection signifie restreindre les activités de ceux qui compromettraient ce choix, la réaction appropriée n'est pas de refuser la protection, mais de soupeser les intérêts des uns et des autres. Cette pondération, à mon sens, participe de l'essence même de l'article premier de la *Charte* (voir *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, 2001 CSC 2, par. 97). Comme le dit le professeur Beatty, p. 91, [TRADUCTION] « la liberté des personnes qui privilégient le non-commercial et l'autosuffisance peut justifier de restreindre la liberté des personnes qui souhaiteraient s'associer à elles d'une manière susceptible de menacer ou de nier ce choix ».

53 En ce qui concerne la justification économique, je ne partage pas l'avis des appelants selon lequel [TRADUCTION] « [l]e gouvernement n'a aucunement établi que le secteur agricole ontarien est dans une situation concurrentielle précaire ou qu'il pourrait être touché substantiellement par des modifications minimes de la structure des coûts et de l'exploitation ». Le procureur général note que l'agriculture est un secteur volatile et hautement concurrentiel de l'économie privée, que ses marges de profit sont disproportionnellement minces et que

2001 SCC 94 (CanLII)

particularly vulnerable to strikes and lockouts. Moreover, these characteristics were readily accepted by the Task Force leading to the adoption of the *ALRA*, which recommended a system of compulsory arbitration in order to guard against the economic consequences of strikes and lockouts (see Task Force on Agricultural Labour Relations (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (November 1992), at pp. 2 and 7). Whether such a recommendation is more constitutionally reasonable than a wholesale exclusion of agricultural workers is, in my view, an issue of proportionality rather than pressing and substantial objective. In other words, accepting the importance of protecting the family farm and ensuring farm productivity, the crucial question is whether the total exclusion of agricultural workers from the *LRA* is (1) a rational way of achieving this objective, (2) a measured response to this objective, and (3) not so severe in its effects that the *Charter* breach outweighs the objective's importance (*Oakes*, *supra*).

(2) Proportionality

(a) *Rational Connection*

54 At this stage, the question is whether a wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is carefully tailored to meet its stated objectives. Put differently, can the formation of agricultural unions rationally be regarded as a threat to the unique characteristics of Ontario's agriculture? Or conversely, does a regime which substantially impedes the right to form agricultural unions advance the cause articulated by the Attorney General? In my view, the Attorney General has demonstrated that unionization involving the right to collective bargaining and to strike can, in certain circumstances, function to antagonize the family farm dynamic. The reality of unionization is that it leads to formalized labour-management relationships and gives rise to a relatively formal process of negotiation and dispute resolution; indeed, this may well be its principal advantage over a system of informal industrial relations. In this context, it is reasonable

son caractère saisonnier la rend particulièrement vulnérable aux grèves et aux lock-out. En outre, ces caractéristiques ont été reconnues d'emblée par le Groupe d'étude à l'origine de la *LRTA*, qui a recommandé un système d'arbitrage obligatoire pour parer aux conséquences financières des grèves et des lock-out (voir *Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole* (Ontario), *Second Report to the Minister of Labour* (novembre 1992), p. 2 et 7). À mon avis, la question de savoir si une telle recommandation est plus raisonnable sur le plan constitutionnel que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles relève davantage de la proportionnalité que de l'existence d'un objectif urgent et réel. Autrement dit, une fois reconnue l'importance de protéger la ferme familiale et d'assurer la productivité du secteur agricole, la question cruciale est de savoir si l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (1) est un moyen rationnel d'atteindre cet objectif, (2) une mesure proportionnée à cet objectif et (3) n'a pas de répercussions graves au point que l'atteinte à la *Charte* l'emporte sur l'importance de l'objectif (*Oakes*, précité).

(2) Proportionnalité

a) *Lien rationnel*

À cette étape, il faut déterminer si l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* est une mesure soigneusement conçue pour atteindre les objectifs explicites de cette loi. En d'autres termes, la formation de syndicats agricoles peut-elle rationnellement être considérée comme une menace pour les caractéristiques uniques de l'agriculture ontarienne? Ou à l'inverse, un régime qui entrave considérablement le droit de former des syndicats agricoles fait-il progresser la cause défendue par le procureur général? À mon avis, ce dernier a établi que, dans certains cas, la syndicalisation comportant le droit de négociation collective et le droit de grève peut rendre conflictuelle la dynamique de la ferme familiale. Dans les faits, la syndicalisation fait naître des rapports formels entre employés et employeurs et donne lieu à un processus relativement formel de négociation et de règlement des différends; c'est d'ailleurs peut-être là son

2001 SCC 94 (CanLII)

to speculate that unionization will threaten the flexibility and cooperation that are characteristic of the family farm and distance parties who are otherwise, to use the respondent's words, "interwoven into the fabric of private life" on the farm. That said, I hasten to add that this concern ought only be as great as the extent of the family farm structure in Ontario and that it does not necessarily apply to the right to form an agricultural association. In cases where the employment relationship is formalized to begin with, preserving "flexibility and co-operation" in the name of the family farm is not only irrational, it is highly coercive. The notion that employees should sacrifice their freedom to associate in order to maintain a flexible employment relationship should be carefully circumscribed, as it could, if left unchecked, justify restrictions on unionization in many sectors of the economy.

Even less convincing than Ontario's family farm policy, in my view, is a policy of denying the right of association to agricultural workers on economic grounds. While this may be a rational policy in isolation, it is nothing short of arbitrary where collective bargaining rights have been extended to almost every other class of worker in Ontario. The reality, as acknowledged by all parties to this appeal, is that many industries experience thin profit margins and unstable production cycles; this may be due to unpredictable and time-sensitive weather conditions, as in the case of agriculture, or to other factors such as consumer demand and international competition. In my view, it would be highly arbitrary to accept this reasoning in respect of almost every industry in Ontario, only to extend it in respect of vulnerable agricultural workers to the point of denying them the right to associate. As Professor Beatty has written, "[i]f indeed collective bargaining increases the costs of labour to the overall detriment of society, then our legislators should repeal the legislation in its entirety rather than selectively exclude those most in need of its protection" (Beatty, *supra*, at p. 90). I conclude that the respondents have not

principal avantage sur un système de relations de travail informelles. Dans ce contexte, il est raisonnable de craindre que la syndicalisation compromette la souplesse et la collaboration caractéristiques de la ferme familiale et éloigne des personnes qui sont par ailleurs, selon l'intimé, [TRADUCTION] « interdépendantes dans la vie privée » à la ferme. Cela dit, je m'empresse d'ajouter que cette inquiétude ne devrait pas déborder le cadre de l'exploitation agricole familiale en Ontario et qu'elle ne touche pas nécessairement le droit de former une association agricole. Lorsque les relations de travail sont déjà formelles, préserver la souplesse et la collaboration au nom d'un mode d'exploitation familial est non seulement irrationnel, mais aussi hautement coercitif. L'idée que des employés devraient renoncer à leur liberté de s'associer afin de préserver la souplesse des relations de travail devrait être soigneusement circonscrite car elle pourrait, en l'absence de balises, justifier la restriction de la syndicalisation dans de nombreux secteurs économiques.

55

À mon avis, la justification économique de la négation du droit des travailleurs agricoles de s'associer est encore moins convaincante que la politique de préservation de la ferme familiale. Bien que, considérée isolément, elle puisse être rationnelle, elle est totalement arbitraire dans un contexte où le droit de négociation collective est accordé à presque toutes les autres catégories de travailleurs en Ontario. Toutes les parties au pourvoi reconnaissent qu'en réalité de nombreux secteurs d'activité ont des marges de profit minimes et des cycles de production instables; cela peut être imputable à l'imprévisibilité et à la variabilité des conditions météorologiques, comme en agriculture, ou à d'autres facteurs comme la demande du consommateur et la concurrence internationale. Selon moi, il serait extrêmement arbitraire de reconnaître la justesse de ce raisonnement pour la quasi-totalité des secteurs d'activité en Ontario, mais de l'appliquer aux travailleurs agricoles vulnérables au point de leur refuser le droit de s'associer. Comme l'écrit Beatty, [TRADUCTION] « [s]i effectivement la négociation collective accroît le coût de la main-d'œuvre au détriment général de la société, le législateur devrait alors abroger la législation en totalité

2001 SCC 94 (CanLII)

met the onus of proof with regard to the economic rationale.

(b) *Minimum Impairment*

56 The next issue is whether recognizing the unique characteristics of Ontario agriculture and its resulting incompatibility with the formation of agricultural associations as a reasonable minimum justifies the complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The *LRA* excludes all persons "employed in agriculture, hunting or trapping" from its application, defining agriculture as "farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation" (see *LRA*, s. 1(1)). This provision has been broadly interpreted by Ontario's Labour Relations Board, albeit with some reluctance and interpretive difficulty. In *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, for example, a majority of the board denied *LRA* certification to the employees of a mushroom factory, even though the actual growing of the mushrooms took place within a single-storey concrete block building. The majority of the board recognized that the employer's operation did "not differ in any material respect from a typical manufacturing plant", but it concluded that the growing of mushrooms constituted an agricultural activity in the ordinary sense of the term (p. 819). In other cases, the board has denied *LRA* protection to stationary engineers employed at a greenhouse, truck drivers hired to transport chickens and employees of a chicken hatchery (see *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58; *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860; *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, application for judicial review dismissed (1988), 66 O.R. (2d) 284 (Div. Ct.), aff'd (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 5;

au lieu d'exclure sélectivement ceux qui ont le plus besoin de sa protection » (Beatty, *op. cit.*, p. 90). Je conclus que les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de la preuve de la justification économique.

b) *Atteinte minimale*

La question qui se pose ensuite est de savoir si la reconnaissance des caractéristiques uniques de l'agriculture ontarienne et de l'incompatibilité qui en résulte avec la formation d'associations agricoles justifie, comme restriction minimale raisonnable, l'exclusion complète des travailleurs agricoles de la *LRT*. Cette loi ne s'applique pas « à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage », et elle définit l'agriculture comme étant « tous ses domaines d'activité, notamment la production laitière, l'apiculture, l'aquiculture, l'élevage du bétail, dont l'élevage non traditionnel, l'élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l'érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d'une exploitation agricole » (*LRT*, par. 1(1)). Cette disposition a été interprétée de manière extensive par la Commission des relations de travail de l'Ontario, bien qu'avec une certaine réticence et des difficultés d'interprétation. Par exemple, dans *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, la majorité des commissaires a refusé l'accréditation d'un syndicat regroupant les employés d'une champignonnière sur le fondement de la *LRT*, même si la culture des champignons comme telle se faisait à l'intérieur d'un bâtiment d'un seul étage en blocs de béton. La majorité a reconnu que l'entreprise de l'employeur [TRADUCTION] « ne différait pas, sous aucun aspect important, d'une véritable usine de fabrication » (p. 819), mais elle a conclu que la culture de champignons était une activité agricole au sens ordinaire du terme. Dans d'autres cas, la Commission a refusé la protection de la *LRT* à des opérateurs de machines fixes travaillant dans une serre, à des camionneurs faisant le transport de poulets et aux employés d'un couvoir (voir *Calvert-Dale Estates Ltd.*, [1971] O.L.R.B. Rep. Feb. 58, *Spruceleigh Farms*, [1972] O.L.R.B. Rep. Oct. 860, *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468,

2001 SCC 94 (CanLII)

see also, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at pp. 6-49 and 6-50).

The Attorney General claims, rightly in my view, that to exclude a given occupation from the *LRA* "involves a weighing of complex values and policy considerations that are often difficult to balance" and that this balancing "will in large part depend upon the particular perspective, priorities, views, and assumptions of the policy makers, as well as the political and economic theory to which they subscribe". Similar statements have been made about labour relations generally, which have been described as "an extremely sensitive subject" premised on "a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other" (*Alberta Reference*, *supra*, *per* McIntyre J., at p. 414). Policy choices are based on value judgments. This Court will only interfere with such choices where a more fundamental value is at stake and where it is apparent that a free and democratic society cannot permit the policy to interfere with the right in the circumstances of the case. The basis for the policy choice must be questioned strictly. It is not the motive of the legislature that is at issue, but the foundation for its policy. What is justified is that which is based on a general public purpose, is practically necessary and has a rational basis that can be supported after a normative evaluation of the area of intervention. Given the delicate balance between interests that is required here, as well as the added complexity of protecting the character of the family farm, one might be tempted to conclude that a wide margin of deference is owed to the enacting legislature when applying the minimum impairment test (see *Thomson Newspapers*, *supra*, at paras. 111-15). However, as outlined in *Thomson Newspapers*, political complexity is not the deciding factor in establishing a margin of deference under s. 1. Rather, the margin will vary according to whether legislature has (1) sought a balance between the interests of competing groups, (2) defended a vulnerable group with a subjective

demande de contrôle judiciaire rejetée (1988), 66 O.R. (2d) 284 (C. div.), conf. par (1989), 70 O.R. (2d) 179 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 5; voir aussi, G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49 et 6-50).

57

Le procureur général fait valoir, à juste titre selon moi, qu'avant de soustraire un domaine d'activité à la *LRT*, [TRADUCTION] « il faut soupeser des valeurs et des considérations de principe complexes souvent difficiles à mettre en équilibre », et que cette pondération « dépend largement de la perspective, des priorités, des opinions et des hypothèses particulières du décideur, ainsi que de la théorie politique et économique à laquelle il adhère ». Des observations semblables ont été formulées concernant le droit du travail en général, un « sujet [. . .] extrêmement délicat » fondé sur « un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante » (*Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, le juge McIntyre, p. 414). Les choix politiques s'appuient sur des jugements de valeur. Notre Cour n'intervient dans ces choix que lorsqu'une valeur plus fondamentale est en jeu et qu'il appert qu'une société libre et démocratique ne peut tolérer que la politique compromette l'exercice du droit dans les circonstances de l'espèce. Le fondement du choix politique doit faire l'objet d'un contrôle strict. Ce n'est pas la motivation du législateur qui est en cause, mais le fondement de sa politique. Ce qui est justifié est ce qui est fondé sur l'intérêt public en général, ce qui est nécessaire en pratique et ce qui a un fondement rationnel qui résiste à l'évaluation normative du champ d'intervention. Vu l'équilibre délicat à trouver en l'espèce entre les intérêts en jeu, ainsi que la difficulté supplémentaire que comporte la protection de l'exploitation agricole familiale, on peut être tenté de conclure qu'il y a lieu de déférer largement au législateur sur la question de l'atteinte minimale (voir *Thomson Newspapers*, précité, par. 111-115). Cependant, notre Cour précise dans cet arrêt que la difficulté politique n'est pas un facteur décisif lorsqu'il s'agit de déterminer le degré de déférence aux fins de l'article premier. Le degré de déférence variera selon que le législateur (1) a soupesé les

2001 SCC 94 (CanLII)

apprehension of harm, (3) chosen a remedy whose effectiveness cannot be measured scientifically, and (4) suppressed an activity whose social or moral value is relatively low. In my view, these factors on the whole favour a strict application of the minimum impairment test in the context of this appeal.

58 In *Delisle*, *supra*, Cory and Iacobucci JJ. applied the above factors to a provision much like the one impugned in this case, concluding that "none of the contextual factors discussed by Bastarache J. in *Thomson Newspapers* favours an exercise of deference to the legislature" (para. 128 (emphasis in original)). In my view, this analysis should be applied to this case with two minor exceptions. With respect to the second factor, the vulnerable group at issue in this case is a constituency of family farmers whose unique way of life stands to be jeopardized by collective bargaining legislation. This suggests that the margin of deference ought to be widened, although I hasten to add that the appellants also represent a vulnerable group worthy of legislative protection. The third factor yields a similarly ambiguous result. On the one hand, there is no concrete evidence to refute the conclusion that totally excluding agricultural workers from the *LRA* achieves the legislature's objectives. Nor is there any scientific way of measuring whether the formation of agricultural unions undermines the family farm lifestyle. However, one can surely draw on statistical evidence, as both parties have in this case, to determine the prevalence of the family farm in Ontario. Given the centrality of this issue to the respondents' case, it would be inappropriate to accord deference to the legislature and avoid evaluating their statistical claims.

59 With this in mind, I turn to the question of whether the legislature has impeded the appellants' associational activity more than is reasonably necessary to achieve its stated objectives. The Attorney General makes three arguments in defence of its policy: first, that unionization is not appropriate for the "vast majority" of Ontario agricultural

intérêts des groupes opposés, (2) a défendu un groupe vulnérable ayant une crainte subjective de préjudice, (3) a opté pour une mesure dont l'efficacité ne peut être évaluée scientifiquement et (4) a supprimé une activité dont la valeur sociale ou morale est relativement minime. J'estime que, dans l'ensemble, ces facteurs militent en faveur d'une application stricte du critère de l'atteinte minimale dans le contexte du présent pourvoi.

Dans *Delisle*, précité, les juges Cory et Iacobucci appliquent ces facteurs à une disposition assez semblable à celle en l'espèce et concluent qu'« aucun des facteurs contextuels analysés par le juge Bastarache dans *Thomson Newspapers* ne favorise la retenue judiciaire envers le législateur » (par. 128 (souligné dans l'original)). Je suis d'avis d'appliquer cette analyse en l'espèce, sous réserve de deux exceptions mineures. Sur le deuxième facteur, le groupe vulnérable est un ensemble d'agriculteurs familiaux dont le mode d'existence unique risque d'être compromis par le régime légal de négociation collective. Cela mériterait un degré plus élevé de déférence, mais je m'empresse d'ajouter que les appelants constituent aussi un groupe vulnérable digne de la protection du législateur. Le troisième facteur donne également lieu à un résultat ambigu. D'une part, aucune preuve concrète ne réfute la conclusion que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet de réaliser les objectifs du législateur. Il n'existe pas non plus de moyens scientifiques de déterminer si la création de syndicats agricoles compromet le mode d'exploitation familial. Toutefois, on peut se servir de la preuve statistique, comme les deux parties au pourvoi, pour déterminer si l'exploitation familiale prédomine en Ontario. Cette question étant au cœur de la thèse des intimés, il serait inopportun d'opter pour la déférence envers le législateur et de ne pas examiner leurs arguments statistiques.

Gardant ceci à l'esprit, je passe à la question de savoir si le législateur a entravé l'activité associative des appelants plus qu'il n'était raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs explicites. Le procureur général offre trois arguments à l'appui de la mesure législative : premièrement, la syndicalisation ne convient pas à la « vaste majorité »

2001 SCC 94 (CanLII)

operations; second, that no appropriate dispute resolution mechanism exists for agricultural workers; and third, that extending collective bargaining rights to certain sectors of agriculture would be "arbitrary and impracticable". It is also submitted that legislatures are entitled to a margin of deference when balancing complex matters of economic policy. In my view, these arguments all fail on a single point: they do not justify the categorical exclusion of agricultural workers where no satisfactory effort has been made to protect their basic right to form associations.

This effort need not produce the result most desirable to this Court; however, the legislature must "attempt very seriously to alleviate the effects" of its laws on those whose fundamental freedoms are infringed (*Edwards Books*, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 782). In *Edwards Books*, for example, this Court considered whether a Sunday closure law constituted a justifiable limit on the religious freedom of Saturday observers. The law provided an exemption for stores that had been closed on Saturday. However, the exemption was withheld from stores that employed more than seven employees and occupied 5,000 square feet of retail space or more. Despite the existence of less intrusive legislation in other provinces, three members of this Court characterized the exemption as "a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario" (p. 782) and, on that basis, upheld the Act under s. 1. By contrast, neither enactment in this case includes a concrete attempt to alleviate the infringing effects on agricultural workers. Not only does the legislation fail to distinguish between different types of agriculture, but there is no evidence that the Ontario Legislature even turned its mind to freedom of association when enacting either statute. Rather, each enactment merely cloned a piece of existing legislation — be it the *Wagner Act* or the *LRA* — and, in so doing, relied on studies that had been commissioned by a previous legislature.

In my view, there are at least two ways in which the *LRESLAA* might impair *Charter* rights more

des exploitations agricoles de l'Ontario; deuxièmement, aucun mécanisme approprié de règlement des différends n'existe pour les travailleurs agricoles; et troisièmement, la reconnaissance du droit à la négociation collective dans certains domaines de l'agriculture serait « arbitraire et irréaliste ». Il ajoute que le législateur a droit à une certaine déférence quand il soupèse des questions complexes de politique économique. À mon avis, ces arguments échouent tous sur le même point : ils ne justifient pas l'exclusion catégorique des travailleurs agricoles quand aucun effort satisfaisant n'a été fait pour protéger leur droit fondamental de former des associations.

60 Un tel effort n'a pas à déboucher sur le résultat jugé le plus souhaitable par notre Cour; cependant, le législateur doit « tenter très sérieusement d'atténuer [l]es effets » de ses lois sur les personnes atteintes dans leurs libertés fondamentales (*Edwards Books*, précité, le juge en chef Dickson, p. 782). Dans cet arrêt, par exemple, notre Cour examinait si une loi obligeant les commerces à fermer le dimanche était une restriction justifiable de la liberté de religion de ceux qui observaient le samedi. La loi prévoyait une exemption pour les commerces qui fermaient le samedi, mais l'exemption ne s'appliquait pas aux commerces employant plus de sept personnes et utilisant une superficie de 5 000 pieds carrés ou plus. Malgré l'existence de lois moins attentatoires dans d'autres provinces, trois juges de notre Cour ont estimé que l'exemption était « un effort satisfaisant » de la part du législateur ontarien (p. 782) et ont confirmé la validité de la loi en application de l'article premier. À l'opposé, aucune des lois considérées en l'espèce ne tente véritablement d'atténuer les effets attentatoires sur les travailleurs agricoles. Non seulement les lois ne distinguent pas les différents types d'agriculture, mais rien ne prouve que la législature de l'Ontario ait même pensé à la liberté d'association quand elle a adopté l'une ou l'autre loi. Chaque loi ne fait que reproduire les dispositions de lois existantes — la *Loi Wagner* ou la *LRT* — et s'appuie donc sur des études faites pour une législature antérieure.

61 Selon moi, la *LMLRTE* peut, d'au moins deux manières, porter atteinte aux droits garantis par la

2001 SCC 94 (CanLII)

than is reasonably necessary to achieve its objectives: first, by denying the right of association to every sector of agriculture, and second, by denying every aspect of the right, specially whatever protection is necessary to form and maintain employee associations, to agricultural workers. A similar approach to s. 1 was applied in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, in which this Court struck down a prohibition on partisan political activity by public servants. Much like the legislation at issue in this appeal, the provision in *Osborne* banned "all partisan-related work by all public servants, without distinction either as to the type of work, or as to their relative role, level or importance in the hierarchy of the public servant" (*per* Sopinka J., at p. 100 (emphasis added)). Moreover, in *Osborne* the Court was referred, as in this case, to legislation in other jurisdictions that made distinctions both as to the activity proscribed and the level of public servant, without any weakening of the underlying objective. Based on these factors, Sopinka J. concluded that "[t]he restrictions on freedom of expression in this case are over-inclusive and go beyond what is necessary to achieve the objective of an impartial and loyal civil service" (p. 100). Although the Court differed on whether to strike down the legislation or to read it down in that particular case, its minimum impairment analysis provides unequivocal authority for the current appeal (see, similarly, *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, striking down a restriction on advertising by dentists on grounds that it was overbroad).

62 Turning to the Ontario legislation, my view is that the s. 1 justification suffers, first, from the lack of a recognition of the evolving nature of Ontario agriculture. To the extent the term "family farm" refers to a unique management style characterized by significant family involvement, it may indeed continue to describe the vast majority of farms in Ontario and across Canada. However, to the extent that it treats farm workers as members of that family rather than typical employees, it ignores an increasing trend

Charte plus qu'il n'est raisonnablement nécessaire pour atteindre ses objectifs : premièrement, en niant le droit d'association dans tous les domaines de l'agriculture et, deuxièmement, en refusant aux travailleurs agricoles tous les aspects du droit, en particulier la protection nécessaire à la formation et au maintien d'associations d'employés. Ce type d'analyse de l'article premier a été retenu dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, où la Cour annule l'interdiction faite aux fonctionnaires d'exercer des activités politiques partisanes. Tout comme la législation considérée ici, la disposition en cause dans *Osborne* interdisait à « tous les fonctionnaires tout travail de caractère partisan, sans égard à la nature de ce travail et sans tenir compte du rôle, du rang ou de l'importance de ces fonctionnaires dans la hiérarchie de la fonction publique » (le juge Sopinka, p. 100 (je souligne)). En outre, dans cette affaire, on avait attiré l'attention de la Cour, comme en l'espèce, sur les législations d'autres ressorts qui faisaient des distinctions selon l'activité proscrite et le niveau hiérarchique du fonctionnaire, sans compromettre aucunement l'objectif sous-jacent. S'appuyant sur ces facteurs, le juge Sopinka conclut que « [l]es restrictions imposées à la liberté d'expression en l'espèce ont une portée excessive et dépassent ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif d'une fonction publique impartiale et loyale » (p. 100). Même si la Cour était partagée quant à savoir s'il fallait annuler la loi ou en atténuer l'interprétation dans ce cas précis, son analyse touchant l'atteinte minimale s'applique directement au présent pourvoi (voir dans le même sens *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, qui invalide la limitation, jugée trop générale, de la publicité faite par des dentistes).

En ce qui concerne la législation ontarienne, j'estime que la justification au regard de l'article premier souffre de l'absence de reconnaissance de l'évolution de l'agriculture ontarienne. Dans la mesure où l'expression « ferme familiale » vise un mode de gestion unique caractérisé par une forte participation des membres de la famille, elle peut certes continuer de désigner la vaste majorité des fermes de l'Ontario et du Canada. Toutefois, dans la mesure où elle assimile les travailleurs agricoles

2001 SCC 94 (CanLII)

in Canada towards corporate farming and complex agribusiness. On this point, the Attorney General's expert himself concedes that "[t]he modern viable family farm no longer consists of 20 acres and a few cows, but typically represents a sophisticated business unit with a minimum capital value of $500,000 to $1,000,000, depending on the commodity and type of operation". If this is the case, it is not only over-inclusive to perpetuate a pastoral image of the "family farm", but it may be that certain if not all "family farms" would not be affected negatively by the creation of agricultural associations.

The reality is that family involvement does not suffice to alter the essential qualities of an employment relationship; these qualities may include a contract of employment, a consistent wage, regular hours and a hierarchical relationship between employer and employee. Moreover, the traditional family farm is rapidly assuming a less important role in the agricultural sector, as evidenced by increases in non-family farm incorporations, hired farm labour, seasonal workers and average labour costs (see J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (March 1997)). Under these circumstances, what the Attorney General for Ontario refers to as an "integration of business and family life" does not, in my view, justify the unqualified and total exclusion of agricultural workers from the *LRA*. This conclusion echoes that of numerous labour boards legislatures and scholars of labour law, all of whom deny any industrial relations rationale for totally excluding agricultural workers from *LRA* protection (see, e.g., *Wellington Mushroom Farm*, *supra*; *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson and I. Christie, "The Agricultural Labourer in Canada: A Legal Point of View" (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *supra*, at p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law: Cases, Materials and Commentary* (6th ed. 1998), at pp. 220-21; Beatty, *supra*, at pp. 91-92).

à des membres de la famille plutôt qu'à de véritables employés, elle ne tient pas compte du fait que l'agriculture canadienne évolue de plus en plus vers l'exploitation commerciale et l'agro-industrie. À ce sujet, l'expert du procureur général reconnaît lui-même que [TRADUCTION] « [l]a ferme familiale viable d'aujourd'hui n'est plus constituée d'une vingtaine d'acres et de quelques vaches, mais correspond généralement à une affaire moderne dont la valeur minimale en capital va de 500 000 $ à 1 000 000 $, selon le produit et le genre d'exploitation ». Si tel est le cas, il n'est pas seulement excessif de perpétuer l'image pastorale de la « ferme familiale », mais il se peut que la création d'associations agricoles n'aurait aucun effet négatif sur certaines de ces « fermes familiales » sinon toutes.

2001 SCC 94 (CanLII)

63

En réalité, la participation de la famille ne suffit pas à modifier les attributs essentiels d'une relation d'emploi, qui peuvent inclure un contrat de travail, un salaire constant, un horaire régulier et un lien hiérarchique d'employeur à employé. De plus, comme le révèle l'augmentation du nombre d'exploitations non familiales, du nombre d'employés et de travailleurs saisonniers, et du coût moyen de la main-d'œuvre, le rôle de la ferme familiale traditionnelle dans le secteur agricole connaît un déclin rapide (voir J. White, *A Profile of Ontario Farm Labour* (mars 1997)). Dans ce contexte, ce que le procureur général appelle [TRADUCTION] « l'intégration de la vie professionnelle et familiale » ne justifie pas, selon moi, l'exclusion totale et absolue des travailleurs agricoles de la *LRT*. Ma conclusion rejoint l'avis de nombre de commissions des relations du travail et experts en droit du travail, qui écartent toute justification basée sur les relations de travail pour l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* (voir, par exemple, *Wellington Mushroom Farm*, précité, et *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441; K. Neilson et I. Christie, « The Agricultural Labourer in Canada : A Legal Point of View » (1975), 2 *Dal. L.J.* 330; Adams, *op. cit.*, p. 6-50; Labour Law Casebook Group, *Labour and Employment Law : Cases, Materials and Commentary* (6e éd. 1998), p. 220-221; Beatty, *op. cit.*, p. 91-92).

64 The Attorney General submits that distinguishing various sectors of agriculture requires an impossible line-drawing exercise which the legislature should have the discretion to reject. However, the fact that some legislation includes exceptions for smaller or family-run farms, most notably labour codes in New Brunswick and Quebec, as well as the *ALRA* itself, suggests that such an exercise is eminently possible, should the legislature choose to undertake it (see *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5)(*a*); *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, s. 21; *ALRA*). Moreover, it cannot be assumed that a categorical exclusion of agricultural workers removes the need to draw difficult lines. Such an exclusion relies on courts and labour boards to define the meaning of the term "agriculture", a term that may be as fraught with value judgments as the term "family farm" (see Adams, *supra*, at pp. 6-49 and 6-50; Neilson and Christie, *supra*, at pp. 335-41). Thus, while the decision whether to distinguish various sectors of agriculture ultimately rests with the legislature, there is little reason to believe that by totally excluding agricultural workers from the *LRA*, an impossible line-drawing exercise is avoided.

Le procureur général fait valoir que pour distinguer les divers secteurs de l'agriculture il faut tracer des lignes de démarcation, une tâche impossible à laquelle le législateur devrait pouvoir se soustraire. Cependant, le fait que certaines lois prévoient des exceptions pour les petites exploitations ou les exploitations familiales, en particulier les codes du travail du Nouveau-Brunswick et du Québec, ainsi que la *LRTA* elle-même, donne à penser que la tâche est éminemment possible, si le législateur décide de s'engager dans cette voie (voir *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, al. 1(5)*a*); *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, art. 21; *LRTA*). De plus, on ne peut tenir pour acquis que l'exclusion catégorique des travailleurs agricoles supprime la nécessité d'établir des distinctions difficiles. L'exclusion exige des tribunaux et des commissions des relations de travail qu'ils définissent le terme « agriculture », qui peut être tout aussi empreint de jugements de valeur que l'expression « ferme familiale » (voir Adams, *op. cit.*, p. 6-49 et 6-50; Neilson et Christie, *loc. cit.*, p. 335-341). Par conséquent, bien que la décision de faire ou non des distinctions entre divers secteurs de l'agriculture appartienne en fin de compte au législateur, il n'y a pas lieu de croire que l'exclusion totale des travailleurs agricoles de la *LRT* permet d'éviter une tâche impossible.

65 More importantly, the Attorney General offers no justification for excluding agricultural workers from all aspects of unionization, specially those protections that are necessary for the effective formation and maintenance of employee associations. It might be inferred that in order to protect the family farm and ensure the productivity of the farm economy, the legislature felt it necessary to discourage any form of union and to suffer that agricultural workers be exposed to a raft of unfair labour practices. Yet no policy could, in my view, be more repugnant to the principle of least intrusive means. If what is truly sought by s. 3(*b*) of the *LRA* is the protection of the family farm, the legislature should at the very least protect agricultural workers from the legal and economic consequences of forming an association. There is nothing in the record to suggest that such protection would pose a threat to the family farm structure, and if demonstrated that

De façon plus importante, le procureur général n'offre aucune justification de l'exclusion des travailleurs agricoles de tous les aspects de la syndicalisation, spécialement les protections nécessaires, dans les faits, à la formation et au maintien d'associations d'employés. On peut inférer que, pour protéger la ferme familiale et assurer la productivité de l'économie agricole, le législateur a jugé nécessaire de décourager toute forme de syndicat et de tolérer que le travailleur agricole soit exposé à une multitude de pratiques déloyales de travail. À mon avis, aucune mesure ne pourrait être davantage contraire au principe de l'atteinte minimale. Si le véritable objectif de l'al. 3*b*) de la *LRT* est la protection de la ferme familiale, le législateur devrait au moins protéger les travailleurs agricoles contre les conséquences juridiques et financières de la formation d'une association. Rien au dossier n'indique qu'une telle protection mettrait en danger le mode

2001 SCC 94 (CanLII)

it would in some cases, the legislature could create the appropriate exceptions. I am of the view that the wholesale exclusion of agricultural workers from the *LRA* is not a reasonable limit on freedom of association and that it is not necessary to balance the effects of this exclusion against its stated purpose.

C. *Remedy*

To the extent they substantially impede the effective exercise of the freedom of association, both the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* must be declared contrary to the *Charter*. Given the nature of these enactments, however, determining the appropriate remedy is not without difficulty. First, the respondents point out that the precise effect of striking down the *LRESLAA* would be to re-enact the statute it repealed, namely, the *ALRA*. As this Court is not in a position to enact such detailed legislation, nor to confer constitutional status on a particular statutory regime, I prefer to strike down the *LRESLAA* to the extent that it gives effect to the exclusion clause of the *LRA*. The precise effect of this remedy is to strike down that exclusion clause, which is the alternate remedy sought by the appellants. This remedy presents its own problems, as it obliges the legislature to extend the full panoply of collective bargaining rights in the *LRA* to agricultural workers. As such action is not necessarily mandated by the principles of this case, I would suspend the declarations of invalidity for 18 months, allowing amending legislation to be passed if the legislature sees fit to do so. Such a remedy was discussed by Lamer C.J. in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 570, in response to legislation he had found to be over-inclusive:

> . . . this Court has recognized that an immediate declaration of invalidity is not always advisable, especially where, as here, the provision pursues an important objective but is over-inclusive: were this Court to strike down the provision effective immediately, those whom the government could protect constitutionally with a more tailored provision, and who indeed should be protected,

d'exploitation familial, et s'il était établi qu'elle le ferait dans certains cas, le législateur pourrait prévoir les exceptions appropriées. Je suis d'avis que l'exclusion en bloc des travailleurs agricoles de la *LRT* n'est pas une restriction raisonnable de la liberté d'association et qu'il n'est pas nécessaire de soupeser les effets de cette exclusion et son objectif explicite.

C. *Réparation*

Parce qu'ils entravent substantiellement l'exercice véritable de la liberté d'association, la *LMLRTE* et l'al. 3*b*) de la *LRT* doivent être déclarés contraires à la *Charte*. Vu la nature de ces dispositions, toutefois, la réparation qui s'impose ne va pas de soi. Premièrement, les intimés font valoir que l'invalidation de la *LMLRTE* aurait pour effet précis de faire revivre la loi abrogée, la *LRTA*. Notre Cour n'étant pas en position d'adopter une loi aussi détaillée, ni de conférer un statut constitutionnel à un régime législatif en particulier, il me paraît préférable d'invalider la *LMLRTE* dans la mesure où elle donne effet à la disposition d'exclusion de la *LRT*. L'effet précis de cette réparation est d'invalider la disposition portant exclusion, ce qui correspond à la réparation subsidiaire demandée par les appelants. Cette solution présente cependant des difficultés car elle oblige le législateur à reconnaître aux travailleurs agricoles toute la panoplie des droits de négociation collective que prévoit la *LRT*. Comme un tel octroi ne découle pas nécessairement des principes dégagés en l'espèce, je suis d'avis de suspendre pendant 18 mois l'effet de la déclaration d'invalidité, de façon à permettre l'adoption de toute loi modificative que la législature estimerait nécessaire. Le juge en chef Lamer examine ce type de réparation dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 570, face à une loi qu'il jugeait de portée excessive :

> Notre Cour a toutefois reconnu qu'une déclaration d'invalidité immédiate n'est pas toujours souhaitable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la disposition vise un objectif important, mais a une portée excessive : si notre Cour déclarait la disposition immédiatement inopérante, les personnes que le gouvernement pourrait protéger constitutionnellement à l'aide d'une

66 2001 SCC 94 (CanLII)

would be left unprotected. This would clearly pose a "potential danger to the public". . . .

67 This raises the question of whether s. 2(*d*) requires that a minimum level of *LRA* protection be extended to agricultural workers. As implied by *Rodriguez*, *supra*, the *Charter* only obliges the legislature to provide a statutory framework that is consistent with the principles established in this case, including both the s. 2(*d*) and s. 1 analysis. In my view, these principles require at a minimum a regime that provides agricultural workers with the protection necessary for them to exercise their constitutional freedom to form and maintain associations. The record shows that the ability to establish, join and maintain an agricultural employee association is substantially impeded in the absence of such statutory protection and that this impediment is substantially attributable to the exclusion itself, rather than to private action exclusively. Moreover, the freedom to establish, join and maintain an agricultural employee association lies at the core of s. 2(*d*) of the *Charter*; the appellants' claim is ultimately grounded in this non-statutory freedom. For these reasons, I conclude that at minimum the statutory freedom to organize in s. 5 of the *LRA* ought to be extended to agricultural workers, along with protections judged essential to its meaningful exercise, such as freedom to assemble, to participate in the lawful activities of the association and to make representations, and the right to be free from interference, coercion and discrimination in the exercise of these freedoms.

68 In choosing the above remedy, I neither require nor forbid the inclusion of agricultural workers in a full collective bargaining regime, whether it be the *LRA* or a special regime applicable only to agricultural workers such as the *ALRA*. For example, the question of whether agricultural workers have the right to strike is one better left to the legislature, especially given that this right was withheld in the *ALRA* (s. 10). Rather than adjudicate such issues at the remedy stage, I adopt the position of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at

disposition mieux adaptée et qui doivent effectivement être protégées, seraient laissées sans aucune protection. Une telle situation risquerait de toute évidence de présenter un « danger pour le public » . . .

La question se pose alors de savoir si l'al. 2*d*) exige de conférer aux travailleurs agricoles un degré minimum de protection en vertu de la *LRT*. L'arrêt *Rodriguez*, précité, dit implicitement que la *Charte* oblige seulement le législateur à établir un cadre législatif qui soit compatible avec les principes dégagés, notamment dans le cadre des analyses fondées sur l'al. 2*d*) et l'article premier. Selon moi, ces principes exigent au minimum un régime donnant aux travailleurs agricoles la protection nécessaire pour exercer leur liberté constitutionnelle de constituer et de maintenir des associations. Le dossier montre que l'absence de protection légale compromet substantiellement la capacité de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles, et d'y adhérer, et que cette entrave est substantiellement imputable à l'exclusion elle-même, et non à un acte purement privé. De plus, la liberté de constituer et de maintenir une association de travailleurs agricoles et d'y adhérer est au cœur de l'al. 2*d*) de la *Charte*; en fin de compte, la revendication des appelants se fonde sur cette liberté non issue d'une loi. Pour ces motifs, je conclus que, au minimum, doit être reconnu aux travailleurs agricoles le droit de se syndiquer prévu à l'art. 5 de la *LRT*, avec les garanties jugées essentielles à son exercice véritable, comme la liberté de se réunir, de participer aux activités légitimes de l'association et de présenter des revendications, et la protection de l'exercice de ces libertés contre l'ingérence, les menaces et la discrimination.

En optant pour cette réparation, je n'exige ni n'interdis l'application intégrale du régime de négociation collective aux travailleurs agricoles, que ce soit sous le régime de la *LRT* ou un régime spécial applicable uniquement aux travailleurs agricoles, comme la *LRTA*. Par exemple, il convient de laisser au législateur le soin de déterminer si les travailleurs agricoles devraient avoir le droit de grève, d'autant plus que ce droit était refusé dans la *LRTA* (art. 10). Plutôt que de trancher ces questions à l'étape de la réparation, je me range à l'avis des juges Cory

2001 SCC 94 (CanLII)

para. 151, which is to fashion a remedy according to the nature of the appellant's claim:

> The Court has been asked in this case to rule upon whether the impugned [provision] is unconstitutional because of its anti-associational purpose. We have found that the exclusion of RCMP members from the basic associational protections in the *PSSRA* does have this purpose and violates the *Charter*, yet because of the manner in which the appellant has articulated his claim we have done so without being required to decide whether a *Charter* violation results from the total exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s collective bargaining regime. As explained by Sopinka J. in *PIPSC*, *supra*, at p. 405, it may be that such a total exclusion could interfere with the ability of employees to associate, and thus infringe the *Charter*'s freedom of association guarantee. We do not believe that it is appropriate to decide, at the remedy stage of the analysis, whether it is constitutionally permissible to exclude RCMP members entirely from a collective bargaining regime. Moreover, we do not wish to prejudge the question of whether Parliament may wish to extend limited collective bargaining rights to RCMP members. [Emphasis added.]

Should a claim for inclusion arise in the future, the threshold question will be whether the provision relates to an activity falling within the framework established by the labour trilogy or that otherwise furthers the purpose of s. 2(*d*) of the *Charter*. If this threshold is crossed, the question becomes whether excluding agricultural workers from the provision in question substantially impedes this activity either in purpose or effect. If the effect of the exclusion is impugned, the claimant's position should be assessed in light of the considerations discussed above.

VII. Conclusion

For the foregoing reasons, I would allow the appeal with costs throughout. I would declare the *LRESLAA* unconstitutional to the extent that it gives effect to s. 3(*b*) of the *LRA*, and I would declare s. 3(*b*) of the *LRA* unconstitutional. I would suspend such declarations for a period of 18 months. I would answer the constitutional questions as follows:

et Iacobucci, exprimé dans *Delisle*, précité qu'il convient d'adapter la réparation à la nature de la demande (au par. 151) :

> En l'espèce, on a demandé à la Cour de décider si [la disposition] contesté[e] est inconstitutionnel[le] en raison de son objectif d'empêcher la formation d'associations. Nous avons conclu que l'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association contenues dans la *LRTFP* vise effectivement cet objectif et viole la *Charte*, mais, en raison de la manière dont l'appelant a formulé sa demande, nous l'avons fait sans avoir à décider si l'exclusion totale des membres de la GRC du régime de négociation collective établi par la *LRTFP* entraîne une violation de la *Charte*. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *IPFPC*, précité, à la p. 405, il se peut qu'une telle exclusion totale empêche les employés de s'associer et qu'elle porte ainsi atteinte à la liberté d'association garantie par la *Charte*. Nous ne croyons pas que, à l'étape de l'analyse de la réparation, il soit opportun de déterminer si la Constitution permet l'exclusion totale des membres de la GRC d'un régime de négociation collective. Nous ne voulons pas non plus préjuger de la question de savoir si le législateur peut vouloir accorder aux membres de la GRC des droits restreints à la négociation collective. [Je souligne.]

69 Advenant qu'une demande d'inclusion soit présentée dans l'avenir, la première question sera de savoir si la disposition se rapporte à une activité se situant à l'intérieur des limites établies dans la trilogie du droit du travail ou à une activité qui réalise par ailleurs l'objet de l'al. 2*d*) de la *Charte*. Une fois cette étape franchie, il faudra déterminer si, par son objet ou son effet, l'exclusion des travailleurs agricoles de la disposition en cause entrave substantiellement cette activité. Si l'effet de l'exclusion est contesté, la position du demandeur devra être examinée à la lumière des considérations qui précèdent.

VII. Conclusion

70 Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours. Je déclarerais la *LMLRTE* inconstitutionnelle dans la mesure où elle donne effet à l'al. 3*b*) de la *LRT*, et je déclarerais l'al. 3*b*) de la *LRT* inconstitutionnel. Je suspendrais l'effet de ces déclarations pendant une période de 18 mois. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

2001 SCC 94 (CanLII)

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act* limits freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter* to the extent that its effect is to re-subject agricultural workers to the exclusion clause found in s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

Section 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995* limits the right of agricultural workers to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*. For this reason, it is not necessary to answer the s. 15(1) question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

The following are the reasons delivered by

71 L'HEUREUX-DUBÉ J. — I have read the reasons of Bastarache J. I believe that this case can be resolved on simpler grounds. I will therefore

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte* en ce qu'il a pour effet d'assujettir de nouveau les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A. Il n'est donc pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail* limite le droit des travailleurs agricoles à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*. Pour ce motif, il n'est pas nécessaire de répondre à la question visant le par. 15(1).

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la Charte?

Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — J'ai pris connaissance des motifs du juge Bastarache et j'estime que ce pourvoi peut être résolu plus simplement.

2001 SCC 94 (CanLII)

outline the reasoning upon which I base my opinion.

At the heart of this case is the question of whether the right of agricultural workers in Ontario to associate in order to pursue common goals and their equality rights have been violated by s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1 ("*LRESLAA*"), and s. 3(*b*) of the Ontario *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*"). The issues in the present appeal are (1) whether the government of Ontario has a positive obligation to protect the appellants' constitutionally guaranteed rights under s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; and (2) whether the impugned legislation violates s. 15(1) of the *Charter*.

My colleague has set out the facts in this case as well as a description of its judicial history. Except where otherwise expanded upon or noted, I adopt this factual background.

In 1994, a specialized legislative regime, the *Agricultural Labour Relations Act, 1994*, S.O. 1994, c. 6 ("*ALRA*"), was enacted granting agricultural workers in Ontario protection against unfair labour practices. The United Food and Commercial Workers Union ("UFCW") was established shortly after the enactment of the *ALRA* and was certified as the bargaining agent for approximately 200 workers at the Highline Produce Limited mushroom factory farm in Leamington, Ontario. During the period that the *ALRA* was in effect, the UFCW filed two further certification applications, one for the workers at Kingsville Mushroom Farm Inc., and the other for the workers at the respondent Fleming Chicks.

On November 10, 1995, a new government repealed the *ALRA* and replaced it with legislation that mandated the dissolution of agricultural labour unions. The new *LRA* excluded persons in agriculture from application of the Act, including statutory protection against unfair labour practices.

In *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, speaking for a majority of the Court, I addressed the issue of positive government obligations in the context of

J'exposerai donc le raisonnement sur lequel je fonde mon opinion.

72 La question au cœur du présent pourvoi est de savoir si l'art. 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1 (« *LMLRTE* »), et l'al. 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* ») portent atteinte au droit des travailleurs agricoles de l'Ontario de s'associer pour poursuivre des buts communs et à leurs droits à l'égalité. La Cour doit décider (1) si le gouvernement de l'Ontario a l'obligation positive de protéger les droits des appelants en vertu de l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et (2) si la loi contestée viole le par. 15(1) de la *Charte*.

73 Mon collègue a exposé les faits et les décisions antérieures en l'espèce. Sauf précision ou remarque supplémentaire de ma part, j'adopte son exposé.

74 En 1994, un régime légal spécialisé, la *Loi de 1994 sur les relations de travail dans l'agriculture*, L.O. 1994, ch. 6 (« *LRTA* »), confère aux travailleurs agricoles de l'Ontario la protection contre les pratiques déloyales de travail. L'Union internationale des travailleurs et travailleuses unis de l'alimentation et du commerce (« TUAC ») est créée peu après l'adoption de la *LRTA*, et est accréditée à titre d'agent négociateur d'environ 200 travailleurs de la champignonnière Highline Produce Limited, située à Leamington (Ontario). Pendant la période où la *LRTA* est en vigueur, TUAC présente deux autres demandes d'accréditation, l'une visant les travailleurs de Kingsville Mushroom Farm Inc., l'autre les travailleurs de l'intimée Fleming Chicks.

75 Le 10 novembre 1995, un nouveau gouvernement abroge la *LRTA* et la remplace par une loi prescrivant la dissolution des syndicats agricoles. La nouvelle *LRT* exclut de son champ d'application, et donc de la protection légale contre les pratiques déloyales de travail, les personnes travaillant dans l'agriculture.

76 Dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, m'exprimant au nom de la majorité, j'examine la question des obligations positives de l'État dans

2001 SCC 94 (CanLII)

Charter analysis by first noting, at p. 1038 (quoting *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313 ("*Alberta Reference*"), *per* Dickson C.J., dissenting, at p. 361):

> Section 2 of the *Charter* protects fundamental "freedoms" as opposed to "rights". Although these two terms are sometimes used interchangeably, a conceptual distinction between the two is often drawn. "Rights" are said to impose a corresponding duty or obligation on another party to ensure the protection of the right in question whereas "freedoms" are said to involve simply an absence of interference or constraint. This conceptual approach to the nature of "freedoms" may be too narrow since it fails to acknowledge situations where the absence of government intervention may in effect substantially impede the enjoyment of fundamental freedoms (e.g., regulations limiting the monopolization of the press may be required to ensure freedom of expression and freedom of the press). [Emphasis added by L'Heureux-Dubé J. in *Haig*.]

77 Having set the stage, I then proceeded to develop an argument in *Haig* that has direct application to this case, stating, at p. 1039:

> . . . distinctions between "freedoms" and "rights", and between positive and negative entitlements, are not always clearly made, nor are they always helpful. One must not depart from the context of the purposive approach articulated by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. Under this approach, a situation might arise in which, in order to make a fundamental freedom meaningful, a posture of restraint would not be enough, and positive governmental action might be required. This might, for example, take the form of legislative intervention aimed at preventing certain conditions which muzzle expression, or ensuring public access to certain kinds of information.
>
> In the proper context, these may perhaps be relevant considerations leading a court to conclude that positive governmental action is required. [Emphasis added.]

78 In *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627, at p. 667, I pointed out that *Haig* also stands for the proposition that while the government may have been under no constitutional obligation to provide for the right to a referendum

le contexte de l'analyse fondée sur la *Charte*, soulignant tout d'abord à la p. 1038 (citant le juge en chef Dickson, dissident, dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313 (« *Renvoi relatif à l'Alberta* »), p. 361) :

> L'article 2 de la *Charte* garantit des « libertés » fondamentales et non des « droits ». Si parfois ces deux termes sont utilisés indifféremment, une distinction d'ordre conceptuel est souvent faite entre les deux. On dit au sujet des « droits », qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des « libertés », qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des « libertés » est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse). [Souligné par le juge L'Heureux-Dubé dans *Haig*.]

Sur cette toile de fond, j'élabore ensuite le raisonnement suivant qui s'applique directement en l'espèce (*Haig*, p. 1039) :

> Les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles. On ne doit pas s'éloigner du contexte de l'approche fondée sur l'objet énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Suivant cette approche, il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale positive s'imposerait peut-être. Celle-ci pourrait, par exemple, revêtir la forme d'une intervention législative destinée à empêcher la manifestation de certaines conditions ayant pour effet de museler l'expression, ou à assurer l'accès du public à certains types de renseignements.
>
> Dans le contexte approprié, ces considérations pourraient être pertinentes et amener un tribunal à conclure à la nécessité d'une intervention gouvernementale positive. [Je souligne.]

Dans *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627, p. 667, je signale que *Haig* établit également la proposition selon laquelle, même si le gouvernement n'est pas constitutionnellement tenu, suivant l'al. 2*b*) de la *Charte*,

2001 SCC 94 (CanLII)

under s. 2(*b*) of the *Charter*, once the government decides to provide a specific platform of expression, it must do so in a manner consistent with the *Charter*. I refer specifically to p. 1041 of *Haig*:

> While s. 2(*b*) of the *Charter* does not include the right to any particular means of expression, where a government chooses to provide one, it must do so in a fashion that is consistent with the Constitution. The traditional rules of *Charter* scrutiny continue to apply. Thus, while the government may extend such a benefit to a limited number of persons, it may not do so in a discriminatory fashion, and particularly not on [a] ground prohibited under s. 15 of the *Charter*. [Emphasis added.]

Turning to the labour relations context in *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, a case dealing with s. 2(*d*) rights of government employees, I noted, at para. 7:

> . . . in cases where the employer does not form part of government, there exists no *Charter* protection against employer interference. In such a case, it might be demonstrated that the selective exclusion of a group of workers from statutory unfair labour practice protections has the purpose or effect of encouraging private employers to interfere with employee associations. It may also be that there is a positive obligation on the part of governments to provide legislative protection against unfair labour practices or some form of official recognition under labour legislation, because of the inherent vulnerability of employees to pressure from management, and the private power of employers, when left unchecked, to interfere with the formation and administration of unions.

This case is one where I believe there is a positive obligation on the government to provide legislative protection against unfair labour practices.

In 1943, the Ontario Legislature enacted a protective shield for workers, namely, the *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, c. 4. But this shield was missing panels, including the protection of agricultural workers. The shield's pattern had been imported from American legislation. In 1994, 12 years after the enactment of the *Charter*, the

d'accorder le droit à un référendum, une fois qu'il s'engage à fournir une tribune spécifique, il doit le faire d'une manière conforme à la *Charte*. Je renvoie spécifiquement à la p. 1041 de *Haig* :

> . . . quoique l'al. 2*b*) de la *Charte* ne confère aucun droit à un mode particulier d'expression, lorsqu'un gouvernement choisit d'en fournir un, il doit le faire d'une manière conforme à la Constitution. Les règles traditionnelles qui régissent l'examen fondé sur la *Charte* continuent à s'appliquer. Donc, bien qu'il soit loisible au gouvernement d'accorder un tel avantage à un nombre restreint de personnes, il ne saurait, ce faisant, commettre un acte de discrimination, surtout si cette discrimination se fonde sur un motif prohibé par l'art. 15 de la *Charte*. [Je souligne.]

79 Dans un contexte de relations du travail, je souligne ceci au par. 7 de *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, un arrêt traitant des droits d'employés de l'État en vertu de l'al. 2*d*) :

> . . . la *Charte* ne fournit aucune protection contre l'ingérence de l'employeur qui ne fait pas partie du gouvernement. Dans un tel cas, il pourrait être démontré que l'exclusion sélective d'un groupe de travailleurs de l'application de protections légales contre les pratiques déloyales de travail a pour objet ou pour effet d'encourager les employeurs du secteur privé à faire obstacle aux associations d'employés. Il se peut également qu'il y ait une obligation positive de la part des gouvernements de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail ou une forme quelconque de reconnaissance officielle en vertu de la législation en matière de travail, en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions exercées par la direction et du pouvoir de nature privée qu'ont les employeurs de nuire à la formation et à l'administration des syndicats, lorsque ce pouvoir n'est pas contrôlé.

80 Je crois qu'il s'agit en l'espèce d'un cas où le gouvernement a l'obligation positive de fournir une protection légale contre les pratiques déloyales de travail.

81 En 1943, l'Ontario adoptait une loi de protection des travailleurs, *Collective Bargaining Act, 1943*, S.O. 1943, ch. 4 (« *Loi de 1943 sur les négociations collectives* »). Il y manquait des panneaux entiers, notamment la protection des travailleurs agricoles. La loi s'inspirait de la législation américaine. En 1994, 12 ans après l'adoption de la *Charte*, le

2001 SCC 94 (CanLII)

government attempted to make the shield whole by enacting the *ALRA*. The patched shield was intact for 17 months. In 1995, the legislature removed the panel and reinstated, in a new labour statute, a modified version of the original exclusion clause. Thus, under the often harsh labour relations climate, agricultural workers were once again made to stand out as a result of their exclusion from the protection offered by the statutory shield, in stark contrast to the vast majority of workers who were protected by the *LRA*.

82 I start with an examination of the legislative history and factual background, an analysis intended to complement the narrative included in my colleague's reasons. It should be noted that both the decision of the Ontario Court (General Division) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, *per* Sharpe J. (as he then was)) and that of the Ontario Court of Appeal ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471), predate this Court's decision in *Delisle*, *supra*.

I. Legislative History and Factual Background

83 Ontario was the first jurisdiction in Canada "to adopt a fully-fledged collective bargaining statute" (H. W. Arthurs et al., *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4th ed. 1993), at para. 90). On April 14, 1943, the *Collective Bargaining Act, 1943* was assented to in Ontario. At s. 24, it listed the categories of employees excluded from the Act, including "domestic servants", "members of any police force", certain other public employees, and "the industry of farming".

84 The *Collective Bargaining Act, 1943* was modelled on a statute enacted by the United States Congress in 1935, the *National Labor Relations Act*, July 5, 1935, c. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 to 169) (called the "*Wagner Act*" after its sponsor, Senator Wagner of New York). Senator Wagner considered this ground-breaking statute more "than a weapon against the disruption of industry by labor-management disputes". He envisaged it "as an 'affirmative vehicle' for economic and social progress" (C. J. Morris, ed., *The Developing Labor Law* (1971), at p. 27).

gouvernement ontarien décide de combler les vides en adoptant la *LRTA*. La protection ainsi colmatée tient 17 mois. En 1995, le législateur ontarien supprime le nouveau panneau et rétablit, dans une nouvelle loi sur les relations de travail, une version modifiée de la clause d'exclusion initiale. Ainsi, dans le climat souvent tendu des relations de travail, les travailleurs agricoles sont à nouveau singularisés du fait de leur exclusion du régime de protection légale qui les distingue nettement de la vaste majorité des travailleurs qui sont protégés par la *LRT*.

Au départ, j'examinerai l'évolution législative et les faits, en complément de l'exposé de mon collègue. Il y a lieu de noter ici que la décision de la Cour de l'Ontario (Division générale) ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, le juge Sharpe (maintenant juge à la Cour d'appel)) et l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario ((1999), 182 D.L.R. (4th) 471) précèdent l'arrêt *Delisle* de notre Cour.

I. L'évolution législative et les faits

La législature ontarienne a été la première au Canada [TRADUCTION] « à adopter une loi complète et détaillée sur la négociation collective » (H. W. Arthurs et autres, *Labour Law and Industrial Relations in Canada* (4e éd. 1993), par. 90). Le 14 avril 1943, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est sanctionnée en Ontario. Elle énumère, à l'art. 24, les catégories d'employés exclus de son application, notamment les domestiques, les forces de police, certains employés du service public et [TRADUCTION] « les activités agricoles ».

La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* s'inspirait d'une loi adoptée par le Congrès américain en 1935, la *National Labor Relations Act*, 5 juillet 1935, ch. 372, 49 Stat. 449 (29 U.S.C. §§ 151 à 169) (appelée la « *Loi Wagner* » du nom de son parrain, le sénateur Wagner, de l'État de New York). Pour ce dernier, cette loi avant-gardiste était davantage [TRADUCTION] « qu'une arme contre la perturbation de l'économie occasionnée par les conflits du travail » et il y voyait « un moyen de favoriser le progrès économique et social » (C. J. Morris, dir., *The Developing Labor Law* (1971), p. 27).

2001 SCC 94 (CanLII)

Senator Wagner's address to Congress (79 Cong. Rec. 7565 (1935)), was prescient in its use of terminology familiar to current Canadian *Charter* jurisprudence: "Caught in the labyrinth of modern industrialism and dwarfed by the size of corporate enterprise, [the employee] can attain freedom and dignity only by cooperation with others of his group" (quoted in Morris, *supra*, at p. 27 (emphasis added)).

The *Wagner Act* excluded certain categories of employees, including agricultural workers. Several of these exclusions are reflected in the *Collective Bargaining Act, 1943*.

On April 6, 1944, the *Collective Bargaining Act, 1943* was repealed and replaced with *The Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, c. 29 ("*LRBA*"). At s. 10(*a*), the *LRBA* affirmed that it did not apply to "the industry of farming".

The *LRBA* was repealed and replaced with *The Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, c. 51, which was subsequently repealed and replaced with *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, c. 34. At s. 2 of the 1950 Act, the restriction was amended to read:

2. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to any person employed in agriculture, horticulture, hunting or trapping;

On April 12, 1960, clause *b* of s. 2 was amended (S.O. 1960, c. 54, s. 1) by striking out "horticulture" in the first line and adding a new clause *bb*:

2. This Act does not apply,

. . .

(*b*) to any person employed in agriculture, hunting or trapping;

(*bb*) to any person, other than an employee of a municipality or a person employed in silvaculture [*sic*], who is employed in horticulture by an employer

L'allocution du sénateur Wagner devant le Congrès (79 Cong. Rec. 7565 (1935)) était presciente dans son utilisation de termes devenus courants dans la jurisprudence canadienne relative à la *Charte* : [TRADUCTION] « Pris au piège de l'industrialisme moderne et écrasé par la taille des entreprises, [l'employé] ne peut atteindre la liberté et la dignité que par la collaboration avec les autres membres du groupe auquel il appartient » (citée dans *Morris*, *op. cit.*, p. 27 (je souligne)). 85

La *Loi Wagner* excluait certaines catégories d'employés, dont les travailleurs agricoles. La *Loi de 1943 sur les négociations collectives* de l'Ontario reprenait plusieurs de ces exclusions. 86

Le 6 avril 1944, la *Loi de 1943 sur les négociations collectives* est abrogée et remplacée par la *Labour Relations Board Act, 1944*, S.O. 1944, ch. 29 (« *LRBA* ») dont l'al. 10*a*) précise que ses dispositions ne s'appliquent pas [TRADUCTION] « aux activités agricoles ». 87

La *LRBA* est abrogée et remplacée par *The Labour Relations Act, 1948*, S.O. 1948, ch. 51, abrogée et remplacée ensuite par *The Labour Relations Act, 1950*, S.O. 1950, ch. 34. L'article 2 de la loi de 1950 modifie la clause d'exclusion : 88

[TRADUCTION] **2.** La présente loi ne s'applique pas

. . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à l'horticulture, à la chasse ou au piégeage;

Le 12 avril 1960, l'al. 2*b*) est modifié par la suppression du mot « horticulture » et l'ajout de l'al. *bb*) (S.O. 1960, ch. 54, art. 1) : 89

[TRADUCTION] **2.** La présente loi ne s'applique pas

. . .

b) à une personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

bb) à une personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au

2001 SCC 94 (CanLII)

whose primary business is agriculture or horticulture.

90 The issues surrounding the statutory provision at the heart of this case were referred to indirectly in *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, where this Court examined the jurisdiction of the Ontario Labour Relations Board ("OLRB") to determine the constitutionality of s. 2(*b*) of the *Labour Relations Act*, R.S.O. 1980, c. 228 (now s. 3(*b*) of the *LRA*) in the course of proceedings before the OLRB. One of the issues on appeal was whether the Ontario Court of Appeal erred in holding that the OLRB had jurisdiction to decide the constitutional validity of s. 2(*b*) of its enabling statute by applying the *Charter* as part of its duty to consider statutes bearing on proceedings before it.

91 The underlying case in *Cuddy Chicks* can be summarized as follows. In April 1987, the United Food and Commercial Workers International Union, Local 175, filed an application for certification before the OLRB relating to employees at the chicken hatchery of Cuddy Chicks Limited. Section 2(*b*) of the 1980 *Labour Relations Act* stated that the Act does not apply "to a person employed in agriculture". The OLRB noted at para. 44 of its reasons in *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, that it was the union, not the employees, that made the *Charter* application. On filing the application, the union gave notice that, if the employees were found to be agricultural employees, it would request the OLRB to hold s. 2(*b*) invalid as being contrary to s. 2(*d*) and s. 15(1) of the *Charter*. In affirming that the employees were indeed so employed, the OLRB stated, at para. 9, that:

There is no doubt that the hatchery is a highly mechanized, technologically sophisticated operation and that the employees in many respects work in factory-like conditions with set shifts, year-round employment and the benefits and disciplinary provisions similar to or the same as one would expect to find in a factory. We accept respondent counsel's submission that agriculture has become highly technological and commercial, but

service d'une municipalité ou employée en sylviculture;

Les questions que soulève la disposition législative contestée en l'espèce sont abordées indirectement dans *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, où notre Cour examine la compétence de la Commission des relations de travail de l'Ontario (« CRTO ») pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail*, L.R.O. 1980, ch. 228 (devenu l'al. 3*b*) de la *LRT*), dans le cadre de l'instance dont elle était saisie. Notre Cour devait déterminer notamment si la Cour d'appel de l'Ontario avait eu tort de conclure que la CRTO avait compétence pour statuer sur la constitutionnalité de l'al. 2*b*) de sa loi habilitante en appliquant la *Charte*, dans le cadre de son obligation d'examiner les lois ayant une incidence sur les procédures dont elle était saisie.

Les faits dans *Cuddy Chicks* peuvent être résumés comme suit. En avril 1987, l'Union internationale des travailleurs unis de l'alimentation et du commerce, section locale 175, saisit la CRTO d'une demande d'accréditation visant les employés du couvoir de Cuddy Chicks Limited. L'alinéa 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 précise que la Loi ne s'applique pas [TRADUCTION] « à la personne qui est employée à l'agriculture ». La CRTO fait remarquer, au par. 44 de *Cuddy Chicks Ltd.*, [1988] O.L.R.B. Rep. May 468, que c'est le syndicat, et non les employés, qui a soulevé la question relative à la *Charte*. En déposant la demande, le syndicat a donné avis que si les employés étaient assimilés à des employés agricoles, il demanderait à la CRTO de déclarer l'al. 2*b*) invalide parce que contraire à l'al. 2*d*) et au par. 15(1) de la *Charte*. En confirmant que les employés étaient effectivement des employés agricoles, la CRTO dit ce qui suit au par. 9 :

[TRADUCTION] Il ne fait aucun doute que le couvoir est un établissement à la fine pointe de la technologie, que son fonctionnement est très mécanisé et que, à plusieurs égards, les employés travaillent dans des conditions apparentées à celles d'une usine : quarts de travail, emploi tout au long de l'année, avantages et encadrement disciplinaire semblables ou identiques à ceux auxquels l'on s'attendrait dans une usine. Nous reconnaissons,

2001 SCC 94 (CanLII)

that that does not make those activities non-agricultural: *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. May 813. It is thus the nature of the activities and not the way they are performed or the tools by which they are performed that is relevant. [Emphasis added.]

On the issue of the OLRB's jurisdiction to hear the *Charter* challenge, a majority of the Board decided that it had jurisdiction and directed the Registrar to set dates for the panel to hear evidence and argument on the union's *Charter* challenge to s. 2(*b*) of the 1980 Act. This hearing was postponed due to litigation launched by Cuddy Chicks Limited, which eventually came before this Court.

In *Cuddy Chicks*, *supra*, this Court ruled that the OLRB had jurisdiction to examine whether s. 2(*b*) of the 1980 *Labour Relations Act* was contrary to the *Charter*.

The matter was not carried forward, however, because of the imminence of legislative change. In *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), the Board reported, at para. 1, that:

> The applicant and respondent, by letter dated March 23, 1992, have jointly requested the Board to hold this matter in abeyance, in light of the amendments currently being considered for the Act, in particular as it affects the exclusion of "agricultural" employees in section 2(*b*).

In June 1992, the *Report of the Task Force on Agricultural Labour Relations: Report to the Minister of Labour* was released. The recommendations contained in this report influenced legislation subsequently introduced by the Ontario government, the *ALRA*, which was assented to on June 23, 1994. In recognition of certain specific concerns about the impact of the extension of statutory labour rights to the agricultural sector, the *ALRA* prohibited strikes and lockouts, substituting in their place a dispute resolution process, the final stage of which was binding final offer selection by an arbitration board.

comme nous y invite l'avocat, que l'agriculture est devenue une activité à haute teneur technologique et commerciale, mais il ne s'ensuit pas que les activités en cause ne sont pas agricoles. *Wellington Mushroom Farm*, [1980] OLRB Rep. mai 813. C'est donc la nature des activités en cause qui est déterminante, et non la manière dont elles sont exercées ou les instruments qui sont utilisés. [Je souligne.]

92 Par ailleurs, la CRTO conclut à la majorité qu'elle a compétence sur la contestation fondée sur la *Charte* et ordonne au registraire de fixer les dates auxquelles la formation entendra la preuve et les plaidoiries concernant la contestation de l'al. 2*b*) de la Loi fondée sur la *Charte*. L'audience est reportée en raison de l'instance engagée par Cuddy Chicks Limited qui s'est finalement retrouvée devant notre Cour.

93 Dans *Cuddy Chicks*, précité, notre Cour décide que la CRTO a compétence pour déterminer si l'al. 2*b*) de la *Loi sur les relations de travail* de 1980 contrevient à la *Charte*.

94 L'affaire ne s'est pas poursuivie à cause de l'imminence d'une modification législative. Dans *Cuddy Chicks Ltd.*, [1992] O.L.R.D. No. 1170 (QL), la Commission précise ceci au par. 1 :

> [TRADUCTION] Dans une lettre datée du 23 mars 1992, le demandeur et la défenderesse ont demandé conjointement à la Commission de suspendre l'instance en prévision des modifications que l'on envisage actuellement d'apporter à la Loi, tout particulièrement en ce qui concerne l'exclusion des employés « agricoles » prévue à l'alinéa 2*b*).

95 En juin 1992, est publié le *Rapport du Groupe d'étude sur les relations de travail dans le secteur agricole : Rapport présenté au ministère du Travail*. Ses recommandations influencent la teneur de la loi proposée par la suite par le gouvernement ontarien, la *LRTA*, qui est sanctionnée le 23 juin 1994. Répondant à certaines inquiétudes précises concernant les incidences de l'extension au secteur agricole du régime légal des relations de travail, la *LRTA* interdit la grève et le lock-out, qu'elle remplace par un mécanisme de règlement des différends dont la dernière étape est le choix d'une offre finale et obligatoire par un conseil d'arbitrage.

2001 SCC 94 (CanLII)

96 The *ALRA* was repealed by a newly elected government in 1995. The *LRESLAA*, which was assented to on November 10, 1995, replaced the predecessor *Labour Relations Act* and related amendments, and repealed the *ALRA*.

La *LRTA* est abrogée en 1995 par le nouveau gouvernement. Sanctionnée le 10 novembre 1995, la *LMLRTE* remplace la *Loi sur les relations de travail* et ses modifications, et abroge la *LRTA*.

97 The *LRESLAA* also stipulated that any agreements certified under the *ALRA* were henceforth terminated, as were any certification rights of trade unions. The *LRESLAA* explicitly prohibited employers from reprisals against workers on account of union activity under the *ALRA*. The effect of the *LRESLAA* was to subject agricultural workers to the exclusion clause of the *LRA* (s. 3(*b*)). Alberta is the only other Canadian province with labour relations legislation incorporating an unqualified exclusion of agricultural workers.

La *LMLRTE* prévoit en outre que les conventions intervenues sous le régime de la *LRTA* cessent de s'appliquer, de même que les droits de tout syndicat accrédité comme agent négociateur. Elle interdit expressément à l'employeur d'user de représailles à l'endroit de travailleurs ayant exercé des activités syndicales en application de la *LRTA*. La *LMLRTE* a pour effet d'assujettir les travailleurs agricoles à la clause d'exclusion de la *LRT* (al. 3*b*)). L'Alberta est la seule autre province canadienne à exclure totalement les travailleurs agricoles de sa législation des relations de travail.

98 The *LRA* is a substantial statute implementing a comprehensive labour relations regime. Its comprehensiveness can perhaps be appreciated by contrasting its 169 sections with the 27 sections of the *Collective Bargaining Act, 1943*.

La *LRT* est une loi substantielle qui établit un régime complet de relations de travail. On peut juger de son exhaustivité en comparant ses 169 articles aux 27 que comptait la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*.

99 The *LRA* features an expansive definition of "agriculture" at s. 1(1):

"agriculture" includes farming in all its branches, including dairying, beekeeping, aquaculture, the raising of livestock including non-traditional livestock, furbearing animals and poultry, the production, cultivation, growing and harvesting of agricultural commodities, including eggs, maple products, mushrooms and tobacco, and any practices performed as an integral part of an agricultural operation, but does not include anything that was not or would not have been determined to be agriculture under section 2 of the predecessor to this Act as it read on June 22, 1994;

La *LRT* renferme, au par. 1(1), une longue définition du mot « agriculture » :

« agriculture » S'entend de tous ses domaines d'activité, notamment la production laitière, l'apiculture, l'aquiculture, l'élevage du bétail, dont l'élevage non traditionnel, l'élevage des animaux à fourrure et de la volaille, la production, la culture et la récolte de produits agricoles, y compris les œufs, les produits de l'érable, les champignons et le tabac, et toutes les pratiques qui font partie intégrante d'une exploitation agricole. La présente définition exclut toutefois tout ce qui n'a pas ou n'aurait pas été établi comme étant de l'agriculture aux termes de l'article 2 de la Loi que la présente loi remplace telle qu'elle existait au 22 juin 1994.

100 The exclusionary section of the *LRA* largely replicates the language of its predecessor:

3. This Act does not apply,

(*a*) to a domestic employed in a private home;

(*b*) to a person employed in agriculture, hunting or trapping;

La disposition d'exclusion de la *LRT* reprend en grande partie le libellé de l'ancienne loi :

3. La présente loi ne s'applique pas, selon le cas :

a) au domestique employé dans un foyer privé;

b) à la personne qui est employée à l'agriculture, à la chasse ou au piégeage;

2001 SCC 94 (CanLII)

(*c*) to a person, other than an employee of a municipality or a person employed in silviculture, who is employed in horticulture by an employer whose primary business is agriculture or horticulture;

(*d*) to a member of a police force within the meaning of the *Police Services Act*;

(*e*) except as provided in Part IX of the *Fire Protection and Prevention Act, 1997*, to a person who is a firefighter within the meaning of subsection 41(1) of that Act;

(*f*) to a member of a teachers' bargaining unit established by Part X.1 of the *Education Act*, except as provided by that Part, or to a supervisory officer, a principal or a vice-principal;

(*g*) to a member of the Ontario Provincial Police Force;

(*h*) to an employee within the meaning of the *Colleges Collective Bargaining Act*;

(*i*) to a provincial judge; or

(*j*) to a person employed as a labour mediator or labour conciliator. [Emphasis added.]

c) à la personne qui est employée dans l'horticulture par un employeur dont l'entreprise principale est l'agriculture ou l'horticulture, sauf si elle est au service d'une municipalité ou employée en sylviculture;

d) au membre d'un corps de police au sens de la *Loi sur les services policiers*;

e) sauf disposition contraire de la partie IX de la *Loi de 1997 sur la prévention et la protection contre l'incendie*, à la personne qui est un pompier au sens du paragraphe 41(1) de cette loi;

f) au membre d'une unité de négociation d'enseignants constituée par la partie X.1 de la *Loi sur l'éducation*, sauf disposition contraire de cette partie, ni à l'agent de supervision, au directeur d'école ou au directeur adjoint;

g) au membre de la Police provinciale de l'Ontario;

h) à l'employé au sens de la *Loi sur la négociation collective dans les collèges*;

i) au juge provincial;

j) à la personne employée comme médiateur ou conciliateur en matière de relations de travail. [Je souligne.]

It is worth noting that apart from the first three excluded categories, the remaining targets of the exclusion belong to groups that enjoy legal and social recognition and respect. Members of these groups must undergo rigorous selection and training processes before gaining admittance, and they generally enjoy stable employment conditions, comfortable salaries and benefits during their working lives, and adequate pension plans upon retirement. In many cases they also enjoy the protection and services of an established and dedicated union, which can engage in collective bargaining pursuant to other statutes. A parallel can be drawn between the situation of members of these relatively privileged and correspondingly less vulnerable groups, and the RCMP officers in *Delisle*, *supra*.

101 Il convient de signaler que, à l'exception des trois premières catégories exclues, les groupes professionnels visés par l'exclusion jouissent de la reconnaissance et du respect sur les plans juridique et social. Leurs membres sont admis à l'issue d'une procédure de sélection et d'une formation rigoureuses, ils bénéficient généralement, pendant leur vie active, de conditions d'emploi stables, de salaires et d'avantages confortables et, à la retraite, d'un régime de pension adéquat. Souvent, ils ont également droit à la protection et aux services d'un syndicat établi et spécifique, qui peut entreprendre une négociation collective sous le régime d'autres lois. On peut comparer la situation des membres de ces catégories relativement privilégiées et, par conséquent, moins vulnérables, à celle des agents de la GRC dans *Delisle*, précité.

In stark contrast, entry into the first three excluded categories generally requires little if any formal training. And, at least insofar as agricultural workers are concerned, working conditions are characterized by long hours, low wages, little job security or social recognition, and few employment benefits beyond those strictly mandated by law (see

102 À l'opposé, l'accès aux trois premières catégories exclues n'exige généralement pas de formation particulière ou en exige très peu. En ce qui concerne du moins les travailleurs agricoles, les conditions de travail se caractérisent par de longues heures de travail, des salaires peu élevés, une faible sécurité d'emploi ou reconnaissance sociale et de

2001 SCC 94 (CanLII)

the affidavit of Professor Judy Fudge from Osgoode Hall Law School). As Sharpe J. noted in his reasons, "agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility" (p. 216).

103 I would like to make explicit reference to the fact that in these reasons we are not deciding on the rights, or lack thereof, of foreign seasonal agricultural workers and their families, who are regulated under federal legislation.

II. *Charter* Analysis

104 At issue in the present appeal is whether the impugned legislation violates the appellants' freedom of association and equality rights guaranteed under the *Charter*.

105 In *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, McLachlin J. (as she then was), stated that "[t]he *Charter* has changed the balance of power between the legislative branch and the executive on the one hand, and the courts on the other hand, by requiring that all laws and government action must conform to the fundamental principles laid down in the *Charter*" (p. 389 (emphasis added)).

106 As stated by Dickson J. (as he then was), for this Court in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 156, the intent of the *Charter* is to constrain government action:

> I begin with the obvious. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is a purposive document. Its purpose is to guarantee and to protect, within the limits of reason, the enjoyment of the rights and freedoms it enshrines. It is intended to constrain governmental action inconsistent with those rights and freedoms. [Emphasis added.]

107 This Court has, on several occasions, set forth the guidelines to be employed in construing *Charter* provisions. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 119, Dickson C.J. stated that "[t]o identify the

rares avantages accordés en sus de ceux exigés par la loi (voir l'affidavit du professeur Judy Fudge, Osgoode Hall Law School). Comme le souligne le juge Sharpe dans ses motifs, [TRADUCTION] « les travailleurs agricoles forment un groupe défavorisé. Ils sont mal rémunérés, ils ont des conditions de travail difficiles, une formation et une instruction limitées, un statut peu élevé et une mobilité d'emploi restreinte » (p. 216).

Je tiens à bien préciser que les présents motifs ne traitent pas des droits qu'ont ou que n'ont pas les travailleurs agricoles saisonniers étrangers et leurs familles, lesquels relèvent de la compétence législative fédérale.

II. L'analyse fondée sur la *Charte*

La question en litige est de savoir si les dispositions contestées violent la liberté d'association et les droits à l'égalité garantis aux appelants par la *Charte*.

Dans *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, le juge McLachlin, maintenant Juge en chef, dit : « La *Charte* a modifié l'équilibre des forces entre la branche législative et l'exécutif, d'une part, et les tribunaux, d'autre part, en exigeant que toutes les lois et mesures gouvernementales soient conformes aux principes fondamentaux énoncés dans celle-ci » (p. 389 (je souligne)).

Comme le dit au nom de la Cour le juge Dickson, plus tard Juge en chef, dans *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 156, l'intention qui sous-tend la *Charte* est de contraindre l'action gouvernementale :

> Je commence par ce qui est évident. La *Charte canadienne des droits et libertés* est un document qui vise un but. Ce but est de garantir et de protéger, dans des limites raisonnables, la jouissance des droits et libertés qu'elle enchâsse. Elle vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre de ces droits et libertés; [Je souligne.]

À plusieurs occasions, notre Cour a dégagé les paramètres d'interprétation des dispositions de la *Charte*. Dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 119, le juge en chef Dickson dit que, « pour

2001 SCC 94 (CanLII)

underlying purpose of the *Charter* right in question . . . it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies". In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344, Dickson J. stated:

> In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.
>
> In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter*'s protection. At the same time it is important not to overshoot the actual purpose of the right or freedom in question, but to recall that the *Charter* was not enacted in a vacuum, and must therefore, as this Court's decision in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, illustrates, be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts. [Emphasis added.]

As stated by Laycraft J.A. of the Court of Appeal of Alberta in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, "the *Charter* has both a positive and a negative impact. Acting positively it grants and guarantees rights to Canadians; negatively it imposes a corresponding and opposite limit on the power of government" (p. 203).

In *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 60, the majority discussed the scope of government obligations under s. 32 of the *Charter* in the context of underinclusive legislation:

> The relevant subsection, s. 32(1)(*b*), states that the *Charter* applies to "the legislature and government of

identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit ». Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 344, le juge Dickson dit :

> Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.
>
> À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. En même temps, il importe de ne pas aller au delà de l'objet véritable du droit ou de la liberté en question et de se rappeler que la *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte et que, par conséquent, comme l'illustre l'arrêt de [notre] Cour [dans] *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés. [Je souligne.]

108 Comme le juge Laycraft de la Cour d'appel de l'Alberta l'exprimait dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* (1983), 49 A.R. 194, [TRADUCTION] « la *Charte* a des répercussions positives et des répercussions négatives. Elle confère et garantit des droits aux Canadiens, mais, à l'inverse, elle restreint le pouvoir de l'État » (p. 203).

109 Dans *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 60, la majorité traite de l'étendue des obligations que l'art. 32 de la *Charte* impose à l'État dans le contexte d'une loi dont la portée est trop limitative :

> L'alinéa 32(1)*b*) dit que la *Charte* s'applique « à la législature et au gouvernement de chaque province,

2001 SCC 94 (CanLII)

each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province". There is nothing in that wording to suggest that a positive act encroaching on rights is required; rather the subsection speaks only of matters within the authority of the legislature. Dianne Pothier has correctly observed that s. 32 is "worded broadly enough to cover positive obligations on a legislature such that the *Charter* will be engaged even if the legislature refuses to exercise its authority" ("The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak" (1996), 7 *Constitutional Forum* 113, at p. 115). The application of the *Charter* is not restricted to situations where the government actively encroaches on rights. [Emphasis in original.]

110 The original Acts were drafted and amended in the pre-*Charter* era. To develop an *ex post facto* finding of *Charter*-complying legislative intent would be a speculative exercise. The same cannot be said about the drafting of the 1995 legislation, which must meet the constitutional guarantees set out in the *Charter*. The entrenchment of the *Charter* marks an important date in our legal evolution.

A. *Section 2(d) Analysis*

111 The appellants claim that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers' freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. The freedom of association is a fundamental freedom under the *Charter*. In the *Alberta Reference*, *supra*, Dickson C.J. elaborated on the role of freedom of association as follows, at p. 334:

> Freedom of association is the freedom to combine together for the pursuit of common purposes or the advancement of common causes. It is one of the fundamental freedoms guaranteed by the *Charter*, a *sine qua non* of any free and democratic society, protecting individuals from the vulnerability of isolation and ensuring the potential of effective participation in society. In every area of human endeavour and throughout history individuals have formed associations for the pursuit of common interests and aspirations. Through association individuals are able to ensure that they have a voice in shaping the circumstances integral to their needs, rights and freedoms. [Emphasis added.]

112 In the same case, McIntyre J. stated at p. 408 that the "fundamental purpose of freedom of

pour tous les domaines relevant de cette législature ». Rien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement des domaines relevant de cette législature. Dianne Pothier a fait remarquer à juste titre que l'art. 32 est [TRADUCTION] « rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir » (« The Sounds of Silence: *Charter* Application when the Legislature Declines to Speak » (1996), 7 *Forum constitutionnel* 113, à la p. 115). L'application de la *Charte* n'est pas limitée aux cas où par son action le gouvernement empiète sur des droits. [Souligné dans l'original.]

Les lois initiales ont été rédigées et modifiées avant l'adoption de la *Charte*. Dégager a posteriori une conclusion quant à la conformité de l'intention du législateur à la *Charte* relèverait de la pure conjecture. On ne peut en dire autant de la législation de 1995 qui doit être conforme aux garanties constitutionnelles énoncées dans la *Charte*. La constitutionnalisation de la *Charte* est une étape marquante de l'évolution de notre droit.

A. *L'analyse fondée sur l'al. 2d)*

Les appelants soutiennent que la *LMLRTE* et la *LRT* portent atteinte à la liberté d'association conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte* aux travailleurs agricoles. La liberté d'association est une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 334, le juge en chef Dickson en décrit le rôle :

> La liberté d'association, c'est la liberté de s'unir dans la poursuite d'un objectif commun ou pour promouvoir une cause commune. C'est l'une des libertés fondamentales garanties par la *Charte*, une condition essentielle de toute société libre et démocratique, qui protège les individus de la vulnérabilité résultant de l'isolement et qui assure la possibilité d'avoir une participation efficace dans la société. Dans toutes les sphères de l'activité humaine et tout au long de l'histoire, des individus ont formé des associations vouées à la poursuite d'intérêts et d'aspirations communs. En s'associant, les individus parviennent à faire entendre leur voix pour façonner ce qui permet de répondre à leurs besoins, à leurs droits et à leurs libertés. [Je souligne.]

Dans la même affaire, le juge McIntyre dit, à la p. 409, que « l'objet fondamental de la liberté

2001 SCC 94 (CanLII)

association . . . [is] to permit the collective pursuit of common goals".

In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 252, Wilson J. reviewed the analysis on freedom of association in the *Alberta Reference*, *supra*, and concluded that:

> [I]n construing the purpose behind s. 2(*d*) this Court was unanimous in finding that freedom of association is meant to protect the collective pursuit of common goals. This reading of the purpose behind the guarantee of freedom of association has been confirmed in more recent cases. For instance, s. 2(*d*) was considered again in the labour relations context in *Professional Institute of the Public Service of Canada v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1990] 2 S.C.R. 367 ("*P.I.P.S.*"). [Emphasis added.]

Thus, I agree with my colleague Bastarache J. that the purpose of s. 2(*d*) is to protect the collective pursuit of common goals. With respect, however, I do not agree with his assertion that the right not to associate is protected under s. 2(*d*) of the *Charter* (see *R. v. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 S.C.R. 209, 2001 SCC 70), but this right is not implicated in the present case, and I say no more about it.

Worker organizations are a powerful and vibrant example of the collective pursuit of common goals. In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 334-35, Dickson C.J. commented on the fundamental importance of the freedom to associate in the context of labour relations:

> Freedom of association is the cornerstone of modern labour relations. Historically, workers have combined to overcome the inherent inequalities of bargaining power in the employment relationship and to protect themselves from unfair, unsafe, or exploitative working conditions. As the United States Supreme Court stated in *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), at p. 33:
>
> > Long ago we stated the reason for labour organizations. We said that they were organized out of the necessities of the situation; that a single employee was helpless in dealing with an employer; that he was dependent ordinarily on his daily wage for the maintenance of himself and family; that if the employer

d'association [. . .] est de permettre la poursuite collective d'objectifs communs ».

113 Dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, p. 252, le juge Wilson considère l'analyse de la liberté d'association dans le *Renvoi relatif à l'Alberta* et conclut :

> [N]otre Cour, en interprétant l'objectif qui sous-tend l'al. 2*d*), a conclu unanimement que la liberté d'association vise à protéger la poursuite collective d'objectifs communs. Cette interprétation de l'objet de la garantie de la liberté d'association a été confirmée dans des arrêts plus récents. Par exemple, l'al. 2*d*) a encore fait l'objet d'un examen dans le contexte des relations de travail dans *Institut professionnel de la Fonction publique du Canada c. Territoires du Nord-Ouest (Commissaire)*, [1990] 2 R.C.S. 367 (« *I.P.F.P.* »). [Je souligne.]

114 Par conséquent je suis d'accord avec mon collègue le juge Bastarache que l'objet de l'al. 2*d*) est de protéger la poursuite collective d'objectifs communs. En revanche, je ne suis pas d'accord avec son affirmation que le droit de ne pas s'associer est protégé par l'al. 2*d*) de la *Charte* (voir *R. c. Advance Cutting & Coring Ltd.*, [2001] 3 R.C.S. 209, 2001 CSC 70), mais ce droit n'est pas en cause en l'espèce et je ne m'y attarde pas davantage.

115 Les organisations ouvrières sont un exemple puissant et vibrant de la poursuite collective d'objectifs communs. Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 334-335, le juge en chef Dickson souligne l'importance fondamentale de la liberté d'association dans le contexte des relations de travail :

> La liberté d'association constitue la pierre angulaire des relations de travail modernes. Historiquement, les travailleurs se sont unis pour aplanir les inégalités de puissance de négociation inhérentes aux relations employeur-employé et se prémunir contre des conditions de travail injustes, dangereuses ou favorisant l'exploitation. Comme l'a dit la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *N.L.R.B. v. Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U.S. 1 (1937), à la p. 33 :
>
> > [TRADUCTION] Il y a longtemps nous avons exposé la raison d'être des organisations ouvrières. Nous avons dit qu'elles se sont formées pour répondre à l'urgence de la situation; qu'un simple employé était démuni quand il traitait avec un employeur et qu'il était habituellement tributaire de son salaire quotidien pour ce

2001 SCC 94 (CanLII)

> refused to pay him the wages that he thought fair, he was nevertheless unable to leave the employ and resist arbitrary and unfair treatment; . . .
>
> The "necessities of the situation" go beyond, of course, the fairness of wages and remunerative concerns, and extend to matters such as health and safety in the work place, hours of work, sexual equality, and other aspects of work fundamental to the dignity and personal liberty of employees. [Emphasis added.]

116 The above comments reflect universal aspirations, and it is not surprising that Senator Wagner's words, *supra*, at para. 85, closely resemble the language employed by Dickson C.J. close to half a century later.

117 In *Delisle*, Cory and Iacobucci JJ., writing in dissent, stated, at para. 67:

> The Court has also acknowledged the inherent vulnerability and inequality of the individual employee in the workplace in the face of management. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1051, Dickson C.J. concluded, on behalf of the majority of the Court, that employees are a vulnerable group in Canadian society. In *Wallace*, *supra*, Iacobucci J. noted that this vulnerability is underscored by the very importance which our society attaches to employment. He emphasized the inequality of bargaining power and information between employees and employers, noting that this power imbalance is not limited to the context of the employment contract proper, but rather affects "virtually all facets of the employment relationship": para. 92.

118 In the *Alberta Reference*, *supra*, Dickson C.J., while commenting about the freedom of association, stated, at p. 368:

> Work is one of the most fundamental aspects in a person's life, providing the individual with a means of financial support and, as importantly, a contributory role in society. A person's employment is an essential component of his or her sense of identity, self-worth and emotional well-being. Accordingly, the conditions in which a person works are highly significant in shaping the whole compendium of psychological, emotional and physical elements of a person's dignity and self respect.

> qui est de son entretien et de celui de sa famille; que si l'employeur refusait de lui payer le salaire qu'il estimait juste, il était néanmoins incapable de quitter son emploi et de résister à un traitement arbitraire et injuste; . . .
>
> Il va sans dire que l'« urgence de la situation » signifie plus que des salaires justes et des préoccupations d'ordre pécuniaire et qu'elle vise également des sujets comme la santé et la sécurité au travail, les heures de travail, l'égalité des sexes et d'autres aspects des tâches qui sont fondamentaux pour la dignité et la liberté personnelle des employés. [Je souligne.]

Ces observations traduisent des aspirations universelles et il n'est pas étonnant que les propos du sénateur Wagner, précités, par. 85, s'apparentent beaucoup à ceux qu'a tenus le juge en chef Dickson près d'un demi-siècle plus tard.

Voici ce que disent les juges Cory et Iacobucci, dissidents, dans *Delisle*, par. 67 :

> Notre Cour a aussi reconnu la vulnérabilité inhérente et l'inégalité de l'employé face à la direction en milieu de travail. Dans *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1051, le juge en chef Dickson a conclu, au nom de notre Cour à la majorité, que les employés sont un groupe vulnérable dans la société canadienne. Dans *Wallace*, précité, le juge Iacobucci a fait remarquer que cette vulnérabilité ressort de l'importance même que notre société accorde à l'emploi. Il a souligné l'inégalité qui existe entre l'employé et l'employeur sur le plan du pouvoir de négociation et des renseignements dont ils disposent, faisant remarquer que cette inégalité du rapport de force n'est pas limitée au contrat de travail lui-même, mais touche plutôt à « presque toutes les facettes de la relation entre l'employeur et son employé » : par. 92.

Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368, le juge en chef Dickson, parlant de la liberté d'association, déclare :

> Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sens de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi, les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.

2001 SCC 94 (CanLII)

In *Lavigne*, *supra*, at p. 241, Wilson J. reiterated that the *Charter* is concerned with the purpose of state action with regards to *Charter* rights as well as their effect on an individual's guaranteed rights or freedoms. The oft-quoted passage from Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, summarizes the point, at p. 331:

> In my view, both purpose and effect are relevant in determining constitutionality; either an unconstitutional purpose or an unconstitutional effect can invalidate legislation. All legislation is animated by an object the legislature intends to achieve. This object is realized through the impact produced by the operation and application of the legislation. Purpose and effect respectively, in the sense of the legislation's object and its ultimate impact, are clearly linked, if not indivisible. Intended and actual effects have often been looked to for guidance in assessing the legislation's object and thus, its validity. [Emphasis added.]

Purpose of the Exclusion Clause

The purpose of s. 3(*b*) of the *LRA* is clear: to prevent agricultural workers from unionizing. This purpose infringes s. 2(*d*) of the *Charter*.

In *Delisle*, *supra*, at para. 6, after expressing my agreement with Cory and Iacobucci JJ. with regard to their views on the importance of freedom of association and the inherent vulnerability of workers in the face of management, I added that:

> The unique context of labour relations must always be considered in constitutional claims in this area, and the right to freedom of association must take into account the nature and importance of labour associations as institutions that work for the betterment of working conditions and the protection of the dignity and collective interests of workers in a fundamental aspect of their lives: employment. The contextual approach to *Charter* analysis must also take into account the history of the need for government intervention to make effective the rights of workers to associate together. I agree with my colleagues that both intrinsic and extrinsic sources are admissible and significant in determining legislative purpose and effects, and with their comments on the fact that an invalid purpose is sufficient to find a violation of a *Charter* right. [Emphasis in original.]

119 Dans *Lavigne*, précité, p. 241, le juge Wilson rappelle que la *Charte* s'adresse à l'objet d'une mesure gouvernementale à l'égard des droits qu'elle garantit, ainsi qu'à son effet sur les droits ou les libertés constitutionnels de l'individu. Cet extrait souvent cité des motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 331, exprime bien ce point :

> À mon avis, l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité; un objet inconstitutionnel ou un effet inconstitutionnel peuvent l'un et l'autre rendre une loi invalide. Toute loi est animée par un but que le législateur compte réaliser. Ce but se réalise par les répercussions résultant de l'opération et de l'application de la loi. L'objet et l'effet respectivement, au sens du but de la loi et de ses répercussions ultimes, sont nettement liés, voire inséparables. On s'est souvent référé aux effets projetés et aux effets réels pour évaluer l'objet de la loi et ainsi sa validité. [Je souligne.]

L'objet de la clause d'exclusion

120 L'objet de l'al. 3*b*) de la *LRT* est clair : empêcher les travailleurs agricoles de se syndiquer. Cet objet contrevient à l'al. 2*d*) de la *Charte*.

121 Dans *Delisle*, précité, après avoir exprimé mon accord avec l'opinion des juges Cory et Iacobucci relativement à l'importance de la liberté d'association et à la vulnérabilité inhérente des travailleurs face à la direction, j'ajoute (au par. 6) :

> Il faut toujours tenir compte du contexte unique des relations du travail lorsqu'il s'agit de demandes fondées sur la Constitution dans ce domaine, et la liberté d'association doit être interprétée en fonction de la nature et de l'importance des associations de travailleurs en tant qu'institutions œuvrant pour l'amélioration des conditions de travail et pour la protection de la dignité et des intérêts collectifs des travailleurs dans un aspect fondamental de leur vie : l'emploi. De même, l'analyse contextuelle fondée sur la *Charte* doit également tenir compte de la nécessité traditionnelle de l'intervention gouvernementale pour rendre exécutoires les droits d'association des travailleurs. Je suis d'accord avec mes collègues que tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour déterminer l'objet et les effets d'une mesure législative, et je souscris à leurs observations sur le fait que l'existence d'un objet invalide est suffisante pour que l'on puisse conclure à une violation d'un droit garanti par la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

2001 SCC 94 (CanLII)

122 In *Delisle* I based my conclusion that no s. 2(*d*) breach had taken place in part on the fact that the evidence "[did] not show that the object of the exclusion was to impede the formation of independent employee associations", but rather that "the exclusion stemmed from a desire not to grant RCMP members all of the rights contemplated by the legislation and access to the particular remedies contained within it" (para. 5). In that case, the employer was the government and thus it was possible to presume that the government/employer knew of its responsibility under the *Charter* to respect the workers' associational rights. As a result, it was possible to assume that the purpose of the impugned law was to deny RCMP employees certain statutory benefits, but still respect their basic right to associate. That is not the case here, where the employers are not part of government, and therefore their anti-associational acts could not be challenged under the *Charter*. Accordingly, there can be no presumption that the Ontario government expected that the *Charter* would protect farm workers' basic freedom to associate.

123 I respectfully disagree with my colleague when he argues that there was no clear evidence of intent on the part of the government of Ontario to breach the s. 2(*d*) rights of the appellants. It is difficult to countenance such a thesis in light of the factual record which includes not only the direction to terminate existing associations contained in the *LRESLAA* and the s. 3(*b*) exclusion contained in the *LRA*, but also the repeated instances where government officials made it clear that the new Act's intent was to hinder union-related activities in the agricultural sector, including comments made to members of the provincial legislature before they voted on the *LRESLAA*.

124 To interpret the factual record so narrowly by arguing that it was not clear whether these statements were aimed solely at curtailing unprotected rights to engage in collective bargaining or whether they were also aimed at curtailing *Charter*-protected

Dans *Delisle*, par. 5, ma conclusion qu'il n'y a pas atteinte à l'al. 2*d*) se fonde en partie sur le fait que la preuve ne révélait pas « que l'exclusion visait à empêcher la formation d'associations d'employés indépendantes », mais indiquait plutôt que « cette exclusion découlait de la volonté de ne pas accorder aux membres de la GRC tous les droits prévus par la mesure législative en question et de ne pas leur donner accès aux réparations particulières qu'elle contient ». Dans cette affaire, l'employeur était le gouvernement et on pouvait présumer que le gouvernement employeur connaissait son obligation en vertu de la *Charte* de respecter les droits d'association des travailleurs. On pouvait donc présumer que l'objet de la loi attaquée était de priver des employés de la GRC de certains avantages légaux, tout en respectant leur droit fondamental de s'associer. Ce n'est pas le cas en l'espèce car les employeurs ne font pas partie du gouvernement et, de ce fait, les mesures prises pour empêcher l'association ne peuvent être contestées en vertu de la *Charte*. C'est pourquoi on ne peut présumer que le gouvernement de l'Ontario s'attendait à ce que la *Charte* protège la liberté fondamentale d'association des travailleurs agricoles.

Avec égards, je ne partage pas l'avis de mon collègue selon lequel aucun élément de preuve n'établit clairement l'intention du gouvernement ontarien de porter atteinte aux droits des appelants suivant l'al. 2*d*). Il est difficile de souscrire à cette thèse compte tenu des faits établis en l'espèce, ce qui comprend non seulement la directive de dissoudre les associations existantes, selon la *LMLRTE*, et l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT*, mais aussi de nombreuses déclarations de représentants du gouvernement indiquant clairement que l'intention de la nouvelle loi était d'empêcher l'activité syndicale dans le secteur agricole, et notamment les remarques formulées à l'intention des députés provinciaux avant qu'ils ne votent l'adoption de la *LMLRTE*.

Il est contraire à la jurisprudence sur l'analyse téléologique de la *Charte* d'interpréter la preuve factuelle de manière aussi étroite sous prétexte que l'on ne peut établir avec certitude si les déclarations en cause visaient uniquement à restreindre le droit

2001 SCC 94 (CanLII)

associational rights defies purposive *Charter* jurisprudence. It appears to me that in situations, such as this one, where there are strong indicia that the intent of a legislative initiative is to curtail a *Charter* right, the onus shifts to the government to justify the breach under s. 1.

I believe that, in the circumstances of this case, the proper approach is the one taken by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 334:

> . . . I agree with the respondent that the legislation's purpose is the initial test of constitutional validity and its effects are to be considered when the law under review has passed or, at least, has purportedly passed the purpose test. If the legislation fails the purpose test, there is no need to consider further its effects, since it has already been demonstrated to be invalid. Thus, if a law with a valid purpose interferes by its impact, with rights or freedoms, a litigant could still argue the effects of the legislation as a means to defeat its applicability and possibly its validity. In short, the effects test will only be necessary to defeat legislation with a valid purpose; effects can never be relied upon to save legislation with an invalid purpose. [Emphasis added.]

Charter litigation decisions cannot be made in a factual vacuum. However, it is important to assess carefully on whom the burden of proof should lie, and the degree of proof required. Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle* present a helpful outline, at para. 76:

> A *Charter* claimant who seeks to establish that impugned legislation infringes a *Charter* right or freedom by virtue of its purpose bears the onus of establishing the alleged invalid purpose on a balance of probabilities. The ordinary rules of evidence applicable in civil trials apply. Accordingly, it cannot be assumed that the purpose of a law is invalid solely because an invalid purpose is a plausible purpose of the law. There must be clear evidence that an invalid purpose is probable. In addition, the evidence must rebut the presumption of constitutionality. That is, if there are two equally probable purposes for the impugned legislation, and one of these purposes is valid and is not inextricably linked to the invalid purpose, then the valid purpose is presumed to apply: *Slaight Communications*, *supra*, at

non protégé de négocier collectivement ou si elles visaient également à restreindre la liberté d'association garantie par la *Charte*. J'estime que dans une situation où, comme en l'espèce, il y existe de solides indices que l'intention du législateur est de restreindre un droit garanti par la *Charte*, il incombe alors au gouvernement de justifier l'atteinte en vertu de l'article premier.

125 Vu les circonstances de la présente affaire, je crois que la démarche qui s'impose est celle du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 334 :

> . . . je partage l'avis de l'intimée que le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère. Si elle ne satisfait pas au critère de l'objet, il n'est pas nécessaire d'étudier davantage ses effets parce que son invalidité est dès lors prouvée. Donc, si, de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide. Bref, le critère des effets n'est nécessaire que pour invalider une loi qui a un objet valable; les effets ne peuvent jamais être invoqués pour sauver une loi dont l'objet n'est pas valable. [Je souligne.]

126 On ne peut trancher dans l'abstrait les litiges relatifs à l'application de la *Charte*. Cependant, il importe de déterminer soigneusement qui devrait avoir le fardeau de la preuve et quel est le degré de preuve exigé. À cet égard, les juges Cory et Iacobucci, au par. 76 de *Delisle*, font une analyse utile :

> Il incombe à l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* qui cherche à établir que, par son objet, la mesure législative contestée porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* de prouver, selon la prépondérance des probabilités, l'existence de l'objet invalide allégué. Les règles ordinaires de la preuve en matière civile s'appliquent. Par conséquent, on ne saurait présumer que l'objet d'une loi est invalide uniquement parce qu'un objet invalide est un objet plausible de cette loi. Il doit y avoir une preuve claire de l'existence probable d'un objet invalide. En outre, la preuve doit réfuter la présomption de constitutionnalité. Autrement dit, si la mesure législative contestée comporte deux objets tout aussi probables l'un que l'autre et que l'un de ces objets est valide et non inextricablement lié à l'objet invalide,

2001 SCC 94 (CanLII)

p. 1078, *per* Lamer J. (as he then was); *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554, at pp. 581-82, *per* Lamer C.J. However, where the *Charter* claimant is able to adduce a preponderance of evidence of the invalid purpose, the presumption of constitutionality is rebutted and the court is required to find an infringement of the *Charter*. [Emphasis added.]

127 In assessing whether the purpose of a legislative provision is constitutional, "the court [should] consider only the purpose of the provision itself and not the broader purpose of the surrounding legislation as a whole" (*Delisle*, *supra*, *per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 78). Thus, in the present appeal, the essential issue under s. 2(*d*) of the *Charter* is whether the purpose of s. 80 of the *LRESLAA* and s. 3(*b*) of the *LRA* infringes freedom of association, not whether the legislation as a whole does so. Both intrinsic and extrinsic sources are admissible and important in determining legislative purpose.

128 The evidence in this case leads me to conclude that this is one of those rare cases in which the Ontario Legislature's purpose in enacting a legislative provision must be found to infringe the *Charter*. There is clear evidence that on a balance of probabilities the Legislature's purpose in enacting the impugned s. 3(*b*) was to ensure that persons employed in agriculture "remained vulnerable to management interference with their associational activities, in order to prevent the undesirable consequences which it was feared would result from [agricultural workers'] labour associations" (*Delisle*, *supra*, *per* Cory and Iacobucci JJ., at para. 80).

129 There were several official announcements as to the purpose of s. 3(*b*). These can be categorized as announcements where the concept of protecting the "family farm" from unionization featured prominently, and those where incompatibility between agriculture and unionization was cited as the reason for the repeal of the *ALRA*.

130 The following fall into the first category: (i) a statement by the Ontario Minister of Labour in the

l'objet valide est alors présumé s'appliquer : *Slaight Communications*, précité, à la p. 1078, le juge Lamer (plus tard Juge en chef); *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554, aux pp. 581 et 582, le juge en chef Lamer. Cependant, lorsque l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte* est en mesure d'établir l'existence de l'objet invalide selon la prépondérance de la preuve, la présomption de constitutionnalité est réfutée et la cour doit conclure qu'il y a violation de la *Charte*. [Je souligne.]

Pour déterminer la constitutionnalité de l'objet d'une disposition législative, « la cour n'examine que l'objet de la disposition elle-même, et non pas l'objet général de l'ensemble de la mesure législative dans laquelle elle se trouve » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 78). Par conséquent, dans le cadre du présent pourvoi, la question essentielle qui se pose relativement à l'al. 2*d*) de la *Charte* est de savoir si l'objet de l'art. 80 de la *LMLRTE* et de l'al. 3*b*) de la *LRT*, et non de l'ensemble du régime législatif, porte atteinte à la liberté d'association. Tant les sources intrinsèques que les sources extrinsèques sont admissibles et importantes pour circonscrire l'objet de la législation.

La preuve en l'espèce m'amène à conclure qu'il s'agit d'un des rares cas où l'objet poursuivi par le législateur ontarien par l'adoption d'une disposition législative doit être tenue pour contraire à la *Charte*. La preuve est claire, selon la prépondérance des probabilités, que l'objectif du législateur, en adoptant l'al. 3*b*) contesté, était de faire en sorte que les personnes employées à l'agriculture « restent vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs activités associatives, de manière à éviter les conséquences peu souhaitables qui, craignait-on, résulteraient des associations [de travailleurs agricoles] » (les juges Cory et Iacobucci, *Delisle*, par. 80).

Plusieurs déclarations officielles ont été faites concernant l'objet de l'al. 3*b*). Elles appartiennent à deux catégories : celles où prédomine la volonté de protéger la « ferme familiale » contre la syndicalisation, et celles où l'incompatibilité entre agriculture et syndicalisation est invoquée pour justifier l'abrogation de la *LRTA*.

On trouve dans la première catégorie (i) la déclaration suivante de la ministre du Travail de

2001 SCC 94 (CanLII)

Legislature on October 4, 1995, upon introducing the *LRESLAA*, that "[t]his action . . . recognizes that unionization of the family farm has no place in Ontario's key agricultural sector"; and (ii) a statement by the Ontario Minister of Agriculture, Food and Rural Affairs also in the Legislature and on the same date that "[o]ur farmers, who are on the agri-food industry's front lines, are looking to us to help them maintain their competitive edge in the new global marketplace. . . . [T]he *Agricultural Labour Relations Act* is aimed directly at unionizing the family farm. We do not believe in the unionization of the family farm" (Legislative Assembly of Ontario, *Official Report of Debates*, October 4, 1995, at pp. 99-100).

l'Ontario devant l'assemblée législative, le 4 octobre 1995, lors de la présentation de la *LMLRTE* : [TRADUCTION] « [c]ette mesure [. . .] reconnaît que la syndicalisation de la ferme familiale n'a pas sa place dans l'important secteur agricole de l'Ontario »; et (ii) cette déclaration du ministre de l'Agriculture de l'Ontario devant l'assemblée législative le même jour : [TRADUCTION] « [n]os agriculteurs, qui sont aux premières lignes de l'industrie agroalimentaire, comptent sur nous pour les aider à maintenir leur avantage concurrentiel dans le marché mondial [. . .] [L]a *Loi sur les relations de travail dans l'agriculture* vise directement la syndicalisation de la ferme familiale. Nous ne croyons pas en la syndicalisation de la ferme familiale » (Assemblée législative de l'Ontario, *Journal des débats*, 4 octobre 1995, p. 99-100).

In the second category, the statements refer to agriculture in general, without specific reference to family farms. First, a media kit released by the government gave the following explanation as to why the *ALRA* was being repealed: "The horticulture and agriculture sectors are extremely sensitive to time and to climate conditions as these directly affect production of many agricultural commodities. For this reason, these sectors would have great difficulty adapting to the presence of unions". Second, on January 17, 1996, after the enactment of the *LRESLAA*, the Minister of Labour responded in a letter that "[t]he Government repealed Bill 91 because of the Government's view that unionization in the agricultural sector is incompatible with the unique characteristics of that sector".

131 Dans la deuxième catégorie, les déclarations portent sur l'agriculture en général, sans mention expresse des fermes familiales. D'abord, une pochette d'information produite par le gouvernement explique en ces termes pourquoi la *LRTA* est abrogée : [TRADUCTION] « Les secteurs de l'horticulture et de l'agriculture sont extrêmement sensibles aux conditions saisonnières et climatiques puisque ces facteurs ont un effet direct sur la production de nombre de produits agricoles. Voilà pourquoi ces secteurs auraient beaucoup de difficulté à s'adapter à la présence de syndicats ». Deuxièmement, le 17 janvier 1996, après l'adoption de la *LMLRTE*, la ministre du Travail répond dans une lettre que [TRADUCTION] « [l]e gouvernement a abrogé le projet de loi 91 parce qu'il estime que la syndicalisation du secteur agricole est incompatible avec les caractéristiques uniques de ce secteur ».

Contrasting the first statement from the Ontario Minister of Labour from the latter one, it seems that if the purpose of the *LRESLAA* was to protect the family farm from unionization, then passage of a statute prohibiting all unionization in Ontario's agricultural sector reflects overreach.

132 Si on compare la première déclaration de la ministre du Travail de l'Ontario et la dernière il semble que si l'objet de la *LMLRTE* était de protéger la ferme familiale de la syndicalisation, alors l'adoption d'une loi interdisant toute syndicalisation dans le secteur agricole de l'Ontario témoigne d'une portée excessive.

In addition, the comments Cory and Iacobucci JJ. make in *Delisle*, *supra*, at para. 87, are germane:

133 En outre, les commentaires des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 87, sont pertinents :

2001 SCC 94 (CanLII)

In this context, leaving aside altogether the collective bargaining rights and the grievance procedure set out in the *PSSRA*, the fact that RCMP members are excluded from the application of even these limited associational protections is significant. The *PSSRA* is modelled upon *The Industrial Relations and Disputes Investigation Act.* It was enacted at a time when legislative awareness of the fundamental importance of the freedom of employees to associate was high, as evidenced by domestic and international legislation at the time. It is unquestionable that Parliament was aware of the importance of freedom of association for all employees, and of the possibility of protecting this freedom without providing all employees with collective bargaining rights. The symbolism inherent in declining to guarantee to RCMP members even the basic freedom to associate must have been recognized. [Emphasis added.]

Dans ce contexte, indépendamment des droits à la négociation collective et de la procédure de grief énoncés dans la *LRTFP*, le fait que les membres de la GRC soient soustraits même à l'application de ces protections limitées en matière d'association est révélateur. La *LRTFP* s'inspire de la *Loi sur les relations industrielles et sur les enquêtes visant les différends du travail*. Elle a été adoptée au moment où le législateur était très conscient de l'importance fondamentale de la liberté d'association des employés, comme le démontrent les mesures législatives nationales et internationales adoptées à cette époque. Il ne fait aucun doute que le législateur était conscient de l'importance de la liberté d'association pour tous les employés et de la possibilité de protéger cette liberté sans accorder à tous les employés des droits à la négociation collective. Le symbolisme inhérent au refus de garantir aux membres de la GRC même la liberté fondamentale de s'associer doit avoir été reconnu. [Je souligne.]

134 Substituting agricultural workers for the RCMP and the Ontario Legislature for the Parliament, and applying the facts to our situation leads to a similar conclusion as that reached by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, where, at para. 89, they state:

The key consideration, in examining Parliament's purpose in excluding members of the RCMP from the *PSSRA*, is the reason for the decision to exclude. If Parliament's purpose in excluding a particular employee group from a labour statute was to ensure that the employee group remained vulnerable to management interference with labour association, this is impermissible in light of s. 2(*d*). Even though the effect of the exclusion may be simply to maintain the *status quo* of employees whereby they are burdened with the inherent imbalance of power in the employment context, the central consideration is whether Parliament's deliberate decision to exclude flowed from a purpose that is in conflict with the fundamental freedom of employees to associate. It is of some relevance that the *status quo* in the labour relations context is one of inherent employee vulnerability to management interference with labour associations. It is simply not open to Parliament to enact a statutory provision where the motivation for enacting the provision is anti-associational, subject of course to s. 1 of the *Charter*. [Emphasis in original.]

En remplaçant les membres de la GRC par les travailleurs agricoles, et le législateur par l'Assemblée législative de l'Ontario, pour adapter les faits à la présente espèce, nous arrivons à une conclusion semblable à celle des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 89 :

Le principal élément à considérer, en examinant l'objet visé par le législateur en excluant les membres de la GRC du régime de la *LRTFP*, est la raison de la décision d'exclure. Si l'objet visé par le législateur en excluant un groupe d'employés particulier du régime d'une loi en matière de travail était d'assurer que les employés de ce groupe resteraient vulnérables à l'ingérence de la direction dans leurs associations, il est inacceptable compte tenu de l'al. 2*d*). Même si l'exclusion peut simplement avoir pour effet de maintenir le statu quo d'employés, avec l'inégalité inhérente du rapport de force que cela comporte dans le contexte de leur emploi, la principale question à considérer est de savoir si la décision délibérée du législateur de procéder à l'exclusion visait un objet incompatible avec la liberté fondamentale des employés de s'associer. Il est pertinent jusqu'à un certain point que le statu quo dans le contexte des relations du travail comporte la vulnérabilité inhérente des employés à l'ingérence de la direction dans leurs associations. Il n'est simplement pas loisible au législateur d'adopter une disposition législative lorsque le motif de l'adopter est d'empêcher la formation d'associations, sous réserve naturellement de l'article premier de la *Charte*. [Souligné dans l'original.]

135 As pointed out by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 102, another factor which may be of assistance would be the existence of

Comme le signalent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 102, l'existence d'effets positifs quelconques que peut avoir eu l'exclusion des

2001 SCC 94 (CanLII)

any positive effect that the exclusion of persons employed in agriculture may have had on the associational freedom of such persons:

Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, emphasized that the effects of impugned legislation need not be looked to if the purpose of the legislation is invalid, and further that even if the effects are looked to and found to be "inoffensive" this fact will not affect a finding that the purpose of the legislation is invalid. Nonetheless, courts may, where appropriate, look to the effects of legislation for assistance in inferring the legislation's purpose, as Dickson J. noted, at p. 331. In particular, where the effects of the impugned legislation are contrary to the invalid purpose alleged by the *Charter* claimant, a court should weigh the evidence carefully before concluding that the purpose is indeed invalid. In light of the presumption of constitutionality, it is fitting for a court to look for the existence of any such beneficial effects before ruling that the purpose of a law is contrary to the *Charter*. [Emphasis added; emphasis in original deleted.]

The evidence before us fails to reveal any positive effects upon the associational freedom of persons employed in agriculture stemming from their exclusion from the *LRA*. In fact, I can point to the dearth of employee associations established by persons employed in agriculture in Ontario (see *Delisle*, at para. 106). The associational record is dismal. But so is the situation of agricultural workers across Canada when it comes to employee associations. Data for 1989 evidences that while, on average, 34.1 percent of Canadian workers belonged to unions, a mere 1.9 percent of workers in agriculture were unionized (Arthurs, *supra*, at para. 93).

The government argues that (a) the banning of unions does not prevent the creation of associations by agricultural workers; and (b) the government did not engage in anti-associational activity, but rather it was private parties who did so.

In the context of Ontario's labour market, it would be disingenuous of the government to argue that it believed that following the enactment of the *LRA* the freedom of association of agricultural workers would be restricted solely in terms of union activities. The reality of the labour market, which has led

travailleurs agricoles sur leur liberté d'association peut être un autre facteur utile :

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, le juge Dickson a souligné qu'il n'est pas nécessaire de se référer aux effets d'une mesure législative contestée dont l'objet est invalide, et en outre que, même si les effets sont examinés et jugés « inoffensifs », cela ne change rien à la conclusion que l'objet de la mesure législative est invalide. Néanmoins, la cour peut, lorsque cela est indiqué, se référer aux effets d'une mesure législative pour en déduire l'objet, comme le souligne le juge Dickson, à la p. 331. En particulier, lorsque les effets de la mesure législative contestée sont contraires à l'objet invalide allégué par l'auteur d'une demande fondée sur la *Charte*, la cour devrait évaluer soigneusement la preuve avant de conclure que cet objet est vraiment invalide. Compte tenu de la présomption de constitutionnalité, il convient que la cour examine si de tels effets bénéfiques existent avant de décider que l'objet d'une loi est contraire à la *Charte*. [Je souligne; soulignement dans l'original supprimé.]

136 La preuve devant notre Cour ne révèle aucun effet positif de l'exclusion des travailleurs agricoles du régime de la *LRT* sur leur liberté d'association. En fait, je soulignerais la pénurie d'associations formées par les travailleurs agricoles en Ontario (voir *Delisle*, par. 106). Le bilan en matière d'associations est sombre. Il en est de même de la situation des travailleurs agricoles à l'échelle du Canada en ce qui concerne les associations d'employés. Les données pour 1989 révèlent que, par comparaison à un taux moyen de syndicalisation de 34,1 pour cent des travailleurs canadiens, seulement 1,9 pour cent des travailleurs agricoles étaient syndiqués (Arthurs, *op. cit.*, par. 93).

137 Le gouvernement soutient : a) que l'interdiction des syndicats n'empêche pas les travailleurs agricoles de créer des associations, et b) que ce n'est pas le gouvernement mais le secteur privé qui s'est livré à des activités visant à empêcher la formation d'associations.

138 Dans le contexte du marché du travail de l'Ontario, le gouvernement ne saurait prétendre croire qu'à la suite de l'adoption de la *LRT*, la liberté d'association des travailleurs agricoles ne serait limitée qu'à l'égard des activités syndicales. La réalité concrète du marché du travail, qui a conduit à l'élaboration

2001 SCC 94 (CanLII)

to the development of protective labour legislation, indicates that when the protection is removed without any restrictions or qualifications, associational rights are often infringed, or have the potential to be infringed, to an extent not confined to unionization activities. In my view, it cannot be said that the government was unaware, in advance, of this very effect of its legislation.

139 My colleague has concluded that the effect of the enactment of the *LRA* breaches s. 2(*d*) of the *Charter*. While I agree, I also believe that in a situation such as the present one, intent can be imputed on the government. Such cases will be rare and subject to specific circumstances. In this case, (a) the context is that of specialized legislation which seeks to maintain a delicate balance between employees and employers; (b) there was an absolute exclusion from protection; (c) it was in the reasonable contemplation of the government at the time of the enactment that the effect of the exclusion clause would be to affect associational freedoms beyond the realm of unionization, thus breaching s. 2(*d*) rights.

140 In the present case, the appellants claim that the government has breached the s. 2(*d*) rights of agricultural workers in Ontario because it has enacted a new labour statute, which leaves them perilously vulnerable to unfair labour practices. The appellants' claims have merit, particularly when viewed in the context of (a) the recent history of Ontario labour legislation, where the *ALRA* was enacted only to be repealed by new legislation mandating the dismantling of unions organized under the *ALRA* and excluding agricultural workers from the *LRA* without any provisos for protection from unfair labour practices, except for a prohibition against reprisals for agricultural workers who organized under the *ALRA*; (b) the inherent vulnerability of workers when confronting management; (c) the specific vulnerability and powerlessness of agricultural workers; and (d) the long experience of labour strife which has led to the enactment of statutes protecting workers against unfair labour practices.

de mesures législatives de protection, montre que le retrait de la protection, sans restrictions ni conditions, s'accompagne souvent ou risque de s'accompagner d'atteintes aux droits d'association, atteintes dont la portée ne se limite pas aux seules activités syndicales. À mon avis, on ne peut pas dire que le gouvernement n'était pas conscient d'avance que les dispositions auraient précisément cet effet.

Mon collègue conclut que l'adoption de la *LRT* viole l'al. 2*d*) de la *Charte*. Je partage cette conclusion, mais je crois aussi que, dans un cas comme en l'espèce, il est possible d'en imputer l'intention au gouvernement. De tels cas se produisent rarement et sont fonction de circonstances particulières. En l'espèce, a) le contexte est celui d'une mesure législative spécialisée visant à maintenir un équilibre délicat entre employés et employeurs; b) l'exclusion de la protection est absolue; c) il était raisonnablement prévisible pour le gouvernement que l'adoption de la disposition d'exclusion affecterait les libertés d'association au-delà du domaine de la syndicalisation, portant ainsi atteinte aux droits protégés par l'al. 2*d*).

En l'espèce, les appelants soutiennent que le gouvernement a porté atteinte aux droits des travailleurs agricoles en Ontario reconnus à l'al. 2*d*) parce qu'il a adopté une nouvelle loi sur les relations de travail qui les rend dangereusement vulnérables aux pratiques déloyales de travail. Leurs arguments sont bien fondés, tout particulièrement lorsqu'ils sont examinés dans le contexte : a) de l'histoire récente de la législation ontarienne sur les relations de travail où, sitôt adoptée, la *LRTA* a été abrogée par une nouvelle loi imposant la dissolution des syndicats établis sous le régime de la *LRTA* et excluant les travailleurs agricoles de la *LRT* sans prévoir de protection contre les pratiques déloyales de travail, autre que l'interdiction de toutes représailles contre les travailleurs agricoles qui s'étaient syndiqués sous le régime de la *LRTA*; b) de la vulnérabilité inhérente des travailleurs face au patronat; c) de la vulnérabilité et de l'impuissance particulières des travailleurs agricoles; et d) de la longue expérience des conflits de travail qui a conduit à l'adoption de lois visant à protéger les travailleurs contre les pratiques déloyales de travail.

2001 SCC 94 (CanLII)

The difficulties facing employees attempting to organize without the benefit of statutory protection against unfair labour practices would appear to be much greater outside large urban centres, where at least it would be plausible to attend meetings and events without fear of the employer becoming aware of such initiatives. In the countryside, where many workers live on or near their place of employment, where the only meeting hall may be the local Legion or the dance hall in the nearest town, the odds would be stacked against escaping scrutiny by the employers.

141 Les difficultés que doivent surmonter les employés qui tentent de se grouper en associations sans bénéficier de protection légale contre les pratiques déloyales de travail semblent être beaucoup plus graves à l'extérieur des grands centres urbains, où il est au moins envisageable de participer à des réunions et à des événements à l'insu de l'employeur. Dans les régions rurales, où nombre de travailleurs vivent sur les lieux mêmes de leur emploi, ou à proximité, et où il arrive souvent que le seul lieu de réunion soit la salle de la Légion ou la salle de danse de la municipalité voisine, il y a de fortes chances qu'ils ne puissent échapper à la vigilance des employeurs.

My colleague makes the point that any interference with s. 2(*d*) rights must be substantial. While I agree with him that trivial breaches of the *Charter* should not be given much credence, I believe that we must seek to examine the severity of the *Charter* breach from the point of view of the party whose rights are affected. As I stated in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 58, "groups that are more socially vulnerable will experience the adverse effects of a legislative distinction more vividly than if the same distinction were directed at a group which is not similarly socially vulnerable".

142 Mon collègue fait ressortir que l'atteinte aux droits selon l'al. 2*d*) doit être importante. Bien que je convienne avec lui que les atteintes légères à la *Charte* ne devraient pas trouver beaucoup de créance, je crois que nous devons nous efforcer d'examiner la gravité de l'atteinte portée à la *Charte* du point de vue de la partie lésée dans ses droits. Comme je le dis dans *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 58 : « les groupes qui sont plus vulnérables sur le plan social ressentiront les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les groupes qui ne sont pas aussi vulnérables ».

In this case, the government argues that by proclaiming that the intent of the legislation was to exclude unionization from the agricultural sector, it merely meant to restrain "collective bargaining" activities. There is no discussion regarding the impact of the *LRA* on the associational activities in which workers often participate which are separate from the collective bargaining process.

143 En l'espèce, le gouvernement soutient qu'en déclarant que l'objet de la loi était d'exclure la syndicalisation du secteur de l'agriculture, il ne visait qu'à restreindre les activités de « négociation collective ». Aucun débat n'a porté sur les répercussions de la *LRT* sur les activités associatives auxquelles participent souvent les travailleurs et qui sont distinctes du processus de négociation collective.

This leads us to the issue raised by Dickson C.J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 362-63, where he stated, in dissent, that "[i]f freedom of association only protects the joining together of persons for common purposes, but not the pursuit of the very activities for which the association was formed, then the freedom is indeed legalistic, ungenerous, indeed vapid".

144 Cela nous amène à cette question soulevée par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 362-363, en dissidence : « [s]i la liberté d'association ne protège que la réunion de personnes à des fins communes, mais non l'exercice des activités mêmes pour lesquelles l'association a été formée, alors cette liberté est effectivement légaliste, parcimonieuse et voire même insipide ».

2001 SCC 94 (CanLII)

145 We could perhaps draw a useful analogy from the argument made with regards to language rights by my colleague in *R. v. Beaulac*, [1999] 1 S.C.R. 768, at para. 20, where he stated that:

> Language rights are not negative rights, or passive rights; they can only be enjoyed if the means are provided. This is consistent with the notion favoured in the area of international law that the freedom to choose is meaningless in the absence of a duty of the State to take positive steps to implement language guarantees; see J. E. Oestreich, "Liberal Theory and Minority Group Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, at p. 112; P. Jones, "Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights" (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, at p. 83: "[A] right . . . is conceptually tied to a duty"; and R. Cholewinski, "State Duty Towards Ethnic Minorities: Positive or Negative?" (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Emphasis added.]

146 Similarly, in the case of agricultural workers in Ontario, the freedom to associate becomes meaningless in the absence of a duty of the state to take positive steps to ensure that this right is not a hollow one.

147 In *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, I pointed out, at p. 214:

> Rights and freedoms must be nurtured, not inhibited. Vague laws intruding on fundamental freedoms create paths of uncertainty onto which citizens fear to tread, fearing legal sanction. Vagueness serves only to cause confusion and most people will shy from exercising their freedoms rather than facing potential punishment.

148 In the case at bar, citizens employed in agriculture fear not legal sanctions but sanctions from their employers. The absolute removal of *LRA* protection from agricultural workers created a situation where employees have reason to fear retaliation against associational activity by employers. The Ontario legislation could have qualified the exclusion clause by enjoining retaliatory activity by employers for non-union related associational activity. In light of the reality of the labour market, the failure of the Ontario Legislature to spell out a regime defining which associational activities are to be protected from management retaliation creates a chilling effect for agricultural workers. The concept of

Nous pouvons peut-être faire une analogie utile avec le raisonnement suivi par mon collègue dans *R. c. Beaulac*, [1999] 1 R.C.S. 768, par. 20, au sujet des droits linguistiques :

> Les droits linguistiques ne sont pas des droits négatifs, ni des droits passifs; ils ne peuvent être exercés que si les moyens en sont fournis. Cela concorde avec l'idée préconisée en droit international que la liberté de choisir est dénuée de sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour mettre en application des garanties linguistiques; voir J. E. Oestreich, « Liberal Theory and Minority Group Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 108, à la p. 112; P. Jones, « Human Rights, Group Rights, and Peoples' Rights » (1999), 21 *Hum. Rts. Q.* 80, à la p. 83 : [TRADUCTION] « [U]n droit . . . est conceptuellement lié à un devoir »; et R. Cholewinski, « State Duty Towards Ethnic Minorities : Positive or Negative? » (1988), 10 *Hum. Rts. Q.* 344. [Je souligne.]

De même, pour les travailleurs agricoles en Ontario, la liberté d'association perd tout son sens en l'absence d'un devoir de l'État de prendre des mesures positives pour que ce droit ne soit pas un droit fictif.

Dans *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, je souligne ceci, à la p. 214 :

> Les droits et libertés doivent être protégés et non entravés. Les lois imprécises qui entravent les libertés fondamentales créent une voie parsemée d'incertitude sur laquelle les citoyens ont peur de s'engager, craignant des sanctions d'ordre juridique. L'imprécision ne sert qu'à semer la confusion, et la plupart des gens éviteront d'exercer leurs libertés plutôt que de risquer une sanction.

En l'espèce, les citoyens employés à l'agriculture ne craignent pas les sanctions de la loi mais les sanctions de leurs employeurs. Le retrait absolu des travailleurs agricoles de la protection de la *LRT* a créé une situation dans laquelle les employés ont des raisons de craindre des représailles de leurs employeurs contre leur activité associative. La loi de l'Ontario aurait pu apporter des réserves à la clause d'exclusion en interdisant toute mesure de représailles de la part des employeurs contre les activités associatives non syndicales. Dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur ontarien de préciser un régime définissant quelles activités associatives doivent être

2001 SCC 94 (CanLII)

chilling effect is premised on the idea that individuals anticipating penalties may hesitate before exercising constitutional rights. In a constitutional democracy, not only must fundamental freedoms be protected from state action, they must also be given "breathing space".

protégées des représailles de la direction crée un effet paralysant sur les travailleurs agricoles. La notion d'effet paralysant repose sur la prémisse que les personnes qui craignent d'être pénalisées peuvent hésiter avant d'exercer leurs droits constitutionnels. Dans une démocratie constitutionnelle, il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut aussi leur assurer un « espace vital ».

The rights protected under s. 2(*d*) of the *Charter* are not confined to the work environment, but cover the full range of activities undertaken by individuals in a vibrant democracy. An employer, however, whose principal interaction with his employees may be confined to the employment situation, may view associational activities as manifestations or precursors of unionization. By taking preventive action, by firing, disciplining or warning targeted employees, with the resulting chilling effect on present and future activities by other employees, an employer would thus be infringing a right considered fundamental in our society. The chilling effect, of course, would not be confined to the employees of that particular employer.

149 Les droits protégés par l'al. 2*d*) de la *Charte* ne se limitent pas au milieu de travail, mais couvrent la gamme complète d'activités qu'entreprennent les individus dans une démocratie dynamique. Toutefois l'employeur, dont l'interaction principale avec ses employés peut se limiter à la situation d'emploi, peut percevoir les activités associatives comme des manifestations ou des signes avant-coureurs de la syndicalisation. En prenant des mesures préventives, en congédiant, réprimandant ou avertissant des employés ciblés, et en produisant ainsi un effet paralysant sur les activités présentes et futures d'autres employés, l'employeur se trouve à porter atteinte à un droit considéré comme fondamental dans notre société. L'effet paralysant ne se limite naturellement pas aux seuls employés de cet employeur.

The democratic dimensions of the freedom to associate have been rightly referred to in our jurisprudence. Other dimensions are also important. For example, those working in the production of food may, through associational activity, share and enhance their skills and knowledge, an important consideration when one takes into account the fact that agricultural workers are often exposed to dangers from machinery, chemicals and pesticides. Exchanging views on recent developments may ensure that unsafe practices will be identified at an earlier stage. Society would also prize their role as potential stewards over the safety of the products generated and of the environment in general. A statutory regime that may have a chilling effect on such activities would appear to run contrary to the common good.

150 Les dimensions démocratiques de la liberté d'association ont à juste titre été reconnues dans notre jurisprudence. D'autres dimensions sont également importantes. Par exemple, les personnes qui travaillent dans la production alimentaire peuvent, grâce à une activité associative, partager et améliorer leurs compétences et leurs connaissances, ce qui est une considération importante car les travailleurs agricoles sont souvent exposés aux dangers des machines, des produits chimiques et des pesticides. L'échange de points de vue sur les développements récents peut permettre l'identification plus rapide de pratiques dangereuses. La société pourrait aussi apprécier leur rôle de surveillants potentiels de l'innocuité des produits fabriqués et de l'environnement en général. Un régime légal susceptible d'avoir un effet paralysant sur de telles activités semblerait aller à l'encontre de l'intérêt général.

In the context of the exclusion under s. 3(*b*) of the *LRA*, the situation is exacerbated because

151 Dans le contexte de l'exclusion prévue à l'al. 3*b*) de la *LRT*, la situation est aggravée par le fait

2001 SCC 94 (CanLII)

agricultural workers in Ontario, as pointed out by my colleague, are also excluded from employment standards, occupational health and safety, and other protective legislation such as the *Tenant Protection Act, 1997*, S.O. 1997, c. 24. Section 3(*b*) of the *Tenant Protection Act* states that it does not apply to living accommodations whose occupancy is conditional upon the occupant continuing to be employed on a farm, whether or not the accommodations are located on that farm.

152 The chilling effect of the impugned provision has forced agricultural workers to abandon associational efforts and to restrain themselves from further associational initiatives. It may be of assistance to examine the resulting impact on the freedom of association in light of the comments made by Dickson J. in *Big M Drug Mart*, *supra*, at pp. 336-37, with regard to freedom of religion:

> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. [Emphasis added.]

153 Thus, the test is clearly not that agricultural workers are free to associate as they wish. If that were the case and no associational activity took place, then the conclusion would be that they had the opportunity and chose not to. If the analysis incorporates the reality of the labour market, the chilling effect of the lack of freedom becomes manifest.

154 I agree with my colleague that Professor Fudge is correct when she states in her affidavit that "[w]hile the existence of labour relations legislation is no

que les travailleurs agricoles en Ontario, comme le souligne mon collègue, sont aussi exclus des normes d'emploi, de santé et de sécurité au travail et d'autres régimes de protection comme la *Loi de 1997 sur la protection des locataires*, L.O. 1997, ch. 24, qui prévoit, à l'al. 3*b*), qu'elle ne s'applique pas aux logements dont une condition d'occupation est que l'occupant continue d'être employé dans une exploitation agricole, que les logements y soient situés ou non.

L'effet paralysant de la disposition attaquée a forcé des travailleurs agricoles à abandonner leurs efforts associatifs et à s'abstenir d'engager de nouvelles initiatives associatives. Il peut être utile d'examiner son effet sur la liberté d'association, à la lumière des commentaires du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, précité, p. 336-337, au sujet de la liberté de religion :

> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. [Je souligne.]

Ainsi, le critère n'est manifestement pas que les travailleurs agricoles soient libres de former des associations comme ils l'entendent. Si tel était le cas et qu'aucune activité associative ne se produisait, alors il serait possible de conclure qu'ils avaient la possibilité de le faire et qu'ils ont choisi de ne pas le faire. Si l'analyse tient compte de la réalité du marché du travail, l'effet paralysant de l'absence de liberté devient manifeste.

Je partage l'avis de mon collègue sur la justesse de cette déclaration du professeur Fudge dans son affidavit : [TRADUCTION] « [m]ême si l'existence

2001 SCC 94 (CanLII)

guarantee that a particular group of workers will be able to join a trade union and engage in collective bargaining with their employer, the absence of such legislative protection virtually guarantees that workers will not enjoy these rights and freedoms". In that light, it is fair to characterize the freedom of association of agricultural workers under the *LRA* as being but a hollow right because, as stated by Arthurs, *supra*, at para. 431, and cited with approval by my colleague, the freedom to organize would amount "to no more than the freedom to suffer serious adverse legal and economic consequences".

d'une loi sur les relations de travail ne garantit aucunement à un groupe donné de travailleurs qu'il pourra se joindre à un syndicat et entreprendre une négociation collective avec l'employeur, l'absence d'une telle protection légale garantit presque que les travailleurs ne bénéficieront pas de ces droits et de ces libertés ». Dans ce contexte, la liberté d'association des travailleurs agricoles sous le régime de la *LRT* n'est qu'un droit fictif puisque, ainsi qu'il est dit dans Arthurs, *op. cit.*, par. 431, et cité avec approbation par mon collègue, la liberté syndicale pourrait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur les plans juridique et économique ».

2001 SCC 94 (CanLII)

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 68:

> The ability of employees to form and join an employee association is thus crucially linked to their economic and emotional well-being. Membership in employee groups assists the individual member in a great many ways. Simply to join a trade union is an important exercise of an individual's freedom of expression. It is a group which so often brings to the individual a sense of self-worth and dignity. An employee association provides a means of openly and frankly discussing work-related problems without fear of interference or intimidation by the employer. The association provides a means of expressing a collective voice, not only in communicating with the employer, but also in communicating with government, other groups, and the general public. The fundamental importance of the union remains, even though a statute may prohibit the employees from going on strike, or from holding a sit-in. The freedom of employees to participate in an employee association is basic and essential in our society. A statute whose purpose or effect is to interfere with the formation of employee associations will clearly infringe s. 2(*d*) of the *Charter*. [Emphasis added.]

155 Comme le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 68 :

> La capacité des employés de former une association d'employés et d'y adhérer a donc un lien décisif avec leur bien-être sur les plans économique et émotionnel. L'appartenance à un groupe d'employés aide le membre d'une multitude de façons. Le simple fait d'adhérer à un syndicat est un exercice important de la liberté d'expression d'une personne. C'est un groupe qui procure si souvent à l'individu un sentiment de valorisation et de dignité. Une association d'employés fournit un moyen de discuter ouvertement et franchement des problèmes liés au travail sans crainte d'intervention ou d'intimidation de la part de l'employeur. L'association fournit un moyen d'exprimer une voix collective pour communiquer non seulement avec l'employeur, mais aussi avec le gouvernement, d'autres groupes et le public en général. Le syndicat conserve son importance fondamentale même si une loi peut interdire aux employés de déclencher une grève ou d'occuper des lieux. La liberté de l'employé de participer aux activités d'une association d'employés est fondamentale et essentielle dans notre société. Une loi qui a pour objet ou pour effet d'entraver la formation d'associations d'employés contrevient manifestement à l'al. 2*d*) de la *Charte*. [Je souligne.]

The outcome of the exercise of freedom of association is not determinable on an *ex ante* basis: a meeting by employees could be used as much to organize a picnic as to discuss occupational health and safety issues. The boundary line between permissible and impermissible associational activity is invisible. To use Dickson C.J.'s terminology, in a non-vapid s. 2(*d*) environment the line would not exist. In an environment where workers do not

156 Le résultat de l'exercice de la liberté d'association ne peut être déterminé au préalable : une réunion d'employés peut tout aussi bien servir à organiser un pique-nique qu'à discuter de questions de santé et de sécurité au travail. La ligne de démarcation entre l'activité associative permissible et non permissible est invisible. Pour reprendre l'idée du juge en chef Dickson, dans un contexte dynamique de l'al. 2*d*), la ligne de démarcation n'existerait pas.

enjoy protection from unfair labour practices, an employer has no reason to assume that such associational activities will not lead to the forbidden terrain of collective bargaining. The reality is that employers often take anticipatory action against those who undertake organizational activities.

Dans un environnement où les travailleurs n'ont pas de protection contre les pratiques déloyales, l'employeur n'aurait aucune raison de supposer que de telles activités associatives ne mèneront pas vers le terrain interdit de la négociation collective. La réalité est que les employeurs prennent souvent des mesures préventives contre ceux qui entreprennent des activités associatives.

157 In *Lavigne*, *supra*, at p. 263, Wilson J. stated that once the positive freedom of association had been established, then it remained to establish whether the appellant has been prevented from forming or joining associations of her or his choosing. In *Lavigne*, the answer was no. In our case, by contrast, the answer is yes.

Dans *Lavigne*, précité, p. 263, le juge Wilson dit qu'une fois établie la liberté positive de s'associer, il reste à établir si l'appelant a été empêché de former une association ou d'adhérer à celle de son choix. Dans *Lavigne*, la réponse était négative. En l'espèce, cependant, la réponse est affirmative.

158 With respect, I do not share the views of my colleague, as expressed by him in *Delisle*, at para. 29, that it would be problematic to recognize positive rights because it will force government to take an "all or nothing" approach to the promotion of freedoms. This is because a positive duty to assist excluded groups generally arises when the claimants are in practice unable to exercise a *Charter* right. In addition, s. 1 of the *Charter* would allow the government to justify excluding some groups from the application of certain policies. In our case, once the statutory exclusion is removed, the claimants will be in a position to effectively exercise their s. 2(*d*) rights.

En toute déférence, je ne partage pas le point de vue qu'exprime mon collègue dans *Delisle*, par. 29, selon lequel la reconnaissance des droits positifs risque de poser problème car elle force le gouvernement à adopter une politique du tout ou rien en matière de promotion des libertés. Cela résulte de ce qu'en général, l'incapacité pratique d'exercer un droit garanti par la *Charte* fait naître une obligation positive d'aider les groupes exclus. De plus, l'article premier de la *Charte* permet au gouvernement de justifier l'exclusion de certains groupes de l'application de certaines politiques. En l'espèce, une fois supprimée l'exclusion légale, les demandeurs seront en mesure d'exercer effectivement leurs droits en vertu de l'al. 2*d*).

159 However, when the Ontario government repealed the *ALRA* and enacted the *LRA* it committed acts which affected the associational rights of agricultural workers in Ontario. As the majority of the Court stated in *Vriend*, *supra*, at para. 62:

Toutefois, lorsque le gouvernement de l'Ontario a abrogé la *LRTA* et adopté la *LRT*, il a pris des mesures qui ont porté atteinte au droit d'association des travailleurs agricoles en Ontario. Comme le dit la majorité de la Cour dans *Vriend*, précité, par. 62 :

> It might also be possible to say in this case that the deliberate decision to omit sexual orientation from the provisions of the *IRPA* is an "act" of the Legislature to which the *Charter* should apply. This argument is strengthened and given a sense of urgency by the considered and specific positive actions taken by the government to ensure that those discriminated against on the grounds of sexual orientation were excluded from the protective procedures of the Human Rights Commission.

> L'on pourrait également soutenir, en l'espèce, que la décision délibérée d'omettre l'orientation sexuelle dans les dispositions de l'*IRPA* est un « acte » du législateur à laquelle la *Charte* devrait s'appliquer. Les mesures concrètes et réfléchies que le gouvernement a prises pour faire en sorte que les victimes de discrimination fondée sur l'orientation sexuelle ne puissent présenter une plainte à la Human Rights Commission étayent cet argument qui n'en est que plus convaincant. Cependant,

2001 SCC 94 (CanLII)

However, it is not necessary to rely on this position in order to find that the *Charter* is applicable.

The Ontario government, in this case, first ensured that those workers who had initiated associational activities under the protection of the *ALRA* would no longer pursue them and, secondly, it took "the deliberate decision to omit" persons employed in agriculture from the *LRA*.

In the *Alberta Reference*, *supra*, at pp. 376-77, Dickson C.J., in the context of an exclusion clause concerning the right to strike under Alberta's *Hospitals Act*, stated that:

> The situation with respect to employees of employers who operate approved hospitals under the *Hospitals Act* is quite different. Prohibiting the right to strike across the board in hospital employment is too drastic a measure for achieving the object of protecting essential services. It is neither obvious nor self-evident that all bargaining units in hospitals represent workers who provide essential services, or that those who do not provide essential services are "so closely linked" to those who do as to justify similar treatment. As pointed out above, the Freedom of Association Committee of the I.L.O. expressed concern about the overinclusiveness of s. 117.1 of the *Labour Relations Act*:
>
> > 132. The Committee notes that this broad exclusion covers kitchen help, janitors, gardeners, etc. . . . Given that this provision is not sufficiently specific as regards the important qualification of "essential employee", the Committee refers to the principle . . . concerning circumstances in which recourse to strike action may be prohibited. It requests the Government to re-examine section 117.1 so as to confine the prohibition of strikes to services which are essential in the strict sense of the term. [Emphasis in original.]

In our case, the overinclusiveness of the *LRA*'s impugned provision cannot be justified. Although there may be a rare case where an agricultural operation could justifiably be exempted from the protections of the *LRA*, the broad exclusion incorporated in the Act, excluding all persons employed in agriculture from all provisions of the Act clearly is, in Dickson C.J.'s words in the above quote, "too drastic a measure". Such overinclusiveness "could lead to results in certain cases which would defy

il n'est pas nécessaire de l'invoquer pour arriver à la conclusion que la *Charte* s'applique.

160 En l'espèce, le gouvernement de l'Ontario s'est d'abord assuré que les travailleurs qui avaient engagé des activités associatives sous la protection de la *LRTA* y mettent fin, puis il a pris « la décision délibérée » d'exclure les personnes employées à l'agriculture de l'application de la *LRT*.

161 Dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, précité, p. 376-377, le juge en chef Dickson, parlant d'une clause d'exclusion concernant le droit de grève sous le régime de la *Hospitals Act* de l'Alberta, dit ceci :

> La situation à l'égard des employés des exploitants d'hôpitaux approuvés en vertu de la *Hospitals Act* est fort différente. Interdire le droit de grève à tous les employés d'hôpitaux est une mesure trop draconienne par rapport à l'objectif de protection des services essentiels. Il n'est ni manifeste ni évident en soi que toutes les unités de négociation du milieu hospitalier représentent des travailleurs qui fournissent des services essentiels ou que ceux qui ne fournissent pas des services essentiels sont si [TRADUCTION] « étroitement liés » à ceux qui les fournissent qu'il devient justifié de les traiter de la même façon. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, le Comité de la liberté syndicale du B.I.T. s'est montré préoccupé par le caractère trop étendu de l'art. 117.1 de la *Labour Relations Act* :
>
> > 132. Le comité note que cette exclusion globale vaut pour les aides de cuisine, les portiers, les jardiniers, etc., [. . .] Comme cette disposition n'est pas assez précise en ce qui concerne l'importante qualification d'« agent essentiel », le comité renvoie au principe [. . .] au sujet des circonstances dans lesquelles le recours à la grève peut être interdit. Il demande au gouvernement de réexaminer l'article 117.1 de façon que l'interdiction du droit de grève soit limitée aux services qui sont essentiels au sens strict du terme. [Souligné dans l'original.]

162 En l'espèce, la portée trop large de la disposition attaquée de la *LRT* ne peut être justifiée. S'il peut y avoir de rares cas dans lesquels une opération agricole serait à bon droit exclue des protections de la *LRT*, l'exclusion générale prévue dans la loi, qui exclut toutes les personnes employées à l'agriculture de toutes les dispositions de la loi, est manifestement, pour reprendre les termes du juge en chef Dickson, « une mesure trop draconienne ». Une portée trop large « est susceptible dans certains cas

2001 SCC 94 (CanLII)

both rationality and fairness" (*Oakes*, *supra*, at p. 142).

163 In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, a case concerning a challenge to the federal provisions prohibiting public servants from working for or against candidates or political parties, I concurred with Wilson J.'s reasons that once legislation is found to be over-inclusive, infringes a *Charter* right and cannot be justified under s. 1, "the Court has no alternative but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution" (pp. 76-77).

164 The term "underinclusiveness" is often used in s. 15 jurisprudence including cases where, as here, overt exclusion from a statute has taken place. As stated in *Vriend*, *supra*, at para. 61, it is the substance not the form of the legislation that matters. However, while the ultimate legal effect may be similar, we should be alert to the impact on the affected parties. There is, after all, a difference between a sign that states "Members Only" from one that states "Agricultural Workers Excluded".

B. *Section 15(1) Analysis*

165 The appellants also argue that the *LRESLAA* and the *LRA* violate agricultural workers' equality rights under s. 15(1) of the *Charter*. Because I have already found that the impugned legislation infringes s. 2(*d*), I find it necessary to make but a single observation with respect to s. 15(1). I agree with the trial judge that "the central issue to be resolved" under s. 15(1) "is whether [the agricultural workers'] exclusion from the collective bargaining regime constitutes discrimination on an 'analogous ground'" (p. 209). I disagree, however, that the occupational status of agricultural workers does not satisfy this prong of the s. 15(1) analysis.

d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables » (*Oakes*, précité, p. 142).

Dans *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, portant sur la constitutionnalité de dispositions fédérales interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre des candidats ou des partis politiques, je souscris aux motifs du juge Wilson selon lesquels, dès lors qu'une loi est jugée de portée excessive, elle viole un droit garanti par la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier, la Cour « ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution » (p. 77).

L'expression « portée trop limitative » revient souvent dans la jurisprudence relative à l'art. 15, dans des affaires où, comme ici, la loi prévoit expressément une exclusion. Notre Cour reconnaît dans *Vriend*, précité, par. 61, que c'est le fond et non la forme de la disposition législative qui importe. Toutefois, même si l'effet juridique final peut être similaire, nous devons être conscients de ses répercussions sur les parties visées. Après tout, il y a une différence entre un panneau « Membres seulement » et un autre « Interdit aux travailleurs agricoles ».

B. *L'analyse fondée sur le par. 15(1)*

Les appelants soutiennent aussi que la *LMLRTE* et la *LRT* violent les droits des travailleurs agricoles à l'égalité en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. Comme j'ai déjà conclu que les dispositions attaquées contreviennent à l'al. 2*d*), une seule remarque me paraît s'imposer au sujet du par. 15(1). Je conviens avec le juge de première instance que [TRADUCTION] « la question centrale à trancher » en fonction du par. 15(1) « est de savoir si l'exclusion des travailleurs agricoles du régime de négociation collective constitue une discrimination fondée sur un "motif analogue" » (p. 209). Cependant, je ne suis pas d'accord pour dire que le statut professionnel des travailleurs agricoles ne satisfait pas à ce volet de l'analyse liée au par. 15(1).

2001 SCC 94 (CanLII)

In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, the Court held, at para. 93, that the determination of whether a ground or confluence of grounds is analogous to those listed in s. 15(1)

> is made on the basis of a complete analysis of the purpose of s. 15(1), the nature and situation of the individual or group at issue, and the social, political and legal history of Canadian society's treatment of the group. A ground or grounds will not be considered analogous under s. 15(1) unless it can be shown that differential treatment premised on the ground or grounds has the potential to bring into play human dignity . . . .

In other words, "[t]o say that a ground of distinction is an analogous ground is merely to identify a type of decision making that is suspect because it often leads to discrimination and denial of substantive equality" (*Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 8). A ground need not be immutable to be analogous; it can be based on characteristics that the government has no legitimate interest in expecting claimants to change to receive equal treatment under the law, or, in other words, characteristics that are difficult to change, or changeable only at great cost (*Corbiere*, *supra*, at paras. 13-14; see also *Vriend*, *supra*, at para. 90). In *Egan*, *supra*, I took the position that reliance on grounds amounts to an "indirect means by which to define discrimination" (para. 35 (emphasis in original deleted)), whereas the preferable approach would be to focus on the group adversely affected by the distinction as well as on the nature of the interest affected. I remain convinced that this is the most direct and truthful way of addressing the problem of discrimination. Nonetheless, even under the majority's current "grounds" approach, there is no reason why an occupational status cannot, in the right circumstances, identify a protected group.

First, this Court has repeatedly recognized that employment is a fundamental aspect of an individual's life and an essential component of identity, personal dignity, self-worth and emotional well-being (see, e.g., *McKinley v. BC Tel*, [2001] 2 S.C.R. 161, 2001 SCC 38, at para. 53 (quoting

Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 93, notre Cour conclut que, pour déterminer si un motif ou une combinaison de motifs est analogue à ceux énumérés au par. 15(1), il faut 166

> se fonde[r] sur une analyse exhaustive de l'objet du par. 15(1), de la nature et de la situation de la personne ou du groupe en cause et des antécédents sociaux, politiques et juridiques du traitement réservé à ce groupe dans la société canadienne. Un ou plusieurs motifs ne seront pas jugés analogues en vertu du par. 15(1) à moins qu'il ne puisse être démontré que la différence de traitement découlant de ce ou ces motifs est susceptible d'avoir une incidence sur la dignité humaine . . .

En d'autres termes, « [a]ffirmer qu'un motif de distinction est un motif analogue ne fait qu'indiquer qu'un certain processus décisionnel est suspect parce qu'il aboutit souvent à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle » (*Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 8). Il n'est pas nécessaire qu'un motif soit immuable pour être analogue; il peut reposer sur des caractéristiques que le gouvernement ne saurait légitimement escompter que le demandeur change pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi, c'est-à-dire des caractéristiques dont la modification est soit difficile, soit très coûteuse (*Corbiere*, précité, par. 13-14; voir aussi *Vriend*, précité, par. 90). Dans *Egan*, précité, j'exprime l'opinion que mettre l'accent sur les motifs est une « façon indirecte de définir la discrimination » (par. 35 (soulignement supprimé)), alors qu'il serait préférable de centrer l'analyse sur le groupe défavorisé par la distinction de même que sur la nature du droit touché. Je demeure convaincue qu'il s'agit du moyen le plus direct et le plus valable d'aborder le problème de la discrimination. Néanmoins, même suivant l'analyse majoritaire actuelle axée sur les « motifs », rien ne justifie que le statut professionnel ne puisse, lorsque les circonstances s'y prêtent, définir un groupe protégé.

Premièrement, notre Cour a reconnu à maintes reprises que l'emploi est un aspect fondamental de la vie d'une personne et une composante essentielle de son sens de l'identité, de sa dignité, de sa valorisation et de son bien-être émotionnel (voir p. ex. *McKinley c. BC Tel*, [2001] 2 R.C.S. 161, 2001 CSC 167

2001 SCC 94 (CanLII)

Alberta Reference, *supra*, *per* Dickson C.J., at p. 368)). Second, though it has had the opportunity to do so, this Court has never declared categorically that a ground of differential treatment based on an occupational status may not be subject to scrutiny under s. 15(1) (see especially *Delisle*, *supra*, at para. 44; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259, at p. 311). In *Delisle*, while the majority concluded that RCMP officers did not satisfy this prong of the *Law* test, it left the door open for the possibility that other occupationally oriented forms of discrimination could fall under the scope of s. 15(1) by limiting its holding to RCMP officers only (see *Delisle*, *supra*, at para. 44). In my concurring reasons in that case, I expressed my belief that an occupational status could constitute a suspect marker of discrimination, at para. 8:

> [O]ccupation and working life are often important sources of personal identity, and there are various groups of employees made up of people who are generally disadvantaged and vulnerable. Particular types of employment status, therefore, may lead to discrimination in other cases, and should be recognized as analogous grounds when it has been shown that to do so would promote the purposes of s. 15(1) of preventing discrimination and stereotyping and ameliorating the position of those who suffer social and political disadvantage and prejudice.

Legal commentators have also embraced the notion that occupational distinctions between certain groups can be subject to *Charter* scrutiny (see, e.g., D. Gibson, *The Law of the Charter: Equality Rights* (1990), at p. 257; D. Pothier, "Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences" (2001), 13 *C.J.W.L.* 37, at p. 57).

168 In this case, there is no doubt that agricultural workers, unlike the RCMP officers in *Delisle*, do generally suffer from disadvantage, and the effect of the distinction is to devalue and marginalize them within Canadian society. Agricultural workers "are among the most economically exploited and politically neutralized individuals in our society" and face "serious obstacles to effective participation in the political process" (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work: Designing a Constitutional Labour Code*

38, par. 53 (citant le juge en chef Dickson dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 368)). Deuxièmement, bien qu'elle ait eu l'occasion de le faire, notre Cour n'a jamais affirmé catégoriquement qu'une différence de traitement découlant du statut professionnel ne pouvait constituer un motif sujet à examen en vertu du par. 15(1) (voir en particulier *Delisle*, par. 44; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259, p. 311). Dans *Delisle*, la majorité conclut que les agents de la GRC ne satisfaisaient pas à ce volet du critère dégagé dans l'arrêt *Law*, mais elle n'a pas fermé la porte à la possibilité que d'autres formes de discrimination axée sur le statut professionnel puissent être visées au par. 15(1), puisqu'elle a limité sa conclusion aux agents de la GRC (par. 44). Dans mes motifs concourants, au par. 8, j'exprime l'avis que le statut professionnel peut constituer un indicateur de discrimination suspecte :

> [L]e métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, et divers groupes d'employés sont composés de gens qui sont généralement défavorisés et vulnérables. Certains types d'emploi peuvent donc mener à la discrimination dans d'autres cas, et devraient être reconnus comme étant des motifs analogues lorsqu'il est démontré que cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1), qui est d'empêcher la discrimination et les stéréotypes, et d'améliorer la situation des gens qui souffrent de désavantages et de préjugés sociaux et politiques.

Des auteurs ont également adhéré à l'idée que des distinctions d'ordre professionnel établies entre certains groupes pouvaient faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* (voir p. ex. D. Gibson, *The Law of the Charter : Equality Rights* (1990), p. 257; D. Pothier, « Connecting Grounds of Discrimination to Real People's Real Experiences » (2001), 13 *R.F.D.* 37, p. 57).

Il ne fait aucun doute en l'espèce que, contrairement aux agents de la GRC dans *Delisle*, les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage et que la distinction a pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser au sein de la société canadienne. Les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont parmi les membres de notre société qui sont les plus exploités sur le plan économique et les plus neutralisés du point de vue politique » et ils doivent surmonter « des obstacles

2001 SCC 94 (CanLII)

(1987), at p. 89). Indeed, the trial judge clearly found, at p. 216, that

> agricultural workers have historically occupied a disadvantaged place in Canadian society and that they continue to do so today. For the purposes of the s. 15 analysis, I have no hesitation in finding on the evidence that agricultural workers are a disadvantaged group. They are poorly paid, face difficult working conditions, have low levels of skill and education, low status and limited employment mobility.

In light of this, I believe it safe to conclude of agricultural workers what Wilson J. concluded of non-citizens in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 152, namely that they "are a group lacking in political power and as such vulnerable to having their interests overlooked and their rights to equal concern and respect violated. They are among 'those groups in society to whose needs and wishes elected officials have no apparent interest in attending'". Thus, the critical question here is whether the government has a legitimate interest in expecting agricultural workers to change their employment status to receive equal treatment under the law.

In my view, this question must be answered in the negative. Not unlike the off-reserve aboriginal band members faced with the challenge of changing their status to on-reserve band members identified in *Corbiere*, I believe that agricultural workers, in light of their relative status, low levels of skill and education, and limited employment mobility, can change their occupational status "only at great cost, if at all" (*Corbiere*, *supra*, at para. 14). The fact that the agricultural workforce may be highly transient only reflects the unstable nature of the industry, and does not change the basic point that the workers lack other employment options; indeed, many of the seasonal workers are students and the unemployed. In my view, it is abundantly clear that agricultural workers do not enjoy the same "labour market flexibility" as RCMP officers (*Delisle*, *supra*, at

important pour participer au processus politique » (D. M. Beatty, *Putting the Charter to Work : Designing a Constitutional Labour Code* (1987), p. 89). D'ailleurs, le juge de première instance a clairement conclu ce qui suit (à la p. 216) :

> [TRADUCTION] . . . de tous temps, les travailleurs agricoles ont été défavorisés au sein de la société canadienne et ils continuent de l'être de nos jours. Aux fins de l'analyse selon l'art. 15, je n'hésite pas à conclure, à partir de la preuve, que les travailleurs agricoles constituent un groupe défavorisé. Ils sont peu payés, ont de mauvaises conditions de travail, sont peu qualifiés et peu instruits, jouissent d'une faible reconnaissance et d'une mobilité professionnelle limitée.

Partant, je crois que l'on peut dire des travailleurs agricoles ce que le juge Wilson dit des non-citoyens dans *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, p. 152, savoir qu'ils « constituent un groupe dépourvu de pouvoir politique et sont, à ce titre, susceptibles de voir leurs intérêts négligés et leur droit d'être considéré et respecté également violé. Ils font partie de [TRADUCTION] "ces groupes de la société dont les besoins et les aspirations ne suscitent apparemment pas l'intérêt des représentants élus" ». Ainsi, la question cruciale en l'espèce est de savoir si le gouvernement peut légitimement s'attendre à ce que les travailleurs agricoles changent leur statut professionnel afin de bénéficier de l'égalité de traitement garantie par la loi.

169 Selon moi, il convient de répondre par la négative. Tout comme dans *Corbiere*, où les membres hors réserve des bandes indiennes étaient mis au défi de devenir des membres habitant la réserve, j'estime que les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel « qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent » (*Corbiere*, précité, par. 14). Le fort roulement au sein de la main-d'œuvre agricole ne fait que refléter la nature instable du secteur d'activité et ne change rien à ce que, fondamentalement, les travailleurs n'ont pas d'autres possibilités d'emploi; en fait, bon nombre des travailleurs saisonniers sont des étudiants et des chômeurs. À mon avis, il est tout à fait clair que les travailleurs agricoles ne bénéficient pas

2001 SCC 94 (CanLII)

para. 44) or other more advantaged professionals, and I see no reason to disturb the trial judge's considered findings of fact regarding the predicament of agricultural workers.

170 Accordingly, I find that the occupational status of agricultural workers constitutes an analogous ground. I note that in arriving at this conclusion, I make no findings about "occupational status" generally as a suspect marker of discrimination under s. 15(1).

C. *Section 1 Analysis*

171 The role of s. 1 in the *Charter* was first fully examined by this Court in *Oakes*, *supra*. In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 768, Dickson C.J. summarized the steps in the analysis:

> Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights.

As with all *Charter* analysis, a contextual approach is to be followed.

(1) Sufficiently Important Objective

172 Labour statutes, such as the *LRA*, fulfill important objectives in our society. Harmonious relations between management and labour have an impact not only on the economic relations between the parties, but also on social welfare as a whole. However, for

de la même « fluidité du marché du travail » que les agents de la GRC (*Delisle*, précité, par. 44) ou que d'autres professionnels plus favorisés, et je ne vois aucune raison de modifier les conclusions mûrement réfléchies du juge de première instance concernant la situation précaire des travailleurs agricoles.

En conséquence, je conclus que le statut professionnel des travailleurs agricoles constitue un motif analogue. Je ne me prononce cependant pas en ce qui concerne le « statut professionnel » en général comme indicateur de discrimination suspecte aux fins du par. 15(1).

C. *Analyse selon l'article premier*

Le premier examen global par notre Cour du rôle de l'article premier de la *Charte* est l'arrêt *Oakes*, précité. Dans *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson résume, à la p. 768, les étapes de l'analyse :

> Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des « préoccupations urgentes et réelles ». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects : les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits.

Comme pour toute analyse de la *Charte*, il faut suivre une approche contextuelle.

(1) Un objectif suffisamment important

Les lois sur les relations de travail comme la *LRT* permettent de réaliser d'importants objectifs dans notre société. Les relations harmonieuses entre le patronat et les employés affectent non seulement les relations économiques entre les parties, mais éga-

2001 SCC 94 (CanLII)

the purposes of our analysis, our focus is on s. 3(*b*) of the *LRA*.

As indicated earlier in my reasons, I have concluded that s. 3(*b*) breaches the *Charter*. This, however, does not necessarily end the s. 1 inquiry; "a legislative provision whose purpose infringes the *Charter* may nonetheless be found to have an objective that is sufficiently important to justify overriding a *Charter* freedom" (*Delisle*, *supra*, at para. 112, *per* Cory and Iacobucci JJ.).

The respondents argued that there were two factors justifying the passage of s. 3(*b*). First, that Ontario agriculture has unique characteristics as a result of which it is incompatible with legislated collective bargaining, and second that the *LRA*'s purposes could not be realized in the agricultural sector.

Neither of these arguments are, in my opinion, persuasive. First, it is difficult for me to believe that the production of eggs or mushrooms, let alone all other agricultural products, in Ontario is truly "unique". Secondly, it is also difficult to accept that none of the *LRA*'s purposes, which speak to the basic characteristics required for the operation of a modern business, could be realized in the agricultural sector.

The *LRA* also added a new s. 2, titled "Purposes" that states:

> **2.** The following are the purposes of the Act:
>
> 1. To facilitate collective bargaining between employers and trade unions that are the freely-designated representatives of the employees.
>
> 2. To recognize the importance of workplace parties adapting to change.
>
> 3. To promote flexibility, productivity and employee involvement in the workplace.
>
> 4. To encourage communication between employers and employees in the workplace.

lement le bien-être collectif. Toutefois, aux fins de notre analyse, nous nous concentrons sur l'al. 3*b*) de la *LRT*.

173 Comme je l'ai déjà indiqué, j'ai conclu que l'al. 3*b*) porte atteinte à la *Charte*. Ceci ne met pas nécessairement fin à l'analyse selon l'article premier si on se pose la question de savoir « s'il est possible de conclure qu'une disposition législative dont l'objet contrevient à la *Charte* a néanmoins un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'une liberté garantie par la *Charte* » (*Delisle*, par. 112, les juges Cory et Iacobucci).

174 Les intimés font valoir deux facteurs susceptibles de justifier l'adoption de l'al. 3*b*). D'abord le fait que l'agriculture de l'Ontario présente des caractéristiques uniques qui la rendent incompatible avec tout régime légal de négociation collective, et ensuite le fait que les objets de la *LRT* ne sont pas réalisables dans le secteur agricole.

175 Aucun de ces arguments ne me semble convaincant. En premier lieu, il m'est difficile de croire que la production d'œufs ou de champignons, voire celle de tous les autres produits agricoles en Ontario soit vraiment « unique ». En deuxième lieu, il est aussi difficile d'accepter qu'aucun des objets de la *LRT*, visant les caractéristiques fondamentales nécessaires à l'exploitation d'une entreprise moderne, ne soit réalisable dans le secteur agricole.

176 La *LRT* a ajouté un nouvel art. 2, intitulé « Objets » :

> **2.** Les objets de la Loi sont les suivants :
>
> 1. Faciliter la négociation collective entre les employeurs et les syndicats qui sont les représentants volontairement désignés des employés.
>
> 2. Reconnaître l'importance de l'adaptation au changement des parties dans le lieu de travail.
>
> 3. Promouvoir la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail.
>
> 4. Encourager la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail.

2001 SCC 94 (CanLII)

5. To recognize the importance of economic growth as the foundation for mutually beneficial relations amongst employers, employees and trade unions.

6. To encourage co-operative participation of employers and trade unions in resolving workplace issues.

7. To promote the expeditious resolution of workplace disputes.

177 Of the seven purposes of the Act, only one makes explicit reference to collective bargaining. The other six sections refer to the importance of "adapting to change", the promotion of "flexibility, productivity and employee involvement in the workplace", the encouragement of "communication between employers and employees in the workplace", the resolution of "workplace issues", and the promotion of the "expeditious resolution of workplace disputes".

178 It is worth reiterating that the sentiments contained in these expressions of intent are not confined to matters pertaining to collective bargaining. They cover issues related to change, employee involvement, communications between management and labour, and the resolution, without limitation, of workplace issues. Thus, the expressions of intent in s. 2 of the *LRA* are consistent with a policy focused on the importance of ensuring that the productivity of the labour force would continuously improve with the result that the economy would advance towards strengthening its relative competitiveness. This is an important factor in a globalized economic environment, especially given that old-fashioned economic protectionism is neither affordable nor permissible under international trade rules.

179 It would be difficult to argue that such expressions of intent would not be applicable to the agricultural sector. At the very least they would apply to factory-like enterprises. The question also arises whether, if the government of Ontario has concerns about the economic well-being of the agricultural sector, be it its corporative sector or the one

5. Reconnaître l'importance de la croissance économique comme fondement de rapports mutuellement favorables entre employeurs, employés et syndicats.

6. Encourager les employeurs et les syndicats à collaborer afin de régler les questions relatives au lieu de travail.

7. Promouvoir le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail.

Des sept objets de la loi, un seul mentionne explicitement la négociation collective. Les six autres dispositions parlent de l'importance de « l'adaptation au changement », de promouvoir « la flexibilité, la productivité ainsi que la participation des employés dans le lieu de travail », d'encourager « la communication entre les employeurs et les employés dans le lieu de travail », de régler « les questions relatives au lieu de travail » et de promouvoir « le règlement rapide des différends relatifs au lieu de travail ».

Il vaut la peine de rappeler que les idées traduites par ces expressions d'intention ne se limitent pas aux questions relatives à la négociation collective. Elles couvrent des questions liées aux changements, à la participation des employés, aux communications entre direction et employés, de même que le règlement, sans limitation, des différends relatifs au lieu de travail. Par conséquent, les expressions d'intention à l'art. 2 de la *LRT* sont compatibles avec une politique mettant l'accent sur l'importance de veiller à ce que la productivité de la population active s'améliore constamment, pour que l'économie progresse vers le renforcement de sa compétitivité relative. Ceci est un facteur important dans le cadre de la mondialisation de l'environnement économique, d'autant plus que le protectionnisme économique du passé n'est plus envisageable, ni d'ailleurs permise en vertu des règles du commerce international.

Il serait difficile de prétendre que de telles expressions d'intention ne peuvent pas s'appliquer au secteur agricole. Elles s'appliqueraient au moins aux entreprises fonctionnant comme des usines. On peut aussi se demander si le gouvernement de l'Ontario se préoccupe de la santé économique du secteur agricole, qu'il s'agisse du secteur des

2001 SCC 94 (CanLII)

represented by "family farms", when excluding the sector as a whole from the provisions of the Act did it also intend to exclude from this sector the impact of the expressions of intent, essentially comprising a good management wish list, expressed in s. 2 of the statute? The statutory silence on this issue points towards a policy inconsistency to which the legislature, while entitled, ought to have paid effective attention for the purposes of protecting its statutory initiatives from *Charter* review.

In short, the respondents' argument boils down to this: (a) agriculture is economically vulnerable and barely profitable if at all; (b) the government must ensure that costs are kept down and to this end it has decided to exclude persons employed in agriculture from the *LRA*, regardless of the size, nature or profitability of the enterprise; (c) the government does not believe that any of the indicia of good management practice listed in s. 2 of the *LRA*, whose application will assist an enterprise cope with change while enhancing its productivity, and thus enhance profitability, are necessary in any aspect of agricultural production no matter how industrialized.

The respondents are asking us to countenance, without enunciating a constitutionally valid reason, a breach of a *Charter*-guaranteed fundamental right on grounds which appear to be, at least in part, based on a policy geared to enhance the economic well-being of private enterprises. This we cannot do.

The government is entitled to provide financial and other support to agricultural operations, including family farms. What is not open for the government to do is to do so at the expense of the *Charter* rights of those who are employed in such activities, if such a policy choice cannot be demonstrably justified. This they have failed to do.

(2) Proportionality

In light of my colleague's conclusion that the legislation passes the first branch of the *Oakes*

entreprises ou de celui qui est représenté par les « fermes familiales », et s'il voulait aussi, en excluant tout le secteur des dispositions de la loi, soustraire ce secteur à l'effet des expressions d'intention, consistant essentiellement en une liste de mesures de saine gestion, exprimées à l'art. 2 de la loi. Le silence de la loi sur ce point laisse entrevoir une incohérence en matière de politique que le législateur pouvait accepter mais à laquelle il aurait dû effectivement porter attention afin de protéger ses mesures législatives d'un examen fondé sur la *Charte*.

180 En bref, les arguments des intimés se résument à ceci : a) l'agriculture est vulnérable sur le plan économique et à peine profitable; b) le gouvernement doit veiller à ce que les coûts n'augmentent pas et, à cette fin, a décidé d'exclure de l'application de la *LRT* les personnes employées à l'agriculture, sans égard à la taille, à la nature ou à la rentabilité des entreprises; c) le gouvernement ne croit pas que les indices de saine pratique administrative énumérés à l'art. 2 de la *LRT*, destinés à favoriser l'adaptation des entreprises au changement tout autant que l'augmentation de leur productivité et donc de leur rentabilité, soient nécessaires à l'égard de quelque aspect de la production agricole si industrialisée soit-elle.

181 Les intimés nous demandent, sans énoncer de raison constitutionnellement valide, d'accepter la violation d'un droit fondamental garanti par la *Charte* pour des motifs qui semblent fondés, du moins en partie, sur une politique visant l'amélioration de la santé économique des entreprises privées. Nous ne pouvons le faire.

182 Le gouvernement est en droit d'apporter une aide financière et autre aux exploitations agricoles, y compris aux fermes familiales. Toutefois, il n'a pas le droit de le faire au détriment de droits garantis par la *Charte* aux personnes qui sont employées à de telles activités, lorsque la justification d'un tel choix de politique ne peut être démontrée, comme c'est le cas en l'espèce.

(2) La proportionnalité

183 Comme mon collègue conclut que la loi satisfait au premier volet du test *Oakes*, j'examine

2001 SCC 94 (CanLII)

test, I will address the question of whether the impugned measures meet the proportionality branch of this test. The absoluteness of the exclusion clause, barring all persons employed in agriculture from all components of the *LRA*, speaks to the lack of proportionality between the perceived ills to be avoided and their remedy. For example, are there no situations in Ontario's agricultural sector where workers should not be so absolutely barred?

(a) *Rational Connection*

184 At this stage of the proportionality analysis, the respondents must show, on the basis of reason or logic, a causal connection between the objective of protecting the well-being of the agricultural sector in Ontario and the means chosen to secure this objective. While scientific evidence of a causal connection (or of a lack thereof) is relevant at this stage of the s. 1 inquiry, it is not always required (*Delisle*, *supra*, at para. 119 (citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at paras. 153-54, *per* McLachlin J.); *Ross v. New Brunswick School District No. 15*, [1996] 1 S.C.R. 825, at para. 101).

185 The respondents' argument is that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through the exclusion of persons employed in agriculture from all associational protections contained in the *LRA*. Excluding the possibility that the impermissible cost-cutting argument is the sole basis for the respondents' position, the logical connection is not immediately apparent.

186 In fact, the purported means to secure the stated objective, barring all persons employed in agriculture from all the benefits under the *LRA*, may have the opposite effect. If the *LRA*'s good labour management principles outlined in s. 2 of the *LRA* have a basis in fact, then excluding the agricultural labour force from the application of those principles through the comprehensive labour scheme contained in the *LRA* will lead to an enterprise which would be less well managed, and with lower productivity, than would otherwise be the case. This

maintenant la question de savoir si les mesures contestées satisfont au volet proportionnalité de ce test. Le caractère absolu de la clause d'exclusion qui vise toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les éléments de la *LRT*, révèle un manque de proportionnalité entre les maux qu'on cherche à éviter et leur remède. Par exemple, n'existe-t-il pas, dans le secteur agricole de l'Ontario, des situations où les travailleurs ne devraient pas être exclus de façon aussi absolue?

(a) *Le lien rationnel*

À ce stade de l'analyse de la proportionnalité, les intimés doivent démontrer, en se fondant sur la raison ou la logique, l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif de protéger la santé du secteur agricole en Ontario et les moyens choisis pour atteindre cet objectif. Bien que la preuve scientifique d'un lien de causalité (ou de l'absence de lien) soit utile à cette étape de l'examen selon l'article premier, elle n'est pas toujours requise (*Delisle*, par. 119 (citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153-154, le juge McLachlin); *Ross c. Conseil scolaire du district n^{o} 15 du Nouveau-Brunswick*, [1996] 1 R.C.S. 825, par. 101).

Les intimés soutiennent que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint en soustrayant les personnes employées à l'agriculture à l'application de toutes les protections en matière d'association que contient la *LRT*. En excluant la possibilité que l'insoutenable argument de la réduction des coûts soit le seul fondement de la position des intimés, le lien logique n'est pas immédiatement manifeste.

En fait, le moyen censé permettre d'atteindre l'objectif énoncé, savoir exclure toutes les personnes employées à l'agriculture de tous les avantages de la *LRT*, peut avoir l'effet contraire. Si les principes de saine gestion de la main-d'œuvre énoncés à l'art. 2 de la *LRT* ont un fondement dans la réalité, alors le fait d'exclure la main-d'œuvre agricole de leur application dans le cadre du régime général de relations de travail de la *LRT* fera que ces activités seront moins bien gérées, et moins productives qu'elles le seraient normalement. Cela aurait des

2001 SCC 94 (CanLII)

would impact profitability. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 124:

Generally speaking, where this Court has been faced with contradictory evidence of causation for the purpose of the rational connection inquiry, the difficulty has been simply in deciphering whether the evidence supported a causal link. This case raises the somewhat unusual situation that some of the evidence not only does not support a causal link between the legislative objective and the means used to achieve that objective, but it supports precisely the reverse conclusion, namely that the means chosen engender the very mischief sought to be cured. It seems contrary to the purpose of s. 1 of the *Charter* to find that the state has demonstrably justified its law in circumstances where it is equally probable that the law causes the very social harm it purports to target. [Emphasis added.]

(b) *Minimal Impairment*

As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 126, "[l]abour relations law is typically an area in which courts have shown the legislature a degree of deference, owing to the complexity and delicacy of the balance sought to be struck by legislation among the interests of labour, management, and the public". In this regard, they make reference to comments by McIntyre J. in the *Alberta Reference*, *supra*, at p. 414:

Labour law, as we have seen, is a fundamentally important as well as an extremely sensitive subject. It is based upon a political and economic compromise between organized labour — a very powerful socio-economic force — on the one hand, and the employers of labour — an equally powerful socio-economic force — on the other. The balance between the two forces is delicate and the public-at-large depends for its security and welfare upon the maintenance of that balance. One group concedes certain interests in exchange for concessions from the other. There is clearly no correct balance which may be struck giving permanent satisfaction to the two groups, as well as securing the public interest. The whole process is inherently dynamic and unstable. Care must be taken then in considering whether constitutional protection should be given to one aspect of this dynamic and evolving process while leaving the others subject to the social pressures of the day.

répercussions sur la rentabilité. Je cite les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* (au par. 124) :

De façon générale, lorsque notre Cour a été saisie d'une preuve contradictoire en matière de causalité dans le cadre de l'examen du lien rationnel, le problème était simplement de déterminer si la preuve étayait l'existence d'un lien de causalité. On se trouve en l'espèce dans la situation quelque peu inhabituelle où non seulement une partie de la preuve n'étaye pas l'existence d'un lien de causalité entre l'objectif législatif en cause et les moyens employés pour l'atteindre, mais où elle appuie exactement la conclusion contraire, à savoir que les moyens choisis causent le mal même auquel on cherche à remédier. Il semble contraire à l'objet de l'article premier de la *Charte* de conclure que l'État a démontré la justification de sa mesure législative alors qu'il est tout aussi probable que cette mesure législative cause le préjudice social même auquel elle est censée s'attaquer. [Je souligne.]

b) *L'atteinte minimale*

187

Selon les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 126, « [l]e droit en matière de relations du travail constitue habituellement un domaine où les tribunaux font preuve de retenue envers le législateur en raison de la complexité et de la fragilité de l'équilibre que la mesure législative tente d'établir entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public ». Ils reprennent à cet égard les commentaires du juge McIntyre dans le *Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 414 :

Le droit du travail, comme nous l'avons vu, constitue un sujet d'importance fondamentale, mais aussi extrêmement délicat. Il est fondé sur un compromis politique et économique entre d'une part, le syndicalisme, qui constitue une force socio-économique fort puissante, et d'autre part, le patronat, qui constitue une force socio-économique tout aussi puissante. L'équilibre entre ces deux forces est fragile et la sécurité et le bien-être de la population en général dépendent du maintien de cet équilibre. L'un de ces groupes renonce à certains de ses intérêts en échange de concessions de la part de l'autre. Manifestement il n'existe pas de juste équilibre qui puisse satisfaire de façon permanente les deux groupes, tout en sauvegardant l'intérêt public. L'ensemble du processus est fondamentalement dynamique et instable. Il faut donc faire preuve de prudence lorsqu'on se demande si une protection constitutionnelle devrait être accordée à l'un des aspects de ce processus dynamique et changeant, tout en abandonnant les autres sujets aux pressions sociales du jour.

2001 SCC 94 (CanLII)

188 I agree with the argument made by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 129, when they state that "the complete exclusion of a class of employees from a comprehensive labour relations scheme can hardly be characterized as achieving a delicate balance among the interests of labour and those of management and the Canadian public". The application of such a blunt measure weakens the case for deference to the legislature.

189 This is further aggravated because those affected by the exclusion are not only vulnerable as employees but are also vulnerable as being members of society at large with low income, little education, scant security or social recognition. As stated by Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, at para. 130, the Act:

> . . . is not designed to protect a vulnerable group in Canadian society. It is true that the public at large is vulnerable to the harmful effects of a police strike. However, in our view, the general public is not a vulnerable group in the sense understood in this Court's s. 1 jurisprudence: see, e.g., *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 995, *per* Dickson C.J. and Lamer and Wilson JJ.; *Ross*, *supra*, at para. 88; *Thomson Newspapers*, *supra*, at paras. 88-90, *per* Bastarache J. The only vulnerable group at issue in the present analysis is RCMP members themselves. Although clearly police officers are not generally considered a vulnerable group within the overall fabric of Canadian society, they are members of a vulnerable group in a relative sense insofar as they are employees. As mentioned above, Dickson C.J. noted in *Slaight Communications*, *supra*, at p. 1051, that legislation which seeks to ameliorate the position of employees falls within "a class of cases in which the governmental objective is that of protection of a particularly vulnerable group, or members thereof". It follows that legislation whose purpose is to maintain the inherent weakness of employees, such as para. (*e*) in the present case, is not entitled to deference. Indeed, such legislation should be examined with particular care. [Emphasis added.]

190 The question at this stage of the s. 1 inquiry is whether the exclusion expressed by s. 3(*b*) of the *LRA* impairs the appellants' freedom of association as little as reasonably possible in order to achieve

Je souscris au raisonnement des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle* selon lequel « on ne saurait guère affirmer que l'exclusion totale d'une catégorie d'employés d'un régime complet de relations du travail établit un équilibre délicat entre les intérêts des travailleurs, ceux du patronat et ceux du public canadien » (par. 129). L'application d'une mesure aussi brutale affaiblit la thèse de la retenue envers le législateur.

La situation est aggravée du fait que les personnes touchées par l'exclusion sont vulnérables non seulement en tant qu'employés, mais aussi en tant que membres de la société en général ayant de faibles revenus, peu d'instruction et peu de sécurité d'emploi ou de reconnaissance sociale. Ainsi que le disent les juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 130, la loi :

> . . . n'est pas conçu[e] pour protéger un groupe vulnérable dans la société canadienne. Il est vrai que le public en général est vulnérable aux effets préjudiciables d'une grève de la police. Nous sommes toutefois d'avis que le public en général n'est pas un groupe vulnérable au sens de la jurisprudence de notre Cour relative à l'article premier : voir, par exemple, les arrêts *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, à la p. 995, le juge en chef Dickson et les juges Lamer et Wilson; *Ross*, précité, au par. 88; *Thomson Newspapers*, précité, aux par. 88 à 90, le juge Bastarache. Le seul groupe vulnérable en cause dans la présente analyse est composé des membres de la GRC eux-mêmes. Même s'il est clair que les policiers ne sont généralement pas considérés comme un groupe vulnérable dans la société globale canadienne, ils font partie, relativement parlant, d'un groupe vulnérable en leur qualité d'employés. Comme nous l'avons vu, le juge en chef Dickson a fait remarquer, dans *Slaight Communications*, précité, à la p. 1051, que la mesure législative qui tend à améliorer la position des employés relève « d'une catégorie d'affaires où l'objectif gouvernemental est de protéger un groupe particulièrement vulnérable, ou des membres de ce groupe ». Il s'ensuit que la retenue judiciaire ne s'applique pas à une mesure législative, comme l'al. *e*) en l'espèce, qui a pour objet de maintenir la faiblesse inhérente d'employés. En fait, une telle mesure législative devrait être étudiée très minutieusement. [Je souligne.]

À cette étape de l'examen selon l'article premier, la question est de savoir si l'exclusion décrétée à l'al. 3*b*) de la *LRT* restreint les libertés d'association des appelants aussi peu qu'il est

2001 SCC 94 (CanLII)

the legislation's objective. McLachlin J. stated, at para. 160 of *RJR-MacDonald*, *supra*:

> The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement . . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

raisonnablement possible de le faire afin de réaliser l'objectif de la mesure législative en cause. Le juge McLachlin dit ceci au par. 160 de l'arrêt *RJR-MacDonald*, précité :

> La restriction doit être « minimale », c'est-à-dire que la loi doit être soigneusement adaptée de façon à ce que l'atteinte aux droits ne dépasse pas ce qui est nécessaire. Le processus d'adaptation est rarement parfait et les tribunaux doivent accorder une certaine latitude au législateur. Si la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation; [. . .] Par contre, si le gouvernement omet d'expliquer pourquoi il n'a pas choisi une mesure beaucoup moins attentatoire et tout aussi efficace, la loi peut être déclarée non valide.

The essential practical question at this stage is whether the Ontario Legislature could have granted to persons employed in agriculture, either within the *LRA* itself or through the enactment of a separate statute, some of the basic associational protections contained in the *LRA* without compromising the stated objective of assisting the well-being of the agricultural sector in Ontario (*Delisle*, *supra*, at para. 134).

191 Concrètement, il est essentiel de se demander, à ce stade, si le législateur de l'Ontario aurait pu accorder aux personnes employées à l'agriculture, dans la *LRT* elle-même ou par l'adoption d'une loi distincte, certaines protections fondamentales en matière d'association que contient la *LRT*, sans compromettre l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario (*Delisle*, précité, par. 134).

In view of the arguments made above, I am of the opinion that the stated objective of securing the well-being of the agricultural sector in Ontario can be achieved through a legislative mechanism that is less restrictive of free association than the existing complete exclusion of agricultural workers from the *LRA*. The current law is not carefully tailored to balance the *Charter* freedoms of persons employed in agriculture in Ontario and the societal interest in harmonious relations in the labour market.

192 Compte tenu des arguments susmentionnés, j'estime que l'objectif déclaré d'assurer la santé du secteur agricole en Ontario peut être atteint au moyen d'une mesure législative qui restreint moins la liberté d'association que l'exclusion totale actuelle des travailleurs agricoles du régime de la *LRT*. La loi actuelle n'est pas soigneusement adaptée pour établir un équilibre entre les libertés que la *Charte* garantit aux personnes employées à l'agriculture en Ontario et l'intérêt qu'a la société à profiter de relations harmonieuses au sein du marché du travail.

While it is important to recognize the important role that family farms play in Ontario agriculture, such a role is not unique to Ontario in the context of Canada's agricultural experience. Since the passage of the *Collective Bargaining Act*, *1943*, both families and farms have evolved in Canada. Both institutions have experienced, and in many cases continue to experience, significant changes and associated

193 S'il est essentiel de reconnaître le rôle important que les fermes familiales jouent dans l'agriculture ontarienne, force est d'accepter que ce rôle n'est pas unique à l'Ontario dans le contexte de l'expérience agricole canadienne. Depuis l'adoption de la *Loi de 1943 sur les négociations collectives*, les familles tout autant que les fermes ont évolué au Canada. Ces deux institutions ont connu, et dans bien des cas

2001 SCC 94 (CanLII)

difficulties. Both institutions enjoy, and deserve, strong social support from the community at large.

194 However, it is important not to put forward an argument based on a pastoral image which may no longer reflect current reality. In this regard, it is helpful to recall the words of the British Columbia Labour Relations Board, expressed almost a quarter of a century ago, in the case of *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. The case was decided two years after British Columbia amended its labour legislation to delete provisions expressly excluding farm workers from obtaining bargaining rights under the *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, c. 122. The Board stated that opposition to the extension of labour legislation to farm workers "has been grounded in an anachronistic image of the 'family farmer' which is increasingly less accurate" (p. 450). The Board also remarked that the employer in that case was a "sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector" (p. 449 (emphasis added)). If true in 1977, how much more so today.

195 The Ontario experience with regard to the existence in the agricultural sector of "sophisticated, well-run business and, in terms of employee relations, much more analogous to an employer in the industrial sector" is not dissimilar to that outlined by the British Columbia Labour Relations Board in 1977. My colleague cites in his reasons the case of *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, a case also cited by the OLRB in *Cuddy Chicks*, *supra*, at para. 9, where the majority of the board denied *LRA* certification to the employees of a mushroom factory. However, the majority agreed with the dissenting Board member that "there [was] no 'industrial relations basis' for denying [these] employees the right to bargain collectively" (p. 819;

continuent de connaître, des changements importants avec les difficultés qui s'ensuivent. Les deux institutions jouissent du solide appui social qu'elles méritent dans l'ensemble de la société.

Il importe toutefois de ne pas fonder l'argumentation sur une vision pastorale qui ne correspond plus à la réalité actuelle. À cet égard, il est utile de se rappeler les observations de la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique, présentées il y a près d'un quart de siècle, dans l'affaire *South Peace Farms and Oil, Chemical and Atomic Workers International Union, Local No. 9-686*, [1977] 1 Can. L.R.B.R. 441. Cette affaire a été tranchée deux ans après la modification par la Colombie-Britannique de sa législation du travail pour supprimer les dispositions excluant expressément les travailleurs agricoles de l'application des droits de négociation collective prévus dans le *Labour Code of British Columbia Act*, S.B.C. 1973, ch. 122. La commission disait que l'opposition à l'élargissement du droit du travail aux travailleurs agricoles [TRADUCTION] « était fondée sur une image dépassée du "fermier familial" qui était de plus en plus inexacte » (p. 450). La Commission faisait aussi remarquer que l'employeur dans cette affaire était une [TRADUCTION] « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » (p. 449 (je souligne)). Si cela était vrai en 1977, ce l'est encore plus aujourd'hui.

L'expérience ontarienne relative à l'existence dans le secteur agricole d'une « entreprise hautement technique et bien gérée et, en ce qui a trait aux relations avec les employés, une entité qui s'apparente davantage à un employeur du secteur industriel » n'est pas dissemblable de celle que décrivait la commission des relations de travail de la Colombie-Britannique en 1977. Mon collègue cite dans ses motifs la décision *Wellington Mushroom Farm*, [1980] O.L.R.B. Rep. May 813, qui est aussi citée par la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks*, précitée, au par. 9, où elle refuse, à la majorité, l'accréditation en vertu de la *LRT* à des employés d'une champignonnière. La majorité convient toutefois avec le commissaire minoritaire qu'il [TRADUCTION]

2001 SCC 94 (CanLII)

see also G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2nd ed. (loose-leaf)), at p. 6-49). The comments made by the OLRB in *Cuddy Chicks*, are also applicable in this context.

In this case we are being asked by the respondents, without being presented with credible pressing and substantial reasons, to justify distinguishing workers who sort and pack chicken eggs in a factory-like environment from workers who pack and sort Easter eggs in a factory-like environment. The respondents claim that the former workers should not enjoy rights under statutory labour laws, whereas the latter ones are deserving of protection. I do not agree.

There is no obvious connection between the exclusion of agricultural workers from the *LRA* and a farmer: a city-based corporation could be operating an agricultural entity. There is no reference in the *LRA* to "farmer(s)" or "family farm(s)". The sole reference in the Act to a farm is the one contained in the expression "farming in all its branches" in the definition of the term "agriculture". Nor is there a requirement that an owner, or a relative of the owner, of an agricultural enterprise, be it a family farm or a factory-like operation, be personally involved in the operation. Under the Act, an absentee owner of a large agricultural operation would benefit from the restrictions on the freedom of association of its agricultural employees.

Other Ontario statutes contain language which makes explicit reference to family farms. For example, the *Corporations Tax Act*, R.S.O. 1990, c. C.40, defines at s. 1(2) a "family farm corporation" as "a corporation that is throughout the taxation year a corporation, . . . (c) which carried on the business of farming in Ontario through the employment of a shareholder or a member of his or her family actually engaged in the

« n'y [avait] aucun "fondement relatif aux relations industrielles" pour refuser à [ces] employés le droit de négocier collectivement » (p. 819; voir aussi G. W. Adams, *Canadian Labour Law* (2e éd. (feuilles mobiles)), p. 6-49). Les commentaires de la CRTO dans sa décision *Cuddy Chicks* sont également applicables dans le présent contexte.

196 En l'espèce, les intimés nous demandent, sans présenter de motifs urgents et réels crédibles, de justifier la distinction entre des travailleurs qui trient et emballent des œufs de poule dans un environnement semblable à une usine, et des travailleurs qui emballent et trient des œufs de Pâques dans un environnement semblable à une usine. Les intimés prétendent que les premiers travailleurs ne devraient pas avoir de droits sous le régime de la législation du travail, tandis que les autres méritent d'être protégés. Je ne suis pas d'accord.

197 Il n'y a aucun lien manifeste entre l'exclusion des travailleurs agricoles du régime la *LRT* et la notion de fermier ou d'agriculteur : une société commerciale en milieu urbain pourrait fort bien exploiter une entité agricole. La LRT ne comporte aucune mention de « fermiers ou agriculteurs » ou de « fermes familiales ». La seule mention relative à une ferme est dans l'expression « farming in all its branches » dans la version anglaise de la définition du mot « agriculture ». La loi n'exige pas non plus que le propriétaire, ou un parent du propriétaire d'une entreprise agricole, qu'il s'agisse d'une ferme familiale ou d'une exploitation quasi-industrielle, participe personnellement à l'exploitation. Aux termes de la loi, le propriétaire absent d'une grande entreprise agricole profiterait de la limitation de la liberté d'association de ses employés agricoles.

198 D'autres lois ontariennes comportent des dispositions mentionnant expressément les fermes familiales. Par exemple, la *Loi sur l'imposition des corporations*, L.R.O. 1990, ch. C.40, définit au par. 1(2) une « corporation agricole familiale » comme une « [c]orporation qui, tout au long de l'année d'imposition, réunissait les conditions suivantes : [. . .] c) elle exploitait une entreprise agricole en Ontario en employant un actionnaire

2001 SCC 94 (CanLII)

operation of the farm". Section 1 of the *Junior Farmer Establishment Act*, R.S.O. 1990, c. J.2, defines a "family farm" as being "a farm operated by a junior farmer and one or more of a spouse of the junior farmer and any persons related to the junior farmer through blood relationship or adoption". In s. 1(1) of the *Fish and Wildlife Conservation Act, 1997*, S.O. 1997, c. 41, a "farmer" is defined as "a person whose chief occupation is farming" and "who is living upon and tilling his or her own land, or land to the possession of which he or she is for the time being entitled".

ou un membre de sa famille qui s'occupait réellement de l'exploitation de la ferme ». La *Loi sur les prêts aux jeunes agriculteurs*, L.R.O. 1990, ch. J.2, art. 1, définit l'expression « exploitation agricole familiale » comme une « [e]xploitation agricole que gèrent un jeune agriculteur ainsi qu'une ou plusieurs des personnes suivantes, à savoir son conjoint et des personnes qui sont liées à lui par les liens du sang ou de l'adoption ». Le paragraphe 1(1) de la *Loi de 1997 sur la protection du poisson et de la faune*, L.O. 1997, ch. 41, définit l'expression « exploitant agricole » comme une « [p]ersonne dont l'activité principale est l'agriculture » et qui « vit sur sa propre terre qu'elle cultive ou sur une terre qu'elle cultive et est en droit d'avoir en sa possession à l'époque considérée ».

199 While not determinative of the issue, these statutes are relevant to the argument regarding the over-inclusiveness of the exclusion clause in the *LRA* in that there are ready examples in Ontario's legislation which have managed agricultural sectors in a more specific manner than in the *LRA*.

Même si elles ne sont pas déterminantes, ces lois sont pertinentes dans l'argument relatif à la portée trop large de la clause d'exclusion de la *LRT* en ce qu'il existe dans la législation de l'Ontario des exemples manifestes de dispositions qui traitent les secteurs agricoles d'une façon plus précise que dans la *LRT*.

200 In addition, it is worth citing the provisions in the labour statutes of two provinces which incorporate agricultural exemptions.

Il y a aussi lieu de citer les dispositions de lois sur les relations de travail de deux provinces qui prévoient des exceptions de nature agricole.

201 In New Brunswick, the *Industrial Relations Act*, R.S.N.B. 1973, c. I-4, s. 1(5) stipulates that entities with four or fewer agricultural employees will not be treated as a bargaining unit:

Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur les relations industrielles*, L.R.N.-B. 1973, ch. I-4, prévoit au par. 1(5) que les entités de quatre employés agricoles ou moins ne sont pas considérées comme des unités de négociation :

1(5) For the purposes of this Act,

(a) a unit, where an employee is employed in agriculture, shall comprise five or more employees;

1(5) Aux fins de la présente loi,

a) une unité, dont un salarié est employé dans l'agriculture, doit être composée de cinq salariés ou plus;

202 In Quebec, s. 21 of the *Labour Code*, R.S.Q., c. C-27, allows a single employee to form a group for the purpose of certification but it also states that:

Au Québec, l'art. 21 du *Code du travail*, L.R.Q., ch. C-27, permet à un seul salarié de former un groupe aux fins de l'accréditation, mais stipule aussi :

Persons employed in the operation of a farm shall not be deemed to be employees for the purposes of this division [Certification of Associations of Employees] unless at least three of such persons are ordinarily and continuously so employed.

Les personnes employées à l'exploitation d'une ferme ne sont pas réputées être des salariés aux fins de la présente section, à moins qu'elles n'y soient ordinairement et continuellement employées au nombre minimal de trois.

2001 SCC 94 (CanLII)

An important point is made clear in the statutes mentioned in the above paragraphs: a family farm, be it in the form of a corporation or not, requires a farmer on the farm. As stated by Dickson J. in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 461, when making reference to a family farming operation, that the owners "worked on and operated all of the land as one farm, a family farm". At p. 457, he stated:

I do not know what term one might properly apply to the Rathwell properties — "family farm", or "farming business", and with all respect to those of a contrary view, I do not think it matters. In one sense, it was a family farm, in another a business, in another it was a way of life. The property was all operated as one family unit by Mr. and Mrs. Rathwell working together.

It is clear that not all rural families own "family farms". The breadwinners in these families are often employed in agriculture. Their *Charter* rights do not differ from those of other members of the community.

(c) *Deleterious and Salutary Effects*

At this stage, the words of Cory and Iacobucci JJ. in *Delisle*, *supra*, at para. 148, are apt:

Having found that the impugned para. (*e*) of the definition of "employee" in s. 2 of the *PSSRA* does not minimally impair the appellant's freedom of association, it is not necessary to consider the proportionality between the importance of the objective and the deleterious effects of the measure, or between the deleterious and salutary effects. We would note, though, that it is unlikely that the provision would be found proportionate at this stage of the inquiry. The exclusion of RCMP members from the *PSSRA*'s basic associational protections has few, if any, demonstrable salutary effects which could not be achieved by a lesser exclusion. Its negative effects, on both a symbolic level and a practical level, are severe and cut to the core of the *Charter*'s s. 2(*d*) protection.

203 Les lois mentionnées ci-dessus font ressortir un principe important : la ferme familiale, qu'elle revête ou non la forme d'une société commerciale, exige la présence d'un agriculteur à la ferme. Comme le dit le juge Dickson dans *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, p. 461, en parlant d'une exploitation agricole familiale, les propriétaires « ont exploité toutes les terres comme s'il s'agissait d'une seule ferme, une ferme familiale ». À la p. 457, il dit :

Je ne sais pas comment on peut décrire convenablement les biens des Rathwell : « ferme familiale », « entreprise agricole »? Avec égards pour les tenants de l'opinion contraire, j'estime que cela importe peu. Dans un sens, c'était une ferme familiale; dans un autre, une entreprise; c'était aussi un mode de vie. La propriété était entièrement exploitée comme une unité familiale par M. et M^me^ Rathwell qui travaillaient ensemble.

204 Il est évident que les familles rurales ne sont pas toutes propriétaires de « fermes familiales ». Les soutiens de ces familles travaillent souvent comme employés dans l'agriculture. Leurs droits en vertu de la *Charte* ne sont pas différents de ceux des autres membres de la collectivité.

c) *Les effets préjudiciables et les effets bénéfiques*

205 Sur ce point, je souscris aux observations suivantes des juges Cory et Iacobucci dans *Delisle*, par. 148 :

Puisque nous avons conclu que l'al. *e*) contesté de la définition de « fonctionnaire » figurant à l'art. 2 de la *LRTFP* ne porte pas atteinte de façon minimale à la liberté d'association de l'appelant, il n'est pas nécessaire d'étudier la proportionnalité entre l'importance de l'objectif et les effets préjudiciables de la mesure, ou encore entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques. Nous tenons cependant à faire remarquer que la disposition ne serait probablement pas jugée proportionnelle à cette étape de l'examen. L'exclusion des membres de la GRC de l'application des protections fondamentales en matière d'association que confère la *LRTFP* a peu ou n'a pas d'effets bénéfiques démontrables qui ne pourraient pas exister au moyen d'une exclusion moins draconienne. Ses effets négatifs, tant sur le plan symbolique que sur le plan concret, sont graves et touchent au cœur même de la protection conférée par l'al. 2*d*) de la *Charte*.

2001 SCC 94 (CanLII)

III. Conclusion

206 I agree that the impugned provision in the *LRA* should be struck down to the extent of its inconsistency with the *Charter* with the proviso that I agree with my colleague that the Ontario government be given leeway for 18 months for the enactment of a constitutionally compliant replacement.

207 I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

Yes.

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

   (a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

Yes.

   (b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

In view of the answer above there is no need to answer this question.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the *Charter*?

No.

III. Conclusion

Je conclus qu'il y a lieu d'invalider la disposition attaquée de la *LRT* dans la mesure de son incompatibilité avec la *Charte*, en convenant toutefois avec mon collègue d'accorder au gouvernement de l'Ontario un délai de 18 mois pour procéder à l'adoption de nouvelles dispositions conformes sur le plan constitutionnel.

Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

Oui.

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

   a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

Oui.

   b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Vu la réponse précédente, il est inutile de répondre à cette question.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

Non.

2001 SCC 94 (CanLII)

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) — In spite of the benefit of the reasons of Justices L'Heureux-Dubé and Bastarache, I am unable, principally for the reasons of Sharpe J. (as he then was) in the Ontario Court (General Division), to agree with their disposition of this appeal. In my view, neither s. 2(*d*) nor s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is infringed and I would dismiss the appeal.

I. Section 2(*d*)

As identified by Bastarache J., at para. 13, in order to establish a violation of s. 2(*d*), the appellants must demonstrate that the impugned legislation has, either in purpose or effect, infringed activities protected by s. 2(*d*). The appellants did not discharge this burden.

A. *Purpose of the Exclusion*

I agree with Bastarache J.'s analysis and conclusion (at para. 32) with regard to the appellants' failure to establish the unconstitutionality of the purpose of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A ("*LRA*").

B. *Effect of the Exclusion*

In *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, the majority held (at para. 33):

> On the whole, the fundamental freedoms protected by s. 2 of the *Charter* do not impose a positive obligation of protection or inclusion on Parliament or the government, except perhaps in exceptional circumstances which are not at issue in the instant case.

At paras. 24-26, Bastarache J. has articulated three factors to be considered in determining whether such "exceptional circumstances" exist in a particular case, such that a positive obligation is imposed on the state by s. 2(*d*). I respectfully disagree with his conclusion that a consideration of these factors in the present case leads to a finding of a s. 2(*d*) violation. Specifically, a consideration of the third factor leads to the opposite conclusion on the facts of this case. The third factor is

Version française des motifs rendus par

208 LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs des juges L'Heureux-Dubé et Bastarache, mais je ne peux souscrire au dispositif qu'ils proposent en l'espèce. Pour essentiellement les mêmes raisons que le juge Sharpe de la Cour de l'Ontario (Division générale) (maintenant de la Cour d'appel de l'Ontario), j'estime qu'il n'est porté atteinte ni à l'al. 2*d*) ni à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je rejetterais donc le pourvoi.

I. L'alinéa 2*d*)

209 Comme l'indique le juge Bastarache au par. 13, pour établir l'atteinte à l'al. 2*d*), les appelants doivent démontrer que les dispositions contestées, par leur objet ou leur effet, entravent des activités protégées par l'al. 2*d*). Les appelants ne se sont pas acquittés de cette charge.

A. *Objet de l'exclusion*

210 Je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion du juge Bastarache (au par. 32) que les appelants n'ont pas réussi à établir l'inconstitutionnalité de l'objet visé par la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A (« *LRT* »).

B. *Effet de l'exclusion*

211 Dans *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, notre Cour, à la majorité, tire la conclusion suivante (au par. 33) :

> En définitive, les libertés fondamentales protégées par l'art. 2 de la *Charte* n'imposent pas d'obligation positive de protection ou d'inclusion au Parlement ou au gouvernement, sauf peut-être dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas invoquées en l'espèce.

212 Le juge Bastarache énonce trois facteurs à considérer pour déterminer s'il existe, dans une instance particulière, des « circonstances exceptionnelles » telles que l'al. 2*d*) impose une obligation positive à l'État (par. 24-26). Je ne peux souscrire à sa conclusion que l'examen de ces facteurs mène en l'espèce à la constatation d'une violation de l'al. 2*d*). Plus précisément, l'analyse du troisième facteur mène à la conclusion opposée vu les faits en l'espèce. Ce troisième facteur consiste à déterminer « si l'État

2001 SCC 94 (CanLII)

"whether the state can truly be held accountable for any inability to exercise a fundamental freedom" (para. 26). As noted by Bastarache J. at para. 23, in *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, even if the appellant had been unable to express his views on Quebec secession, this inability was not caused by his exclusion by the state from the national referendum. Thus, the third factor essentially compels an examination of the causal role of the state in the appellants' inability to exercise the fundamental freedom. In order for the state to "truly be held accountable", the appellants must be able to demonstrate by direct evidence or inference that the state is causally responsible for his inability to exercise a fundamental freedom, in that the state "substantially orchestrates, encourages or sustains the violation of fundamental freedoms" (para. 26).

213 As recognized by Bastarache J. at para. 42, workers faced significant difficulties organizing prior to the enactment of the *LRA*. In light of this historic difficulty, I am unable to agree with the following conclusion of Bastarache J. (at para. 45):

> In this context, the effect of s. 3(*b*) of the *LRA* is not simply to perpetuate an existing inability to organize, but to exert the precise chilling effect I declined to recognize in *Delisle*.

214 In my opinion, the appellants have failed to establish that the state is causally responsible for the inability of agriculture workers to exercise a fundamental freedom. I conclude that s. 2(*d*) does not impose a positive obligation of protection or inclusion on the state in this case. As a result, the effect of the impugned legislation does not infringe agriculture workers' freedom of association.

II. Section 15

215 I adopt the following conclusion of Sharpe J. in this case ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, at pp. 216-17):

> However, with reference to identifying personal characteristics, the evidence before me indicates that agricultural workers are a disparate and heterogenous group. There is nothing in the evidence to indicate that they are identified as a group by any personal trait or characteristic other than that they work in the agricultural sector. The evidence indicates that farm owners and operators

peut vraiment être tenu responsable de toute incapacité d'exercer une liberté fondamentale » (par. 26). Le juge Bastarache note, au par. 23, que dans *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, même si l'appelant avait été dans l'impossibilité d'exprimer ses opinions sur la sécession du Québec, cette incapacité ne résultait pas de son exclusion du référendum national. Ainsi le troisième facteur exige essentiellement l'examen du rôle de l'État dans la cause de l'incapacité de l'appelant d'exercer une liberté fondamentale. Pour que l'État soit « vraiment [. . .] tenu responsable », l'appelant doit pouvoir établir, directement ou par inférence, que l'État est la cause de son incapacité d'exercer une liberté fondamentale, en ce sens que l'État « orchestre, encourage ou tolère d'une manière substantielle la violation de libertés fondamentales » (par. 26).

Comme le reconnaît le juge Bastarache, au par. 42, les travailleurs faisaient face à d'importantes difficultés à se syndiquer avant l'adoption de la *LRT*. Vu ces difficultés historiques, je ne peux être d'accord avec sa conclusion au par. 45 :

> Dans ce contexte, l'al. 3*b*) de la *LRT* n'a pas seulement pour effet de perpétuer une incapacité existante de s'organiser, mais de créer précisément l'effet paralysant que j'ai refusé de reconnaître dans *Delisle*.

À mon avis, les appelants n'ont pas réussi à établir que l'État est la cause de l'incapacité des travailleurs agricoles d'exercer une liberté fondamentale. Je conclus que l'al. 2*d*) n'impose pas en l'espèce d'obligation positive de protection ou d'inclusion à l'État. Par conséquent, l'effet de la disposition contestée ne porte pas atteinte à la liberté d'association des travailleurs agricoles.

II. L'article 15

J'adopte la conclusion suivante du juge Sharpe en l'espèce ((1997), 155 D.L.R. (4th) 193, p. 216-217) :

> [TRADUCTION] Cependant, en ce qui concerne la détermination des caractéristiques personnelles, la preuve soumise montre que les travailleurs agricoles forment un groupe disparate et hétérogène. Rien dans la preuve n'indique qu'ils s'identifient comme groupe du fait d'une caractéristique ou d'un trait personnel, hormis le fait de travailler dans le secteur agricole. La preuve indique que

2001 SCC 94 (CanLII)

2001 SCC 94 (CanLII)

also suffer from low wages, and that many have low education levels. The low status and prestige of farm workers is similar to that of other manual labourers. In my view, the evidence shows that the legislative decision to exclude agricultural workers from the collective bargaining regime does not reflect stereotypical assumptions about the personal characteristics of agricultural workers, either individually or as a class. Rather, it is based upon the policy-maker's perception of the characteristics and circumstances of the agricultural industry. The effects of the legislative exclusion impact the diverse group of individuals who work in that sector of the economy and who are not otherwise identifiable as a group.

While a sub-group of temporary seasonal workers brought to Ontario pursuant to a highly structured federal program may be identifiable by race and the status of non-citizen, I fail to see how their situation advances the applicants' case. These seasonal foreign workers were not covered by *ALRA*, they are not subject to *LRA*, and they would not gain the right to be members of a union or enjoy the right to engage in collective bargaining if this application were successful.

In light of this factual record, in the end, the applicants' case must turn on whether the economic disadvantage of a group of workers, identified as a group only by the fact that they work in a particular sector of the economy, constitutes an analogous ground within the meaning of s. 15(1). I hardly need state that the wisdom, or lack thereof, from the perspective of labour relations policy, of the decision to exclude agricultural workers from collective bargaining has no bearing on this question.

In my view, the disadvantaged position occupied by agricultural workers is not sufficient to constitute the legislative classification "agricultural workers" as an analogous ground for the purposes of s. 15. Economic disadvantage is often the product of discrimination on an analogous ground, and hence serves as a marker that may indicate the presence of such discrimination. There are, however, many causes of economic disadvantage that do not attract the scrutiny of s. 15, and a showing of economic disadvantage does not, by itself, establish discrimination on an analogous ground within the meaning of s. 15. In my view, the absence of evidence of any traits or characteristics analogous to those enumerated in s. 15 which serve to identify those who make up the group of agricultural workers is fatal to their s. 15 claim.

les propriétaires ou les exploitants agricoles ont également de faibles revenus et que beaucoup ont un niveau d'instruction peu élevé. La faible reconnaissance professionnelle et sociale dont jouissent les travailleurs agricoles s'apparente à celle d'autres travailleurs manuels. À mon avis, la preuve montre que la décision du législateur d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas le fruit d'idées préconçues concernant les caractéristiques personnelles des travailleurs agricoles, individuellement ou comme catégorie de personnes. Elle est plutôt attribuable à la perception, chez les responsables des orientations politiques, des caractéristiques et des circonstances propres au secteur agricole. La disposition portant exclusion a des répercussions sur le groupe varié des personnes qui travaillent dans ce secteur de l'économie et qui ne peuvent pas s'identifier par ailleurs comme formant un groupe.

Même si un sous-groupe de travailleurs saisonniers venant travailler en Ontario en application d'un programme fédéral très structuré peut se caractériser par la race et l'absence de citoyenneté, je ne vois pas en quoi leur situation étaye la thèse des demandeurs. Les travailleurs étrangers saisonniers n'étaient pas visés par la *LRTA*, ils ne sont pas assujettis à la *LRT* et ils n'obtiendraient pas le droit de se syndiquer ou de négocier collectivement, si les demandeurs avaient gain de cause.

Compte tenu de ces faits, la cause des demandeurs dépend en fin de compte de savoir si le désavantage économique dont souffre un groupe de travailleurs, considéré comme un groupe du seul fait qu'ils travaillent dans un secteur particulier de l'économie, constitue un motif analogue à ceux énumérés au par. 15(1). Il va sans dire que la sagesse, ou non, sur le plan des politiques de relations du travail, de la décision d'exclure les travailleurs agricoles du régime de négociation collective n'est pas pertinente à cet égard.

À mon avis, la situation désavantageuse des travailleurs agricoles ne suffit pas pour faire de la désignation dans la loi de la catégorie des "travailleurs agricole" un motif analogue aux fins de l'application de l'art. 15. Le désavantage économique résulte souvent d'une discrimination fondée sur un motif analogue, de sorte qu'il peut s'agir d'un indice de l'existence d'une telle discrimination. Cependant, le désavantage économique peut avoir de nombreuses causes qui ne justifient pas un examen en fonction de l'art. 15, et la preuve d'un désavantage économique n'établit pas en soi la discrimination fondée sur un motif analogue au sens de l'art. 15. Selon moi, l'absence de preuve de caractéristiques ou traits analogues à ceux énumérés à l'art. 15 permettant de déterminer la composition du groupe des travailleurs agricoles, est fatale à la revendication fondée sur l'art. 15.

III. Conclusion

216 I would dismiss the appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 80 of the *Labour Relations and Employment Statute Law Amendment Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, limit the right of agricultural workers

(a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*; or

(b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

2. Does s. 3(*b*) of the *Labour Relations Act, 1995*, S.O. 1995, c. 1, Sched. A, limit the right of agricultural workers

(a) to freedom of association guaranteed by s. 2(*d*) of the *Charter*; or

(b) to equality before and under the law and equal benefit of the law without discrimination as guaranteed by s. 15 of the *Charter*?

No.

3. If the answer to any part of questions 1 or 2 is in the affirmative, is the limitation nevertheless justified under s. 1 of the Charter?

In view of the answers to questions 1 and 2 there is no need to answer this question.

Appeal allowed with costs, MAJOR J. *dissenting.*

Solicitors for the appellants: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Solicitor for the respondent the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondent Fleming Chicks: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

III. Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je répondrais aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. L'article 80 de la *Loi de 1995 modifiant des lois en ce qui concerne les relations de travail et l'emploi*, L.O. 1995, ch. 1, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou

b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

2. L'alinéa 3*b*) de la *Loi de 1995 sur les relations de travail*, L.O. 1995, ch. 1, annexe A, limite-t-il le droit des travailleurs agricoles

a) à la liberté d'association garantie par l'al. 2*d*) de la *Charte*, ou

b) à l'égalité devant la loi et dans l'application de la loi ainsi qu'au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, que garantit l'art. 15 de la *Charte*?

Non.

3. Si la réponse à l'un ou l'autre des volets de la première ou deuxième question est affirmative, la limite est-elle néanmoins justifiée au sens de l'article premier de la *Charte* ?

Compte tenu des réponses données aux questions 1 et 2, il n'y a pas lieu de répondre à cette question.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge MAJOR *est dissident.*

Procureurs des appelants : Parliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureur de l'intimé le procureur général de l'Ontario : Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intimée Fleming Chicks : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

2001 SCC 94 (CanLII)

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Montréal.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Labour Issues Coordinating Committee: Heenan Blaikie, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Le procureur général du Québec, Montréal.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta : Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.

Procureurs de l'intervenant le Canadian Labour Congress : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Labour Issues Coordinating Committee : Heenan Blaikie, Toronto.

2001 SCC 94 (CanLII)

TAB 14

Sue Rodriguez *Appellant*

v.

The Attorney General of Canada and the Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

British Columbia Coalition of People with Disabilities, Dying with Dignity, Right to Die Society of Canada, Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped, Pro-Life Society of British Columbia, Pacific Physicians for Life Society, Canadian Conference of Catholic Bishops, Evangelical Fellowship of Canada, and People in Equal Participation Inc. *Interveners*

INDEXED AS: RODRIGUEZ *v.* BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 23476.

1993: May 20; 1993: September 30.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Discrimination on basis of physical disability — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 15(1) of

Sue Rodriguez *Appelante*

c.

Le procureur général du Canada et le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

British Columbia Coalition of People with Disabilities, Dying with Dignity, Right to Die Society of Canada, Coalition des organisations provinciales ombudsman des handicapés, Pro-Life Society of British Columbia, Pacific Physicians for Life Society, Conférence des évêques catholiques du Canada, Evangelical Fellowship of Canada et People in Equal Participation Inc. *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: RODRIGUEZ *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 23476.

1993: 20 mai; 1993: 30 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Vie, liberté et sécurité de la personne — Justice fondamentale — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Discrimination fondée sur la déficience physique — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art.

Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual punishment — Terminally ill patient seeking assistance to commit suicide — Whether Criminal Code provision prohibiting aiding a person to commit suicide infringes s. 12 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Remedies available if Charter infringed — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 241(b).

The appellant, a 42-year-old mother, suffers from amyotrophic lateral sclerosis. Her condition is rapidly deteriorating and she will soon lose the ability to swallow, speak, walk and move her body without assistance. Thereafter she will lose the capacity to breathe without a respirator, to eat without a gastrotomy and will eventually become confined to a bed. Her life expectancy is between 2 and 14 months. The appellant does not wish to die so long as she still has the capacity to enjoy life, but wishes that a qualified physician be allowed to set up technological means by which she might, when she is no longer able to enjoy life, by her own hand, at the time of her choosing, end her life. The appellant applied to the Supreme Court of British Columbia for an order that s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, which prohibits the giving of assistance to commit suicide, be declared invalid on the ground that it violates her rights under ss. 7, 12 and 15(1) of the *Charter*, and is therefore, to the extent it precludes a terminally ill person from committing "physician-assisted" suicide, of no force and effect by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The court dismissed the appellant's application and the majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

Held (Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 241(*b*) of the *Code* is constitutional.

Per La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: The appellant's claim under s. 7 of the *Charter* is based on an alleged violation of her liberty and security of the person interests. These interests cannot be divorced from the sanctity of life, which is the third value protected by s. 7. Even when death appears imminent, seeking to control the manner and timing of one's death constitutes a conscious choice of death over life. It follows that life as a value is also engaged in the present

15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Peine cruelle et inusitée — Malade en phase terminale demandant de l'aide pour se donner la mort — La disposition du Code criminel interdisant l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 12 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la Charte? — Réparations pouvant être accordées en cas de violation de la Charte — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 241b).

L'appelante, mère de famille de 42 ans, est atteinte de sclérose latérale amyotrophique. Son état se détériore rapidement et bientôt elle sera incapable d'avaler, de parler, de marcher et de bouger sans aide. Elle perdra ensuite la capacité de respirer sans respirateur, de manger sans subir de gastrotomie et sera finalement alitée en permanence. Son expectative de survie se situe entre 2 et 14 mois. L'appelante ne souhaite pas mourir tant qu'elle peut encore jouir de la vie mais demande qu'un médecin qualifié soit autorisé à mettre en place des moyens technologiques qu'elle pourrait utiliser, quand elle perdra la capacité de jouir de la vie, pour se donner elle-même la mort au moment qu'elle choisirait. L'appelante a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant que l'al. 241*b*) du *Code criminel*, qui interdit l'aide au suicide, est invalide pour le motif qu'il porte atteinte à ses droits garantis par les art. 7, 12 et 15(1) de la *Charte* et donc inopérant en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où il interdit à un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin. La cour a rejeté la demande de l'appelante et la Cour d'appel, à la majorité, a confirmé sa décision.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents): L'appel est rejeté. L'alinéa 241*b*) du *Code* est constitutionnel.

Les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: L'appelante fonde son argumentation concernant l'art. 7 de la *Charte* sur la violation de ses droits à la liberté et à la sécurité de la personne. On ne peut dissocier ces droits du principe du caractère sacré de la vie, qui est la troisième valeur protégée par l'art. 7. Même lorsque la mort paraît imminente, chercher à contrôler le moment et la façon de mourir constitue un choix conscient de la mort plutôt que la vie. C'est pourquoi la vie,

case. Appellant's security of the person interest must be considered in light of the other values mentioned in s. 7.

Security of the person in s. 7 encompasses notions of personal autonomy (at least with respect to the right to make choices concerning one's own body), control over one's physical and psychological integrity which is free from state interference, and basic human dignity. The prohibition in s. 241(*b*), which is a sufficient interaction with the justice system to engage the provisions of s. 7, deprives the appellant of autonomy over her person and causes her physical pain and psychological stress in a manner which impinges on the security of her person. Any resulting deprivation, however, is not contrary to the principles of fundamental justice. The same conclusion is applicable with respect to any liberty interest which may be involved.

The expression "principles of fundamental justice" in s. 7 of the *Charter* implies that there is some consensus that these principles are vital or fundamental to our societal notion of justice. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also be legal principles. To discern the principles of fundamental justice governing a particular case, it is helpful to review the common law and the legislative history of the offence in question and, in particular, the rationale behind the practice itself (here, the continued criminalization of assisted suicide) and the principles which underlie it. It is also appropriate to consider the state interest. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between the interests of the state and those of the individual. The respect for human dignity, while one of the underlying principles upon which our society is based, is not a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7.

Assisted suicide, outlawed under the common law, has been prohibited by Parliament since the adoption of Canada's first *Criminal Code*. The long-standing blanket prohibition in s. 241(*b*), which fulfils the government's objective of protecting the vulnerable, is grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken. This state policy is part of our fundamental conception of the sanctity of life. A blanket prohibition on assisted suicide similar to that in s. 241(*b*) also seems to be the norm among Western democracies, and such a prohibition has never been adjudged to be unconstitutional or contrary to fundamental human rights. These societies, including

comme valeur, entre en jeu en l'espèce. Le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne doit être examiné en fonction des autres valeurs mentionnées à l'art. 7.

La sécurité de la personne selon l'art. 7 englobe des notions d'autonomie personnelle (du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne), de contrôle sur son intégrité physique et mentale sans ingérence de l'État, et de dignité humaine fondamentale. L'interdiction prévue à l'al. 241*b*), qui présente un rapport suffisant avec le système de justice pour entraîner l'application des dispositions de l'art. 7, prive l'appelante de son autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique d'une façon qui porte atteinte à la sécurité de sa personne. Cependant toute privation qui en résulte n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale. La conclusion est la même à l'égard de tout intérêt en matière de liberté qui peut entrer en jeu.

L'expression «principes de justice fondamentale» à l'art. 7 de la *Charte* implique un certain consensus quant à leur caractère primordial ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à des situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également être des principes juridiques. Pour définir les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la common law et à l'historique législatif de l'infraction en cause et, en particulier, à la raison d'être de la pratique (en l'espèce, le maintien de la criminalisation de l'aide au suicide) et les principes qui la sous-tendent. Il y a lieu également de considérer l'intérêt de l'État. La justice fondamentale exige la pondération équitable des intérêts de l'État et de ceux de l'individu. Le respect de la dignité humaine est l'un des principes sur lesquels repose notre société, mais n'est pas un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7.

L'aide au suicide, prohibée en common law, a été interdite par le Parlement dès l'adoption du premier *Code criminel* du Canada. L'interdiction générale établie de longue date, prévue à l'al. 241*b*), et qui répond à l'objectif du gouvernement de protéger la personne vulnérable, est fondée sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie et traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie. Cette politique de l'État fait partie de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie. Une interdiction générale de l'aide au suicide semblable à celle de l'al. 241*b*) semble aussi être la norme au sein des démocraties occidentales et ce genre d'interdiction n'a jamais été jugée inconstitution-

Canada, recognize and generally apply the principle of the sanctity of life subject to narrow exceptions where notions of personal autonomy and dignity must prevail. Distinctions between passive and active forms of intervention in the dying process continue to be drawn and assisted suicide in situations such as the appellant's is prohibited with few exceptions. No consensus can be found in favour of the decriminalization of assisted suicide. To the extent that there is a consensus, it is that human life must be respected. This consensus finds legal expression in our legal system which prohibits capital punishment. The prohibition against assisted suicide serves a similar purpose. Parliament's repeal of the offence of attempted suicide from the *Criminal Code* was not a recognition that suicide was to be accepted within Canadian society. Rather, this action merely reflected the recognition that the criminal law was an ineffectual and inappropriate tool for dealing with suicide attempts. Given the concerns about abuse and the great difficulty in creating appropriate safeguards, the blanket prohibition on assisted suicide is not arbitrary or unfair. The prohibition relates to the state's interest in protecting the vulnerable and is reflective of fundamental values at play in our society. Section 241(*b*) therefore does not infringe s. 7 of the *Charter*.

As well, s. 241(*b*) of the *Code* does not infringe s. 12 of the *Charter*. The appellant is not subjected by the state to any form of cruel and unusual treatment or punishment. Even assuming that "treatment" within the meaning of s. 12 may include that imposed by the state in contexts other than penal or quasi-penal, a mere prohibition by the state on certain action cannot constitute "treatment" under s. 12. There must be some more active state process in operation, involving an exercise of state control over the individual, whether it be positive action, inaction or prohibition. To hold that the criminal prohibition in s. 241(*b*), without the appellant being in any way subject to the state administrative or justice system, falls within the bounds of s. 12 would stretch the ordinary meaning of being "subjected to . . . treatment" by the state.

It is preferable in this case not to decide the difficult and important issues raised by the application of s. 15 of the *Charter*, but rather to assume that the prohibition on assisted suicide in s. 241(*b*) of the *Code* infringes s. 15, since any infringement of s. 15 by s. 241(*b*) is clearly justified under s. 1 of the *Charter*. Section 241(*b*) has a pressing and substantial legislative objective and meets

nelle ou contraire aux droits fondamentaux de la personne. Ces pays, dont le Canada, reconnaissent et, en général, appliquent le principe du caractère sacré de la vie sous réserve d'exceptions restreintes dans les cas où les notions d'autonomie personnelle et de dignité doivent prévaloir. On y a maintenu la distinction entre les formes passive et active d'intervention dans le processus de la mort et, avec très peu d'exceptions, l'interdiction de l'aide au suicide dans des cas qui s'apparentent à celui de l'appelante. On ne peut conclure à l'existence d'un consensus en faveur de la décriminalisation du suicide assisté. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée. Ce consensus trouve son expression juridique dans notre système de droit qui interdit la peine capitale. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En supprimant l'infraction de tentative de suicide dans le *Code criminel*, le Parlement a reconnu non pas que le suicide devait être accepté dans la société canadienne, mais plutôt que le droit criminel n'était pas un moyen efficace et approprié de traiter la question des tentatives de suicide. Compte tenu des craintes d'abus et de la grande difficulté à élaborer des garanties adéquates, l'interdiction générale de l'aide au suicide n'est ni arbitraire ni injuste. L'interdiction est liée à l'intérêt de l'État à la protection des personnes vulnérables et reflète des valeurs fondamentales véhiculées dans notre société. L'alinéa 241*b*) ne porte donc pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte*.

L'alinéa 241*b*) du *Code* ne porte pas atteinte non plus à l'art. 12 de la *Charte*. L'appelante n'est pas soumise par l'État à une forme quelconque de peine ou traitement cruels ou inusités. À supposer même que le «traitement» au sens de l'art. 12 puisse inclure ce qui est imposé par l'État dans un contexte autre que pénal ou quasi pénal, la simple prohibition imposée par l'État à l'égard d'une certaine action ne peut constituer un «traitement» au sens de l'art. 12. Il faut la mise en œuvre d'un processus étatique plus actif, comportant l'exercice d'un contrôle de l'État sur l'individu, que ce soit une action positive, une inaction ou une interdiction. Soutenir, sans que l'appelante soit de quelque façon soumise au système administratif ou judiciaire de l'État, que l'interdiction prévue à l'al. 241*b*), relève de l'art. 12, fausserait le sens ordinaire de l'expression «contre tous traitements» imposés par l'État.

Il est préférable en l'espèce de ne pas trancher les questions importantes et délicates soulevées par l'application de l'art. 15 de la *Charte* et de présumer plutôt que l'interdiction de l'aide au suicide par l'al. 241*b*) du *Code* viole l'art. 15, puisque la violation, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'alinéa 241*b*) est fondé sur un objectif législa-

the proportionality test. A prohibition on giving assistance to commit suicide is rationally connected to the purpose of s. 241(*b*), which is to protect and maintain respect for human life. This protection is grounded on a substantial consensus among western countries, medical organizations and our own Law Reform Commission that in order to protect life and those who are vulnerable in society effectively, a prohibition without exception on the giving of assistance to commit suicide is the best approach. Attempts to modify this approach by creating exceptions or formulating safeguards to prevent excesses have been unsatisfactory. Section 241(*b*) is thus not overbroad since there is no halfway measure that could be relied upon to achieve the legislation's purpose fully. In dealing with this contentious, complex and morally laden issue, Parliament must be accorded some flexibility. In light of the significant support for s. 241(*b*) or for this type of legislation, the government had a reasonable basis for concluding that it had complied with the requirement of minimum impairment. Finally, the balance between the restriction and the government objective is also met.

Per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. (dissenting): Section 241(*b*) of the *Code* infringes the right to security of the person included in s. 7 of the *Charter*. This right has an element of personal autonomy, which protects the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. A legislative scheme which limits the right of a person to deal with her body as she chooses may violate the principles of fundamental justice under s. 7 if the limit is arbitrary. A particular limit will be arbitrary if it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation. When one is considering whether a law breaches the principles of fundamental justice under s. 7 by reason of arbitrariness, the focus is on whether a legislative scheme infringes a particular person's protected interests in a way that cannot be justified having regard to the objective of this scheme. The principles of fundamental justice require that each person, considered individually, be treated fairly by the law. The fear that abuse may arise if an individual is permitted that which she is wrongly denied plays no part at the s. 7 stage. Any balancing of societal interests against the interests of the individual should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*. Here, Parliament has put into force a legislative scheme which makes suicide lawful but assisted suicide unlawful. The effect of this distinction is to deny to some people the choice of ending their lives solely because they are physically unable to do so,

tif urgent et réel et répond aux exigences de la proportionnalité. L'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif de l'al. 241*b*) qui est de protéger et préserver le respect de la vie humaine. Cette protection trouve son fondement dans un consensus important dans les pays occidentaux, les organisations médicales et chez notre propre Commission de réforme du droit, que le meilleur moyen de protéger efficacement la vie et les personnes vulnérables de la société est d'interdire, sans exception, l'aide au suicide. Les tentatives faites pour modifier cette approche par l'introduction d'exceptions ou la formulation de garanties destinées à prévenir les abus n'ont pas donné de résultats satisfaisants. L'alinéa 241*b*) n'a pas une portée excessive car il n'y a pas de demi-mesure qui permettrait de garantir la pleine réalisation de l'objectif poursuivi par la loi. Le Parlement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour régler cette question «controversée» et «chargée d'éléments moraux». Compte tenu du large appui que reçoit l'al. 241*b*) ou ce type de disposition, le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale. Enfin, l'équilibre entre la restriction et l'objectif gouvernemental, est également respecté.

Les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin (dissidentes): L'alinéa 241*b*) du *Code* viole le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit comporte un élément d'autonomie personnelle, qui protège la dignité et la vie privée des personnes à l'égard de décisions relatives à leur propre corps. Un régime législatif qui restreint le droit d'une personne de disposer de son corps comme elle le veut peut violer les principes de justice fondamentale en vertu de l'art. 7 si la restriction est arbitraire. Une restriction donnée est arbitraire si elle n'a aucun lien, ou est incompatible, avec l'objectif visé par la loi. Lorsqu'il faut déterminer si une loi enfreint les principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7 en raison de son caractère arbitraire, l'analyse est axée sur la question de savoir si le régime législatif viole les intérêts protégés d'une personne donnée d'une façon qui n'est pas justifiée par l'objectif de ce régime. Les principes de justice fondamentale exigent que chacun, pris individuellement, soit traité équitablement par la loi. La crainte d'abus possibles si on permet à un individu ce qui lui est refusé à tort n'est aucunement pertinente à l'étape de l'art. 7. La pondération des intérêts de la société et des intérêts de l'individu devrait se faire dans le cadre de l'analyse de l'article premier de la *Charte*. En l'espèce, le Parlement a mis en vigueur un régime législatif qui légalise le suicide et rend illégal le suicide assisté. Cette distinction a pour effet de refuser à certaines personnes le choix de mettre fin à leur vie pour

preventing them from exercising the autonomy over their bodies available to other people. The denial of the ability to end their life is arbitrary and hence amounts to a limit on the right to security of the person which does not comport with the principles of fundamental justice.

Section 241(*b*) of the *Code* is not justified under s. 1 of the *Charter*. The practical objective of s. 241(*b*) is to eliminate the fear of lawful assisted suicide's being abused and resulting in the killing of persons not truly and willingly consenting to death. However, neither the fear that unless assisted suicide is prohibited, it will be used for murder, nor the fear that consent to death may not in fact be given voluntarily, is sufficient to override appellant's entitlement under s. 7 to end her life in the manner and at the time of her choosing. The safeguards in the existing provisions of the *Criminal Code* largely meet the concerns about consent. The *Code* provisions, supplemented, by way of remedy, by a stipulation requiring a court order to permit the assistance of suicide in a particular case only when the judge is satisfied that the consent is freely given, will ensure that only those who truly desire to bring their lives to an end obtain assistance.

Section 15 of the *Charter* has no application in this case. This is not a case about discrimination and to treat it as such may deflect the equality jurisprudence from the true focus of s. 15.

Although some of the conditions stated by Lamer C.J. seem unnecessary in this case, the remedy proposed is generally agreed with. What is required will vary from case to case. The essential in all cases is that the judge be satisfied that if and when the assisted suicide takes place, it will be with the full and free consent of the applicant.

Per Lamer C.J. (dissenting): Section 241(*b*) of the *Code* infringes the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter*. While, at first sight, s. 241(*b*) is apparently neutral in its application, its effect creates an inequality since it prevents persons physically unable to end their lives unassisted from choosing suicide when that option is in principle available to other members of the public without contravening the law. This inequality — the deprivation of the right to choose suicide — may be characterized as a burden or disadvantage, since it limits the ability of those who are subject to this inequality to take and act upon fundamental decisions

la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables, les empêchant d'exercer sur leur personne l'autonomie dont jouissent les autres. Le fait de priver une personne du pouvoir de mettre fin à sa propre vie est arbitraire et équivaut donc à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale.

L'alinéa 241*b*) du *Code* n'est pas justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objectif pratique de l'al. 241*b*) est d'éliminer la crainte d'abus du suicide assisté légalisé qui entraîneraient la mort de personnes qui n'ont pas véritablement ni librement consenti à la mort. Cependant ni la crainte qu'à moins de l'interdire, le suicide assisté soit utilisé pour des meurtres, ni la crainte que le consentement à la mort ne soit pas volontaire, ne suffisent pour l'emporter sur le droit de l'appelante, en vertu de l'art. 7, de mettre fin à sa vie de la façon et au moment de son choix. Les garanties offertes par les dispositions actuelles du *Code criminel* répondent amplement aux craintes relatives au consentement. Ces dispositions du *Code* accompagnées, par le biais d'une réparation, d'une condition exigeant que l'aide au suicide soit autorisée par ordonnance d'un tribunal, quand le juge est convaincu que le consentement est donné librement, garantiront que seuls ceux qui souhaitent véritablement mettre fin à leur vie obtiennent l'aide.

L'article 15 de la *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. La présente affaire ne concerne pas une discrimination et la traiter comme telle pourrait détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15.

Bien que certaines conditions énoncées par le juge en chef Lamer ne soient pas nécessaires en l'espèce, la réparation qu'il propose est acceptée pour l'essentiel. Les exigences varieront selon les cas. L'essentiel dans tous les cas est que le juge soit convaincu que lorsque le suicide assisté a lieu, s'il a lieu, ce sera avec le consentement libre et entier du requérant.

Le juge en chef Lamer (dissident): L'alinéa 241*b*) du *Code* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Bien qu'apparemment neutre, à première vue, l'al. 241*b*) a pour effet de créer une inégalité puisqu'il empêche des personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide sans contrevenir à la loi, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité — la privation du droit de choisir le suicide — peut être qualifiée de fardeau ou de désavantage, puisqu'elle limite la capacité des personnes qui en sont victimes de prendre et de mettre en œuvre des décisions

regarding their lives and persons. For them, the principles of self-determination and individual autonomy, which are of fundamental importance in our legal system, have been limited. This inequality is imposed on persons unable to end their lives unassisted solely because of a physical disability, a personal characteristic which is among the grounds of discrimination listed in s. 15(1).

Section 241(*b*) of the *Code* is not justifiable under s. 1 of the *Charter*. While the objective of protecting vulnerable persons from being pressured or coerced into committing suicide is sufficiently important to warrant overriding a constitutional right, s. 241(*b*) fails to meet the proportionality test. The prohibition of assisted suicide is rationally connected to the legislative objective, but the means chosen to carry out the objective do not impair the appellant's equality rights as little as reasonably possible. The vulnerable are effectively protected under s. 241(*b*) but the section is over-inclusive. Those who are not vulnerable or do not wish the state's protection are also brought within the operation of s. 241(*b*) solely as a result of a physical disability. An absolute prohibition that is indifferent to the individual or the circumstances cannot satisfy the constitutional duty on the government to impair the rights of persons with physical disabilities as little as reasonably possible. The fear that the decriminalization of assisted suicide will increase the risk of persons with physical disabilities being manipulated by others does not justify the over-inclusive reach of s. 241(*b*).

In view of the findings under s. 15(1), there is no need to address the constitutionality of the legislation under ss. 7 or 12 of the *Charter*.

Pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, s. 241(*b*) is declared to be of no force or effect, on the condition that the effect of this declaration be suspended for one year from the date of this judgment to give Parliament adequate time to decide what, if any, legislation should replace s. 241(*b*). While a personal remedy under s. 24(1) of the *Charter* is rarely available in conjuncture with action under s. 52(1), it is appropriate in this case to grant the appellant, subject to compliance with certain stated conditions, a constitutional exemption from the operation of s. 241(*b*) during the period of suspension. A constitutional exemption may only be granted during the period of a suspended declaration of invalidity. During that one-year suspension period, this exemption will also be available to all persons who are or will become

fondamentales concernant leur vie et leur personne. Pour elles, les principes d'autodétermination et d'autonomie, qui ont une importance fondamentale dans notre système de droit, ont été limités. Cette inégalité est imposée à des personnes incapables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui figure parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1).

L'alinéa 241*b*) du *Code* n'est pas justifiable en vertu de l'article premier. Bien que la protection de personnes vulnérables contre les pressions ou la contrainte visant à les amener à se donner la mort soit un objectif suffisamment important pour l'emporter sur un droit constitutionnel, l'al. 241*b*) ne satisfait pas au critère de la proportionnalité. L'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif législatif mais les moyens choisis pour le mettre en œuvre ne portent pas aussi peu que raisonnablement possible atteinte aux droits de l'appelante à l'égalité. Les personnes vulnérables sont effectivement protégées par l'al. 241*b*) mais cette disposition a une portée excessive. Celles qui ne sont pas vulnérables, qui ne souhaitent pas la protection de l'État, sont aussi soumises à l'application de l'al. 241*b*) uniquement en raison de déficiences physiques. Une prohibition absolue, qui ne tient pas compte de l'individu ou des circonstances, ne peut satisfaire à l'obligation constitutionnelle du gouvernement de porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits des personnes souffrant de déficiences physiques. La crainte que la décriminalisation de l'aide au suicide accentue le risque que des handicapés physiques soient manipulés par d'autres personnes ne justifie pas la portée excessive de l'al. 241*b*).

Vu les conclusions relatives au par. 15(1), il n'est pas nécessaire de traiter de la constitutionnalité de la disposition dans le cadre des art. 7 et 12 de la *Charte*.

En vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, l'al. 241*b*) est déclaré inopérant, à la condition que l'effet de la présente déclaration soit suspendu pendant un an à compter de la date du jugement, pour donner au Parlement le temps de déterminer, le cas échéant, la nature de la disposition qui devrait remplacer l'al. 241*b*). Bien qu'une réparation individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte* soit rarement accordée en corrélation avec une action intentée en vertu du par. 52(1), il y a lieu en l'espèce d'accorder à l'appelante, sous réserve de certaines conditions expresses, une exemption constitutionnelle de l'application de l'al. 241*b*) pendant la période de suspension. Une exemption constitutionnelle ne peut être accordée que pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Pendant la

physically unable to commit unassisted suicide and whose equality rights are infringed by s. 241(*b*), and it may be granted by a superior court upon application if the stated conditions, or similar conditions tailored to meet the circumstances of particular cases, are met.

suspension d'un an, l'exemption est également accordée à toutes les personnes qui sont ou seront physiquement incapables de se donner la mort sans assistance et dont les droits à l'égalité sont violés par l'al. 241*b*). Cette exemption peut être accordée par voie de requête à une cour supérieure si les conditions énumérées, ou des conditions similaires adaptées aux circonstances des cas particuliers, sont satisfaites.

Per Cory J. (dissenting): Substantially for the reasons given by Lamer C.J. and McLachlin J., s. 241(*b*) of the *Code* infringes ss. 7 and 15(1) of the *Charter* and is not justifiable under s. 1 of the *Charter*.

Le juge Cory (dissident): Principalement pour les motifs avancés par le juge en chef Lamer et le juge McLachlin, l'al. 241*b*) du *Code* viole l'art. 7 et le par. 15(1) de la *Charte* et n'est pas justifiable en vertu de l'article premier.

Section 7 of the *Charter*, which grants Canadians a constitutional right to life, liberty and the security of the person, is a provision which emphasizes the innate dignity of human existence. Dying is an integral part of living and, as a part of life, is entitled to the protection of s. 7. It follows that the right to die with dignity should be as well protected as is any other aspect of the right to life. State prohibitions that would force a dreadful, painful death on a rational but incapacitated terminally ill patient are an affront to human dignity.

L'article 7 de la *Charte*, qui accorde aux Canadiens le droit constitutionnel à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, est une disposition qui met l'accent sur la dignité inhérente à l'existence humaine. La mort fait partie intégrante de la vie, alors la mort comme étape de la vie a droit à la protection constitutionnelle prévue par l'art. 7. Il s'ensuit que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie. Des interdictions édictées par l'État, qui imposeraient une mort atroce et douloureuse à un malade en phase terminale, handicapé et lucide, constitueraient une insulte à la dignité humaine.

There is no difference between permitting a patient of sound mind to choose death with dignity by refusing treatment and permitting a patient of sound mind who is terminally ill to choose death with dignity by terminating life preserving treatment, even if, because of incapacity, that step has to be physically taken by another on her instructions. Nor is there any reason for failing to extend that same permission so that a terminally ill patient facing death may put an end to her life through the intermediary of another. Since the right to choose death is open to patients who are not physically handicapped, there is no reason for denying that choice to those that are. This choice for a terminally ill patient would be subject to conditions. With those conditions in place, s. 7 of the *Charter* can be applied to enable a court to grant the relief proposed by Lamer C.J.

Il n'y a aucune différence entre permettre à un malade sain d'esprit de choisir de mourir avec dignité en refusant un traitement et permettre à un malade sain d'esprit mais en phase terminale de choisir de mourir avec dignité en arrêtant le traitement qui lui permet de survivre, même si, du fait de son incapacité physique, cette mesure doit matériellement être prise par quelqu'un d'autre selon ses instructions. De même, il n'y a aucune raison de ne pas permettre aussi qu'un malade en phase terminale et sur le point de mourir puisse mettre fin à ses jours par l'intermédiaire de quelqu'un d'autre. Puisque le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés, il n'y a aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont. Ce choix, pour un malade en phase terminale, serait assujetti à certaines conditions. Ces conditions étant fixées, l'art. 7 de la *Charte* peut être appliqué pour permettre à un tribunal d'accorder le redressement proposé par le juge en chef Lamer.

Section 15(1) of the *Charter* can also be applied to grant the same relief at least to handicapped terminally ill patients.

Le paragraphe 15(1) de la *Charte* peut être appliqué également pour accorder le même redressement au moins aux malades handicapés en phase terminale.

Cases Cited

By Sopinka J.

Applied: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Cruzan v. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224; *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316; Application No. 10083/82, *R. v. United Kingdom*, July 4, 1983, D.R. 33, p. 270; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368; *R. v. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222; *Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.), rev'd on other grounds, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.); *Howlett v. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418; *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394; *Carlston v. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105; *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22.

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143.

By Lamer C.J. (dissenting)

R. v. Morgentaler, [1988] 1 S.C.R. 30; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Burke v. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Ontario Human*

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Cruzan c. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224; *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316; Requête nº 10083/82, *R. c. Royaume-Uni*, le 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 270; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368; *R. c. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222; *Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1re inst.), inf. pour d'autres motifs, [1989] 1 C.F. 18 (C.A.); *Howlett c. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418; *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394; *Carlston c. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105; *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Burke c. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933;

Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 S.C.R. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R 530; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Egan and Nesbit v. Canada* (1993), 153 N.R. 161; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, aff'g (1987), 35 C.R.R. 300 (Ont. C.A.); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145.

By Cory J. (dissenting)

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143.

Statutes and Regulations Cited

Austrian Penal Act 1945, s. 139b.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 12, 15(1), 24(1).
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C., 1985, ch. C-46, ss. 14, 215 [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 2)], 241(*a*) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 7(3)], (*b*).
Criminal Code, 1892, S.C. 1892, c. 29, ss. 237, 238.
Criminal Law Amendment Act, 1972, S.C. 1972, c. 13, s. 16.
Penal Code (Denmark), art. 240.
Penal Code (France), arts. 63, 318-1, 318-2, 319.
Penal Code (Italy), art. 580.
Penal Code (Spain), art. 409.
Penal Code (Switzerland), art. 115.
Suicide Act, 1961 (U.K.), 9 & 10 Eliz. 2, c. 60, s. 2.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769.

Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd., [1985] 2 R.C.S. 536; *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Egan et Nesbit c. Canada* (1993), 153 N.R. 161; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, conf. (1987), 35 C.R.R. 300 (C.A. Ont.); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

Citée par le juge Cory (dissident)

Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 12, 15(1), 24(1).
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 14, 215 [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., nº 2)], 241*a*) [mod. ch. 27 (1er suppl.), art. 7(3)], *b*).
Code criminel, 1892, S.C. 1892, ch. 29, art. 237, 238.
Code pénal (Danemark), art. 240.
Code pénal (Espagne), art. 409.
Code pénal (France), art. 63, 318-1, 318-2, 319.
Code pénal (Italie), art. 580.
Code pénal (Suisse), art. 115.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi de 1972 modifiant le Code criminel, S.C. 1972, ch. 13, art. 16.
Loi pénale de 1945 (Autriche), art. 139b.
Suicide Act, 1961 (R.-U.), 9 & 10 Eliz. 2, ch. 60, art. 2.

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, vol. 4, Oxford: Clarendon Press, 1769.

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada.* Toronto: Carswell, 1890.

Canada. Law Reform Commission. Report 20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1983.

Canada. Law Reform Commission. Working Paper 28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment.* Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1982.

Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.

Depaule, Léon. "Le droit à la mort: rapport juridique" (1974), 7 *Human Rights Journal* 464.

Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom.* New York: Knopf, 1993.

Guillon, Claude, et Yves Le Bonniec. *Suicide, mode d'emploi: histoire, technique, actualité.* Paris: A. Moreau, 1982.

Keyserlingk, Edward W. *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine and Law.* A study written for the Law Reform Commission of Canada. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1979.

Note. "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance" (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021.

Otlowski, Margaret. "Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System" (1993), 17 *Crim. L.J.* 10.

Penrose, Mary Margaret. "Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow" (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689.

Shaffer, Catherine D. "Criminal Liability for Assisting Suicide" (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348.

Somerville, Margaret A. "Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law" (1986), 36 *U.T.L.J.* 286.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

Velasquez, Manuel G. "Defining Suicide" (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37.

Williams, Glanville. *The Sanctity of Life and the Criminal Law.* New York: Knopf, 1957.

Burbidge, George Wheelock. *A Digest of the Criminal Law of Canada.* Toronto: Carswell, 1890.

Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement.* Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1983.

Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement.* Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1982.

Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.

Depaule, Léon. «Le droit à la mort: rapport juridique» (1974), 7 *Revue des droits de l'homme* 464.

Dworkin, Ronald. *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom.* New York: Knopf, 1993.

Guillon, Claude, et Yves Le Bonniec. *Suicide, mode d'emploi: histoire, technique, actualité.* Paris: A. Moreau, 1982.

Keyserlingk, Edward W. *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit.* Document d'étude pour la Commission de réforme du droit du Canada. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1979.

Note. «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021.

Otlowski, Margaret. «Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System» (1993), 17 *Crim. L.J.* 10.

Penrose, Mary Margaret. «Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow» (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689.

Shaffer, Catherine D. «Criminal Liability for Assisting Suicide» (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348.

Somerville, Margaret A. «Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law» (1986), 36 *U.T.L.J.* 286.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, 2nd ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1988.

Velasquez, Manuel G. «Defining Suicide» (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37.

Williams, Glanville. *The Sanctity of Life and the Criminal Law.* New York: Knopf, 1957.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553, dismissing the appellant's appeal from a judgment of Melvin J. (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347, dismissing the appellant's application for an order declaring s. 241 of the *Criminal*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553, qui a rejeté l'appel interjeté par l'appelante contre la décision du juge Melvin (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347, de rejeter sa requête visant à obtenir une ordonnance déclarant invalide

Code invalid. Appeal dismissed, Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory and McLachlin JJ. dissenting.

Christopher M. Considine and *Philip N. Williams*, for the appellant.

James D. Bissell, Q.C., and *Johannes A. Van Iperen, Q.C.*, for the respondent the Attorney General of Canada.

George H. Copley, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

James F. Sayre and *James W. Pozer*, for the intervener British Columbia Coalition of People with Disabilities.

Martin H. Campbell and *Nancy E. Mills*, for the intervener Dying with Dignity.

Robyn M. Bell, for the intervener Right to Die Society of Canada.

Anne M. Molloy and *Janet L. Budgell*, for the intervener COPOH.

A. G. Henderson, Q.C., and *Neil Milton*, for the interveners Pro-Life Society of British Columbia and Pacific Physicians for Life Society.

Robert M. Nelson and *Todd J. Burke*, for the interveners Canadian Conference of Catholic Bishops and Evangelical Fellowship of Canada.

G. Patrick S. Riley and *John A. Myers*, for the intervener People in Equal Participation Inc.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. (dissenting) —

I. Facts

The facts of this case are straightforward and well known. Sue Rodriguez is a 42-year-old woman living in British Columbia. She is married and the mother of an 8½-year-old son. Ms. Rodriguez suffers from amyotrophic lateral sclerosis

l'art. 241 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Cory et McLachlin sont dissidents.

Christopher M. Considine et *Philip N. Williams*, pour l'appelante.

James D. Bissell, c.r., et *Johannes A. Van Iperen, c.r.*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

George H. Copley, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

James F. Sayre et *James W. Pozer*, pour l'intervenante British Columbia Coalition of People with Disabilities.

Martin H. Campbell et *Nancy E. Mills*, pour l'intervenante Dying with Dignity.

Robyn M. Bell, pour l'intervenante Right to Die Society of Canada.

Anne M. Molloy et *Janet L. Budgell*, pour l'intervenante COPOH.

A. G. Henderson, c.r., et *Neil Milton*, pour les intervenantes Pro-Life Society of British Columbia et Pacific Physicians for Life Society.

Robert M. Nelson et *Todd J. Burke*, pour les intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et Evangelical Fellowship of Canada.

G. Patrick S. Riley et *John A. Myers*, pour l'intervenante People in Equal Participation Inc.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) —

I. Les faits

Les faits de la présente affaire sont simples et bien connus. Sue Rodriguez vit en Colombie-Britannique. Elle a 42 ans et elle est mariée et mère d'un garçon de huit ans et demi. Madame Rodriguez est atteinte de sclérose latérale amyotro-

(ALS), which is widely known as Lou Gehrig's disease; her life expectancy is between 2 and 14 months but her condition is rapidly deteriorating. Very soon she will lose the ability to swallow, speak, walk and move her body without assistance. Thereafter she will lose the capacity to breathe without a respirator, to eat without a gastrotomy and will eventually become confined to a bed.

Ms. Rodriguez knows of her condition, the trajectory of her illness and the inevitability of how her life will end; her wish is to control the circumstances, timing and manner of her death. She does not wish to die so long as she still has the capacity to enjoy life. However, by the time she no longer is able to enjoy life, she will be physically unable to terminate her life without assistance. Ms. Rodriguez seeks an order which will allow a qualified medical practitioner to set up technological means by which she might, by her own hand, at the time of her choosing, end her life.

Ms. Rodriguez applied to the Supreme Court of British Columbia for an order that s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, be declared invalid, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the ground that it violates her rights under ss. 7, 12 and 15(1) of the *Charter*, and was therefore, to the extent it prohibits a terminally ill person from committing "physician-assisted" suicide, of no force and effect by virtue of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. Melvin J. of the Supreme Court of British Columbia dismissed the appellant's application: (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347. The British Columbia Court of Appeal dismissed the appellant's appeal, McEachern C.J.B.C. dissenting: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553.

II. Relevant Statutory Provisions

The relevant provision of the *Criminal Code* is as follows:

phique (SLA), plus connue sous le nom de maladie de Lou Gehrig. Son expectative de survie se situe entre 2 et 14 mois, mais son état se détériore rapidement. Très bientôt, elle sera incapable d'avaler, de parler, de marcher et de bouger sans aide. Elle perdra ensuite la capacité de respirer sans respirateur, de manger sans subir une gastrotomie, et elle sera finalement alitée en permanence.

Madame Rodriguez connaît son état, la progression de sa maladie et son dénouement inévitable; elle souhaite décider des circonstances, des conditions et du moment de sa mort. Elle ne souhaite pas mourir tant qu'elle peut encore jouir de la vie. Toutefois, au moment où elle perdra la capacité de jouir de la vie, elle sera physiquement incapable de mettre fin à sa vie, sans assistance. Madame Rodriguez demande donc une ordonnance habilitant un médecin qualifié à mettre en place les moyens technologiques qui lui permettraient au moment qu'elle choisirait de se donner elle-même la mort.

Madame Rodriguez a demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique une ordonnance déclarant l'al. 241*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, invalide, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour le motif qu'il viole des droits qui lui sont garantis aux art. 7, 12 et au par. 15(1) de la *Charte*, et donc que, dans la mesure où il prohibe un malade en phase terminale de se donner la mort avec l'aide d'un médecin, le par. 24(1) est inopérant au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le juge Melvin de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la demande de l'appelante: (1992), 18 W.C.B. (2d) 279, [1993] B.C.W.L.D. 347. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté son appel, le juge en chef McEachern étant dissident: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, 22 B.C.A.C. 266, 38 W.A.C. 266, 14 C.R.R. (2d) 34, 79 C.C.C. (3d) 1, [1993] 3 W.W.R. 553.

II. Les dispositions législatives pertinentes

L'article 241 du *Code criminel*:

241. Every one who

(*a*) counsels a person to commit suicide, or

(*b*) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

III. Judgments Below

Supreme Court of British Columbia

In order to determine whether a right or freedom had been infringed, Melvin J. considered the nature of the right claimed by the appellant, i.e., her right to enjoy her remaining life with the inherent dignity of a human person, the right to control what happens to her body while she is living and the right to have control over the timing, method and circumstances of her death. In the context of s. 7, Melvin J. noted that the appellant based her argument not on a "right to suicide", but on a right to "die with dignity".

241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas:

a) conseille à une personne de se donner la mort;

b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort,

que le suicide s'ensuive ou non.

Les dispositions pertinentes de la *Charte*:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

III. Les jugements des instances inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique

En vue de déterminer s'il avait été porté atteinte à un droit ou une liberté, le juge Melvin a examiné la nature du droit revendiqué par l'appelante, soit le droit de jouir des derniers moments de sa vie dans la dignité propre à l'être humain, d'être maître de la destinée de son corps pendant sa vie et de choisir le moment, les circonstances et le moyen de sa mort. Au regard de l'art. 7, le juge Melvin a souligné que l'appelante fondait son argumentation non pas sur le «droit de se donner la mort», mais sur le droit de «mourir avec dignité».

Melvin J. observed that in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, the majority of the Court struck down s. 251 of the *Code* as violating a woman's s. 7 right to security of the person on the basis that the effect of the law was to limit a woman's ability to obtain effective and timely "medical treatment". Applying this finding to the case before him, Melvin J. reached the following conclusion:

> As to the submission that the right to life, liberty and security of the person of the petitioner and her fundamental choices are affected by s. 241, in my opinion, s. 241 does not impact on her choices. Her choice can be made; the difficulty that she faces is the impact of this disease with reference to the timing of the event she wishes to occur. At best, all the petitioner would have, absent s. 241, would be an opportunity to request a medical professional to assist her in achieving her goal.

Thus, as no physician has a duty to perform the act that the appellant seeks a right to obtain, the right cannot, by definition, be enforced. If anything, the trial judge argued, s. 241(*b*) interferes with the right of a doctor to assist the appellant if he or she wished to do so. To grant Ms. Rodriguez a remedy under the *Charter*, would, in Melvin J.'s view, be tantamount to imposing a duty on physicians to assist patients who choose to terminate their own lives, which would be "diametrically opposed to the underlying hypothesis upon which a *Charter of Rights and Freedoms* is based, namely, the sanctity of human life".

Melvin J. proceeded to review the purpose of s. 7 and the "Legal Rights" as entrenched under the *Charter*. Based on this analysis, he found that s. 7 will generally come into play when a person is placed in the justice system, and specifically, under the threat of penal sanction or detention. According to the trial judge, Ms. Rodriguez would not come into contact with the criminal justice system regardless of what action she takes; rather, it is the party who assists her in committing suicide who may be placed in jeopardy. In light of this, Melvin J. stated the following:

Le juge Melvin a remarqué que dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, la Cour à la majorité a invalidé l'art. 251 du *Code* qui avait pour effet de restreindre la capacité d'une femme de recevoir un «traitement médical» efficace et opportun et violait ainsi son droit à la sécurité de sa personne, garanti à l'art. 7. Appliquant cette conclusion à la présente affaire, le juge Melvin s'est exprimé ainsi:

> [TRADUCTION] Quant à l'argument selon lequel l'art. 241 porte atteinte au droit de la requérante à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et à sa capacité d'effectuer des choix fondamentaux, je conclus que l'art. 241 n'a pas d'incidence sur ses choix. Elle peut exercer un choix; la difficulté tient aux effets de sa maladie sur la détermination du moment où l'événement dont elle souhaite la réalisation surviendra. Au mieux, en l'absence de l'art. 241, la requérante n'aurait que la possibilité de demander à un médecin de l'aider à réaliser son souhait.

Comme aucun médecin n'a le devoir d'accomplir l'acte visé par la requête de l'appelante, le droit qu'elle cherche à obtenir ne peut pas, par définition, être exercé. Tout au plus, selon le juge de première instance, l'al. 241*b*) fait obstacle au droit d'un médecin d'aider l'appelante s'il ou elle le désire. Accorder à M^me^ Rodriguez une réparation fondée sur la *Charte* équivaudrait, de l'avis du juge Melvin, à imposer aux médecins l'obligation d'aider les patients qui choisissent de mettre fin à leur vie, ce qui serait [TRADUCTION] «tout à fait contraire au principe fondamental qui sous-tend la *Charte des droits et libertés*, c'est-à-dire le caractère sacré de la vie humaine».

Le juge Melvin a ensuite analysé l'objectif de l'art. 7 et des garanties juridiques constitutionnalisées dans la *Charte*. Il en a conclu que l'art. 7 entre généralement en jeu lorsqu'une personne a affaire avec le système judiciaire et particulièrement lorsqu'elle risque une peine ou une détention. Suivant le juge de première instance, M^me^ Rodriguez, peu importe la conduite qu'elle adopte, ne serait pas touchée par le système de justice criminelle; c'est plutôt la partie qui l'aide à se donner la mort qui pourrait faire face à ce risque. C'est ce qui a amené le juge Melvin à observer:

Her fundamental decisions concerning her life are not restricted by the state. Her illness may restrict her ability to implement her decisions but, in my opinion, that does not amount to an infringement of a right to life, liberty or security of the person by the state. The interests she seeks to protect pursuant to s. 7 are not those which determine the means by which she may be brought before or within the justice system.

According to the trial judge, the appellant was asking the court to go beyond the judicial domain and into the realm of general public policy, which, as this Court cautioned in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, courts should refrain from doing. Melvin J. concluded that it was the illness from which Ms. Rodriguez suffers, not the state or the justice system, which has impeded her ability to act on her wishes with respect to the timing and manner of her death. Also for this reason, the trial judge found no application of the protection afforded by s. 12 to be free from cruel or unusual treatment.

The trial judge referred to *Burke v. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356 (P.E.I.S.C.), as the only Canadian authority regarding the legal status of suicide. In *Burke*, the court had asserted that s. 7 protects the right to life not to death. Melvin J. added that "[t]o interpret s. 7 so as to include a constitutionally guaranteed right to take one's own life as an exercise in freedom of choice is inconsistent, in my opinion, with life, liberty and the security of the person". Having found no constitutional right at issue under s. 7 of the *Charter* in this case, the trial judge correspondingly found no violation under s. 7 in the operation of s. 241 of the *Code*.

With respect to the appellant's claim under s. 15(1), Melvin J. rejected the argument that because it is not unlawful to refuse life-saving or life-prolonging medical treatment, or to commit suicide, or to accelerate death through therapeutic doses of pain relievers, to make physician-assisted suicide unlawful discriminates against physically disabled

[TRADUCTION] Ses choix fondamentaux sur sa vie ne sont pas restreints par l'État. Sa maladie limite peut-être sa capacité de mettre ses décisions en œuvre mais, à mon sens, cela n'équivaut pas à une violation par l'État du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Les intérêts que l'appelante cherche à protéger dans le cadre de l'art. 7 ne sont pas ceux qui établissent les façons dont elle peut être appelée à répondre de ses actes devant les tribunaux.

Selon le juge de première instance, l'appelante demandait à la cour d'aller au-delà du domaine judiciaire pour entrer dans celui de l'ordre public en général, alors que, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, notre Cour a avisé les tribunaux de se garder de franchir ce pas. Le juge Melvin a conclu que c'est la maladie dont M^me^ Rodriguez souffre, et non l'État ou le système judiciaire, qui l'empêche de déterminer à son gré le moment et les circonstances de sa mort. Aussi, pour ce motif, le juge a conclu que la protection offerte par l'art. 12 contre les traitements cruels et inusités ne s'appliquait pas.

Le juge de première instance a vu dans le jugement *Burke c. Prince Edward Island* (1991), 93 Nfld. & P.E.I.R. 356 (C.S.Î.-P.-É.), la seule décision canadienne portant sur le statut juridique du suicide. Ce jugement affirmait que l'art. 7 protège le droit à la vie et non à la mort. Le juge Melvin a ajouté qu'[TRADUCTION] «[i]nterpréter l'art. 7 de manière à y inclure le droit garanti par la Constitution de s'enlever la vie au nom de la liberté de choisir est, à mon avis, incompatible avec le droit à la vie, la liberté et la sécurité de la personne.» Estimant qu'en l'espèce, aucun droit constitutionnel n'était mis en cause en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, le juge de première instance a donc statué que l'application de l'art. 241 du *Code* ne portait pas atteinte à l'art. 7.

À l'égard de la demande de l'appelante fondée sur le par. 15(1), le juge Melvin a rejeté la prétention suivant laquelle, puisqu'il n'est pas illégal de refuser un traitement médical qui préserve ou prolonge la vie, ou de se donner la mort, ou de précipiter celle-ci au moyen de doses thérapeutiques d'analgésiques, l'illégalité du suicide commis avec

people in the position of Ms. Rodriguez. The trial judge concluded that "[s]ection 241 does not, in my opinion, single out the physically disabled. It is designed to protect, not discriminate; consequently, in my opinion, there has been no violation of that section of the *Charter*".

Finally, in *obiter*, with respect to whether, should an infringement of the *Charter* be found by a higher court, such an infringement could be saved under s. 1, Melvin J. declared that s. 241 would constitute a reasonable limit on the *Charter*, demonstrably justifiable in a free and democratic society. He reasoned that s. 241 safeguards the welfare of persons making the decision to terminate their life in "a moment of weakness" or those who are especially vulnerable to the influence of others, and prevents the possibilities for abuse which arise in sanctioning those who, regardless of motive, aid and abet in the termination of another's life.

British Columbia Court of Appeal

McEachern C.J.B.C., dissenting

McEachern C.J. commenced his analysis by outlining the history of the assisted suicide provision at common law and in statutory form. McEachern C.J. characterized this evolution as leading towards what he subsequently referred to as "a fairly recent, enlightened medical-jurisprudential trend towards greater humanity and sensitivity towards the awful problems of terminally ill citizens" (p. 163).

McEachern C.J. canvassed the various options open to the terminally ill which are lawful in Canada, including the right to refuse medical treatment and the right to terminate life-supporting devices. He emphasized however, that should a terminally ill patient opt for physician-assisted suicide, this would not only be unlawful for the doctor, but also could subject the patient to charges of conspiracy and, until his or her death, to the charge

l'assistance d'un médecin crée une discrimination à l'égard des handicapés physiques qui sont dans la situation de M^me^ Rodriguez. Le juge de première instance a conclu: [TRADUCTION] «À mon sens, l'art. 241 ne différencie pas les handicapés physiques. Il vise à protéger, et non à discriminer; en conséquence, je suis d'avis qu'il n'est pas porté atteinte à cet article de la *Charte*».

Se prononçant enfin, de façon incidente, sur la question de savoir si, dans le cas où une instance supérieure conclurait que la *Charte* est violée, une telle violation est justifiée aux termes de l'article premier, le juge Melvin a déclaré que l'art. 241 constitue une restriction imposée dans une limite raisonnable, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il estimait que, d'une part, l'art. 241 protège les personnes qui prennent la décision de mettre fin à leurs jours [TRADUCTION] «dans un moment de faiblesse» et celles qui sont particulièrement vulnérables à l'influence d'autrui et, d'autre part, il élimine le risque d'abus possibles en punissant ceux qui, quelle que soit leur motivation, aident et encouragent une personne à se donner la mort.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

Le juge en chef McEachern, dissident

Le juge en chef McEachern a amorcé son analyse par un historique des dispositions relatives à l'aide au suicide en common law et dans la loi. Selon lui, l'évolution mène à ce qu'il a subséquemment appelé [TRADUCTION] «une tendance médico-jurisprudentielle assez récente et éclairée, vers une humanité et une sensibilité accrues à l'égard des difficultés terribles auxquelles font face les citoyens en phase terminale» (p. 163).

Le juge en chef McEachern a examiné les différentes options qui s'offrent au malade en phase terminale, et qui sont légales au Canada, dont le droit de refuser un traitement médical et celui d'arrêter les appareils de survie. Il a toutefois souligné que, si le malade en phase terminale choisissait de se donner la mort avec l'aide d'un médecin, d'une part le médecin commettrait un acte illégal et d'autre part le patient s'exposerait à des accusa-

of being a party to commit the offence by those assisting him or her.

McEachern C.J. rejected the appellant's contention that the reasonable management of terminal illness does not engage the common law, stating that physician-assisted suicide could not be considered palliative care. According to McEachern C.J., the only route open to Ms. Rodriguez was under the *Charter*. After reviewing the nature of the purposive inquiry into *Charter* rights and its relation to questions of human dignity, McEachern C.J. held the following (at p. 158):

> Considering the nature of the rights protected by the *Charter* in other cases, I have no doubt that a terminally ill person facing what the Appellant faces qualifies under the value system upon which the *Charter* is based to protection under the rubric of either liberty or security of her person. This would include at least the lawful right of a terminally ill person to terminate her own life, and, in my view, to assistance under proper circumstances.
>
> It would be wrong, in my view, to judge this case as a contest between life and death. The *Charter* is not concerned only with the fact of life, but also with the quality and dignity of life. In my view, death and the way we die is a part of life itself.

McEachern C.J. supported this finding principally through reliance on the *Morgentaler* decision, and specifically passages highlighting the flexibility of the protection afforded by the "liberty" and "security of the person" components of s. 7. In his view, a *prima facie* violation of both these components of s. 7 arises when the state imposes prohibitions that have the effect of prolonging the physical and psychological suffering of a person. The question to which McEachern C.J. then turned is whether this deprivation of a terminally ill person's rights under s. 7 may be said to have been done in accordance with the principles of fundamental justice.

tions de complot et, jusqu'à son décès, à une accusation d'être partie à l'infraction commise par ceux qui l'assistent.

Le juge en chef McEachern a rejeté la prétention de l'appelante suivant laquelle la gestion raisonnable d'une maladie terminale ne donne pas lieu à l'application de la common law en précisant que le suicide assisté par un médecin ne pourrait être considéré comme un traitement palliatif. Selon le juge en chef McEachern, la seule voie ouverte à M^me^ Rodriguez passait par la *Charte*. Après avoir analysé la nature de l'examen fondé sur l'objet des droits de la *Charte* et de son lien avec la notion de dignité humaine, le juge en chef McEachern a dit ceci à la p. 158:

> [TRADUCTION] Compte tenu de la nature des droits qui, dans d'autres cas, sont protégés par la *Charte*, je ne doute pas qu'en vertu de l'échelle de valeurs sur laquelle la *Charte* repose, une personne en phase terminale dans la situation de l'appelante mérite la protection au nom de la liberté ou de la sécurité de sa personne. Une telle protection inclurait au moins le droit d'un malade en phase terminale de mettre fin à ses jours et, à mon avis, d'obtenir de l'aide dans les circonstances appropriées.
>
> Ce serait une erreur, à mon sens, de voir la présente affaire comme un conflit entre la vie et la mort. La *Charte* ne s'attache pas seulement à la vie, mais également à la qualité et à la dignité de celle-ci. À mon avis, la mort et la façon dont elle survient font partie de la vie elle-même.

La conclusion du juge en chef McEachern s'appuie principalement sur l'arrêt *Morgentaler* et particulièrement les passages qui soulignent la souplesse de la protection offerte par les éléments «liberté» et «sécurité de [l]a personne» de l'art. 7. À son avis, lorsqu'il impose des prohibitions qui ont pour effet de prolonger les souffrances physiques et psychologiques d'une personne, l'État viole *prima facie* ces deux éléments de l'art. 7. Le juge en chef McEachern s'est ensuite demandé si l'atteinte aux droits d'une personne en phase terminale garantis à l'art. 7 était conforme avec les principes de justice fondamentale.

McEachern C.J. found in *Morgentaler* support for the position that a provision which operates unequally or causes manifest unfairness would not conform to the substantive element of the principles of fundamental justice. Further, based on the decision in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, McEachern C.J. established that the substantive element of fundamental justice is not confined to matters described in ss. 8 to 14 of the *Charter*. He pointed out at p. 161 that in *Motor Vehicle*, at p. 512, I had held fundamental justice to include whatever might reasonably be expected in and from a society and a system of justice which is "founded upon the belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law".

While acknowledging that the case at bar addresses a class of terminally ill people, McEachern C.J. stressed that it was the appellant alone who was before the court. While acknowledging the importance of the policy dimension of this case, he rejected the notion that the courts should abnegate responsibility for interpreting the law and await further direction from Parliament. Finally, with respect to the traditional common law prohibition on suicide, McEachern C.J. found this fact historically interesting but not particularly relevant to the disposition of this case, noting that Parliament removed this prohibition from the *Code* in 1972.

After describing Canadian society's acceptance of palliative care and recognition of the right of the dying to be left alone if they are lucid, McEachern C.J. reached the following conclusion with respect to whether the deprivation of the terminally ill's s. 7 rights is accomplished in accordance with the principles of fundamental justice (at p. 164):

As already mentioned, s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else. When one considers the nobility of such purpose, it must follow as a matter of logic as much as of law, that any provision which imposes an indeterminate period of senseless physical and psychological suffering upon someone who is shortly to die anyway cannot conform with any principle of fundamental justice. Such a provision, by any

Le juge en chef McEachern s'est appuyé sur l'arrêt *Morgentaler* pour conclure qu'une disposition ayant des effets inégaux ou manifestement inéquitable n'est pas conforme à l'élément de fond des principes de justice fondamentale. En outre, se fondant sur le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge en chef McEachern a précisé que, quant au fond, la justice fondamentale ne se limite pas aux situations décrites aux art. 8 à 14 de la *Charte*. Il a souligné à la p. 161 que, dans *Motor Vehicle*, j'avais statué, à la p. 512, que le concept de la justice fondamentale réunissait tout ce qu'on peut raisonnablement attendre d'une société et d'un système judiciaire «fondé sur la foi en la dignité et la valeur de la personne humaine et en la primauté du droit».

Tout en reconnaissant que la présente affaire touche une catégorie de malades en phase terminale, le juge en chef McEachern a souligné que seule l'appelante se trouvait devant la cour. Constatant l'importance des questions de principe de la présente affaire, il a toutefois écarté l'idée que les tribunaux devraient renoncer à leur obligation d'interpréter le droit et attendre des directives supplémentaires du législateur. Enfin, le juge en chef McEachern a jugé que la prohibition traditionnelle du suicide en common law était un fait historique intéressant, mais peu pertinent aux fins de la présente affaire, remarquant que le législateur avait retiré la prohibition du *Code* en 1972.

Après avoir dépeint l'acceptation par la société canadienne des soins palliatifs et sa reconnaissance du droit du mourant, s'il est lucide, d'être laissé tranquille, le juge en chef McEachern a répondu ainsi à la question de savoir s'il est porté atteinte aux droits garantis par l'art. 7 au malade en phase terminale en conformité avec les principes de justice fondamentale (à la p. 164):

[TRADUCTION] Je le répète, l'art. 7 a été adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui. Étant donné la noblesse d'un tel objectif, il doit s'ensuivre logiquement autant que juridiquement qu'une disposition imposant une période indéfinie de souffrance physique et psychologique inutile à une personne qui est de toute façon sur le point de mourir ne peut être conforme à aucun principe de justice fondamentale. En tout point,

measure, must clearly be characterized as the opposite of fundamental justice.

Having found a violation of s. 7 of the *Charter*, McEachern C.J. declined to address the other possible infringements under ss. 12 and 15(1). Rather, he turned his attention to s. 1 of the *Charter* to determine if the violation of s. 7 could be demonstrably justified in a free and democratic society.

McEachern C.J. began by noting the inherent difficulty of finding a provision that deprives someone of a right to liberty or security of the person, in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, as nonetheless justified under s. 1. He did not have to face this dilemma, however, as he concluded that s. 241 could not satisfy the *Oakes* test. While s. 241 may have been enacted with a pressing and substantial objective in mind, McEachern C.J. held that it did not impair the rights of the terminally ill, or of the appellant in particular, as little as possible. Therefore, he found that the violation of s. 7 by the operation of s. 241 of the *Code* could not be justified.

McEachern C.J. found s. 241 to be unconstitutional, but only in so far as the operation of the section affected the appellant in her unique circumstances. While acknowledging the distinction which I drew between remedies under s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, McEachern C.J. preferred to fashion a remedy under s. 24(1), directly tailored to the appellant, but structured so as to offer a guideline to future claimants in analogous circumstances.

Therefore, McEachern C.J. held that the section was inoperative to the extent it affected the appellant and any physician assisting her, and that the appellant could proceed to arrange for physician-assisted suicide, provided certain conditions were

une telle disposition doit certainement être déclarée contraire à la justice fondamentale.

Ayant conclu à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, le juge en chef McEachern n'a pas examiné les violations possibles de l'art. 12 et du par. 15(1). Il a plutôt porté son attention sur l'article premier de la *Charte* pour déterminer si la violation de l'art. 7 pouvait se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge en chef McEachern a d'abord signalé combien il était difficile de trouver une disposition qui prive une personne du droit à la liberté ou à la sécurité de sa personne sans être conforme aux principes de justice fondamentale qui soit néanmoins justifiée aux termes de l'article premier. Ce dilemme ne s'est pas présenté puisqu'il a conclu que l'art. 241 ne pouvait satisfaire au critère de l'arrêt *Oakes*. Bien que l'art. 241 ait pu avoir été adopté pour répondre à un objectif urgent et réel, le juge en chef McEachern a statué qu'il ne portait pas le moins possible atteinte aux droits du malade en phase terminale ou, en l'occurrence, de l'appelante. En conséquence, il a conclu que la violation de l'art. 7 par l'art. 241 du *Code* n'était pas justifiée.

Le juge en chef McEachern a conclu que l'art. 241 était inconstitutionnel, mais uniquement dans la mesure où son application touche l'appelante dans sa situation particulière. Tout en reconnaissant la distinction que j'ai faite entre les réparations fondées sur le par. 24(1) de la *Charte* et celles qui sont fondées sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, le juge en chef McEachern a préféré élaborer, en se fondant sur le par. 24(1), une réparation exclusivement adaptée à l'appelante et structurée de manière à fournir un guide aux demandeurs futurs qui se trouveraient dans une situation analogue.

Le juge en chef McEachern a donc statué que l'article était inopérant dans la mesure où il visait l'appelante et tout médecin lui prêtant assistance, et que celle-ci pouvait prendre les dispositions nécessaires pour se donner la mort avec l'aide d'un

met. These conditions were set out in the following passage (at pp. 168-69):

First, the Appellant must be mentally competent to make a decision to end her own life, such competence to be certified in writing by a treating physician and by an independent psychiatrist who has examined her not more than 24 hours before arrangements are put in place which will permit the Appellant to actually terminate her life and such arrangements must only be operative while one of such physicians is actually present with the Appellant.

Such certificate must include the professional opinion of the physicians not just that she is competent, but also that, in the opinion of such physicians, she truly desires to end her life and that, in their opinion, she has reached such decision of her own free will without pressure or influence from any source other than her circumstances.

The fact that the Appellant has made her intentions known by bringing these proceedings, and in many other ways, may be taken into consideration by the physicians in reaching their opinions, but they will of course be careful to ensure that the Appellant has not changed her mind since making her earlier declarations.

Secondly, in addition to being mentally competent, the physicians must certify that, in their opinion, (1) the Appellant is terminally ill and near death, and that there is no hope of her recovering; (2) that she is, or but for medication would be, suffering unbearable physical pain or severe psychological distress; (3) that they have informed her, and that she understands, that she has a continuing right to change her mind about terminating her life; and (4) when, in their opinion, the Appellant would likely die (a) if palliative care is being or would be administered to her, and (b) if palliative care should not be administered to her.

Thirdly, not less than three clear days before any psychiatrist examines the Appellant for the purposes of preparing a certificate for the purposes aforesaid, notice must be given to the Regional Coroner for the area or district where the Appellant is to be examined, and the Regional Coroner or his nominee, who must be a physician, may be present at the examination of the Appellant by a psychiatrist in order to be satisfied that the Appellant does indeed have mental competence to decide, and does in fact decide, to terminate her life.

Fourthly, one of the physicians giving any certificate as aforesaid, must re-examine the Appellant each day after the above-mentioned arrangements are put in place to ensure she does not evidence any change in her intention

médecin sous réserve des conditions énoncées dans le passage suivant (aux pp. 168 et 169):

[TRADUCTION] En premier lieu, l'appelante doit être mentalement capable de décider de mettre fin à ses jours, sa capacité devant être certifiée par écrit par un médecin traitant et par un psychiatre indépendant qui l'aura examinée au plus 24 heures avant la mise en place des moyens qui permettront à l'appelante de mettre fin à sa vie. Ces moyens ne peuvent être fonctionnels qu'en présence d'un des médecins.

Dans le certificat, les médecins doivent exprimer l'opinion qu'elle est capable et qu'à leur avis, elle désire réellement mettre un terme à ses jours et a pris cette décision de plein gré, sans aucune pression ni influence autres que sa propre situation.

Pour former leur opinion, les médecins peuvent tenir compte du fait que l'appelante a fait connaître ses intentions en intentant les présentes procédures et en utilisant plusieurs autres moyens. Ils doivent toutefois évidemment veiller à ce que l'appelante n'ait pas changé d'avis depuis ses dernières déclarations.

En deuxième lieu, les médecins doivent certifier qu'à leur avis, outre qu'elle est mentalement capable, (1) l'appelante est en phase terminale, sur le point de mourir, et il ne subsiste aucun espoir de guérison; (2) qu'elle éprouve ou, sans traitement, éprouverait une douleur physique intolérable ou des souffrances psychologiques graves; (3) qu'ils l'ont avisée et qu'elle comprend qu'il lui est loisible, en tout temps, de renoncer à son projet de mettre fin à ses jours; et (4) à quel moment, selon eux, l'appelante mourrait vraisemblablement a) si un traitement palliatif lui était administré et b) si aucun traitement palliatif ne devait lui être administré.

En troisième lieu, pas moins de trois jours francs avant qu'un psychiatre examine l'appelante afin de rédiger un certificat aux fins mentionnées précédemment, un avis doit être remis au coroner de la région ou du district où l'appelante doit être examinée. Le coroner, ou une personne qu'il désigne, qui doit être médecin, peut être présent à l'occasion de l'examen de l'appelante par un psychiatre afin de vérifier qu'elle est effectivement mentalement capable de décider et qu'elle décide effectivement de mettre fin à sa vie.

En quatrième lieu, l'un des médecins remettant un certificat précédemment mentionné doit réexaminer l'appelante quotidiennement suivant la mise en place des moyens susmentionnés afin de garantir qu'elle n'in-

tion to end her life. If she commits suicide, such physician must furnish a further certificate to the Coroner confirming that, in his or her opinion, the Appellant did not change her mind.

Fifthly, no one may assist the Appellant to attempt to commit suicide or to commit suicide after the expiration of thirty-one days from the date of the first mentioned certificate, and, upon the expiration of that period, any arrangements made to assist the Appellant to end her life must immediately be made inoperative and discontinued. I include this condition to ensure, to the extent it can be ensured, that the Appellant has not changed her mind since the time she was examined by a psychiatrist.

This limitation troubles me greatly as I would prefer that the Appellant be permitted a free choice about the time when she wishes to end her life. I am, however, unwilling to leave it open for a longer period because of the concern I have that the Appellant might change her mind. She is able to proceed at her preferred pace by delaying the time for her psychiatric examination until the time she thinks she is close to the time when she wishes to end her ordeal. If she delays causing her death for more than thirty-one days after such examination then there is a risk either that she had not finally made up her mind, or that, as is everyone's right, she has changed it, or possibly that she is no longer competent to make such a decision.

Lastly, the act actually causing the death of the Appellant must be the unassisted act of the Appellant herself, and not of anyone else.

These conditions have been prepared in some haste because of the urgency of the Appellant's circumstances, and I would not wish judges in subsequent applications to regard them other than as guidelines.

In closing, McEachern C.J. emphasized once again that his remedy is directed specifically towards the appellant in her unique circumstances, and that other people in her situation would have to apply individually to a court to receive a similar order.

Hollinrake J.A.

Hollinrake J.A. agreed with McEachern C.J. that, by the operation of s. 241(*b*) of the *Code*, the appellant is deprived of her s. 7 right to the security of the person. However, he was not of the view

dique aucun changement dans son intention de mettre fin à ses jours. Si elle se donne la mort, ce médecin doit fournir un second certificat au coroner confirmant qu'à son avis, l'appelante n'avait pas changé d'avis.

En cinquième lieu, personne ne peut aider l'appelante à tenter de se donner la mort ou à se donner la mort après l'expiration de trente et un jours à compter de la date de délivrance du premier certificat et, dès l'expiration de ce délai, toutes les mesures prises pour aider l'appelante à mettre fin à ses jours doivent être immédiatement invalidées et interrompues. La présente condition a pour objectif de garantir, dans la mesure du possible, que l'appelante n'a pas modifié son intention depuis son examen par un psychiatre.

Cette limite me perturbe beaucoup car je préférerais que l'appelante puisse choisir librement le moment où elle désire se donner la mort. Toutefois je ne suis pas disposé à accorder un délai plus long parce que je dois tenir compte du fait qu'elle pourrait changer d'avis. Elle peut toutefois procéder à son rythme en retardant le moment de l'examen psychiatrique jusqu'à ce qu'elle estime que le moment de mettre fin à son supplice approche. Si elle ne se donne pas la mort au cours des trente et un jours suivant un tel examen, il est alors possible qu'elle n'ait pas pris sa décision définitivement ou, comme tous en ont le droit, qu'elle ait changé d'idée, ou alors qu'elle soit maintenant incapable de prendre une telle décision.

Enfin, l'acte causant la mort de l'appelante doit être l'acte de l'appelante elle-même, sans aide, et non celui d'autrui.

Ces conditions ont été rédigées avec quelque précipitation étant donné l'urgence de la situation de l'appelante, et je ne souhaite pas que, dans des demandes subséquentes, les juges y voient plus que des directives.

En terminant, le juge en chef McEachern a encore souligné que la réparation s'adresse exclusivement à l'appelante dans sa situation exceptionnelle, et que d'autres personnes dans la même situation devraient s'adresser individuellement à la cour pour obtenir une ordonnance semblable.

Le juge Hollinrake

Le juge Hollinrake partage l'opinion du juge en chef McEachern que, par l'application de l'al. 241*b*) du *Code*, l'appelante était privée de son droit à la sécurité de sa personne garanti à l'art. 7.

that this deprivation contravened the principles of fundamental justice. Hollinrake J.A. set out this position in the following passage (at p. 171):

While there may be only a fine line between physician assisted suicide and palliative care from the viewpoint of medicine (not necessarily the profession as opposed to the science) I think that from a historical and philosophical viewpoint, the difference between palliative care and physician assisted suicide is a marked and significant one.

Hollinrake J.A. stated that the principles of fundamental justice must be anchored in the legislative, social and philosophical context of our society. Citing a range of medical association reports and Law Reform Commission reports, the legislative and medical history of s. 241 of the *Code* suggested to Hollinrake J.A. that the weight of medical opinion and the intent of Parliament favour retaining the prohibition on physician-assisted suicide. He highlighted the enduring distinction between palliative care which is aimed at reducing pain in order to increase the quality of a terminally ill person's remaining life and physician-assisted suicide which is aimed at terminating life.

Hollinrake J.A. proceeded to analyze the *Morgentaler* decision. In his view, *Morgentaler* could be distinguished from the case at bar because in the case of abortion, an exemption was adopted in 1968 that made the activity lawful in certain circumstances. The prohibition against physician-assisted suicide, by contrast, had always been absolute. Based on this, Hollinrake J.A. reached the following conclusion (at p. 177):

In the case before us, there has been no legislative recognition that a physician assisted suicide is in line with contemporary societal views. The case would be different if Parliament had enacted an exception to the prohibition against aiding suicides such as was the case in *Morgentaler*. The difference would be not only because a legislative enactment would show the lead taken by Parliament but also because a statutory exemption could be said to be the result of a public consensus in this controversial area. One must be mindful of the criticism whenever courts say it is the function of Parlia-

Selon lui toutefois, cette atteinte ne contrevenait pas aux principes de justice fondamentale. Le juge Hollinrake a énoncé sa position dans le passage suivant (à la p. 171):

[TRADUCTION] S'il est possible que la différence entre le suicide commis avec l'assistance d'un médecin et les soins palliatifs soit ténue du point de vue médical (pas nécessairement la profession par rapport à la science), j'estime que du point de vue historique et philosophique la différence est à la fois marquée et importante.

Le juge Hollinrake a précisé que les principes de justice fondamentale doivent être ancrés dans le cadre législatif, social et philosophique de notre société. Citant une gamme de rapports d'associations médicales et de rapports de la Commission de réforme du droit, le juge Hollinrake s'est fondé sur l'historique législatif et médical de l'art. 241 du *Code* pour conclure que le poids de l'opinion médicale et l'intention du Parlement privilégient le maintien de la prohibition du suicide commis avec l'assistance d'un médecin. Il a souligné la distinction qui persiste entre les traitements palliatifs, qui visent à atténuer la douleur afin d'améliorer la qualité de la fin de la vie d'une personne en phase terminale, et le suicide commis avec l'assistance d'un médecin, qui vise à mettre fin à la vie.

Le juge Hollinrake a ensuite analysé l'arrêt *Morgentaler*. À son avis, cet arrêt pourrait être distingué de l'espèce puisque, dans le cas de l'avortement, une exemption adoptée en 1968 a légalisé l'activité dans certaines circonstances. Par contre, la prohibition du suicide commis avec le concours d'un médecin a toujours été absolue. Pour ce motif, le juge Hollinrake a tiré la conclusion suivante (à la p. 177):

[TRADUCTION] En l'espèce, la loi n'a pas reconnu que le suicide commis avec l'assistance d'un médecin est accepté par l'opinion de la société contemporaine. La situation serait autre si le législateur avait adopté une exception à l'interdiction d'aider une personne à se suicider, comme ce fut le cas dans *Morgentaler*. La différence tiendrait au fait qu'une disposition législative indiquerait une initiative prise par le législateur et dans le fait que l'on pourrait soutenir que l'exemption législative révèle le consensus public sur ce sujet controversé. Il faut prêter attention aux critiques selon lesquelles

ment to legislate that this effectively means courts are shying away from the full force of the power entrusted to them under the *Charter*. However, it is my view in areas with public opinion at either extreme, and which involve basically philosophical and not legal considerations, it is proper that the matter be left in the hands of Parliament as historically has been the case.

Until there is a basis in legislative, medical or societal views for crossing that line (as there was for the social reform undertaken in *Morgentaler*), Hollinrake J.A. stated that he could find no grounds on which to overturn s. 241. The guiding principle, in his view, underlying society's approach to this problem had always been, and continued to be, the sanctity of life. He added that the appellant in this case is "one of the very persons that it is the focus of s. 241(*b*) to protect" (p. 180).

Although Hollinrake J.A. held s. 241(*b*) to be consistent with the *Charter*, he nonetheless decided to comment on the remedial approach adopted by McEachern C.J. Hollinrake J.A. characterized it as an amendment to s. 241(*b*) which, in his view, infringed on a policy area that has historically and legally been the exclusive province of Parliament. However, though finding that the appeal should be dismissed, Hollinrake J.A. stated that, were he of the view that the deprivation of the security of the person of the appellant was contrary to the principles of fundamental justice, he would not hesitate in endorsing the remedy fashioned by McEachern C.J.

Proudfoot J.A.

Proudfoot J.A., while reaching the same result as Hollinrake J.A., restricted her analysis to the proper interpretation and application of the *Morgentaler* decision to the case at bar. In her view, that case was not determinative of the issues in this case because it was specifically directed to the problem of limited access to medical treatment. She stated "[t]he *Morgentaler* case does not, in my view, go beyond preservation of health." She sub-

lorsque les tribunaux disent qu'il incombe au législateur de légiférer, ils se soustraient à la pleine portée du pouvoir qui leur a été conféré sous le régime de la *Charte*. Toutefois, je suis d'avis que, dans les domaines où s'opposent des opinions publiques extrêmes et où sont soulevées des considérations fondamentalement philosophiques et non juridiques, il y a lieu de laisser la question entre les mains du législateur comme ce fut le cas dans le passé.

Jusqu'à ce que l'opinion du législateur, de la profession médicale et de la société permettent le franchissement de cette ligne (comme c'était le cas relativement à la réforme sociale entreprise dans *Morgentaler*), le juge Hollinrake ne voit aucun motif justifiant d'écarter l'art. 241. À son avis, le principe directeur qui sous-tend l'opinion de la société sur ce problème a toujours été, et est encore aujourd'hui, le caractère sacré de la vie. Il a ajouté que l'appelante en l'espèce est [TRADUCTION] «l'une des personnes que l'al. 241*b*) a pour mission de protéger» (p. 180).

Bien que le juge Hollinrake ait statué que l'al. 241*b*) était conforme à la *Charte*, il a néanmoins tenu à commenter le mode de réparation choisi par le juge en chef McEachern. Le juge Hollinrake y a vu une modification apportée à l'al. 241*b*), modification qui, à son avis, empiétait sur des considérations de politique historiquement et légalement réservées exclusivement au Parlement. Toutefois, bien qu'il ait conclu au rejet de l'appel, le juge Hollinrake a ajouté que, s'il avait été d'avis que l'atteinte à la sécurité de la personne de l'appelante était contraire aux principes de justice fondamentale, il n'aurait pas hésité à donner son accord à la réparation conçue par le juge en chef McEachern.

Le juge Proudfoot

Si elle a conclu dans le même sens que le juge Hollinrake, le juge Proudfoot a restreint son analyse à l'interprétation et à l'application de l'arrêt *Morgentaler* en l'espèce. À son avis, cet arrêt ne tranchait pas les questions soulevées dans la présente affaire puisqu'il portait exclusivement sur la question de l'accès limité au traitement médical. Selon elle, [TRADUCTION] «[l]'arrêt *Morgentaler* ne va pas au-delà de la préservation de la santé». Elle

sequently added, "obviously death is the antithesis of the s. 7 guarantee of 'life, liberty and security of the person'" (p. 182).

Additionally, Proudfoot J.A. observed that *Morgentaler* was decided in a criminal context. The suggestion that Ms. Rodriguez herself could be liable for conspiracy charges and therefore is in the realm of criminal jeopardy struck Proudfoot J.A. as having "no air of reality". Thus, she viewed the application before her as seeking to exempt an unnamed person from future criminal liability — a remedy for which, in her opinion, no legal authority or legal precedent existed.

Further, Proudfoot J.A. expressed agreement for the Law Reform Commission's position that the matter is essentially a policy decision that should be left to Parliament to resolve. In concluding that the appeal should be dismissed, she concluded the following (at p. 186):

> In my view, leaving aside the legal and procedural aspects, the broad religious, ethical, moral and social issues implicit in the merits of this case are not suited to resolution by a court on affidavit evidence at the instance of a single individual. On the material available to us, we are in no position to assess the consensus in Canada with respect to assisted suicide .... I would leave to Parliament the responsibility of taking the pulse of the nation.

IV. Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by order of this Court on March 25, 1993:

1. Does s. 241(*b*) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

a ensuite ajouté que, [TRADUCTION] «de toute évidence, la mort est l'antithèse de la garantie de la «vie, la liberté et la sécurité de la personne» consacrée à l'art. 7» (p. 182).

En outre, le juge Proudfoot a remarqué que l'arrêt *Morgentaler* avait été rendu dans un contexte de droit criminel. L'idée que M^me^ Rodriguez elle-même s'expose à des accusations de complot et par conséquent aux sanctions du droit criminel a semblé au juge Proudfoot n'avoir [TRADUCTION] «aucune apparence de réalité». Par conséquent, à son avis, la demande dont elle était saisie tentait d'exempter une personne inconnue d'une éventuelle responsabilité criminelle — une réparation qui, à son avis, n'est autorisée en droit par aucun précédent ou autorité.

Par ailleurs, le juge Proudfoot a exprimé son accord avec la position de la Commission de réforme du droit qu'il s'agit essentiellement d'une question de politique dont la résolution revient au Parlement. Se disant d'avis de rejeter l'appel, elle a conclu ce qui suit (à la p. 186):

> [TRADUCTION] À mon avis, à l'exception des aspects juridiques et procéduraux, il ne convient pas qu'un tribunal tranche, à la demande d'une seule personne, les grandes questions religieuses, éthiques, morales et sociales propres à la présente affaire, en se fondant sur une preuve par affidavit. La preuve substantielle qui nous est soumise ne nous permet pas d'évaluer le niveau de consensus au Canada à l'égard du suicide assisté [. . .] Je suis d'avis qu'il appartient au Parlement de tâter le pouls de la population.

IV. Les questions constitutionnelles

Le 25 mars 1993, une ordonnance de notre Cour énonçait les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 241*b*) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

V. Analysis

I find that s. 241(*b*) of the *Criminal Code* infringes s. 15(1) of the *Charter*. In my view, persons with disabilities who are or will become unable to end their lives without assistance are discriminated against by that provision since, unlike persons capable of causing their own deaths, they are deprived of the option of choosing suicide. I further find that s. 1 of the *Charter* does not save s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. The means chosen to carry out the legislative purpose of preventing possible abuses do not in my opinion impair as little as reasonably possible the right to equality enshrined in s. 15(1) of the *Charter*.

In view of my findings under s. 15(1), I need not address the constitutionality of the legislation under ss. 7 or 12 of the *Charter*.

(1) *Section 15(1) of the Charter*

(a) Method of Analysis

In *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, this Court defined the way in which the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter* should be considered.

McIntyre J., whose opinion was supported by the majority as to the meaning and scope of s. 15, suggested a three-step analysis to determine whether the *Charter* has been violated. The first step is to determine whether there is an infringement of one of the rights to equality mentioned in that provision. The question essentially is whether the statute makes distinctions between groups or classes of persons based on personal characteristics. If such inequality is found, the second step is to determine whether the inequality is discriminatory. Where there is discrimination, finally, justifications are to be considered in light of s. 1 of the *Charter*.

In discussing the first step of the analysis, McIntyre J. began by noting the essentially comparative

V. Analyse

Je conclus que l'al. 241*b*) du *Code criminel* viole le par. 15(1) de la *Charte*. En effet, j'estime que les personnes handicapées qui sont ou seront incapables de mettre fin à leur vie sans assistance font l'objet d'une discrimination par l'effet de cette disposition puisque, contrairement aux personnes capables de se donner la mort, elles sont privées de la possibilité de choisir le suicide. Je conclus aussi que l'article premier de la *Charte* ne permet pas de justifier l'al. 241*b*) du *Code criminel*. À mon avis, les moyens choisis pour atteindre l'objectif législatif, la prévention d'abus éventuels, ne portent pas atteinte aussi peu que raisonnablement possible au droit à l'égalité consacré au par. 15(1) de la *Charte*.

Vu mes conclusions concernant le par. 15(1), je n'ai pas à me prononcer sur la constitutionnalité de la disposition dans le cadre des art. 7 et 12 de la *Charte*.

(1) *Le paragraphe 15(1) de la Charte*

a) Méthode d'analyse

Dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, notre Cour a défini la façon d'aborder le droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*.

Le juge McIntyre, qui a reçu l'appui de la majorité sur la question du sens et de la portée de l'art. 15, a proposé une analyse en trois étapes afin de déterminer si la *Charte* avait été violée. La première consiste à vérifier s'il y a atteinte à un des droits à l'égalité prévus à cette disposition. Il s'agit essentiellement de savoir si la loi établit des distinctions entre des groupes ou catégories de personnes sur le fondement de caractéristiques personnelles. Si une telle inégalité est constatée, la deuxième étape consiste à déterminer si elle est discriminatoire. Dans l'affirmative, les justifications sont finalement examinées en fonction de l'article premier de la *Charte*.

Dans la première étape de l'analyse, le juge McIntyre a d'abord souligné le caractère essentiel-

nature of the difficult concept of equality (at p. 164):

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

However, he rejected the view of equality which sees it as necessarily meaning that persons in similar situations must be given similar treatment, otherwise known as the rule of formal equality. He said (at p. 164):

It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality.

With this in mind, McIntyre J. adopted the following observations of Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 347:

The equality necessary to support religious freedom does not require identical treatment of all religions. In fact, the interests of true equality may well require differentiation in treatment.

McIntyre J. went on to say that not all inequalities fall within the scope of s. 15(1), only those inequalities which lead to "discrimination". He stated (at p. 172):

The right to equality before and under the law, and the rights to the equal protection and benefit of the law contained in s. 15, are granted with the direction contained in s. 15 itself that they be without discrimination. Discrimination is unacceptable in a democratic society because it epitomizes the worst effects of the denial of equality, and discrimination reinforced by law is particularly repugnant. The worst oppression will result from discriminatory measures having the force of law. It is against this evil that s. 15 provides a guarantee. [Emphasis added.]

McIntyre J. adopted the following definition of "discrimination" (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on

lement comparatif du délicat concept d'égalité (à la p. 164):

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

Il a toutefois rejeté l'idée selon laquelle l'égalité signifie nécessairement que des personnes se trouvant dans des situations analogues doivent être traitées de façon analogue, connue également comme le critère de l'égalité formelle. Il a affirmé (à la p. 164):

Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu'un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités.

Dans cet esprit, le juge McIntyre a adopté les propos suivants du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 347:

L'égalité nécessaire pour soutenir la liberté de religion n'exige pas que toutes les religions reçoivent un traitement identique. En fait, la véritable égalité peut fort bien exiger qu'elles soient traitées différemment.

Le juge McIntyre a ensuite précisé que les inégalités ne donnent pas toutes lieu à l'application du par. 15(1), mais seulement les inégalités donnant lieu à une «discrimination». Il a affirmé (à la p. 172):

L'article 15 prévoit lui-même que le droit à l'égalité devant la loi et dans la loi ainsi que les droits à la même protection et au même bénéfice de la loi qu'il confère doivent exister indépendamment de toute discrimination. La discrimination est inacceptable dans une société démocratique parce qu'elle incarne les pires effets de la dénégation de l'égalité et la discrimination consacrée par la loi est particulièrement répugnante. La pire forme d'oppression résulte de mesures discriminatoires ayant force de loi. C'est une garantie contre ce mal que fournit l'art. 15. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a adopté la définition suivante de la «discrimination» (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fon-

grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

In *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, Wilson J. returned to the concept of discrimination. She stated (at pp. 1331-32):

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context . . . .

. . .

Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, I summarized as follows the method of analysis to be used in considering a complaint under s. 15(1) (at p. 992):

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in "discrimination". This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant's s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the per-

dée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, le juge Wilson est revenue sur le concept de discrimination, affirmant (aux pp. 1331 et 1332):

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique . . .

. . .

En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d'une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, j'ai résumé de la manière suivante la méthode d'analyse à suivre à l'égard d'une plainte fondée sur le par. 15(1) (à la p. 992):

La cour doit d'abord déterminer si le plaignant a démontré que l'un des quatre droits fondamentaux à l'égalité a été violé (i.e. l'égalité devant la loi, l'égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d'autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres. De plus, pour déterminer s'il y a eu atteinte aux droits que

sonal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15 — namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Before turning to the application of these principles in terms of s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, it is worth adding certain observations on the concepts of involuntary discrimination and adverse effect discrimination.

(b) Involuntary Discrimination and Adverse Effect Discrimination

In *Andrews*, *supra*, McIntyre J. confirmed that in connection with the right to equality contained in the *Charter*, courts had to apply the approach taken in connection with various human rights statutes, namely that individuals are not protected only against deliberate and direct discrimination, but also against incidental or indirect discrimination.

In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. explained in connection with the *Ontario Human Rights Code* that an intention to discriminate was not necessary for the anti-discriminatory provisions of that statute to apply, since the purpose of the statute was not to punish the perpetrator of the discrimination but to correct the situation (at p. 547):

> The Code aims at the removal of discrimination. This is to state the obvious. Its main approach, however, is not to punish the discriminator, but rather to provide relief for the victims of discrimination. It is the result or the effect of the action complained of which is significant. If it does, in fact, cause discrimination; if its effect is to impose on one person or group of persons obligations, penalties or restrictive conditions not imposed on other members of the community, it is discriminatory.

le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s'assurer que la plainte corresponde à l'objectif général de l'art. 15, c'est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Avant de passer à l'application de ces principes à l'al. 241*b*) du *Code criminel*, il est utile d'ajouter quelques remarques sur les concepts de discrimination involontaire et de discrimination par suite d'un effet préjudiciable.

b) La discrimination involontaire et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable

Dans *Andrews*, précité, le juge McIntyre a confirmé que, dans le contexte du droit à l'égalité reconnu dans la *Charte*, les tribunaux devaient appliquer la position adoptée à l'égard de diverses lois sur les droits de la personne, à savoir que les individus ne sont pas protégés uniquement contre la discrimination volontaire et directe, mais également contre la discrimination involontaire ou indirecte.

Dans *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre a expliqué, à propos du *Code ontarien des droits de la personne*, que l'intention de discriminer n'était pas requise pour donner application aux dispositions antidiscriminatoires de cette loi, puisque son objectif n'était pas de punir l'auteur de la discrimination, mais bien de corriger la situation (à la p. 547):

> Le Code vise la suppression de la discrimination. C'est là l'évidence. Toutefois, sa façon principale de procéder consiste non pas à punir l'auteur de la discrimination, mais plutôt à offrir une voie de recours aux victimes de la discrimination. C'est le résultat ou l'effet de la mesure dont on se plaint qui importe. Si elle crée effectivement de la discrimination, si elle a pour effet d'imposer à une personne ou à un groupe de personnes des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres membres de la société, elle est discriminatoire.

A distinction based on a prohibited ground, even where made without the intent to disadvantage or deprive of a benefit some person or class of persons, could therefore be discriminatory in terms of human rights legislation.

In the same way, McIntyre J. established that, in order to come within the *Ontario Human Rights Code*, the disputed legislation did not have to directly and expressly create the distinctions on a prohibited ground. An apparently neutral rule could also be discriminatory if its effect was to give rise to such distinctions. This is the adverse effect discrimination concept which McIntyre J. defined and explained the reasons for as follows (at p. 551):

> It [adverse effect discrimination] arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force. For essentially the same reasons that led to the conclusion that an intent to discriminate was not required as an element of discrimination contravening the Code I am of the opinion that this Court may consider adverse effect discrimination as described in these reasons a contradiction of the terms of the Code. An employment rule honestly made for sound economic or business reasons, equally applicable to all to whom it is intended to apply, may yet be discriminatory if it affects a person or group of persons differently from others to whom it may apply.

There can be no doubt following *Andrews* that this approach should also be applied in connection with s. 15(1) of the *Charter*. In that decision McIntyre J. adopted the definition of discrimination applied in *Simpsons-Sears*, *supra*, and also emphasized the crucial importance of taking into account the effect of the disputed provision in the analysis pursuant to s. 15(1). Accordingly, he said (at p. 165):

Une distinction fondée sur un motif prohibé, même effectuée sans intention de désavantager ou de priver d'un bénéfice une personne ou une catégorie de personnes, pourrait donc être discriminatoire dans le contexte des lois sur les droits de la personne.

De la même manière, le juge McIntyre a établi que, pour déclencher l'application du *Code ontarien des droits de la personne*, il n'était pas nécessaire que la loi contestée crée directement et expressément des distinctions fondées sur un motif illicite. Une règle en apparence neutre pouvait également être discriminatoire si elle avait pour effet de créer de pareilles distinctions. C'est le concept de discrimination par suite d'un effet préjudiciable, défini et expliqué par le juge McIntyre dans les termes suivants (à la p. 551):

> Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés. Essentiellement pour les mêmes raisons qui sous-tendent la conclusion que l'intention d'établir une distinction n'est pas un élément nécessaire de la discrimination proscrite par le Code, je suis d'avis que cette Cour peut considérer que la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, décrite dans les présents motifs, contrevient au Code. Une condition d'emploi adoptée honnêtement pour de bonnes raisons économiques ou d'affaires, également applicable à tous ceux qu'elle vise, peut quand même être discriminatoire si elle touche une personne ou un groupe de personnes d'une manière différente par rapport à d'autres personnes auxquelles elle peut s'appliquer.

On ne peut douter, par suite de l'arrêt *Andrews*, que cette théorie s'applique également dans le contexte du par. 15(1) de la *Charte*. Dans cet arrêt, le juge McIntyre a repris la définition de la discrimination retenue dans l'arrêt *Simpsons-Sears*, précité, et a également insisté sur la nécessité de tenir compte, dans l'analyse en vertu du par. 15(1), de l'effet de la disposition contestée. Il a affirmé (à la p. 165):

To approach the ideal of full equality before and under the law — and in human affairs an approach is all that can be expected — the main consideration must be the impact of the law on the individual or the group concerned. Recognizing that there will always be an infinite variety of personal characteristics, capacities, entitlements and merits among those subject to a law, there must be accorded, as nearly as may be possible, an equality of benefit and protection and no more of the restrictions, penalties or burdens imposed upon one than another. In other words, the admittedly unattainable ideal should be that a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another.

Not only does s. 15(1) require the government to exercise greater caution in making express or direct distinctions based on personal characteristics, but legislation equally applicable to everyone is also capable of infringing the right to equality enshrined in that provision, and so of having to be justified in terms of s. 1. Even in imposing generally applicable provisions, the government must take into account differences which in fact exist between individuals and so far as possible ensure that the provisions adopted will not have a greater impact on certain classes of persons due to irrelevant personal characteristics than on the public as a whole. In other words, to promote the objective of the more equal society, s. 15(1) acts as a bar to the executive enacting provisions without taking into account their possible impact on already disadvantaged classes of persons.

(c) Section 241(*b*) of the *Criminal Code*

In applying these rules which I have just stated, I have concluded that s. 241(*b*) of the *Criminal Code* infringes the right to equality contained in s. 15(1) of the *Charter*. Section 241(*b*) creates an inequality since it prevents persons physically unable to end their lives unassisted from choosing suicide when that option is in principle available to other members of the public. This inequality is moreover imposed on persons unable to end their

Pour s'approcher de l'idéal d'une égalité complète et entière devant la loi et dans la loi — et dans les affaires humaines une approche est tout ce à quoi on peut s'attendre — la principale considération doit être l'effet de la loi sur l'individu ou le groupe concerné. Tout en reconnaissant qu'il y aura toujours une variété infinie de caractéristiques personnelles, d'aptitudes, de droits et de mérites chez ceux qui sont assujettis à une loi, il faut atteindre le plus possible l'égalité de bénéfice et de protection et éviter d'imposer plus de restrictions, de sanctions ou de fardeaux à l'un qu'à l'autre. En d'autres termes, selon cet idéal qui est certes impossible à atteindre, une loi destinée à s'appliquer à tous ne devrait pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, avoir un effet plus contraignant ou moins favorable sur l'un que sur l'autre.

Non seulement le par. 15(1) impose-t-il au gouvernement une vigilance accrue dans l'établissement de distinctions expresses ou directes sur le fondement de caractéristiques personnelles, mais il fait aussi que des lois également applicables à tous peuvent porter atteinte au droit à l'égalité consacré dans cette disposition, et peuvent donc devoir être justifiées aux termes de l'article premier. Même en imposant des mesures universelles, le gouvernement doit tenir compte de différences qui existent en fait entre les individus et s'assurer, dans la mesure du possible, que les mesures adoptées n'auront pas, en raison de caractéristiques personnelles non pertinentes, des répercussions plus lourdes sur certaines catégories de personnes que sur l'ensemble de la population. En d'autres termes, pour favoriser l'objectif d'une société plus égale, le par. 15(1) s'oppose à ce que les autorités politiques édictent des mesures sans tenir compte de leur effet possible sur des catégories de personnes déjà défavorisées.

c) L'alinéa 241*b*) du *Code criminel*

Appliquant les principes que je viens d'exposer, je conclus que l'al. 241*b*) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Cette disposition crée en effet une inégalité puisqu'elle empêche les personnes physiquement incapables de mettre fin à leur vie sans aide de choisir le suicide, alors que cette option est en principe ouverte au reste de la population. Cette inégalité est en outre imposée aux personnes inca-

lives unassisted solely because of a physical disability, a personal characteristic which is among the grounds of discrimination listed in s. 15(1) of the *Charter*. Furthermore, in my opinion the inequality may be characterized as a burden or disadvantage, since it limits the ability of those who are subject to this inequality to take and act upon fundamental decisions regarding their lives and persons. For them, the principle of self-determination has been limited.

(i) *An Inequality*

It seems clear that s. 241(*b*) of the *Criminal Code* creates an inequality in that it prevents persons who are or will become incapable of committing suicide without assistance from choosing that option in accordance with law, whereas those capable of ending their lives unassisted may decide to commit suicide in Canada without contravening the law. Since 1972, attempted suicide has ceased to be a crime in Canada (*Criminal Law Amendment Act, 1972*, S.C. 1972, c. 13, s. 16).

I accept that s. 241(*b*) was never intended to create such an inequality, and that that provision, which contains no distinction based on personal characteristics, does at first sight treat all individuals in the same way. For the reasons given above, however, saying this does not dispose of the argument that the provision creates inequality. Even if this was not the legislature's intent, and although s. 241(*b*) does not contain any provision specifically applicable to persons with disabilities, the fact remains that such persons, those who are or will become incapable of committing suicide unassisted, are on account of their disability affected by s. 241(*b*) of the *Criminal Code* differently from others.

I note in passing that in *Canadian Odeon Theatres Ltd. v. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717, the Saskatchewan Court of Appeal, in connection with discrimination based on a physical disability, has demonstrated the absurdity of the argument that there is no discrimination where persons with disabilities receive the same treatment as the general public. Com-

pables de mettre fin à leur vie sans assistance, en raison d'une déficience physique, une caractéristique personnelle qui compte parmi les motifs de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. De plus, l'inégalité peut à mon avis être qualifiée de fardeau ou de désavantage puisqu'elle limite la capacité des personnes qui en sont victimes de prendre des décisions fondamentales concernant leur vie et leur personne. Pour elles, le principe de l'autodétermination a été limité.

(i) *Une inégalité*

Il semble évident que l'al. 241*b*) du *Code criminel* crée une inégalité en ce qu'il empêche des personnes incapables de se suicider sans assistance de choisir ce geste dans le respect de la légalité, alors que les personnes capables de mettre fin à leurs jours, sans assistance, peuvent décider de se suicider sans contrevenir à la loi au Canada. Depuis 1972, la tentative de suicide n'est plus un crime au Canada (*Loi de 1972 modifiant le Code criminel*, S.C. 1972, ch. 13, art. 16).

Je conviens que l'al. 241*b*) n'a jamais eu pour objet de créer cette inégalité et qu'à première vue cette disposition, qui ne contient aucune distinction fondée sur des caractéristiques personnelles, traite tous les individus de la même façon. Pour les motifs évoqués plus haut, cela ne permet toutefois pas d'écarter l'argument selon lequel cette disposition engendre une inégalité. Même si cela n'était pas l'intention du législateur, et même si l'al. 241*b*) ne contient pas de mesure applicable spécifiquement aux personnes handicapées, il reste que certaines de ces personnes, celles qui sont incapables de se suicider sans assistance, sont touchées différemment des autres, en raison de leur handicap, par l'al. 241*b*) du *Code criminel*.

Je note en passant que la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans l'arrêt *Canadian Odeon Theatres Ltd. c. Saskatchewan Human Rights Commission*, [1985] 3 W.W.R. 717, a bien montré, dans le contexte de la discrimination fondée sur une déficience physique, qu'il est absurde de soutenir qu'il n'y a pas de discrimination lorsque des personnes handicapées reçoivent le même traitement que

menting on this argument, Vancise J.A. stated (at p. 741):

If that interpretation of the meaning of discrimination in s. 12(1)(*b*) is correct then the right not to be discriminated against for physical disability protected by the Code is meaningless. If that interpretation is correct, I can conceive of no situation in which a disabled person could be discriminated against in the use of accommodation, services or facilities which are offered to the public. If that interpretation is correct, the owner of a public facility, who offers washroom facilities of the same kind offered to the public generally to a disabled person or offers any other service notwithstanding that it cannot be used by a wheelchair reliant person, will then be found to have discharged his obligation under the Code. A physically reliant person does not, in my opinion, acquire an equal opportunity to utilize facilities or services which are of no use to him or her. Identical treatment does not necessarily mean equal treatment or lack of discrimination.

In short, although at first sight persons who cannot commit suicide and those who can are given identical treatment under s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, they are nevertheless treated unequally since by the effect of that provision persons unable to commit suicide without assistance are deprived of any ability to commit suicide in a way which is not unlawful, whereas s. 241(*b*) does not have that effect on those able to end their lives without assistance.

The question then is whether this inequality is discriminatory. Before turning to this, however, I feel it is necessary to add a few words on the scope of the inequality created by s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. This is a very difficult matter. In my opinion it is better, in the context of the appeal at bar, to refrain from defining too broadly the scope of the inequality resulting from s. 241(*b*) of the *Code*. As I see it, all that has actually been established in this Court is the inequality due to the effect of s. 241(*b*) affecting persons suffering from a very serious disability who, as in the case of the appellant, are or will become completely unable to commit suicide without assistance, even assuming that all the usual means of committing suicide are available. I prefer not to express any opinion on

l'ensemble de la population. Commentant cet argument, le juge Vancise a affirmé (à la p. 741):

[TRADUCTION] Si cette interprétation de la discrimination au sens de l'al. 12(1)*b*) est juste, alors le droit de ne pas faire l'objet d'une discrimination fondée sur une déficience physique est dénué de sens. Si cette interprétation est correcte, je ne peux entrevoir aucune situation où la personne handicapée serait victime d'une discrimination dans l'utilisation d'aménagements, de services ou d'installations ouvertes au public. En outre, on estimera alors que le propriétaire d'un endroit public offrant à la personne handicapée des salles de toilettes semblables à celles qui sont offertes à la population générale ou offrant des services dont la personne en chaise roulante ne peut se prévaloir s'est acquitté de son obligation aux termes du Code. À mon avis, la personne handicapée ne bénéficie pas d'une chance égale d'utiliser les installations ou les services qui ne lui sont d'aucune utilité. Le traitement identique ne signifie pas nécessairement un traitement égal ou une absence de discrimination.

En bref, si, à première vue, des personnes incapables de se suicider et celles qui le peuvent sont traitées de façon identique par l'al. 241*b*) du *Code criminel*, elles n'en sont pas moins traitées de façon inégale puisque, par l'effet de cette disposition, les personnes incapables de se suicider sans assistance sont privées de toute possibilité de se suicider d'une manière qui ne soit pas illégale, alors que l'al. 241*b*) n'a pas cet effet sur les personnes capables de mettre fin à leur vie sans assistance.

Il faut alors déterminer si cette inégalité est discriminatoire. Avant d'examiner la question, j'estime toutefois nécessaire d'ajouter quelques mots sur la portée de l'inégalité créée par l'al. 241*b*) du *Code criminel*. C'est une question très difficile. À mon avis, il est préférable, dans le contexte du présent pourvoi, de se garder de définir trop largement la portée de l'inégalité créée par l'al. 241*b*) du *Code*. Seule a réellement été établie devant nous, selon moi, l'inégalité dont sont victimes par l'effet de l'al. 241*b*) les personnes souffrant d'un handicap très grave qui se trouvent absolument privées, comme ce sera le cas pour l'appelante, de toute possibilité de se donner la mort sans assistance, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels de suicide seraient à leur disposition. Je pré-

the position of persons suffering from less serious disabilities, whose physical condition may certainly complicate access to the usual means of committing suicide, but who if those means were available to them would be capable of doing so. I am not required to express any opinion on this situation and I prefer not to do so, in the absence of information to indicate that, as regards access to methods of suicide, persons with disabilities are in a radically different situation from the rest of the public. The problem also arises in that situation of defining what is a "physical disability" within the meaning of s. 15(1) of the *Charter*.

fère ne pas me prononcer sur la situation de personnes souffrant de handicaps moins graves, dont l'état physique peut certainement compliquer l'accès aux moyens habituels de suicide, mais qui seraient capables, si ces moyens étaient mis à leur disposition, d'accomplir le geste. Je ne suis pas tenu de me prononcer sur cette situation, et je préfère m'en abstenir en l'absence de données indiquant que, en matière d'accès aux méthodes de suicide, les personnes handicapées sont dans une situation qui diffère radicalement de celle du reste de la population. Se pose également, dans cette situation, la question de la définition de «déficiences physiques» au sens du par. 15(1) de la *Charte*.

I therefore consider that s. 241(*b*) has an unequal effect on persons who are or will become unable to commit suicide, even assuming that all the usual means are available to them. Is such an inequality discriminatory?

J'estime donc que l'al. 241*b*) a un effet inégal sur des personnes qui sont ou qui seront incapables de se suicider, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels seraient mis à leur disposition. Cette inégalité est-elle discriminatoire?

To determine whether the inequality created by s. 241(*b*) of the *Criminal Code* is discriminatory, it must first be determined whether the effect of that provision is to impose on certain persons or groups of persons a disadvantage or burden or to deprive them of an advantage, benefit and so on. It must then be determined whether that deprivation is imposed by or by the effect of a personal characteristic listed in s. 15(1) of the *Charter*, or a similar characteristic.

Afin de déterminer si l'inégalité créée par l'al. 241*b*) du *Code criminel* est discriminatoire, il faut d'abord déterminer si cette disposition a pour effet d'imposer à certaines personnes ou groupes de personnes un désavantage ou un fardeau, ou encore de les priver d'un avantage ou d'un bénéfice. Il faut ensuite déterminer si cette privation est imposée en raison ou par l'effet d'une caractéristique personnelle énumérée au par. 15(1) de la *Charte* ou encore d'une caractéristique analogue.

(ii) *Disadvantage or Burden*

(ii) *Un désavantage ou un fardeau*

Does the fact that one is unable to commit suicide in accordance with law constitute a disadvantage or burden giving rise to application of s. 15(1) of the *Charter*?

Le fait de ne pouvoir se donner la mort dans le respect de la légalité constitue-t-il un désavantage ou un fardeau entraînant l'application du par. 15(1) de la *Charte*?

First, it should be pointed out that the advantage which the appellant claims to be deprived of is not the option of committing suicide as such. She does not argue that suicide is a benefit which she is deprived of by the effect of s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. What the appellant is arguing is that she will be deprived of the right to choose suicide, of her ability to decide on the conduct of her life herself.

Il faut préciser en premier lieu que l'avantage dont l'appelante prétend être privée n'est pas l'option de commettre le suicide comme telle. Elle ne prétend pas que le suicide est un bénéfice dont elle serait privée par l'effet de l'al. 241*b*) du *Code criminel*. L'appelante prétend plutôt qu'elle sera privée du droit de choisir le suicide, de sa capacité de décider elle-même de la conduite de sa vie.

In *Turpin*, *supra*, this Court recognized that being deprived of the right to choose could be a disadvantage or burden for the purposes of an analysis under s. 15(1) of the *Charter*. The difference in treatment in question in that case resulted from the right certain accused had, but the appellants did not, to opt for trial before a judge alone or trial before a judge and jury. Concluding that loss of this right could disadvantage the appellants, Wilson J. adopted at pp. 1329-30 the observations of the Ontario Court of Appeal, which had stated:

> What we are faced with in this case is not so much whether one form of trial is more advantageous than another, *i.e.*, whether a person charged with murder is better protected by a judge and jury trial or by a trial by judge alone. Rather, the question is whether having that *choice* is an advantage in the sense of a benefit of the law. Mr. Gold, on behalf of the respondents in this case, suggested that it is the having of the option, "the ability to elect one's mode of trial" that was a benefit which accused persons charged with murder in Alberta had over accused persons charged with murder elsewhere in Canada. We have to agree with that submission. [Emphasis in original.]

Can the right to choose at issue here, that is the right to choose suicide, be described as an advantage of which the appellant is being deprived? In my opinion, the Court should answer this question without reference to the philosophical and theological considerations fuelling the debate on the morality of suicide or euthanasia. It should consider the question before it from a legal perspective — *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530 — while keeping in mind that the *Charter* has established the essentially secular nature of Canadian society and the central place of freedom of conscience in the operation of our institutions. As Dickson J. said in *Big M Drug Mart*, *supra*, at p. 336:

> A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*.

Dans l'arrêt *Turpin*, précité, notre Cour a reconnu que le fait d'être privé du droit de choisir pouvait constituer un désavantage ou un fardeau dans le contexte d'une analyse en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. La différence de traitement en cause résultait de la possibilité qu'avaient certains accusés, mais dont étaient privés les appelants, de choisir un procès devant un juge seul ou un procès devant un juge et un jury. Concluant que la perte de ce droit pouvait défavoriser les appelants, le juge Wilson a adopté (aux pp. 1329 et 1330) les propos de la Cour d'appel de l'Ontario, qui avait affirmé:

> [TRADUCTION] En l'espèce, il ne s'agit pas de décider si une forme de procès est plus avantageuse qu'une autre, c'est-à-dire, si une personne accusée de meurtre est mieux protégée par un procès devant un juge et un jury que par un procès devant un juge seul. Il s'agit plutôt de savoir si le fait d'avoir ce *choix* est un avantage au sens d'un bénéfice de la loi. Me Gold, qui représente les intimés en l'espèce laisse entendre que le fait d'avoir le choix, «la possibilité de choisir leur mode de procès» constitue l'avantage qu'ont les personnes inculpées de meurtre en Alberta par rapport aux personnes inculpées de meurtre ailleurs au Canada. Nous nous devons d'accepter cette prétention. [En italique dans l'original.]

Le droit de choisir en cause ici, c'est-à-dire le droit de choisir le suicide, peut-il être décrit comme un avantage dont l'appelante serait privée? À mon avis, notre Cour doit répondre à cette question en faisant abstraction des considérations philosophiques et théologiques qui animent le débat sur la moralité du suicide ou de l'euthanasie. Nous devons aborder la question qui nous est soumise dans une perspective juridique (*Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530), sans oublier que la *Charte* a consacré le caractère essentiellement laïc de la société canadienne et la place centrale qu'occupe la liberté de conscience dans le fonctionnement de nos institutions. Comme le dit le juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 336:

> Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*.

He went on to add (at p. 346):

> It should also be noted . . . that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government.

In medical matters, the common law recognizes to a very large degree the right of each individual to make decisions regarding his or her own person, despite the sometimes serious consequences of such choices. In *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119, Cory J., for this Court recently restated the right of a patient to decide on the treatment he is prepared to undergo (at p. 135):

> It should not be forgotten that every patient has a right to bodily integrity. This encompasses the right to determine what medical procedures will be accepted and the extent to which they will be accepted. Everyone has the right to decide what is to be done to one's own body. This includes the right to be free from medical treatment to which the individual does not consent. This concept of individual autonomy is fundamental to the common law . . . .

Like the *Charter* itself in several of its provisions, therefore, the common law recognized the fundamental importance of individual autonomy and self-determination in our legal system. That does not mean that these values are absolute. However, in my opinion s. 15(1) requires that limitations on these fundamental values should be distributed with a measure of equality.

In this connection, and without expressing any opinion on the moral value of suicide, I am forced to conclude that the fact that persons unable to end their own lives cannot choose suicide because they do not legally have access to assistance is — in legal terms — a disadvantage giving rise to the application of s. 15(1) of the *Charter*. Is this disadvantage based on a personal characteristic covered by s. 15(1)?

Plus loin, il ajoute, à la p. 346:

> . . . il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination.

En matière médicale, la common law reconnaît dans une très large mesure le droit de chacun de prendre des décisions concernant sa propre personne, en dépit des conséquences parfois très graves de ces choix. Récemment, dans l'arrêt *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119, le juge Cory, pour la Cour, a réaffirmé le droit du patient de décider des traitements qu'il acceptera de subir (à la p. 135):

> N'oublions pas que tout patient a droit au respect de l'intégrité de sa personne, ce qui comprend le droit de décider si, et dans quelle mesure, il acceptera de se soumettre à des actes médicaux. Chacun a le droit de décider de ce qu'on pourra faire subir à son corps et, partant, de refuser un traitement médical auquel il n'a pas consenti. Ce concept de l'autonomie individuelle forme un élément de base de la common law. . .

La common law, comme la *Charte* elle-même dans plusieurs de ses dispositions, reconnaît donc l'importance fondamentale de l'autonomie individuelle et de l'autodétermination dans notre système juridique. Cela ne signifie pas que ces valeurs sont absolues. Le paragraphe 15(1) exige toutefois, à mon avis, que les restrictions apportées à ces valeurs fondamentales soient réparties avec une certaine égalité.

Dans ce contexte, et sans me prononcer sur la valeur morale du suicide, je suis forcé de conclure que le fait que les personnes incapables de mettre fin à leur propre vie ne peuvent pas choisir le suicide parce qu'elles n'ont pas légalement accès à une assistance, constitue — sur le plan juridique — un désavantage entraînant l'application du par. 15(1) de la *Charte*. Ce désavantage est-il fondé sur une caractéristique personnelle visée par le par. 15(1)?

(d) Personal Characteristic

In *Andrews*, *supra*, McIntyre J. stated that the first characteristic of discrimination is that it is "a distinction . . . based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group" (p. 174). Can it be said that the distinction here is "based" on grounds relating to a personal characteristic covered by s. 15(1)? In my view, if s. 15(1) is to be applied to adverse effect discrimination, as McIntyre J. implies, the definition given in *Andrews* should not be taken too literally. I adopt in this regard the observations of Linden J.A., who said in dissent in *Egan and Nesbit v. Canada* (1993), 153 N.R. 161 (F.C.A.), at p. 196:

> While a distinction must be based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group in order to be discriminatory, the words "based on" do not mean that the distinction must be designed with reference to those grounds. Rather, the relevant consideration is whether the distinction affects the individual or group in a manner related to their personal characteristics . . . .

In other words, the difference in treatment must be closely related to the personal characteristic of the person or group of persons. In the case at bar, there can be no doubt as to the existence of such a connection. It is only on account of their physical disability that persons unable to commit suicide unassisted are unequally affected by s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. The distinction is therefore unquestionably "based" on this personal characteristic. Is it a characteristic covered by s. 15(1)?

A physical disability is among the personal characteristics listed in s. 15(1) of the *Charter*. There is therefore no need to consider at length the connection between the ground of distinction at issue here and the general purpose of s. 15, namely elimination of discrimination against groups who are victims of stereotypes, disadvantages or prejudices. No one would seriously question the fact that persons with disabilities are the subject of unfavourable treatment in Canadian society, a fact

d) Caractéristique personnelle

Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre a affirmé que la première caractéristique de la discrimination est qu'il s'agit d'«une distinction fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus» (p. 174). Peut-on affirmer que la distinction est ici «fondée» sur des motifs liés à une caractéristique personnelle visée par le par. 15(1)? À mon avis, si, comme le laisse entendre le juge McIntyre, le par. 15(1) doit s'appliquer à la discrimination par suite d'un effet préjudiciable, il ne faut pas considérer de façon trop littérale la définition formulée dans l'arrêt *Andrews*. Je fais miens, à cet égard, les propos du juge Linden, qui a affirmé en dissidence, dans l'arrêt *Egan et Nesbit c. Canada* (1993), 153 N.R. 161 (C.A.F.), à la p. 196:

> Si une distinction doit être fondée sur des motifs tenant aux caractéristiques personnelles de l'individu ou du groupe pour être discriminatoire, les mots «fondée sur» ne signifient pas que la distinction doit avoir été conçue par référence à ces motifs. Au contraire, ce qu'il faut examiner, c'est si la manière dont cette distinction affecte l'individu ou le groupe a un rapport avec leurs caractéristiques personnelles . . .

En d'autres termes, la différence de traitement doit être intimement liée à la caractéristique personnelle de la personne ou du groupe de personnes. En l'espèce, l'existence d'un tel lien ne saurait faire de doute. C'est uniquement en raison de déficiences physiques que les personnes incapables de se donner elles-mêmes la mort sont inégalement touchées par l'al. 241*b*) du *Code criminel*. La distinction est donc indéniablement «fondée» sur cette caractéristique personnelle. S'agit-il d'une caractéristique visée au par. 15(1)?

Les déficiences physiques comptent parmi les caractéristiques personnelles énumérées au par. 15(1) de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire de s'interroger longuement sur les liens qui existent entre le motif de distinction ici en cause et l'objectif général de l'art. 15, à savoir l'élimination de la discrimination à l'égard des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages ou de préjugés. Personne ne songerait à contester sérieusement le fait que les handicapés sont l'objet de traitements défa-

confirmed by the presence of this personal characteristic on the list of unlawful grounds of this discrimination given in s. 15(1) of the *Charter*. In *Andrews*, *supra*, McIntyre J. said (at p. 175):

> The enumerated grounds do . . . reflect the most common and probably the most socially destructive and historically practised bases of discrimination and must, in the words of s. 15(1), receive particular attention.

There is also no need to undertake any lengthy demonstration in order to show that persons so physically disabled that they are or will become unable to end their own lives without assistance, even assuming that all the usual means of committing suicide are available to them, fall within the classes of persons with disabilities covered by s. 15(1) of the *Charter*, which contains no definition of the phrase "physical disability". Persons whose movement is so limited are even to some degree the classic case of what is meant by a person with a disability in ordinary speech. I prefer to postpone to a later occasion the task of defining the meaning of the phrase "physical disability" for the purposes of s. 15(1).

It is moreover clear that the class of persons with physical disabilities is broader than that of persons unable to end their lives unassisted. In other words, some persons with physical disabilities are treated unequally by the effect of s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, but not all persons, nor undoubtedly the majority of persons with disabilities, are so treated. The fact that this is not a bar to a remedy under s. 15(1) seems to me to have been clearly decided by *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, and *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252.

In *Brooks*, the question was whether unfavourable treatment on account of pregnancy could be regarded as sex discrimination. Responding to the argument that this was not so because all

vorables dans la société canadienne, fait que confirme la mention de cette caractéristique personnelle parmi les motifs illicites de discrimination énumérés au par. 15(1) de la *Charte*. Dans l'arrêt *Andrews*, précité, le juge McIntyre dit (à la p. 175):

> Les motifs énumérés traduisent [. . .] les pratiques de discrimination les plus courantes, les plus classiques et vraisemblablement les plus destructrices socialement et ils doivent, selon le par. 15(1), recevoir une attention particulière.

Il n'est pas nécessaire d'entreprendre une longue démonstration afin d'établir que les personnes handicapées physiquement au point de ne pouvoir mettre fin à leur vie sans assistance, à supposer même que tous les moyens habituels de suicide leur soient offerts, entrent dans la catégorie des personnes souffrant de déficiences physiques au sens du par. 15(1) de la *Charte*, qui ne définit pas l'expression «déficience physique». Les personnes limitées à ce point dans leur mouvement constituent même, dans une certaine mesure, l'exemple type de ce que l'on entend dans le langage courant par une personne handicapée physiquement. Je préfère reporter à une autre occasion la tâche de définir, aux fins du par. 15(1), le sens de l'expression «déficience physique».

Par ailleurs, il est évident que la catégorie des personnes souffrant de déficiences physiques est plus large que celle des personnes incapables de mettre fin elles-mêmes à leur propre vie. En d'autres termes, l'al. 241*b*) du *Code criminel* a pour effet de traiter inégalement certaines personnes souffrant de déficiences physiques, mais pas toutes, ni même sans aucun doute la majorité des personnes souffrant d'une déficience physique. Le fait que cela ne constitue pas un obstacle à un recours en vertu du par. 15(1) me semble avoir été clairement établi par les arrêts *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, et *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252.

Il fallait décider dans l'arrêt *Brooks* si un traitement défavorable en raison d'une grossesse pouvait être assimilé à une mesure discriminatoire fondée sur le sexe. Répondant à l'argument que cela

women were not affected by this discriminatory provision, Dickson C.J. said (at p. 1247):

> I am not persuaded by the argument that discrimination on the basis of pregnancy cannot amount to sex discrimination because not all women are pregnant at any one time. While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Many, if not most, claims of partial discrimination fit this pattern. As numerous decisions and authors have made clear, this fact does not make the impugned distinction any less discriminating.

In *Janzen* this Court had to determine whether sexual harassment was a form of sex discrimination. The Court of Appeal had accepted the argument that since all women were not affected by this type of behaviour, no discrimination had resulted. Dickson C.J. rejected this argument as follows (at pp. 1288-89):

> If a finding of discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value. It is rare that a discriminatory action is so bluntly expressed as to treat all members of the relevant group identically.

(e) Conclusion

For all these reasons, I conclude that s. 241(*b*) of the *Criminal Code* infringes the right to equality guaranteed in s. 15(1) of the *Charter*. This provision has a discriminatory effect on persons who are or will become incapable of committing suicide themselves, even assuming that all the usual means are available to them, because due to an irrelevant personal characteristic such persons are subject to limitations on their ability to take fundamental decisions regarding their lives and persons that are not imposed on other members of Canadian society. I now turn to considering s. 241(*b*) in light of s. 1.

n'était pas le cas parce que toutes les femmes n'étaient pas visées par cette mesure discriminatoire, le juge en chef Dickson a affirmé (à la p. 1247):

> L'argument selon lequel la discrimination fondée sur la grossesse ne peut équivaloir à de la discrimination fondée sur le sexe parce que toutes les femmes ne sont pas enceintes en même temps ne me convainc pas. Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique. Comme de nombreux arrêts et de nombreux auteurs l'ont affirmé, cette réalité ne rend pas la discrimination moins discriminatoire.

Dans l'arrêt *Janzen*, notre Cour devait déterminer si le harcèlement sexuel était une forme de discrimination fondée sur le sexe. La Cour d'appel avait retenu l'argument que, puisque toutes les femmes n'étaient pas visées par ce type de comportement, il n'en résultait aucune discrimination. Le juge en chef Dickson a rejeté cet argument dans les termes suivants (à la p. 1289):

> S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur. En effet, il arrive rarement qu'une mesure discriminatoire soit si nettement exprimée qu'elle s'applique de façon identique à tous les membres du groupe-cible.

e) Conclusion

Pour tous ces motifs, je conclus que l'al. 241*b*) du *Code criminel* porte atteinte au droit à l'égalité prévu au par. 15(1) de la *Charte*. Cette disposition a un effet discriminatoire sur les personnes incapables de se suicider sans aide, même dans l'hypothèse où tous les moyens habituels de suicide seraient mis à leur disposition, parce qu'en raison d'une caractéristique personnelle non pertinente, la capacité de ces personnes de prendre des décisions fondamentales relativement à leur vie et à leur personne est assujettie à des restrictions qui ne sont pas imposées aux autres membres de la société canadienne. Je passe maintenant à l'examen de l'al. 241*b*) en fonction de l'article premier.

(2) *Section 1*

(a) Introduction

Having found s. 241(*b*) of the *Code* to infringe s. 15 of the *Charter*, it is now necessary to determine if this infringement may be justified under s. 1. The onus under s. 1 is on the state to demonstrate that an infringement on a *Charter* right is demonstrably justified in a free and democratic country. The standard that the state must satisfy under s. 1 is now well established and consists of the two branches first outlined in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The first branch of the test considers the validity of the legislative objective, while the second branch considers the validity of the means chosen to achieve that objective.

(b) Legislative Objective

The appellant does not appear to dispute that the legislation in question is aimed at the protection of persons who may be vulnerable to the influence of others in deciding whether, when and how to terminate their lives. The trial judge referred to this constituency in the following terms:

> . . . those who may at a moment of weakness, or when they are unable to respond or unable to make competent value judgments, may find themselves at risk at the hand of others who may, with the best or with the worst of motives, aid and abet in the termination of life. Section 241 protects the young, the innocent, the mentally incompetent, the depressed, and all those other individuals in our society who at a particular moment in time decide the termination of their life is a course that they should follow for whatever reason.

I accept this characterization. However, while s. 241(*b*) has always been intended for the protection of such vulnerable people, the context in which this provision operated was altered when, in 1972, Parliament removed the offence of attempted suicide from the *Criminal Code*. The evidence suggests that the offence of attempted suicide was repealed in order to reflect the prevailing societal view that suicide was an issue related more to health and social policy than to the ambit of the

(2) *L'article premier*

a) Introduction

Puisque j'ai conclu que l'al. 241*b*) du *Code* viole l'art. 15 de la *Charte*, je dois maintenant déterminer si cette violation est justifiée en vertu de l'article premier. C'est à l'État qu'il incombe d'établir que la justification de la violation d'un droit garanti par la *Charte* peut être démontrée dans le cadre d'un pays libre et démocratique. Le critère auquel doit satisfaire l'État sous le régime de l'article premier est maintenant bien établi et consiste en deux volets, initialement énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le premier volet du critère porte sur la validité de l'objectif législatif et le deuxième sur la validité des mesures adoptées pour l'atteindre.

b) L'objectif législatif

L'appelante ne paraît pas nier que la disposition en cause vise à protéger les personnes qui sont susceptibles de se laisser influencer par d'autres au moment de décider si elles vont mettre fin à leurs vies, à quel moment et de quelle manière. Le juge de première instance a parlé de cet élément essentiel dans les termes suivants:

> [TRADUCTION] . . . l'individu qui, dans un moment de faiblesse ou lorsqu'il est incapable de réagir ou de poser des jugements de valeur, s'expose à la volonté de celui qui, animé des meilleures ou des pires intentions, l'aide et l'encourage à se donner la mort. L'article 241 protège le jeune, l'innocent, l'incapable mental, le déprimé et tous les membres de notre société qui, à un moment particulier de leur vie, pensent, pour un motif quelconque, devoir mettre fin à leur vie.

Je souscris à cette interprétation. Cependant, bien que l'al. 241*b*) ait toujours été destiné à protéger ces personnes vulnérables, le contexte dans lequel il s'appliquait a été modifié en 1972, quand le législateur a abrogé l'infraction de tentative de suicide jusqu'alors prévue au *Code criminel*. La preuve indique que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide traduisait l'opinion prédominante dans la société selon laquelle le suicide relevait plus de la politique sociale et de la santé que

criminal justice system. Parliament by so doing was acknowledging that the threat of jail offered minimal deterrence to a person intent on terminating his or her life.

I also take the repeal of the offence of attempted suicide to indicate Parliament's unwillingness to enforce the protection of a group containing many vulnerable people (i.e., those contemplating suicide) over and against the freely determined will of an individual set on terminating his or her life. Self-determination was now considered the paramount factor in the state regulation of suicide. If no external interference or intervention could be demonstrated, the act of attempting suicide could no longer give rise to criminal liability. Where such interference and intervention was present, and therefore the evidence of self-determination less reliable, the offence of assisted suicide could then be triggered.

As I noted above, however, s. 241(*b*), while remaining facially neutral in its application, now gave rise to a deleterious effect on the options open to persons with physical disabilities, whose very ability to exercise self-determination is premised on the assistance of others. In other words, can it be said that the intent of Parliament in retaining s. 241(*b*) after repealing the offence of attempted suicide was to acknowledge the primacy of self-determination for physically able people alone? Are the physically incapacitated, whether by reason of illness, age or disability, by definition more likely to be vulnerable than the physically able? These are the vexing questions posed by the continued existence of the offence of assisted suicide in the wake of the repeal of the attempted suicide provision.

The objective of s. 241(*b*) also must be considered in the larger context of the legal framework which regulates the control individuals may exercise over the timing and circumstances of their death. For example, it is now established that patients may compel their physicians not to provide them with life-sustaining treatment (*Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)); and

du système de justice criminelle. Le législateur reconnaissait ainsi que la menace d'un emprisonnement ne présentait qu'une infime dissuasion à la personne déterminée à se suicider.

J'estime en outre que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide démontre que le Parlement n'était pas prêt à assurer la protection d'un groupe réunissant un grand nombre de personnes vulnérables (celles qui songent à se suicider) aux dépens de la volonté librement exercée d'une personne décidée à mettre fin à ses jours. L'autodétermination était dorénavant le facteur primordial dans la réglementation du suicide par l'État. Si on ne pouvait démontrer aucune ingérence ni intervention extérieure, la tentative de suicide ne pouvait plus entraîner la responsabilité criminelle. Par contre, si l'ingérence et l'intervention étaient établies et donc que la preuve de l'autodétermination était moins fiable, l'infraction d'aide au suicide peut entrer en jeu.

Toutefois, comme je le dit plus haut, tout en demeurant en apparence neutre dans son application, l'al. 241*b*) avait maintenant un effet préjudiciable sur les choix s'offrant aux handicapés physiques, dont la capacité même d'exercer leur autodétermination dépend de l'aide d'autrui. En d'autres termes, peut-on affirmer qu'en conservant l'al. 241*b*) après avoir abrogé l'infraction de tentative de suicide, le législateur souhaitait reconnaître la primauté de l'autodétermination pour seulement les personnes physiquement capables? Les personnes incapables physiquement en raison d'une maladie, de l'âge ou d'un handicap sont-elles par définition vraisemblablement plus vulnérables que les personnes physiquement capables? Ce sont là les questions délicates que soulève le maintien de l'infraction d'aide au suicide à la suite de l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide.

L'objectif de l'al. 241*b*) doit également être analysé dans le contexte plus général du régime juridique qui régit le contrôle que peuvent exercer les individus sur le moment et les circonstances de leur mort. Par exemple, on reconnaît maintenant que les patients peuvent interdire à leur médecin de leur administrer un traitement essentiel au maintien de leur vie (*Malette c. Shulman* (1990),

patients undergoing life-support treatment may compel their physicians to discontinue such treatment (*Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. S.C.)), even where such decisions may lead directly to death. The rationale underlying these decisions is the promotion of individual autonomy; see *Ciarlariello*, *supra*, at p. 135. An individual's right to control his or her own body does not cease to obtain merely because that individual has become dependent on others for the physical maintenance of that body; indeed, in such circumstances, this type of autonomy is often most critical to an individual's feeling of self-worth and dignity. As R. Dworkin concisely stated in his recent study, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993), at p. 217: "Making someone die in a way that others approve, but he believes a horrifying contradiction of his life, is a devastating, odious form of tyranny."

72 O.R. (2d) 417 (C.A.)); de même, les patients qui reçoivent des soins leur permettant de rester en vie peuvent contraindre leur médecin à les interrompre (*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.)), même lorsque ces décisions peuvent provoquer directement la mort. Ces décisions se fondent sur la promotion de l'autonomie individuelle; voir *Ciarlariello*, précité, à la p. 135. Le droit d'un individu d'être maître de son propre corps ne cesse pas d'exister du seul fait qu'il dépend maintenant d'autrui pour les soins physiques de son corps; en fait, cette forme d'autonomie est alors souvent essentielle au sentiment de confiance en soi et de dignité d'un individu. Comme le dit en peu de mots R. Dworkin dans son étude récente, *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993), à la p. 217: [TRADUCTION] «Faire mourir une personne d'une manière que les autres approuvent, mais qu'elle-même estime être une contradiction horrifiante de sa vie, constitue une forme de tyrannie dévastatrice et odieuse.»

I also wish to stress, however, that the scope of self-determination with respect to bodily integrity in our society is never absolute. While there may be no limitations on the treatments to which a patient may refuse or discontinue, there are always limits on the treatment which a patient may demand, and to which the patient will be legally permitted to consent. Palliative care, for example, which is made available to ease pain and suffering in the terminal stages of an illness even though the effect of the treatment may be to significantly shorten life, may not necessarily be made available to a person with a chronic illness but whose death is not imminent: see M. A. Somerville, "Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law" (1986), 36 *U.T.L.J.* 286, at pp. 299-301. Most important of these limits is s. 14 of the *Criminal Code*, which stipulates that an individual may not validly consent to have death inflicted on him or her. Additionally, it is well established that, under the common law, there are circumstances under which an individual's consent to an assault against him or her will not be recognized: *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714.

J'aimerais cependant souligner que, dans notre société, le droit à l'autodétermination en matière d'intégrité corporelle n'est jamais absolu. S'il ne peut être imposé aucune restriction au droit du patient de refuser ou d'interrompre un traitement, il existe des limites aux traitements qu'un patient peut exiger, et auxquels il est légalement autorisé à consentir. Le traitement palliatif, par exemple, administré pour atténuer la douleur et la souffrance à l'étape terminale d'une maladie, même s'il a pour effet d'abréger considérablement la vie, n'est pas nécessairement offert à la personne atteinte d'une maladie chronique, mais dont la mort n'est pas imminente: voir M. A. Somerville, «Pain and Suffering at Interfaces of Medicine and Law» (1986), 36 *U.T.L.J.* 286, aux pp. 299 à 301. La plus importante de ces restrictions se trouve à l'art. 14 du *Code criminel*, qui nie à quiconque le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée. En outre, il est bien établi qu'en common law, il existe des circonstances dans lesquelles le consentement d'un individu à subir des voies de fait ne sera pas reconnu: *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714.

With these limitations in mind, I conclude that the objective of s. 241(*b*) of the *Code* may properly be characterized as the protection of vulnerable people, whether they are consenting or not, from the intervention of others in decisions respecting the planning and commission of the act of suicide. Underlying this legislative purpose is the principle of preservation of life. Section 241(*b*) has, therefore, a clearly pressing and substantial legislative objective. For that reason, I find the provision satisfies the first branch of the *Oakes* test. However, I hasten to add that the repeal of the offence of attempted suicide demonstrates that Parliament will no longer preserve human life at the cost of depriving physically able individuals of their right to self-determination. The question to which I must now turn is whether, given the importance of the legislative objective, Parliament is justified in depriving persons with disabilities of their right to an equal measure of self-determination.

(c) Proportionality

The second branch of the test under s. 1 considers whether a reasonable balance has been struck between the legislative objective and the means chosen to achieve that objective. There are three different components to this inquiry. The first component requires that the means chosen to achieve the objective are rational, fair and not arbitrary. The second component requires that the means impair as minimally as is reasonably possible the right in question. Finally, the third component requires the assessment of whether the infringement on the right is sufficiently proportional to the importance of the objective that is sought to be achieved. Only if the legislation survives each of these components may the limitation of the *Charter* right or freedom be found justifiable under s. 1.

(i) *Rational Connection*

The first component of the proportionality test requires that the means chosen to fulfil the legislative objective be carefully designed to meet the objective. Can it be said that a provision which prohibits a person from aiding or abetting another's suicide has been carefully designed to

Compte tenu de ces restrictions, je conclus que l'objectif de l'al. 241*b*) du *Code* peut être défini à bon droit comme la protection des personnes vulnérables, qu'elles soient consentantes ou non, contre l'intervention d'autrui dans des décisions portant sur la planification et l'exécution de leur suicide. C'est le principe de la préservation de la vie qui sous-tend l'objectif législatif. L'alinéa 241*b*) est donc fondé sur un objectif législatif manifestement urgent et réel. Pour ce motif, j'estime qu'il satisfait au premier volet du critère établi dans *Oakes*. Je m'empresse cependant d'ajouter que l'abrogation de l'infraction de tentative de suicide révèle que le législateur ne préservera plus la vie humaine au dépens du droit à l'autodétermination des personnes physiquement capables. Je dois maintenant déterminer si, étant donné l'importance de l'objectif législatif, le législateur est justifié de priver la personne handicapée physiquement de son droit à une même mesure d'autodétermination.

c) La proportionnalité

Le second volet du critère applicable dans le cadre de l'article premier consiste à déterminer s'il existe un équilibre raisonnable entre l'objectif législatif et les mesures adoptées pour y parvenir. Cette analyse réunit trois éléments. Le premier exige que les mesures adoptées pour atteindre l'objectif soient rationnelles et équitables et qu'elles ne soient pas arbitraires. En vertu du deuxième élément, les moyens doivent porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il est nécessaire, suivant le troisième élément, de déterminer si la violation du droit est suffisamment proportionnelle à l'importance de l'objectif visé. La restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* ne sera justifiée aux termes de l'article premier que si la disposition législative satisfait à chacun de ces éléments.

(i) *Le lien rationnel*

Le premier élément du critère de proportionnalité exige que les mesures adoptées soient soigneusement conçues pour atteindre l'objectif législatif. Peut-on affirmer que la disposition qui interdit à quiconque d'aider ou d'encourager quelqu'un à se donner la mort a été soigneusement conçue pour

protect vulnerable people? The government has argued that an absolute prohibition on assisted suicide is necessary as there is no practicable way for the government to divine what the motives of those assisting in a suicide might be. The compassionately motivated, in other words, cannot be distinguished from the corrupt. In light of the irrevocable nature of the act of suicide, the government contends that, in the final analysis, it is necessary and justifiable to thwart the self-determination of some persons with physical disabilities in order to assure the protection of all those who may be vulnerable to being pressured or coerced into committing suicide.

I find that the prohibition of assisted suicide is rationally connected to the objective of protecting vulnerable persons who may be contemplating terminating their own life. As a result of the operation of s. 241(*b*), it is clear that no one may coercively "assist" another to commit suicide without facing criminal sanction. The limitation of this prohibition to those who require assistance to terminate their own life is, to a certain extent, irrational, since it is based on the untenable assumption that those who require assistance will necessarily be more vulnerable to coercion or other undue influence. As a result, there is no way, under the present legislation, to distinguish between those people whose freely chosen will it is to terminate their life, and those people who are potentially being pressured or coerced by others. Vulnerability, in a sense, is simply imposed on all people who happen to be physically unable to commit suicide independently and the right to choose suicide is therefore removed from this entire class of persons.

This question, however, suggests a problem not so much with the rationality of the means chosen by the state to achieve its objective, but rather with the overbroad nature of the means chosen. The vulnerable are effectively protected under s. 241(*b*), but so, it would appear, are those who are not vulnerable, who do not wish the state's protection, but who are brought within the operation of s. 241(*b*) solely as a result of a physical disability. The question of overbreadth in such circumstances

protéger les personnes vulnérables? Le gouvernement soutient que l'interdiction absolue de l'aide au suicide est nécessaire puisqu'en pratique, il lui est impossible de cerner les motifs de la personne qui en aide une autre à se suicider. En d'autres termes, on ne peut distinguer la personne animée de compassion de celle dont les motifs sont malhonnêtes. En outre, vu la nature irrévocable du suicide, le gouvernement soutient qu'en tout état de cause, il est nécessaire et justifié de restreindre le droit à l'autodétermination de certains handicapés physiques afin d'assurer la protection de tous ceux qui, sous la pression ou la contrainte, risquent de se donner la mort.

J'estime que l'interdiction de l'aide au suicide a un lien rationnel avec l'objectif qui consiste à protéger les personnes vulnérables qui envisagent peut-être de mettre fin à leur vie. L'alinéa 241*b*) a manifestement pour effet d'assujettir aux sanctions pénales ceux qui, en utilisant la contrainte, «aident» une personne à se suicider. La restriction de cette interdiction à ceux qui ont besoin d'aide pour mettre fin à leur vie est dans une certaine mesure irrationnelle puisqu'elle est fondée sur l'hypothèse insoutenable que ceux qui ont besoin d'aide seront nécessairement plus vulnérables à la contrainte ou à une autre forme d'influence abusive. De ce fait, la disposition législative actuelle ne permet pas d'établir une distinction entre ceux qui ont choisi librement de mettre fin à leurs jours et ceux qui subissent peut-être la pression ou la contrainte d'autrui. Dans un sens, on impose la vulnérabilité à tous ceux qui sont physiquement incapables de se suicider sans aide et cette catégorie entière de personnes est par conséquent privée du droit de choisir le suicide.

Cette situation laisse toutefois entrevoir une difficulté tenant moins à la rationalité des mesures adoptées par l'État pour réaliser son objectif, qu'à la portée excessive des mesures adoptées. Les personnes vulnérables sont effectivement protégées en vertu de l'al. 241*b*), mais le sont également, semble-t-il, celles qui ne sont pas vulnérables, qui ne souhaitent pas la protection de l'État, et qui sont tout de même soumises à l'application de l'al. 241*b*) uniquement en raison de déficiences phy-

is properly dealt with under the second component of the proportionality test.

(ii) *Minimal Impairment*

Under the second component of the proportionality test, the question that must be answered is whether the provision in question was carefully designed to impair the equality rights of the appellant as little as reasonably possible.

In *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, this Court distinguished between circumstances where the state performed the role of the "singular antagonist" such as in the prosecution of crime, and circumstances where the state performed the role of "the reconciliation of claims of competing individuals or groups" (p. 994). In *Irwin Toy*, as the following passage indicates, it was found that more flexibility under s. 1 should be accorded legislation that is the result of the balancing of competing interests than where the legislation is primarily prosecutorial (at p. 993):

> When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources. Democratic institutions are meant to let us all share in the responsibility for these difficult choices. Thus, as courts review the results of the legislature's deliberations, particularly with respect to the protection of vulnerable groups, they must be mindful of the legislature's representative function.

The case at bar does not arise as a result of an actual criminal prosecution; the state is not, in this context, the "singular antagonist". Indeed, there is no certainty as to whether anyone will be charged with anything on the facts before us. Neither party can guarantee that Ms. Rodriguez will in fact seek assistance to commit suicide at the point when she finds herself physically unable to terminate her life independently. She may choose to live out her life

siques. Le second élément du critère de proportionnalité résout de manière satisfaisante la question de la portée excessive des mesures dans de telles circonstances.

(ii) *L'atteinte minimale*

Selon le deuxième élément du critère de proportionnalité, la disposition en cause doit être soigneusement conçue pour porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits à l'égalité de l'appelante.

Dans *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, notre Cour a établi une distinction entre des cas où l'État joue le rôle d'«adversaire singulier», comme lorsqu'il poursuit les criminels, et les cas où il joue un rôle de «conciliation de revendications contraires de groupes ou d'individus» (p. 994). L'arrêt *Irwin Toy*, comme l'indique le passage suivant, dit que, dans le cadre de l'article premier, il faut plus de souplesse face à une disposition législative qui tend à établir un équilibre entre des intérêts opposés que face à une disposition qui vise principalement la poursuite de criminels (à la p. 993):

> Pour trouver le point d'équilibre entre des groupes concurrents, le choix des moyens, comme celui des fins, exige souvent l'évaluation de preuves scientifiques contradictoires et de demandes légitimes mais contraires quant à la répartition de ressources limitées. Les institutions démocratiques visent à ce que nous partagions tous la responsabilité de ces choix difficiles. Ainsi, lorsque les tribunaux sont appelés à contrôler les résultats des délibérations du législateur, surtout en matière de protection de groupes vulnérables, ils doivent garder à l'esprit la fonction représentative du pouvoir législatif.

L'affaire qui nous occupe n'est pas le résultat d'une poursuite criminelle; l'État n'est pas l'«adversaire singulier». Il n'est même pas certain à la lumière des faits qui nous sont soumis que des accusations seront portées contre qui que ce soit. Aucune partie ne peut garantir que M^me^ Rodriguez aura effectivement recours à une assistance pour se suicider au moment où elle sera physiquement incapable de mettre fin à ses jours sans aide. Elle

without intervention. She may choose to take her own life while she is still able to do so unassisted.

In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra*, at p. 1199, which also dealt with a provision of the *Criminal Code* reflecting a policy compromise premised on moral values, I stated that Parliament must be afforded a measure of flexibility in its policy choices:

> The role of this Court is not to second-guess the wisdom of policy choices made by our legislators. Prostitution, and specifically, the solicitation for the purpose thereof, is an especially contentious and at times morally laden issue, requiring the weighing of competing political pressures. The issue for this Court to determine is not whether Parliament has weighed those pressures and interests wisely, but rather whether the limit they have imposed on a *Charter* right or freedom is reasonable and justified.

The offence of assisted suicide also may be characterized as "contentious" and "morally laden"; consequently, I think it would be wrong for this Court to unduly circumscribe the ambit of options open to Parliament in addressing the "competing political pressures" that will factor in to such decision-making.

In *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, at p. 1343, I stated that "Parliament may not have chosen the absolutely least intrusive means of meeting its objective, but it has chosen from a range of means which impair s. 11(*d*) as little as is reasonably possible. Within this range of means it is virtually impossible to know, let alone be sure, which means violate *Charter* rights the least". (Emphasis in original.) Similarly, the question to be answered in this case is whether the equality rights of the appellant have been impaired as little as reasonably possible. In so doing, the concern for the intricate and delicate function of Parliament to choose between differing reasonable policy options, some of which may impair a particular individual or group's rights more than others, should not be misconstrued as providing Parliament with a license for indifference to whatever *Charter* rights it

peut choisir de vivre sa vie sans aucune intervention. Elle peut choisir de mettre fin à sa vie pendant qu'elle est capable de le faire sans assistance.

Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1199, qui traitait d'une disposition du *Code criminel* traduisant un compromis politique fondé sur des valeurs morales, j'ai affirmé que le Parlement doit bénéficier d'une certaine marge de manœuvre dans ses choix politiques:

> Le rôle de cette Cour n'est pas d'évaluer après coup la sagesse des choix politiques de notre législateur. La prostitution, et plus précisément la sollicitation en vue de la prostitution, est une question particulièrement controversée et, par moment, chargée d'éléments moraux, qui exige de soupeser des pressions politiques contradictoires. La question que notre Cour doit trancher n'est pas de savoir si le Parlement a soupesé ces pressions et ces intérêts de façon sage, mais plutôt si la limite qu'il a imposée à un droit ou à une liberté reconnus par la *Charte* est raisonnable et justifiée.

On peut qualifier également l'infraction d'aide au suicide de «controversée» et «chargée d'éléments moraux»; il serait donc injuste pour notre Cour de circonscrire indûment les choix qui s'offrent au Parlement dans l'analyse des «pressions politiques contradictoires» qui forgent sa décision.

Dans *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, à la p. 1343, j'ai affirmé que «celui-ci [le législateur] n'a peut-être pas choisi le moyen le moins envahissant entre tous pour parvenir à son objectif, mais il a choisi parmi une gamme de moyens de nature à porter aussi peu que possible atteinte à l'al. 11*d*). Parmi cette variété de moyens, il est pratiquement impossible de savoir, et encore moins de savoir avec certitude, lequel de ces moyens viole le moins les droits garantis par la *Charte*». (Souligné dans l'original.) Aussi, y a-t-il lieu de déterminer en l'espèce s'il a été porté atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits à l'égalité de l'appelante. Pour ce faire, cette préoccupation des choix complexes et délicats demandés au Parlement parmi différentes options politiques raisonnables, dont certaines risquent de porter atteinte aux droits d'un particulier ou d'un groupe plus

deems necessary. As La Forest J. observed in *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44:

It should go without saying, however, that the deference that will be accorded to the government when legislating in these matters does not give them an unrestricted licence to disregard an individual's *Charter* rights. Where the government cannot show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment in seeking to attain its objectives, the legislation will be struck down. For example, in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, the Ontario Court of Appeal found that s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, which permitted discrimination in athletic organizations and activities on the basis of sex, could not be justified under s. 1. Writing for the majority, Dubin J.A. (as he then was) emphasized (at p. 530) that the sweeping effects of s. 19(2) were disproportionate to the ends sought to be achieved, and that the government had made no effort to justify this broad scope as a reasonable limit on the right to equality.

It was argued that if assisted suicide were permitted even in limited circumstances, then there would be reason to fear that homicide of the terminally ill and persons with physical disabilities could be readily disguised as assisted suicide and that, as a result, the most vulnerable people would be left most exposed to this grave threat. There may indeed be cause for such concern. Sadly, increasingly less value appears to be placed in our society on the lives of those who, for reason of illness, age or disability, can no longer control the use of their bodies. Such sentiments are often, unfortunately, shared by persons with physical disabilities themselves, who often feel they are merely a burden and expense to their families or on society as a whole. Moreover, as the intervener COPOH (Coalition of Provincial Organizations of the Handicapped) observed in its written submissions, "[t]he negative stereotypes and attitudes which exist about the lack of value and quality inherent in the life of a person with a disability are

qu'à un autre, ne signifie pas que le Parlement peut, quand il le juge nécessaire, enfreindre à sa discrétion des droits garantis par la *Charte*. Comme le juge La Forest le fait observer dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44:

Il va sans dire, cependant, que la retenue dont il sera fait preuve à l'égard du gouvernement qui légifère en ces matières ne lui permet pas d'enfreindre en toute impunité les droits dont bénéficie un individu en vertu de la *Charte*. Si le gouvernement ne peut démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale en tentant d'atteindre ses objectifs, la loi sera invalidée. Ainsi, dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 54 O.R. (2d) 513, la Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne (1981)* de l'Ontario, L.O. 1981, ch. 53, qui permet la discrimination fondée sur le sexe dans les organisations et les activités sportives, ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier. Au nom de la majorité, le juge Dubin (tel était alors son titre) a souligné, à la p. 530, que la portée très large du par. 19(2) était disproportionnée aux fins poursuivies et que le gouvernement n'avait fait aucun effort pour justifier qu'il s'agissait là d'une limite raisonnable au droit à l'égalité.

On a soutenu que, si l'aide au suicide était autorisée même dans des cas limités, il y aurait lieu de craindre que l'homicide d'une personne handicapée ou en phase terminale soit facilement déguisé en une aide au suicide et que les personnes les plus vulnérables soient de ce fait les plus exposées à cette menace sérieuse. Effectivement, il y a peut-être lieu de s'inquiéter. Malheureusement, notre société paraît prêter de moins en moins d'importance à la vie de ceux qui, malades, âgés ou invalides, ne sont plus maîtres de leur corps. De tels sentiments sont malheureusement fréquemment partagés par les personnes physiquement handicapées elles-mêmes, qui pensent fréquemment n'être qu'un fardeau et une dépense pour leur famille ou l'ensemble de la société. En outre, comme l'a remarqué l'intervenante COPOH (Coalition des organisations provinciales, ombudsman des handicapés) dans son mémoire, [TRADUCTION] «[l]es attitudes et stéréotypes négatifs quant à l'absence de valeur et de qualité propres à la vie d'une per-

particularly dangerous in this context because they tend to support the conclusion that a suicide was carried out in response to those factors rather than because of pressure, coercion or duress".

The principal fear is that the decriminalization of assisted suicide will increase the risk of persons with physical disabilities being manipulated by others. This "slippery slope" argument appeared to be the central justification behind the Law Reform Commission of Canada's recommendation not to repeal this provision. The Commission stated the following in its Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 46:

> The principal consideration in terms of legislative policy, and the deciding one for the Commission, remains that of possible abuses. There is, first of all, a real danger that the procedure developed to allow the death of those who are a burden to themselves may be gradually diverted from its original purpose and eventually used as well to eliminate those who are a burden to others or to society. There is also the constant danger that the subject's consent to euthanasia may not really be a perfectly free and voluntary act.

While I share a deep concern over the subtle and overt pressures that may be brought to bear on such persons if assisted suicide is decriminalized, even in limited circumstances, I do not think legislation that deprives a disadvantaged group of the right to equality can be justified solely on such speculative grounds, no matter how well intentioned. Similar dangers to the ones outlined above have surrounded the decriminalization of attempted suicide as well. It is impossible to know the degree of pressure or intimidation a physically able person may have been under when deciding to commit suicide. The truth is that we simply do not and cannot know the range of implications that allowing some form of assisted suicide will have for persons with physical disabilities. What we do know and cannot ignore is the anguish of those in the position of Ms. Rodriguez. Respecting the con-

sonne handicapée sont particulièrement dangereux dans ce contexte puisqu'ils tendent à faire penser qu'un suicide a été commis en réponse à ces facteurs plutôt qu'en réponse à la pression, la contrainte ou la force».

On craint principalement que la décriminalisation de l'aide au suicide accentue le risque que les handicapés physiques soient manipulés par d'autres personnes. Cet argument du «doigt dans l'engrenage» paraît être le fondement principal de la recommandation de la Commission de réforme du droit du Canada de ne pas abroger la disposition en question. La Commission s'est exprimée ainsi dans le Document de travail 28, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 53:

> L'argument principal et déterminant pour la Commission reste, toujours sur le plan de la politique législative, celui touchant les abus possibles. Il existe, tout d'abord, un danger réel que la procédure mise au point pour permettre de tuer ceux qui se sentent un fardeau pour eux-mêmes, ne soit détournée progressivement de son but premier, et ne serve aussi éventuellement à éliminer ceux qui sont un fardeau pour les autres ou pour la société. C'est là l'argument dit du doigt dans l'engrenage qui, pour être connu, n'en est pas moins réel. Il existe aussi le danger que, dans bien des cas, le consentement à l'euthanasie ne soit pas vraiment un acte parfaitement libre et volontaire.

Si je partage cette inquiétude profonde quant aux pressions habiles et ouvertes qui risquent d'être exercées sur de telles personnes si l'aide au suicide est décriminalisée, même dans des cas limités, je ne crois pas qu'une disposition législative qui restreint le droit à l'égalité d'un groupe désavantagé puisse être justifiée uniquement par de telles conjectures, toutes bien intentionnées qu'elles soient. Des dangers semblables à ceux soulignés plus haut existaient également pour la décriminalisation de la tentative de suicide. Il est impossible de connaître le degré de pression ou d'intimidation qu'une personne physiquement capable peut avoir subi lorsqu'elle a décidé de se donner la mort. En vérité, nous ne connaissons ni ne pouvons simplement prévoir l'étendue des conséquences que la légalisation d'une certaine forme d'aide au suicide aura sur la personne handicapée

sent of those in her position may necessarily imply running the risk that the consent will have been obtained improperly. The proper role of the legal system in these circumstances is to provide safeguards to ensure that the consent in question is as independent and informed as is reasonably possible.

The fear of a "slippery slope" cannot, in my view, justify the over-inclusive reach of the *Criminal Code* to encompass not only people who may be vulnerable to the pressure of others but also persons with no evidence of vulnerability, and, in the case of the appellant, persons where there is positive evidence of freely determined consent. Sue Rodriguez is and will remain mentally competent. She has testified at trial to the fact that she alone, in consultation with her physicians, wishes to control the decision-making regarding the timing and circumstances of her death. I see no reason to disbelieve her, nor has the Crown suggested that she is being wrongfully influenced by anyone. Ms. Rodriguez has also emphasized that she remains and wishes to remain free not to avail herself of the opportunity to end her own life should that be her eventual choice. The issue here is whether Parliament is justified in denying her the ability to make this choice lawfully, as could any physically able person.

While s. 241(*b*) restricts the equality rights of all those people who are physically unable to commit suicide without assistance, the choice for a mentally competent but physically disabled person who additionally suffers from a terminal illness is, I think, different from the choice of an individual whose disability is not life-threatening; in other words, for Ms. Rodriguez, tragically, the choice is not whether to live as she is or to die, but rather when and how to experience a death that is inexorably impending. I do not, however, by observing this distinction, mean to suggest that the terminally ill are immune from vulnerability, or that they are

physiquement. Ce que nous connaissons, et que nous ne pouvons négliger, c'est l'angoisse de ceux qui sont dans la situation de M^me^ Rodriguez. Respecter le consentement de ces personnes implique nécessairement le risque que celui-ci ait été obtenu irrégulièrement. Le rôle du système juridique dans ces circonstances consiste à offrir des garanties pour que le consentement en cause soit aussi indépendant et informé qu'il est raisonnablement possible.

L'argument du «doigt dans l'engrenage» ne peut à mon avis justifier que, par sa portée excessive, le *Code criminel* atteigne non seulement des gens qui peuvent être vulnérables à la pression des autres, mais aussi des personnes ne démontrant aucune vulnérabilité, et, dans le cas de l'appelante, des personnes qui, selon une preuve positive, donnent leur consentement librement. Sue Rodriguez est et restera mentalement capable. Elle a témoigné devant les instances inférieures du fait qu'elle seule, après avoir consulté ses médecins, souhaite décider elle-même du moment et des circonstances de sa mort. Je ne vois aucune raison de ne pas la croire, et le ministère public n'a pas non plus indiqué qu'elle est injustement influencée par autrui. Madame Rodriguez a également souligné qu'elle demeure libre et souhaite demeurer libre de ne pas se prévaloir de la possibilité de mettre fin à sa vie si elle en décide ainsi. Il s'agit en l'espèce de déterminer si le législateur est justifié de lui nier la possibilité d'exercer ce choix dans la légalité, comme pourrait le faire toute personne physiquement capable.

Si l'alinéa 241*b*) restreint les droits à l'égalité de toutes les personnes qui sont physiquement incapables de se donner la mort sans assistance, le choix, pour une personne mentalement capable, mais physiquement handicapée, qui souffre par ailleurs d'une maladie fatale, est je crois différent du choix qui s'offre à la personne dont le handicap n'est pas fatal; en d'autres termes, pour M^me^ Rodriguez, tragiquement, il ne s'agit pas de choisir entre vivre dans son état actuel ou mourir, mais plutôt de choisir le moment et la façon de mourir d'une mort inexorablement imminente. Toutefois, en établissant cette distinction, je ne veux pas dire

less likely to be influenced by the intervention of others whatever their motives. Indeed, there is substantial evidence that people in this position may be susceptible to certain types of vulnerability that others are not. Further, it should not be assumed that a person with a physical disability who chooses suicide is doing so only as a result of the incapacity. It must be acknowledged that mentally competent people who commit suicide do so for a wide variety of motives, irrespective of their physical condition or life expectancy.

que les malades en phase terminale sont à l'abri de la vulnérabilité ni qu'il est moins probable qu'ils soient influencés par l'intervention d'une autre personne, peu importe les motifs de celle-ci. En réalité, il existe une preuve abondante que des personnes se trouvant dans cette situation sont sujettes à certaines formes de vulnérabilité auxquelles d'autres ne sont pas. En outre, on ne devrait pas présumer que la personne physiquement handicapée qui choisit le suicide n'agit ainsi qu'en raison de son incapacité. Il faut reconnaître que des personnes mentalement capables qui se donnent la mort le font pour des raisons très diverses, indépendamment de leur état physique ou de leur espérance de vie.

The law, in its present form, takes no account of the particular risks and interests that may be at issue in these differing contexts. The Law Reform Commission used the distinction between these differing contexts to justify its recommendation not to decriminalize assisted suicide in the Working Paper 28, *supra*, at pp. 53-54:

La loi, dans sa forme actuelle, ne tient aucun compte des risques et des intérêts particuliers qui peuvent être en jeu dans ces contextes différents. La Commission de réforme du droit a eu recours à la distinction entre ces différents contextes pour justifier sa recommandation de ne pas décriminaliser l'aide au suicide dans son Document de travail 28, *op. cit.*, à la p. 61:

> . . . the prohibition in section 224 is not restricted solely to the case of the terminally ill patient, for whom we can only have sympathy, or solely to his physician or a member of his family who helps him to put an end to his suffering. The section is more general and applies to a variety of situations for which it is much more difficult to feel sympathy. Consider, for example, a recent incident, that of inciting to mass suicide. What of the person who takes advantage of another's depressed state to encourage him to commit suicide, for his own financial benefit? What of the person who, knowing an adolescent's suicidal tendencies, provides him with large enough quantities of drugs to kill him? The "accomplice" in these cases cannot be considered morally blameless. Nor can one conclude that the criminal law should not punish such conduct. To decriminalize completely the act of aiding, abetting or counselling suicide would therefore not be a valid legislative policy. [Emphasis added.]

> . . . la prohibition de l'article 224 n'est pas restreinte au seul cas du patient en phase terminale, pour lequel on ne peut qu'éprouver de la sympathie, ni au seul cas de son médecin ou de l'un de ses proches qui l'aide à mettre fin à ses souffrances. L'article est beaucoup plus général. Il s'applique à une variété de situations pour lesquelles il est plus difficile d'éprouver une telle sympathie. Que dire par exemple, pour reprendre un fait qui s'est passé récemment, de l'incitation à un suicide collectif? Que dire de celui qui, profitant de l'état dépressif d'une autre personne, la pousse au suicide pour en tirer un bénéfice pécuniaire? Comment juger le geste de celui qui, connaissant les tendances suicidaires d'un adolescent, lui procure des médicaments en dose suffisante pour le tuer? On ne saurait affirmer dans ce cas que le «complice» n'est pas moralement blâmable. On ne saurait non plus conclure que le droit criminel devrait s'abstenir de sanctionner ces conduites. Décriminaliser complètement l'aide, le conseil et l'encouragement au suicide n'est donc probablement pas une politique législative valable sur un plan général. [Je souligne.]

I agree with the importance of distinguishing between the situation where a person who is aided in his or her decision to commit suicide and the situation where the decision itself is a product of

Je suis d'accord qu'il est important de faire une distinction entre le cas d'une personne aidée dans sa décision de se donner la mort et le cas où la décision elle-même résulte de l'influence de quel-

someone else's influence. However, I fail to see how preventing against abuse in one context must result in denying self-determination in another. I remain unpersuaded by the government's apparent contention that it is not possible to design legislation that is somewhere in between complete decriminalization and absolute prohibition.

In my view, there is a range of options from which Parliament may choose in seeking to safeguard the interests of the vulnerable and still ensure the equal right to self-determination of persons with physical disabilities. The criteria for assuring the free and independent consent of Ms. Rodriguez set out in McEachern C.J.'s dissenting reasons in the Court of Appeal seem designed to address such concerns though they relate only to terminally ill persons. Regardless of the safeguards Parliament may wish to adopt, however, I find that an absolute prohibition that is indifferent to the individual or the circumstances in question cannot satisfy the constitutional duty on the government to impair the rights of persons with physical disabilities as little as reasonably possible. Section 241(*b*) cannot survive the minimal impairment component of the proportionality test, and therefore I need not proceed to the third component of the proportionality test. As a result, I find the infringement of s. 15 by this provision cannot be saved under s. 1.

(3) *Remedy*

As I have found a limitation of s. 15 which cannot be justified under s. 1, it is necessary to consider what remedial effect this holding should have.

(a) Reading In/Reading Down

This is not an appropriate case for either of the remedies of reading down or reading in. Since the extent of the inconsistency in this case is the blanket nature of the prohibition in s. 241(*b*), there is no part of the provision which can be read down or severed in order to render it constitutional. As for

qu'un d'autre. Toutefois, je ne vois pas comment la prévention des abus dans un contexte doit résulter en la restriction du droit à l'autodétermination dans un autre. Je ne suis pas convaincu par l'argument du gouvernement semblant indiquer qu'il est impossible de concevoir une disposition législative se situant entre la décriminalisation complète et la prohibition absolue.

À mon avis, il existe une gamme d'options parmi lesquelles le Parlement peut choisir afin de sauvegarder les intérêts des personnes vulnérables tout en garantissant aux personnes handicapées physiquement un droit égal à l'autodétermination. Les critères permettant de garantir que le consentement de M^me^ Rodriguez est libre et indépendant, énoncés dans les motifs dissidents du juge en chef McEachern de la Cour d'appel, semblent destinés à répondre à de telles préoccupations, bien qu'ils concernent uniquement les malades en phase terminale. Peu importe les garanties que le Parlement peut souhaiter adopter, j'estime toutefois qu'une prohibition absolue, qui ne tient pas compte de l'individu ou des circonstances en cause, ne peut satisfaire à l'obligation constitutionnelle du gouvernement de porter atteinte aussi peu que raisonnablement possible aux droits des handicapés physiques. L'alinéa 241*b*) ne satisfaisant pas à la norme de l'atteinte minimale du critère de proportionnalité, je n'ai pas à me prononcer sur le troisième élément du critère. En conséquence, je conclus que la disposition, qui viole l'art. 15, n'est pas justifiée au sens de l'article premier.

(3) *La réparation*

Puisque j'ai conclu que la violation de l'art. 15 ne peut se justifier dans le cadre de l'article premier, il y a lieu de déterminer la mesure corrective qui convient.

a) Interprétation large/Interprétation atténuée

Ni l'interprétation large ni l'interprétation atténuée ne sont des réparations appropriées en l'espèce. En effet, puisque l'incompatibilité tient au caractère général de l'interdiction prévue à l'al. 241*b*), on ne peut la rendre acceptable du point de vue constitutionnel en dissociant une partie de la

reading in, the guidelines I discussed in *Schachter v. Canada*, *supra*, indicate that reading in is not appropriate, given the range of alternative schemes from which the Court would have to choose. In other words, the best constitutional way to achieve the legitimate legislative objective, short of an absolute prohibition, is not obvious. Reading in an assisted suicide "code" to apply for an indefinite period following this decision would certainly not comport with Parliament's decision to impose an absolute prohibition, and would also raise serious concerns about the roles of the courts and the legislature.

(b) Declaration of Invalidity

The most common remedial order where a statutory provision is found to violate the *Charter*, and reading down or reading in are inappropriate, is a declaration that the provision is henceforth of no force or effect. However, this Court has recognized that an immediate declaration of invalidity is not always advisable, especially where, as here, the provision pursues an important objective but is over-inclusive: were this Court to strike down the provision effective immediately, those whom the government could protect constitutionally with a more tailored provision, and who indeed should be protected, would be left unprotected. This would clearly pose a "potential danger to the public" as understood in *Swain* and *Schachter*, *supra*.

For this reason, I would suspend the declaration that s. 241(*b*) is of no force or effect for a period long enough to allow Parliament to address this most difficult issue. In my view, one year from the date of this judgment would give Parliament adequate time to decide what, if any, legislation should replace s. 241(*b*).

disposition ou en lui donnant une interprétation atténuée. Quant à l'interprétation large, les directives que j'ai mentionnées dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, indiquent que cette mesure ne convient pas, étant donné la gamme de mécanismes de rechange parmi lesquels la Cour devrait effectuer un choix. En d'autres termes, la meilleure façon constitutionnelle d'atteindre l'objectif législatif légitime, mise à part l'interdiction absolue, n'est pas évidente. Élaborer un «code» relatif au suicide assisté, qui s'appliquerait pendant une période indéterminée à la suite de la présente décision, ne serait certainement pas compatible avec la décision du Parlement d'imposer une interdiction absolue. En outre, cette solution susciterait de sérieuses inquiétudes sur les rôles respectifs des tribunaux et du législateur.

b) Déclaration d'invalidité

La mesure corrective la plus courante à l'égard d'une disposition législative jugée incompatible avec la *Charte*, lorsque ni l'interprétation atténuée ni l'interprétation large ne conviennent, est une déclaration portant que la disposition sera dorénavant inopérante. Notre Cour a toutefois reconnu qu'une déclaration d'invalidité immédiate n'est pas toujours souhaitable, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, la disposition vise un objectif important, mais a une portée excessive: si notre Cour déclarait la disposition immédiatement inopérante, les personnes que le gouvernement pourrait protéger constitutionnellement à l'aide d'une disposition mieux adaptée et qui doivent effectivement être protégées, seraient laissées sans aucune protection. Une telle situation risquerait de toute évidence de présenter un «danger pour le public», au sens donné à cette expression dans les arrêts *Swain* et *Schachter*, précités.

Pour cette raison, je suis d'avis de suspendre l'effet de la déclaration portant que l'al. 241*b*) est inopérant pendant une période suffisante pour permettre au Parlement de se pencher sur cette question très délicate. À mon avis, un délai d'un an à compter du présent jugement devrait donner au Parlement assez de temps pour déterminer, le cas échéant, la nature de la disposition qui devrait remplacer l'al. 241*b*).

(c) Personal Remedy — Constitutional Exemption

While this suspended declaration of invalidity will afford relief to those affected by the legislation once the suspension period expires, a remedy must also be available to Ms. Rodriguez in this case. In *Nelles v. Ontario*, [1989] 2 S.C.R. 170, in the context of discussing the meaning of "court of competent jurisdiction" in s. 24(1), I wrote that "[t]o create a right without a remedy is antithetical to one of the purposes of the *Charter* which surely is to allow courts to fashion remedies when constitutional infringements occur" (p. 196). The cases to date are unclear on the precise status and rights of persons subject to the law during a period of suspended invalidity, since this Court has never before been faced by a litigant denied a personal remedy because the legislation is challenged under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* rather than s. 24(1) of the *Charter*.

In *Swain*, I held, for the majority, that the provisions of the *Criminal Code* authorizing the indefinite detention of those found not guilty by reason of insanity violated the *Charter*, but suspended the declaration of invalidity for a "transitional period" of six months. However, I also tailored the legislative scheme which would apply within that transitional period, limiting automatic detention orders to a duration of 30 to 60 days. I also allowed the parties to apply to the Court to seek to extend the transitional period or modify the regimen set out. It was not necessary to deal with Swain's particular case since I entered a stay of proceedings, the Lieutenant Governor of Ontario having vacated his warrant and effected his absolute discharge.

Therefore, *Swain* indicates that the legislation subjected to a suspended declaration of invalidity will not necessarily be left operative in all of its violative aspects, and that the Court has jurisdic-

c) Réparation individuelle — Exemption constitutionnelle

Si la présente déclaration d'invalidité, dont l'effet est suspendu, doit offrir un redressement à ceux qui sont visés par la disposition après la période de suspension, il faut néanmoins accorder une réparation à M^me^ Rodriguez en l'espèce. Dans l'arrêt *Nelles c. Ontario*, [1989] 2 R.C.S. 170, j'ai analysé le sens de l'expression «tribunal compétent» au par. 24(1), puis indiqué que «[c]réer un droit sans prévoir de redressement heurte de front l'un des objets de la *Charte* qui permet assurément aux tribunaux d'accorder une réparation en cas de violation de la Constitution» (p. 196). Jusqu'à maintenant, la jurisprudence n'a pas défini clairement le statut et les droits explicites des personnes assujetties à la loi pendant la suspension de la déclaration d'invalidité, notre Cour n'ayant encore jamais eu à se prononcer sur le cas d'une personne privée d'une réparation individuelle parce que la disposition législative est contestée en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* plutôt qu'en vertu du par. 24(1) de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Swain*, j'ai statué au nom de la majorité que les dispositions du *Code criminel* autorisant la détention pour une période indéterminée d'une personne acquittée pour cause d'aliénation mentale violaient la *Charte*, mais j'ai suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pour une «période transitoire» de six mois. J'avais cependant élaboré le régime législatif qui s'appliquerait pendant cette période transitoire en limitant les ordonnances de détention à une durée de 30 à 60 jours. J'avais également autorisé les parties à présenter une requête à la Cour afin de demander la prolongation de la période transitoire ou la modification du régime institué. Comme j'avais prononcé l'arrêt des procédures et que le lieutenant-gouverneur de l'Ontario a ordonné la levée de son mandat et la libération inconditionnelle de Swain, je n'ai pas eu à me prononcer sur le cas particulier de ce dernier.

Par conséquent, l'arrêt *Swain* indique que la loi qui fait l'objet d'une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu ne s'applique pas nécessairement dans tous ses aspects inconstitutionnels et

tion under s. 52 to make the declaration subject to such conditions as it considers just and necessary to vitiate the impact of the violation during the period of the suspension.

The possibility that a form of immediate personal relief may be granted during the suspension period was also suggested in subsequent decisions. In *Schachter*, I addressed the relationship between ss. 24(1) and 52 remedies in depth. I recognized the availability of a suspended declaration of invalidity, but noted (at p. 716) that it was a "serious matter", for where that invalidity arose ought of a *Charter* violation, it "allows a state of affairs which has been found to violate standards embodied in the *Charter* to persist for a time despite the violation". While recognizing that "[t]here may be good pragmatic reasons to allow this in particular cases", I later suggested that there was some flexibility to temper this result (at p. 720):

> An individual remedy under s. 24(1) of the *Charter* will rarely be available in conjunction with an action under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* .... It follows that where the declaration of invalidity is temporarily suspended, a s. 24 remedy will not often be available either. To allow for s. 24 remedies during the period of suspension would be tantamount to giving the declaration of invalidity retroactive effect. [Emphasis added.]

As Parliament had repealed and replaced the legislation at issue in *Schachter* before the appeal was heard, it was not necessary to make a declaration of invalidity, or to decide whether and on what terms to suspend that declaration or grant an immediate remedy.

This case raises before the Court, for the first time, the necessity of granting a personal remedy in conjunction with a suspended declaration of invalidity. I am of the view that an appropriate personal remedy for Ms. Rodriguez during the period

que, sous le régime de l'art. 52, la Cour a compétence pour rendre un jugement déclaratoire assorti des conditions qu'elle estime justes et nécessaires pour annuler l'effet de la violation au cours de la période de suspension.

La possibilité qu'une forme de réparation individuelle immédiate soit accordée au cours de la période de suspension a été également proposée dans des arrêts subséquents. Dans l'arrêt *Schachter*, j'ai analysé en profondeur la relation entre les réparations prévues au par. 24(1) et à l'art. 52. J'ai reconnu qu'il était possible de suspendre une déclaration d'invalidité, tout en signalant (à la p. 716) qu'il s'agissait d'une «question sérieuse» puisque, lorsque l'invalidité découle d'une violation de la *Charte*, on se trouve à «permettre que se perpétue pendant un certain temps une situation qui a été jugée contraire aux principes consacrés dans la *Charte*». Tout en reconnaissant qu'«il peut exister de bonnes raisons pragmatiques d'autoriser cet état de choses dans des cas particuliers», j'ai par la suite indiqué qu'il existait une certaine marge de manœuvre pour atténuer ce résultat (à la p. 720):

> Il y aura rarement lieu à une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* en même temps qu'une mesure prise en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [. . .] Par conséquent, si l'effet de la déclaration d'invalidité est temporairement suspendu, il n'y aura pas non plus souvent lieu à une réparation en vertu de l'art. 24. Permettre une réparation fondée sur l'art. 24 pendant la période de suspension équivaudrait à donner un effet rétroactif à la déclaration d'invalidité. [Je souligne.]

Puisque, avant l'audition de l'affaire *Schachter* par notre Cour, le Parlement avait abrogé puis remplacé la disposition législative en cause, il n'était pas nécessaire de prononcer une déclaration d'invalidité ni de décider s'il convenait, et à quelles conditions, de suspendre l'effet de la déclaration ou d'accorder une réparation immédiate.

La présente affaire soulève pour la première fois devant notre Cour la nécessité d'accorder une réparation à une personne concurremment avec une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu. Je suis d'avis qu'il convient d'accorder à

of suspension is what has been called a "constitutional exemption". The possibility of a constitutional exemption where otherwise, or temporarily, valid legislation is unconstitutional in its application to a particular group has been recognized only in *obiter* statements of this Court.

In *Big M Drug Mart, supra*, at p. 315, Dickson J. distinguished the positions of a corporation which challenged legislation under s. 2(*a*) of the *Charter* from that of a natural person who holds religious beliefs, holding that the corporation was entitled to challenge the legislation, since "it is one thing to claim that the legislation is itself unconstitutional, it is quite another to claim a 'constitutional exemption' from otherwise valid legislation, which offends one's religious tenets". In *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, Dickson C.J. returned to the remedy of a so-called "constitutional exemption", characterizing the earlier decision as follows (at p. 783):

> In *Big M Drug Mart Ltd.* at p. 315, the majority of the Court left open the possibility that in certain circumstances a "constitutional exemption" might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals whose religious freedom was adversely affected by the legislation.

Different members of the Court have returned to the constitutional exemption described by Dickson C.J. In *Rocket v. Royal College of Dental Surgeons of Ontario*, [1990] 2 S.C.R. 232, McLachlin J., for the Court, noted that allowing exemptions from unconstitutionally over-broad legislation would have a chilling effect, preventing people from engaging in lawful behaviour because the prohibition remains "on the books".

In *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, a case concerning a challenge to the federal provisions prohibiting public servants from working for or against candidates or political parties, Wilson J., for herself and L'Heureux-Dubé J.,

M^me^ Rodriguez, pendant la période de suspension, une réparation qu'on a appelée «exemption constitutionnelle». Dans des opinions incidentes, notre Cour a reconnu la possibilité d'accorder une exemption constitutionnelle là où une disposition législative valide est par ailleurs, ou temporairement, inconstitutionnelle dans son application à un groupe particulier.

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart*, précité, à la p. 315, le juge Dickson a distingué les situations de la personne morale qui conteste la validité d'une loi en vertu de l'al. 2*a*) de la *Charte* et de la personne physique qui a des croyances religieuses, statuant alors que la personne morale avait le droit de contester la loi puisque «c'est une chose que de prétendre que la loi est elle-même inconstitutionnelle, mais c'est autre chose que de réclamer une «exemption constitutionnelle» de l'application d'une loi par ailleurs valide qui va à l'encontre de ses principes religieux». Dans l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, le juge en chef Dickson est revenu sur la réparation connue sous le nom d'«exemption constitutionnelle», décrivant ainsi la décision antérieure (à la p. 783):

> À la page 315 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour à la majorité n'a pas nié la possibilité d'accorder à certaines personnes, dans certains cas, une «exemption constitutionnelle» de l'application d'une loi par ailleurs valide qui porte atteinte à leur liberté de religion.

Divers juges de la Cour sont revenus à la notion d'exemption constitutionnelle énoncée par le juge en chef Dickson. Dans l'arrêt *Rocket c. Collège royal des chirurgiens dentistes d'Ontario*, [1990] 2 R.C.S. 232, le juge McLachlin au nom de la Cour a remarqué qu'accorder une exemption d'une loi jugée inconstitutionnelle du fait de sa portée trop générale aurait un effet paralysant, puisqu'on empêcherait ainsi des personnes de s'engager dans des activités licites parce que l'interdiction est toujours «en vigueur».

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, où étaient contestées des dispositions fédérales interdisant aux fonctionnaires de travailler pour ou contre un parti politique ou un candidat aux élections, le juge Wilson,

wrote (at pp. 76-77) that once legislation is found to be over-inclusive, infringes a *Charter* right and cannot be justified under s. 1,

the Court has no alternative but to strike the legislation down or, if the unconstitutional aspects are severable, to strike it down to the extent of its inconsistency with the Constitution. I do not believe it is open to the Court in these circumstances to create exemptions to the legislation (which, in my view, presupposes its constitutional validity) and grant individual remedies under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In other words, it is not, in my opinion, open to the Court to cure over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books.

Wilson J. argued that s. 24(1) existed to provide an appropriate and just remedy to individuals, and cited the decision of Dickson J. in *Big M Drug Mart*, who said that where a challenge is based on the unconstitutionality of legislation, "recourse to s. 24 is unnecessary and the particular effect on the challenging party is irrelevant" (p. 313). Wilson J. also distinguished between a constitutional exemption and "reading down", since the latter was a matter of interpreting the legislation so as to conform to the *Charter*, while the former amounted to overriding what had been found to be the "proper" interpretation.

Sopinka J. (Cory and McLachlin JJ. concurring), referred in *Osborne* to reading down and the constitutional exemption as "companions", and stated that they could achieve the same result. He noted that the Ontario Court of Appeal adopted the constitutional exemption in *R. v. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300. Sopinka J. declined to apply either remedy in *Osborne*, stating (at p. 105) that "[t]o maintain a section that is so riddled with infirmity would not uphold the values of the *Charter* and

en son nom et en celui du juge L'Heureux-Dubé, a écrit à la p. 77 que, dès qu'on conclut que la loi est de portée excessive, qu'elle viole un droit garanti par la *Charte* et qu'elle ne peut se justifier au sens de l'article premier,

la Cour [. . .] ne peut faire autrement qu'invalider la loi en question ou, si ses aspects inconstitutionnels peuvent en être retranchés, l'invalider dans la mesure de son incompatibilité avec la Constitution. Je ne crois pas qu'il soit loisible à la Cour dans ces circonstances de créer des exemptions de l'application de la loi (ce qui présuppose, selon moi, sa constitutionnalité) et d'accorder des réparations sur une base individuelle en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En d'autres termes, j'estime que la Cour ne saurait remédier à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive.

Selon le juge Wilson, le par. 24(1) a pour objet d'offrir aux individus une réparation convenable et juste; à cet égard, elle a invoqué les motifs du juge Dickson dans *Big M Drug Mart*, qui a affirmé que, dans les cas où la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité de la loi, «il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 et l'effet particulier qu'elle a sur l'auteur de la contestation est sans importance» (p. 313). Le juge Wilson a également établi une distinction entre l'exemption constitutionnelle et l'«interprétation atténuée», cette dernière consistant à interpréter la loi d'une manière qui soit compatible avec la *Charte*, alors que la première équivaut à faire fi de ce qui avait été reconnu comme une interprétation «juste».

Dans l'arrêt *Osborne*, le juge Sopinka (avec l'appui des juges Cory et McLachlin) a qualifié l'exemption constitutionnelle de «corollaire» de l'interprétation atténuée, avant d'indiquer que tous deux pouvaient atteindre le même résultat. Il a remarqué que la Cour d'appel de l'Ontario avait eu recours à l'exemption constitutionnelle dans l'arrêt *R. c. Seaboyer* (1987), 35 C.R.R. 300. Le juge Sopinka s'est toutefois refusé à accorder l'une ou l'autre réparation dans l'arrêt *Osborne*, indiquant (à la p. 105) que «maintenir en vigueur un article entaché de tant de défauts ne soutiendrait aucunement les valeurs inhérentes à la *Charte* et représen-

would constitute a greater intrusion on the role of Parliament."

This Court responded to the Ontario Court of Appeal's use of the constitutional exemption in *Seaboyer* in its decision on appeal: [1991] 2 S.C.R. 577. In *Seaboyer*, the majority of the Ontario Court of Appeal endorsed a case-by-case constitutional exemption, involving a determination of whether the former rape-shield provisions of the *Criminal Code* (R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276 and 277 (now repealed)) violated the accused's *Charter* right to make a full answer and defence. I concurred in McLachlin J.'s reasons for the majority, in which she assumed, without deciding, that granting a constitutional exemption was open to the Court, but decided that it could not apply in the case at bar as fashioned by the Court of Appeal. She based her decision on three factors. First, the exemption fashioned by the majority of the Court of Appeal gave the trial judge a discretion to not apply the blanket prohibition of the section where it would result in a *Charter* violation, thus saving the law in one sense but "dramatically" altering it in another by substituting a regime of exceptions for the blanket prohibition. Second, a regime based on judicial discretion would replace one set of common law notions of relevancy, which Parliament clearly sought to exclude, with another. Third, McLachlin J. argued that the practice would amount to tautologically telling trial judges not to apply the law where it should not be applied because of the resulting *Charter* violation; in the absence of criteria outside the *Charter*, it would never be necessary to strike down legislation under such an approach. McLachlin J. distinguished *Big M Drug Mart* and *Edwards Books* on the basis that those cases concerned a situation where certain groups, whose characteristics were determinable by criteria outside of the *Charter* (i.e., store owners who closed on days other than Sunday for religious reasons), claimed an exemption from the operation of the legislation, thus satisfying the requirement that the law be certain and predictable. McLachlin J. also noted that, in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, Dickson J. rejected the notion that the Court should read constitutional standards into legislation, which would be the effect of setting

Notre Cour a réagi à l'utilisation de l'exemption constitutionnelle par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *Seaboyer* dans son jugement rendu en appel: [1991] 2 R.C.S. 577. Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Ontario, à la majorité, a adopté la solution de l'exemption constitutionnelle cas par cas, consistant à déterminer si les anciennes dispositions sur la protection des victimes de viol du *Code criminel* (L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276 et 277 (maintenant abrogés)) violaient le droit de l'accusé, garanti par la *Charte*, à une défense pleine et entière. J'ai souscrit aux motifs du juge McLachlin, qui s'exprimait au nom de la majorité, dans lesquels elle présumait, sans en décider, que la Cour pouvait accorder une exemption constitutionnelle. Elle a toutefois statué, qu'elle ne pouvait être accordée de la manière conçue par la Cour d'appel, et ce, pour trois raisons. En premier lieu, l'exemption élaborée par la Cour d'appel à la majorité conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer l'interdiction générale de l'article lorsqu'il en résulterait une violation de la *Charte*, sauvegardant ainsi la loi dans un sens, mais en la modifiant «sensiblement» dans un autre, en substituant un régime d'exceptions à l'interdiction générale. En deuxième lieu, le régime reposant sur le pouvoir discrétionnaire du juge remplacerait un ensemble de notions de pertinence reconnues en common law, que le Parlement avait clairement cherché à exclure, par un autre. En troisième lieu, le juge McLachlin a soutenu que la pratique équivaudrait à dire inutilement aux juges de première instance de ne pas appliquer la loi quand elle ne devrait pas l'être parce qu'elle a pour effet de violer la *Charte*; en l'absence de critère étranger à la *Charte*, il ne serait jamais nécessaire en vertu d'une telle conception de déclarer une loi inopérante. Le juge McLachlin a ensuite fait une distinction avec les arrêts *Big M Drug Mart* et *Edwards Books*, notant qu'ils visaient une situation où certains groupes, dont les caractéristiques pouvaient être déterminées à l'aide de critères étrangers à la *Charte* (c'est-à-dire des propriétaires de magasins qui fermaient leurs portes un autre jour que le dimanche

standards for the application of a constitutional exemption.

The scope of the constitutional exemption, then, has been limited by the majority of this Court: an over-broad blanket prohibition should not be tempered by allowing judicially granted exemptions to nullify it, and the criteria on which the exemption would be granted must be external to the *Charter*. That is, the fact that the application of the legislation to the party challenging it would violate the *Charter* cannot be the sole ground for deciding to grant the exemption; rather, there must be an identifiable group, defined by non-*Charter* characteristics, to whom the exemption could be said to apply.

The remedy requested by Ms. Rodriguez, and that fashioned by McEachern C.J., can best be understood as constitutional exemptions. The appellant asks for "a declaration that the operation of s. 241(*b*) of the *Criminal Code* violates [her] constitutionally guaranteed rights and that, upon compliance with certain conditions, neither the Appellant nor any physician assisting her to attempt to commit, or to commit suicide, will by that means commit any offence against the law of Canada". McEachern C.J. preferred "to leave s. 241 alone for the good things it does" (p. 166) and looked to s. 24(1) of the *Charter* for a "less drastic remedy" than that required by s. 52. He also noted that he was concerned only with a single appellant, and that others would have to come to court to establish their identity as members of a class "in the same position as she is" and that individual remedies would have to be fashioned for each of

pour des raisons religieuses), réclamaient une exemption de l'application de la loi, satisfaisant ainsi aux exigences de certitude et de prévisibilité de la loi. Le juge McLachlin a également remarqué que, dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, le juge Dickson a rejeté la notion selon laquelle la Cour devrait interpréter la loi de manière à y inclure des normes constitutionnelles, ce qui résulterait de l'établissement de normes relatives à l'application d'une exemption constitutionnelle.

La portée de l'exemption constitutionnelle a donc été restreinte par la majorité de notre Cour: une interdiction générale de portée excessive ne devrait pas être atténuée par des exemptions accordées par les tribunaux afin de l'annuler, et les critères en fonction desquels l'exemption est accordée devraient être étrangers à la *Charte*. En somme, le fait que l'application de la loi à la partie qui la conteste violerait la *Charte* ne peut à lui seul justifier l'exemption; au contraire, il doit exister un groupe identifiable, délimité en fonction de caractéristiques étrangères à la *Charte*, auquel l'exemption pourrait s'appliquer.

La réparation demandée par M^me^ Rodriguez et celle élaborée par le juge en chef McEachern peuvent être mieux comprises en tant qu'exemptions constitutionnelles. L'appelante demande une [TRADUCTION] «déclaration portant que l'application de l'al. 241*b*) du *Code criminel* viole [ses] droits garantis par la Constitution et que, s'ils respectent certaines conditions, ni l'appelante ni aucun médecin l'aidant à tenter de se donner la mort ou à se donner la mort ne commettront ainsi une infraction à la loi du Canada». Le juge en chef McEachern a préféré [TRADUCTION] «ne pas toucher à l'art. 241 en raison de ses aspects positifs» (p. 166) pour rechercher dans le par. 24(1) de la *Charte* une «réparation moins draconienne» que celle requise par l'art. 52. Il a également souligné qu'il s'occupait d'une seule personne, l'appelante. D'autres seraient dans l'obligation de se présenter devant les tribunaux pour établir leur appartenance à une catégorie de personnes [TRADUCTION] «dans la même situation que l'appelante», et des réparations

them. He also drew the following distinction (at p. 167):

Thirdly, even though the result under both sections may seem to be the same, the analysis under the two sections, in these circumstances, is different. In either event, in order to prevent abuse, the court would be required to attach conditions to any remedy which, under s. 52, might be thought to apply to all members of the class of persons in the position of the Appellant. Moreover, attaching conditions to a remedy under s. 52 is much more like legislating than is the case when conditions are made a part of a personal remedy. A remedy under s. 24(1), on the other hand, applies only to the Appellant.

Therefore, I think it is clear that McEachern C.J., even if he did not use the term "constitutional exemption", was thinking in terms of that particular remedy.

I am in agreement with many of the concerns Wilson J. expressed in *Osborne* about constitutional exemptions, and would address them by holding that constitutional exemptions may only be granted during the period of a suspended declaration of invalidity. In this circumstance, the provision is both struck down and temporarily upheld, making the constitutional exemption peculiarly apt, and limiting its application to situations where it is absolutely necessary. The exemption is only available for a limited time, so that the Court is not put in the position of, in the words of Wilson J., curing "over-inclusiveness on a case by case basis leaving the legislation in its pristine over-inclusive form outstanding on the books" (p. 77). Nor is the Court put in the position of appearing to save a blanket prohibition in one respect while "dramatically altering it" in another by granting exemptions from that prohibition. The blanket prohibition is saved for reasons only of practical necessity, so granting exemptions where the necessity does not exist avoids the contradiction. Because I have held that the equality rights of all persons who are or will become physically unable to commit unassisted suicide are infringed, that description captures the class of persons to whom the constitu-

individuelles devraient alors être adaptées à chaque cas. Il a également établi la distinction suivante (à la p. 167):

[TRADUCTION] Troisièmement, bien que les deux articles semblent entraîner le même résultat, l'analyse qu'ils suscitent, dans ces circonstances, est différente. De toute façon, afin d'éviter les abus, la cour devrait assortir de conditions toute réparation qui, en vertu de l'art. 52, pourrait être présumée s'appliquer à tous les membres d'une catégorie de personnes dans la situation de l'appelante. En outre, assortir de conditions une réparation fondée sur l'art. 52 revient beaucoup plus à légiférer qu'assortir de conditions une réparation individuelle. Par ailleurs, la réparation fondée sur le par. 24(1) ne s'applique qu'à l'appelante.

Par conséquent, il me paraît évident que, même s'il n'a pas utilisé l'expression «exemption constitutionnelle», le juge en chef McEachern songeait à cette forme de réparation.

Je partage un grand nombre des préoccupations exprimées par le juge Wilson dans l'arrêt *Osborne* au sujet des exemptions constitutionnelles, et j'y répondrais en concluant qu'elles peuvent être accordées uniquement pendant la période de suspension d'une déclaration d'invalidité. Dans ce cas, la disposition est à la fois invalidée et temporairement maintenue, ce qui rend l'exemption constitutionnelle particulièrement opportune et limite son application aux cas de nécessité absolue. L'exemption n'est en vigueur que pour une période limitée, de sorte que la Cour ne se trouve pas, selon les propos du juge Wilson, à remédier «à la portée excessive en procédant cas par cas, de façon à ce que la loi reste en vigueur dans sa version primitive de portée excessive» (p. 77). En outre, la Cour ne paraît pas non plus maintenir une interdiction générale dans un sens tout en la «modifiant sensiblement» dans un autre en accordant des exemptions à cette interdiction. L'interdiction générale n'est maintenue que pour des raisons de nécessité pratique; de sorte que l'octroi d'exemptions lorsqu'il n'y a pas cette nécessité n'entraîne aucune contradiction. J'ai conclu qu'il est porté atteinte aux droits à l'égalité de toutes les personnes qui sont ou qui deviendront physiquement incapables de se donner la mort sans aide et cette description correspond à la catégorie de per-

tional exemption may be available; the class is not defined with reference only to *Charter* concepts and values.

The constitutional exemption I propose would be available only on the authority of a superior court order, granted on terms similar to those outlined by McEachern C.J. The criteria he suggests provide adequate safeguards that the concerns necessitating the suspension of invalidity are not present in any case which may come before the courts. However, I would make an important change to the order he would have granted in this appeal.

I have held that s. 241(*b*) violates the equality rights of all persons who desire to commit suicide but are or will become physically unable to do so unassisted. Restricting the remedy to those who are terminally ill, and suffering from incurable diseases or conditions, as McEachern C.J. would have, does not follow from the principles underlying my holding, and might well itself give rise to a violation of the equality rights of those who do not fit that description but wish to commit suicide and need assistance. Therefore, I would eliminate that part of McEachern C.J.'s conditions for a court order granting the constitutional exemption. There is another aspect of McEachern C.J.'s order that has caused me concern. One of McEachern C.J.'s conditions is that the act of terminating the appellant's life be hers and not anyone else's. While I believe this to be appropriate in her current circumstances as a mechanism can be put in place allowing her to cause her own death with her limited physical capabilities, why should she be prevented the option of choosing suicide should her physical condition degenerate to the point where she is no longer even physically able to press a button or blow into a tube? Surely it is in such circumstances that assistance is required most. Given that Ms. Rodriguez has not requested such an order, however, I need not decide the issue at this

sonnes à laquelle l'exemption constitutionnelle peut être accordée; la catégorie en question n'est pas définie en fonction seulement de concepts et de valeurs reconnus par la *Charte*.

L'exemption constitutionnelle que je propose ne serait accordée que par ordonnance d'une cour supérieure, et serait assortie de conditions semblables à celles établies par le juge en chef McEachern. Les critères qu'il propose permettent de garantir suffisamment que les considérations justifiant la suspension de la déclaration d'invalidité ne se présentent pas dans les cas soumis aux cours. Toutefois, j'apporterais un changement important à l'ordonnance qu'il aurait accordée dans le présent pourvoi.

J'ai conclu que l'al. 241*b*) viole les droits à l'égalité de toutes les personnes qui souhaitent se suicider, mais qui sont ou seront physiquement incapables de le faire sans assistance. La restriction de la réparation aux malades en phase terminale qui souffrent d'une maladie ou d'un état incurables, comme le juge en chef McEachern l'aurait fait, n'est pas conforme aux principes qui sous-tendent ma décision, et pourrait même entraîner une violation des droits à l'égalité de ceux qui ne répondent pas à cette description, mais qui souhaitent se donner la mort et ne peuvent le faire sans assistance. Par conséquent, je supprimerais cette partie des conditions énoncées par le juge en chef McEachern dans une ordonnance de la cour accordant l'exemption constitutionnelle. Un autre aspect de l'ordonnance du juge en chef McEachern me préoccupe. Une des conditions énoncées par le juge en chef McEachern est que l'acte qui mettra fin à la vie de l'appelante soit le sien et non l'acte de quelqu'un d'autre. Bien que cette condition convienne à sa situation actuelle, puisqu'on peut mettre en place un mécanisme qui lui permettra de causer sa propre mort, malgré ses capacités physiques limitées, pourquoi lui interdire l'option de choisir le suicide si son état se détériorait au point de ne plus être physiquement capable de pousser un bouton ou de souffler dans un tube? C'est certainement dans de telles circonstances que l'aide est la plus indispensable. Étant donné que M^me^ Rodriguez n'a pas demandé d'ordonnance de ce

time. Therefore, I prefer to leave it to be resolved at a later date.

To summarize, then, I would make a constitutional exemption available to Ms. Rodriguez, and others, on the following conditions:

(1) the constitutional exemption may only be sought by way of application to a superior court;

(2) the applicant must be certified by a treating physician and independent psychiatrist, in the manner and at the time suggested by McEachern C.J., to be competent to make the decision to end her own life, and the physicians must certify that the applicant's decision has been made freely and voluntarily, and at least one of the physicians must be present with the applicant at the time the applicant commits assisted suicide;

(3) the physicians must also certify:

(i) that the applicant is or will become physically incapable of committing suicide unassisted, and (ii) that they have informed him or her, and that he or she understands, that he or she has a continuing right to change his or her mind about terminating his or her life;

(4) notice and access must be given to the Regional Coroner at the time and in the manner described by McEachern C.J.;

(5) the applicant must be examined daily by one of the certifying physicians at the time and in the manner outlined by McEachern C.J.;

(6) the constitutional exemption will expire according to the time limits set by McEachern C.J.; and

(7) the act causing the death of the applicant must be that of the applicant him- or herself, and not of anyone else.

I wish to emphasize that these conditions have been tailored to the particular circumstances of Ms.

type, je n'ai pas besoin de trancher cette question en l'espèce. Je préfère donc laisser la résolution de cette question à plus tard.

En bref, je suis d'avis d'accorder à M^me^ Rodriguez, et à d'autres, une exemption constitutionnelle assortie des conditions suivantes:

(1) l'exemption constitutionnelle ne peut être demandée que par voie de requête à une cour supérieure;

(2) un médecin traitant et un psychiatre indépendant doivent certifier, de la manière et au moment proposés par le juge en chef McEachern, que le requérant est capable de décider de mettre fin à sa vie, et les médecins doivent certifier que sa décision a été prise librement et volontairement. En outre, au moins un des médecins doit être auprès du requérant, au moment où il se donne la mort avec l'aide requise;

(3) les médecins doivent également certifier:

(i) que le requérant est ou deviendra physiquement incapable de se suicider sans assistance et (ii) qu'ils l'ont informé, et qu'il comprend, qu'il continue d'avoir le droit de changer d'avis au sujet de son intention de se donner la mort;

(4) le coroner régional doit recevoir un avis et être autorisé à être présent au moment et de la manière décrits par le juge en chef McEachern;

(5) le requérant doit subir un examen quotidien par l'un des médecins qui établit le certificat au moment et de la manière proposés par le juge en chef McEachern;

(6) l'exemption constitutionnelle prendra fin conformément aux délais fixés par le juge en chef McEachern; et

(7) le geste causant la mort du requérant doit être son propre geste, et non celui d'autrui.

Je tiens à souligner que ces conditions sont conçues en fonction de la situation particulière de M^me^

Rodriguez. While they may be used as guidelines for future petitioners in a similar position, each application must be considered in its own individual context.

VI. Disposition

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does s. 241(*b*) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: No.

I would therefore allow the appeal, with costs to the appellant against the Attorneys General of British Columbia and Canada, and declare s. 241(*b*) to be of no force or effect, on the condition that the effect of this declaration be suspended for one year from the date of this judgment. During that one-year suspension period, a constitutional exemption from s. 241(*b*) may be granted by a superior court on application, on the terms and in accordance with the conditions set out above. In the case of Ms. Rodriguez, in light of the factual record before this Court, it is not necessary for her to make application to a superior court. As long as she satisfies the conditions outlined above, she is granted the constitutional exemption and may proceed as she wishes.

DATED AT OTTAWA this 4th day of August 1993

Antonio Lamer, C.J.C.

Rodriguez. Elles peuvent être utilisées comme lignes directrices pour d'autres requérants futurs qui se trouveraient dans la même situation, mais chaque requête devra être examinée dans son contexte individuel particulier.

VI. Dispositif

Je donnerais les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

1. L'alinéa 241*b*) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Oui.

2. Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Non.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens à l'appelante contre les procureurs généraux de la Colombie-Britannique et du Canada, et de déclarer l'al. 241*b*) inopérant, à la condition que l'effet de la présente déclaration soit suspendu pendant un an à compter de la date du présent jugement. Au cours de la période de suspension d'un an, une exemption constitutionnelle de l'al. 241*b*) peut être accordée par une cour supérieure sur requête, selon les modalités et conformément aux conditions énoncées précédemment. Dans le cas de M^me^ Rodriguez, compte tenu des faits soumis à notre Cour, il n'est pas nécessaire qu'elle présente une requête à une cour supérieure. Dans la mesure où elle satisfait aux conditions susmentionnées, elle reçoit l'exemption constitutionnelle et peut agir à son gré.

OTTAWA, LE 4 AOÛT 1993

Antonio Lamer, J.C.C.

ADDENDUM

In the course of preparing my judgment, the Court received a letter dated July 13, 1993, from Ms. Rodriguez's counsel. Enclosed was a report dated July 9, 1993, from Ms. Rodriguez's family physician informing us that Ms. Rodriguez's medical condition continues to deteriorate. In light of this report and the fact that we are now into the end of August, I wish to modify the fourth condition above. This modification will apply only in the appellant's case. Specifically, I would dispense with the 3-day notice required to be given to the Regional Coroner and replace it with a 24-hour notice requirement.

DATED AT OTTAWA this 31st day of August 1993

Antonio Lamer, C.J.C.

ADDENDUM

Alors que je rédigeais mon jugement, la Cour a reçu une lettre de l'avocat de Mme Rodriguez, datée du 13 juillet 1993. Y était joint un rapport daté du 9 juillet 1993, rédigé par le médecin de Mme Rodriguez, nous informant que son état de santé continuait de se détériorer. Compte tenu de ce rapport et du fait que nous sommes maintenant à la fin du mois d'août, je désire modifier la quatrième condition. Cette modification s'appliquera uniquement au cas de l'appelante. Plus précisément, je ne maintiendrais pas l'exigence d'un avis de 3 jours au coroner régional et le remplacerais par un préavis de 24 heures.

OTTAWA, LE 31 AOÛT 1993

Antonio Lamer, J.C.C.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of the Chief Justice and those of McLachlin J. herein. The result of the reasons of my colleagues is that all persons who by reason of disability are unable to commit suicide have a right under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to be free from government interference in procuring the assistance of others to take their life. They are entitled to a constitutional exemption from the operation of s. 241 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which prohibits the giving of assistance to commit suicide (hereinafter referred to as "assisted suicide"). The exemption would apply during the period that this Court's order would be suspended and thereafter Parliament could only replace the legislation subject to this right. I must respectfully disagree with the conclusion reached by my colleagues and with their reasons. In my view, noth-

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge McLachlin en l'espèce. La conclusion de mes collègues dans leurs motifs est que toute personne qui, en raison d'une déficience, est incapable de se donner la mort, a le droit, en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de ne pas être assujettie à l'ingérence du gouvernement lorsqu'elle cherche à obtenir l'aide d'autrui pour se suicider. Elle a droit à une exemption constitutionnelle de l'application de l'art. 241 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui interdit d'aider quelqu'un à se donner la mort (ci-après le «suicide assisté»). L'exemption s'appliquerait au cours de la période de suspension de l'ordonnance de notre Cour et, par la suite, le Parlement devrait tenir compte de ce droit pour remplacer la disposition législative. Je dois respectueusement exprimer mon désaccord avec la

ing in the *Charter* mandates this result which raises the following serious concerns:

1. It recognizes a constitutional right to legally assisted suicide beyond that of any country in the western world, beyond any serious proposal for reform in the western world and beyond the claim made in this very case. The apparent reason for the expansion beyond the claim in this case is that restriction of the right to the terminally ill could not be justified under s. 15.

2. It fails to provide the safeguards which are required either under the Dutch guidelines or the recent proposals for reform in the states of Washington and California which were defeated by voters in those states principally because comparable and even more stringent safeguards were considered inadequate.

3. The conditions imposed are vague and in some respects unenforceable. While the proposals in California were criticized for failure to specify the type of physician who is authorized to assist and the Dutch guidelines specify the treating physician, the conditions imposed by my colleagues do not require that the person assisting be a physician or impose any restriction in this regard. Since much of the medical profession is opposed to being involved in assisting suicide because it is antithetical to their role as healers of the sick, many doctors will refuse to assist, leaving open the potential for the growth of a macabre specialty in this area reminiscent of Dr. Kervorkian and his suicide machine.

4. To add to the uncertainty of the conditions, they are to serve merely as guidelines, leaving it to individual judges to decide upon application whether to grant or withhold the right to commit suicide. In the case of the appellant, the remedy proposed by the Chief Justice, concurred in by McLachlin J., would not require such an application. She alone is to decide that the conditions or guidelines are complied with. Any judicial review of this decision would only occur if she were to

conclusion et les motifs de mes collègues. À mon avis, rien dans la *Charte* ne commande un tel résultat qui soulève les graves difficultés suivantes:

1. Il reconnaît un droit constitutionnel au suicide assisté légal qui va au-delà de ce qui est reconnu dans tous les pays occidentaux, au-delà de toute proposition sérieuse de réforme dans le monde occidental et au-delà de la demande formulée en l'espèce. Cette dernière extension est apparemment motivée par le fait que la restriction de ce droit au malade en phase terminale ne saurait être justifiée en vertu de l'art. 15.

2. Il n'offre pas les garanties qui sont exigées en vertu des directives néerlandaises ou des propositions récentes de réforme soumises dans les États de Washington et de la Californie, lesquelles ont été rejetées par les électeurs principalement parce qu'on jugeait insuffisantes des garanties comparables et mêmes plus rigoureuses.

3. Les conditions imposées sont vagues et à certains égards impossibles à appliquer. Alors que les propositions californiennes ont été critiquées parce qu'elles ne précisaient pas la catégorie de médecins autorisés à aider et que les directives néerlandaises précisent le médecin traitant, les conditions imposées par mes collègues n'exigent pas que la personne qui apporte son aide soit un médecin ni n'imposent de restriction à cet égard. Puisqu'une grande partie du corps médical est opposée à toute participation au suicide assisté parce qu'un tel geste est à l'antithèse de son rôle qui est de guérir les malades, beaucoup de médecins refuseront leur aide, ce qui fait surgir la possibilité de la croissance d'une spécialité macabre qui rappelle le Dr Kervorkian et sa machine à suicide.

4. Outre leur incertitude, les conditions ne doivent servir qu'à titre de directives, laissant à chaque juge saisi d'une demande la décision d'accorder ou de refuser le droit de se suicider. Dans le cas de l'appelante, la réparation proposée par le Juge en chef, à laquelle souscrit le juge McLachlin, ne requiert pas qu'une telle demande soit faite. L'appelante seule doit décider que les conditions ou directives sont respectées. Sa décision ne serait contrôlée judiciairement que si elle se donnait la

commit suicide and a charge were laid against the person who assisted her. The reasons of McLachlin J. remove any requirement to monitor the choice made by the appellant to commit suicide so that the act might occur after the last expression of the desire to commit suicide is stale-dated.

I have concluded that the conclusion of my colleagues cannot be supported under the provisions of the *Charter*. Reliance was placed on ss. 7, 12 and 15 and I will examine each in turn.

I. Section 7

The most substantial issue in this appeal is whether s. 241(*b*) infringes s. 7 in that it inhibits the appellant in controlling the timing and manner of her death. I conclude that while the section impinges on the security interest of the appellant, any resulting deprivation is not contrary to the principles of fundamental justice. I would come to the same conclusion with respect to any liberty interest which may be involved.

Section 7 of the *Charter* provides as follows:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The appellant argues that, by prohibiting anyone from assisting her to end her life when her illness has rendered her incapable of terminating her life without such assistance, by threat of criminal sanction, s. 241(*b*) deprives her of both her liberty and her security of the person. The appellant asserts that her application is based upon (a) the right to live her remaining life with the inherent dignity of a human person, (b) the right to control what happens to her body while she is living, and (c) the right to be free from governmental interference in making fundamental personal decisions concerning the terminal stages of her life. The first two of these asserted rights can be seen to invoke both liberty and security of the person; the latter is more closely associated with only the liberty interest.

mort et qu'une accusation était portée contre la personne qui l'avait aidée. Dans ses motifs, le juge McLachlin supprime toute exigence relative au contrôle ultérieur de la décision de l'appelante, de sorte que l'acte pourrait survenir après que la dernière expression de sa volonté de se suicider est caduque et périmée.

À mon avis, la conclusion de mes collègues ne peut être appuyée par les dispositions de la *Charte*. On a invoqué les art. 7, 12 et 15, que je vais examiner tour à tour.

I. L'article 7

La question principale dans le présent pourvoi est de déterminer si l'al. 241*b*) viole l'art. 7 parce qu'il empêche l'appelante de contrôler le moment et les circonstances de sa mort. Je conclus que, si l'article porte atteinte à l'intérêt de l'appelante en matière de sécurité, toute privation qui en résulte n'est pas contraire aux principes de justice fondamentale. Ma conclusion serait la même à l'égard de tout intérêt de liberté qui pourrait entrer en jeu.

L'article 7 de la *Charte* porte que:

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

L'appelante soutient qu'en interdisant à quiconque, sous peine de sanction criminelle, de l'aider à mettre fin à sa vie au moment où sa maladie la rendra incapable de le faire sans aide, l'al. 241*b*) la prive à la fois de la liberté et de la sécurité de sa personne. Elle soutient que sa demande est fondée sur a) le droit de vivre le reste de sa vie dans la dignité inhérente à l'être humain, b) le droit de contrôler ce qu'il advient de son corps au cours de sa vie, et c) le droit d'être libre de toute ingérence gouvernementale dans ses décisions personnelles fondamentales concernant les dernières étapes de sa vie. Les deux premiers droits allégués portent à la fois sur la liberté et la sécurité de la personne; le troisième est plus étroitement lié à la seule liberté.

(a) *Life, Liberty and Security of the Person*

The appellant seeks a remedy which would assure her some control over the time and manner of her death. While she supports her claim on the ground that her liberty and security of the person interests are engaged, a consideration of these interests cannot be divorced from the sanctity of life, which is one of the three *Charter* values protected by s. 7.

None of these values prevail a priori over the others. All must be taken into account in determining the content of the principles of fundamental justice and there is no basis for imposing a greater burden on the propounder of one value as against that imposed on another.

Section 7 involves two stages of analysis. The first is as to the values at stake with respect to the individual. The second is concerned with possible limitations of those values when considered in conformity with fundamental justice. In assessing the first aspect, we may do so by considering whether there has been a violation of Ms. Rodriguez's security of the person and we must consider this in light of the other values I have mentioned.

As a threshold issue, I do not accept the submission that the appellant's problems are due to her physical disabilities caused by her terminal illness, and not by governmental action. There is no doubt that the prohibition in s. 241(*b*) will contribute to the appellant's distress if she is prevented from managing her death in the circumstances which she fears will occur. Nor do I accept the submission that the appellant cannot avail herself of s. 7 because she is not presently engaged in interaction with the criminal justice system, and that she will likely never be so engaged. It was argued that the comments concerning security of the person found in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, and the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, were not applicable to this case and that the appellant could not seek the protection of s. 7 at all, as that section is concerned with the interaction of the individual with the justice system. In my view, the fact that it

a) *Vie, liberté et sécurité de la personne*

L'appelante demande une réparation qui lui assurerait un certain contrôle sur le moment et les circonstances de sa mort. Bien qu'elle fonde sa demande sur l'atteinte à ses droits à la liberté et à la sécurité de sa personne, on ne peut dissocier ces intérêts du caractère sacré de la vie, qui est une des trois valeurs protégées par l'art. 7 de la *Charte*.

A priori, aucune de ces valeurs ne l'emporte sur les autres. Toutes doivent être prises en compte pour déterminer le contenu des principes de justice fondamentale et il n'y a aucune raison d'imposer un fardeau plus lourd au tenant d'une valeur que le fardeau imposé au tenant d'une autre.

L'article 7 comporte deux éléments d'analyse. Le premier se rapporte aux valeurs en jeu en ce qui concerne l'individu. Le second se rapporte aux restrictions éventuelles de ces valeurs sous l'angle de leur conformité avec les principes de justice fondamentale. Pour évaluer le premier élément, nous pouvons considérer s'il y a eu violation du droit de M^me^ Rodriguez à la sécurité de sa personne et nous devons examiner cela en tenant compte des autres valeurs mentionnées.

À titre préliminaire, je rejette la prétention que les difficultés de l'appelante résultent non pas d'une action gouvernementale, mais des déficiences physiques causées par la maladie incurable dont elle est atteinte. Il est évident que l'interdiction prévue à l'al. 241*b*) contribuera à la souffrance de l'appelante si on l'empêche de gérer sa mort dans les circonstances qui, craint-elle, surviendront. Je ne peux non plus accepter l'argument selon lequel l'appelante ne peut se prévaloir de l'art. 7 parce qu'elle n'est pas aux prises avec le système de justice criminelle, et qu'elle ne le sera vraisemblablement jamais. On a soutenu que les commentaires apportés dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, et le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, sur la notion de sécurité de la personne ne s'appliquent pas en l'espèce et que l'appelante ne peut en aucune façon demander la protection de l'art. 7 puisque cet arti-

is the criminal prohibition in s. 241(*b*) which has the effect of depriving the appellant of the ability to end her life when she is no longer able to do so without assistance is a sufficient interaction with the justice system to engage the provisions of s. 7 assuming a security interest is otherwise involved.

I find more merit in the argument that security of the person, by its nature, cannot encompass a right to take action that will end one's life as security of the person is intrinsically concerned with the well-being of the living person. This argument focuses on the generally held and deeply rooted belief in our society that human life is sacred or inviolable (which terms I use in the non-religious sense described by Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993)) to mean that human life is seen to have a deep intrinsic value of its own). As members of a society based upon respect for the intrinsic value of human life and on the inherent dignity of every human being, can we incorporate within the Constitution which embodies our most fundamental values a right to terminate one's own life in any circumstances? This question in turn evokes other queries of fundamental importance such as the degree to which our conception of the sanctity of life includes notions of quality of life as well.

Sanctity of life, as we will see, has been understood historically as excluding freedom of choice in the self-infliction of death and certainly in the involvement of others in carrying out that choice. At the very least, no new consensus has emerged in society opposing the right of the state to regulate the involvement of others in exercising power over individuals ending their lives.

The appellant suggests that for the terminally ill, the choice is one of time and manner of death rather than death itself since the latter is inevitable.

cle vise plutôt les rapports entre l'individu et le système judiciaire. À mon avis, le fait que ce soit l'interdiction prévue à l'al. 241*b*) qui prive l'appelante de la capacité de mettre fin à sa vie au moment où elle ne sera plus en mesure de le faire sans assistance crée un rapport suffisant avec le système de justice pour faire jouer les dispositions de l'art. 7, à supposer qu'un droit à la sécurité soit par ailleurs en cause.

Est mieux fondé, à mon avis, l'argument selon lequel la sécurité de la personne, par sa nature même, ne peut inclure le droit d'accomplir un geste qui met fin à la vie de quelqu'un puisque la sécurité de la personne s'intéresse intrinsèquement au bien-être de la personne vivante. Cet argument est axé sur la croyance généralement véhiculée et profondément enracinée dans notre société que la vie humaine est sacrée ou inviolable (termes que j'emploie dans le sens non religieux, défini par Dworkin (*Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom* (1993)), pour signifier que la vie humaine possède en elle-même une valeur intrinsèque profonde). En tant que membres d'une société fondée sur le respect de la valeur intrinsèque de la vie humaine et sur la dignité inhérente de tout être humain, pouvons-nous insérer dans la Constitution, qui consacre nos valeurs les plus fondamentales, le droit de mettre fin à sa propre vie dans toutes circonstances? Cette question soulève à son tour d'autres interrogations qui sont d'importance fondamentale, telle la mesure dans laquelle notre conception du caractère sacré de la vie comprend également des notions de qualité de la vie.

Comme nous le verrons, historiquement, le principe du caractère sacré de la vie signifie l'exclusion du libre choix de s'infliger la mort et certainement l'exclusion de la participation d'autrui à l'exercice d'un tel choix. Tout au moins, il n'est apparu dans la société aucun consensus nouveau pour s'opposer au droit de l'État de réglementer la participation d'autrui en exerçant un pouvoir sur des personnes mettant fin à leur vie.

L'appelante soutient que, pour les malades en phase terminale, le choix porte sur le temps et les circonstances de la mort plutôt que sur la mort en

I disagree. Rather it is one of choosing death instead of allowing natural forces to run their course. The time and precise manner of death remain unknown until death actually occurs. There can be no certainty in forecasting the precise circumstances of a death. Death is, for all mortals, inevitable. Even when death appears imminent, seeking to control the manner and timing of one's death constitutes a conscious choice of death over life. It follows that life as a value is engaged even in the case of the terminally ill who seek to choose death over life.

Indeed, it has been abundantly pointed out that such persons are particularly vulnerable as to their life and will to live and great concern has been expressed as to their adequate protection, as will be further set forth.

I do not draw from this that in such circumstances life as a value must prevail over security of person or liberty as these have been understood under the *Charter*, but that it is one of the values engaged in the present case.

What, then, can security of the person be said to encompass in the context of this case? The starting point for the answer to this question is *Morgentaler*, *supra*, in which this Court struck down *Criminal Code* provisions which had the effect of preventing women access to therapeutic abortion unless they complied with an administrative scheme found to be contrary to principles of fundamental justice. In finding a violation of security of the person, Beetz J. held, at p. 90, that:

> "Security of the person" must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction.

Whether or not Beetz J. can be said to have restricted his reasoning to criminal prohibitions limiting access to medical treatment which improves health, he made it clear (at p. 90) that his reasons should not be taken as delineating the bounds of s. 7 in other contexts. In any event,

soi puisque cette dernière est inévitable. Je ne suis pas d'accord. Il s'agit plutôt de choisir la mort au lieu de laisser la nature suivre son cours. Le moment et les circonstances précises de la mort demeurent inconnus jusqu'à ce que la mort survienne effectivement. On ne peut prévoir avec certitude les circonstances précises d'une mort. La mort est inévitable pour tous les mortels. Même lorsque la mort semble imminente, chercher à contrôler le moment et la façon de mourir constitue un choix conscient de mourir plutôt que de vivre. C'est pourquoi la vie, comme valeur, entre en jeu dans le cas du malade en phase terminale qui demande à choisir la mort plutôt que la vie.

En fait, on a abondamment souligné que ces personnes sont particulièrement vulnérables quant à leur vie et leur volonté de vivre, et de graves préoccupations ont été exprimées au sujet de la protection nécessaire, comme on le lira ci-après.

Je ne conclus pas de cela que, dans de telles circonstances, la vie comme valeur doit l'emporter sur la sécurité de la personne ou la liberté, au sens de ces valeurs en vertu de la *Charte*, mais que c'est une des valeurs à considérer en l'espèce.

Que signifie donc la sécurité de la personne dans le présent contexte? Pour répondre à la question, il faut avant tout se référer à l'arrêt *Morgentaler*, précité, dans lequel notre Cour a invalidé des dispositions du *Code criminel* ayant pour effet de n'accorder aux femmes l'accès à l'avortement thérapeutique que si elles se conformaient à un régime administratif jugé contraire aux principes de justice fondamentale. En concluant qu'il y avait atteinte à la sécurité de la personne, le juge Beetz a dit à la p. 90:

> La «sécurité de la personne» doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale.

Que le juge Beetz ait ou non restreint son raisonnement aux prohibitions pénales limitant l'accès à un traitement médical améliorant la santé, il a précisé (à la p. 90) qu'il ne fallait pas conclure que ses motifs délimitent la portée de l'art. 7 dans d'autres contextes. Quoi qu'il en soit, le juge en chef

Dickson C.J. does not appear to have limited his reasons in this manner. The former Chief Justice stated as follows, at pp. 54-57:

> Canadian courts have already had occasion to address the scope of the interest protected under the rubric of "security of the person". In *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, at p. 139, the Ontario High Court emphasized that the right to security of the person, like each aspect of s. 7, is a basic right, the deprivation of which has severe consequences for an individual. This characterization was approved by this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501. The Ontario Court of Appeal has held that the right to life, liberty and security of the person "would appear to relate to one's physical or mental integrity and one's control over these . . . " (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 433.)
>
> . . .
>
> The case law leads me to the conclusion that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress, at least in the criminal law context, constitute a breach of the security of the person. It is not necessary in this case to determine whether the right extends further, to protect either interests central to personal autonomy, such as a right to privacy, or interests unrelated to criminal justice.
>
> . . .
>
> Although this interference with physical and emotional integrity is sufficient in itself to trigger a review of s. 251 against the principles of fundamental justice, the operation of the decision-making mechanism set out in s. 251 creates additional glaring breaches of security of the person. [Emphasis added.]

Wilson J. took a broader view, preferring to decide the case under the rubric of the liberty interest in s. 7. Nonetheless, she agreed that security of the person "protects both the physical and psychological integrity of the individual" and that state control over the woman's capacity to reproduce "is a direct interference with her physical "person" as well" (p. 173).

In my view, then, the judgments of this Court in *Morgentaler* can be seen to encompass a notion of

Dickson ne paraît pas avoir limité ainsi ses motifs. Il a en effet déclaré aux pp. 54 à 57:

> Les tribunaux canadiens ont déjà eu à statuer sur la portée de l'intérêt que protège la rubrique «la sécurité de sa personne». Dans l'affaire *R. v. Caddedu* (1982), 40 O.R. (2d) 128, à la p. 139, la Haute Cour de l'Ontario a rappelé que le droit à la sécurité de la personne, comme chacun des volets de l'art. 7, est un droit fondamental qui, lorsqu'on y porte atteinte, a des conséquences graves pour l'individu. La Cour a approuvé cette caractérisation dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501. La Cour d'appel de l'Ontario a jugé que le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne [TRADUCTION] «semble se rapporter à l'intégrité physique ou mentale d'une personne et au contrôle qu'elle exerce à cet égard . . .» (*R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 433.)
>
> . . .
>
> La jurisprudence m'amène à conclure que l'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Il n'est pas nécessaire en l'espèce de se demander si le droit va plus loin et protège les intérêts primordiaux de l'autonomie personnelle, tel le droit à la vie privée ou des intérêts sans lien avec la justice criminelle.
>
> . . .
>
> Quoique cette atteinte à l'intégrité physique et émotionnelle suffise en soi pour déclencher un examen de l'art. 251 en fonction des principes de justice fondamentale, le fonctionnement du mécanisme décisionnel établi par l'art. 251 crée d'autres violations flagrantes de la sécurité de la personne. [Je souligne.]

Le juge Wilson a adopté un point de vue plus large, préférant trancher l'affaire dans le contexte du droit à la liberté prévu à l'art. 7. Elle partageait néanmoins l'opinion que la sécurité de la personne «protège à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne» et que le contrôle exercé par l'État sur la capacité de reproduction de la femme «est aussi une atteinte à sa «personne» physique» (p. 173).

À mon avis, on peut donc voir que les motifs de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler* contiennent

personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress. In *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, Lamer J. (as he then was) also expressed this view, stating at p. 1177 that "[s]ection 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or removing from them, control over their physical or mental integrity". There is no question, then, that personal autonomy, at least with respect to the right to make choices concerning one's own body, control over one's physical and psychological integrity, and basic human dignity are encompassed within security of the person, at least to the extent of freedom from criminal prohibitions which interfere with these.

une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État. Dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a également exprimé cette opinion, affirmant aux pp. 1177 et 1178 que «[l]'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle». Il n'y a donc aucun doute que la notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui concerne le droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle sur sa propre intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale, tout au moins l'absence de prohibitions pénales qui y fassent obstacle.

The effect of the prohibition in s. 241(*b*) is to prevent the appellant from having assistance to commit suicide when she is no longer able to do so on her own. She fears that she will be required to live until the deterioration from her disease is such that she will die as a result of choking, suffocation or pneumonia caused by aspiration of food or secretions. She will be totally dependent upon machines to perform her bodily functions and completely dependent upon others. Throughout this time, she will remain mentally competent and able to appreciate all that is happening to her. Although palliative care may be available to ease the pain and other physical discomfort which she will experience, the appellant fears the sedating effects of such drugs and argues, in any event, that they will not prevent the psychological and emotional distress which will result from being in a situation of utter dependence and loss of dignity. That there is a right to choose how one's body will be dealt with, even in the context of beneficial medical treatment, has long been recognized by the common law. To impose medical treatment on one who refuses it constitutes battery, and our common law has recognized the right to demand that medical treatment which would extend life be withheld or withdrawn. In my view, these considerations

L'interdiction prévue à l'al. 241*b*) a pour effet de priver l'appelante de l'assistance nécessaire pour se suicider au moment où elle ne sera plus en mesure de le faire seule. Elle craint devoir vivre jusqu'à ce que sa maladie évolue au point que sa mort surviendra par suite d'un étouffement, d'une suffocation ou d'une pneumonie causés par l'aspiration d'aliments ou de sécrétions. Elle dépendra totalement, pour ses fonctions corporelles, des machines et des personnes qui l'entourent. Pendant tout ce temps, elle demeurera mentalement capable et en mesure de comprendre tout ce qui lui arrive. Bien que des soins palliatifs puissent lui être administrés afin d'atténuer la douleur et l'inconfort physique qu'elle ressentira, l'appelante craint les effets sédatifs de ces médicaments et soutient que, de toute façon, ils n'empêcheront pas la douleur psychologique et émotionnelle résultant de cette situation de suprême dépendance et de perte de sa dignité. La common law reconnaît depuis longtemps le droit de choisir comment son propre corps sera traité, même dans le contexte d'un traitement médical bénéfique. Imposer un traitement médical à une personne qui le refuse est un acte de violence, et la common law a reconnu le droit d'exiger l'interruption ou la non administration d'un traitement médical qui prolongerait la vie. À

lead to the conclusion that the prohibition in s. 241(*b*) deprives the appellant of autonomy over her person and causes her physical pain and psychological stress in a manner which impinges on the security of her person. The appellant's security interest (considered in the context of the life and liberty interest) is therefore engaged, and it is necessary to determine whether there has been any deprivation thereof that is not in accordance with the principles of fundamental justice.

(b) *The Principles of Fundamental Justice*

In approaching this step of the analysis in this most difficult and troubling problem, I am impressed with the caveat expressed by the American scholar, L. Tribe, in his text *American Constitutional Law* (2nd ed. 1988). He states, at pp. 1370-71:

> The right of a patient to accelerate death as such — rather than merely to have medical procedures held in abeyance so that disease processes can work their natural course — depends on a broader conception of individual rights than any contained in common law principles. A right to determine when and how to die would have to rest on constitutional principles of privacy and personhood or on broad, perhaps paradoxical, conceptions of self-determination.
>
> Although these notions have not taken hold in the courts, the judiciary's silence regarding such constitutional principles probably reflects a concern that, once recognized, rights to die might be uncontainable and might prove susceptible to grave abuse, more than it suggests that courts cannot be persuaded that self-determination and personhood may include a right to dictate the circumstances under which life is to be ended. In any event, whatever the reason for the absence in the courts of expansive notions about self-determination, the resulting deference to legislatures may prove wise in light of the complex character of the rights at stake and the significant potential that, without careful statutory guidelines and gradually evolved procedural controls, legalizing euthanasia, rather than respecting people, may endanger personhood.

On the one hand, the Court must be conscious of its proper role in the constitutional make-up of our

mon avis, ces considérations permettent de conclure que l'interdiction prévue à l'al. 241*b*) prive l'appelante de son autonomie personnelle et lui cause des douleurs physiques et une tension psychologique telles qu'elle porte atteinte à la sécurité de sa personne. Le droit de l'appelante à la sécurité (considéré dans le contexte du droit à la vie et à la liberté) est donc en cause et il devient nécessaire de déterminer si elle en a été privée en conformité avec les principes de justice fondamentale.

b) *Les principes de justice fondamentale*

À cette étape de l'analyse de ce problème extrêmement complexe et troublant, je suis impressionné par cette réserve exprimée par l'Américain L. Tribe dans son ouvrage intitulé *American Constitutional Law* (2e éd. 1988), aux pp. 1370 et 1371:

> [TRADUCTION] Le droit du patient de précipiter sa mort comme telle — plutôt que de simplement suspendre les traitements médicaux de telle sorte que la maladie suive son cours naturel — repose sur une conception des droits individuels plus large que ceux que regroupent les principes reconnus en common law. Le droit de déterminer le moment et la façon de mourir reposerait sur des principes constitutionnels relatifs à la vie privée et à la nature humaine ou sur des conceptions générales, peut-être paradoxales, sur l'autodétermination.
>
> Quoiqu'on n'ait pas donné suite à ces notions dans les tribunaux, leur silence à l'égard de tels principes constitutionnels traduit probablement plus la crainte qu'une fois reconnus, les droits de mourir ne deviennent incontrôlables et susceptibles d'engendrer de graves abus, qu'il ne laisse entrevoir que les tribunaux ne sont pas convaincus que les notions d'autodétermination et de nature humaine peuvent comprendre le droit de prescrire les circonstances dans lesquelles il peut être mis fin à la vie. De toute façon, peu importe les raisons pour lesquelles les tribunaux n'élaborent aucune grande notion sur l'autodétermination, cette déférence envers le législateur peut être sage, compte tenu de la nature complexe des droits en jeu et du risque considérable qu'en l'absence de directives législatives réfléchies ou de contrôles procéduraux élaborés progressivement, la légalisation de l'euthanasie, au lieu de marquer le respect de la personne, ne la mette en péril.

D'une part, la Cour doit être consciente de son rôle au sein de la structure constitutionnelle de

form of democratic government and not seek to make fundamental changes to long-standing policy on the basis of general constitutional principles and its own view of the wisdom of legislation. On the other hand, the Court has not only the power but the duty to deal with this question if it appears that the *Charter* has been violated. The power to review legislation to determine whether it conforms to the *Charter* extends to not only procedural matters but also substantive issues. The principles of fundamental justice leave a great deal of scope for personal judgment and the Court must be careful that they do not become principles which are of fundamental justice in the eye of the beholder only.

notre forme de gouvernement démocratique et ne doit pas chercher à apporter des changements fondamentaux à des politiques bien établies, en se fondant sur des principes constitutionnels généraux et sur sa propre opinion de la sagesse de la loi. D'autre part, la Cour est non seulement habilitée à se prononcer sur cette question mais elle est même tenue de le faire si la *Charte* paraît avoir été violée. Le pouvoir d'examiner une loi pour déterminer si elle est compatible avec la *Charte* s'étend tant aux questions de fond que de procédure. Les principes de justice fondamentale laissent une grande place au jugement individuel et la Cour doit veiller à ce qu'ils ne deviennent pas des principes qui sont de justice fondamentale aux yeux de l'intéressé seulement.

In this case, it is not disputed that in general s. 241(*b*) is valid and desirable legislation which fulfils the government's objectives of preserving life and protecting the vulnerable. The complaint is that the legislation is over-inclusive because it does not exclude from the reach of the prohibition those in the situation of the appellant who are terminally ill, mentally competent, but cannot commit suicide on their own. It is also argued that the extension of the prohibition to the appellant is arbitrary and unfair as suicide itself is not unlawful, and the common law allows a physician to withhold or withdraw life-saving or life-maintaining treatment on the patient's instructions and to administer palliative care which has the effect of hastening death. The issue is whether, given this legal context, the existence of a criminal prohibition on assisting suicide for one in the appellant's situation is contrary to principles of fundamental justice.

On ne conteste pas, dans le présent pourvoi, la validité et l'opportunité générales de l'al. 241*b*) puisqu'il répond à l'objectif du gouvernement de préserver la vie et de protéger la personne vulnérable. La contestation tient à la portée excessive de la loi puisqu'elle ne soustrait pas à son application des personnes qui, comme l'appelante, sont en phase terminale, mentalement capables, mais incapables de se suicider sans aide. On soutient également qu'étendre l'interdiction à l'appelante est à la fois arbitraire et injuste puisque le suicide lui-même n'est pas illégal et que la common law permet au médecin, sur les instructions du patient, d'interrompre ou de ne pas administrer un traitement qui maintient ou préserve la vie et de donner des soins palliatifs qui ont pour effet de précipiter le décès. Compte tenu de ce contexte juridique, l'existence d'une prohibition criminelle de l'aide au suicide pour une personne se trouvant dans la situation de l'appelante, est-elle contraire aux principes de justice fondamentale?

Discerning the principles of fundamental justice with which deprivation of life, liberty or security of the person must accord, in order to withstand constitutional scrutiny, is not an easy task. A mere common law rule does not suffice to constitute a principle of fundamental justice, rather, as the term implies, principles upon which there is some consensus that they are vital or fundamental to our societal notion of justice are required. Principles of

Il est difficile d'identifier les principes de justice fondamentale avec lesquels la restriction du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne doit être compatible pour soutenir un examen constitutionnel. Une simple règle de common law ne suffit pas pour former un principe de justice fondamentale. Au contraire, comme l'expression l'implique, les principes doivent être le fruit d'un certain consensus quant à leur caractère primordial

fundamental justice must not, however, be so broad as to be no more than vague generalizations about what our society considers to be ethical or moral. They must be capable of being identified with some precision and applied to situations in a manner which yields an understandable result. They must also, in my view, be legal principles. The now familiar words of Lamer J. in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 512-13, are as follows:

> Consequently, the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system.
>
> . . . the proper approach to the determination of the principles of fundamental justice is quite simply one in which, as Professor L. Tremblay has written, "future growth will be based on historical roots" . . . .
>
> Whether any given principle may be said to be a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 will rest upon an analysis of the nature, sources, *rationale* and essential role of that principle within the judicial process and in our legal system, as it evolves.

This Court has often stated that in discerning the principles of fundamental justice governing a particular case, it is helpful to look at the common law and legislative history of the offence in question (*Re B.C. Motor Vehicle Act* and *Morgentaler*, *supra*, and *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933). It is not sufficient, however, merely to conduct a historical review and conclude that because neither Parliament nor the various medical associations had ever expressed a view that assisted suicide should be decriminalized, that to prohibit it could not be said to be contrary to the principles of fundamental justice. Such an approach would be problematic for two reasons. First, a strictly historical analysis will always lead to the conclusion in a case such as this that the deprivation is in accordance with fundamental justice as the legislation will not have kept pace with advances in medical technology. Second, such reasoning is somewhat circular, in

ou fondamental dans la notion de justice de notre société. Les principes de justice fondamentale ne doivent toutefois pas être généraux au point d'être réduits à de vagues généralisations sur ce que notre société estime juste ou moral. Ils doivent pouvoir être identifiés avec une certaine précision et appliqués à diverses situations d'une manière qui engendre un résultat compréhensible. Ils doivent également, à mon avis, être des principes juridiques. Le juge Lamer a tenu ces propos maintenant bien connus, dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 512 et 513:

> En conséquence, les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique.
>
> . . . La façon dont il faut déterminer les principes de justice fondamentale est tout simplement celle qui, comme l'a écrit le professeur L. Tremblay, reconnaît que [TRADUCTION] «la croissance future reposera sur des racines historiques». . .
>
> La question de savoir si un principe donné peut être considéré comme un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 dépendra de l'analyse de la nature, des sources, de la raison d'être et du rôle essentiel de ce principe dans le processus judiciaire et dans notre système juridique à l'époque en cause.

Notre Cour a souvent affirmé que, pour identifier les principes de justice fondamentale qui régissent un cas particulier, il est utile de se reporter à la common law et à l'historique législatif de l'infraction en cause (*Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *Morgentaler*, précités, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933). Par contre, il ne suffit pas seulement de faire un examen historique et de conclure que, puisque ni le Parlement ni les différentes associations médicales n'ont encore exprimé l'opinion que l'aide au suicide devrait être décriminalisée, on peut dire que son interdiction est contraire aux principes de justice fondamentale. Une telle position serait aléatoire pour deux raisons. D'abord, une analyse strictement historique dans une affaire comme l'espèce mènera immanquablement à la conclusion que la restriction est conforme à la justice fondamentale puisque la loi n'a pas évolué au rythme des progrès réalisés par la

that it relies on the continuing existence of the prohibition to find the prohibition to be fundamentally just.

The way to resolve these problems is not to avoid the historical analysis, but to make sure that one is looking not just at the existence of the practice itself (i.e., the continued criminalization of assisted suicide) but at the rationale behind that practice and the principles which underlie it.

The appellant asserts that it is a principle of fundamental justice that the human dignity and autonomy of individuals be respected, and that to subject her to needless suffering in this manner is to rob her of her dignity. The importance of the concept of human dignity in our society was enunciated by Cory J. (dissenting, Lamer C.J. concurring) in *Kindler v. Canada (Minister of Justice)*, [1991] 2 S.C.R. 779, at p. 813. Respect for human dignity underlies many of the rights and freedoms in the *Charter*.

That respect for human dignity is one of the underlying principles upon which our society is based is unquestioned. I have difficulty, however, in characterizing this in itself as a principle of fundamental justice within the meaning of s. 7. While respect for human dignity is the genesis for many principles of fundamental justice, not every law that fails to accord such respect runs afoul of these principles. To state that "respect for human dignity and autonomy" is a principle of fundamental justice, then, is essentially to state that the deprivation of the appellant's security of the person is contrary to principles of fundamental justice because it deprives her of security of the person. This interpretation would equate security of the person with a principle of fundamental justice and render the latter redundant.

I cannot subscribe to the opinion expressed by my colleague, McLachlin J., that the state interest is an inappropriate consideration in recognizing the principles of fundamental justice in this case. This Court has affirmed that in arriving at these

technologie médicale. Deuxièmement, un tel raisonnement est un peu tautologique en ce que c'est le maintien de l'interdiction qui permet de conclure que l'interdiction est fondamentalement juste.

La façon de résoudre ces difficultés, ce n'est pas d'éviter l'analyse historique, mais plutôt de s'assurer qu'on ne considère pas seulement l'existence de la pratique elle-même (c'est-à-dire le maintien de la criminalisation du suicide assisté), mais aussi la raison d'être de cette pratique et les principes qui la sous-tendent.

L'appelante soutient que le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne constitue un principe de justice fondamentale, et que la soumettre ainsi à des souffrances inutiles la prive de sa dignité. L'importance du concept de la dignité humaine dans notre société a été exprimée par le juge Cory (dissident, avec l'appui du juge en chef Lamer) dans l'arrêt *Kindler c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1991] 2 R.C.S. 779, à la p. 813. Le respect de la dignité humaine est le fondement de nombreux droits et libertés garantis par la *Charte*.

On ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est l'un des principes fondamentaux de notre société. J'ai toutefois de la difficulté à le qualifier en soi de principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7. Si le respect de la dignité humaine est à la source de plusieurs principes de justice fondamentale, les lois qui ne traduisent pas un tel respect ne vont pas toutes à l'encontre de ces principes. Affirmer que le «respect de la dignité et de l'autonomie de la personne» est un principe de justice fondamentale revient donc essentiellement à affirmer que priver l'appelante de la sécurité de sa personne est contraire aux principes de justice fondamentale parce qu'elle est privée de la sécurité de sa personne. Cette interprétation assimilerait la sécurité de la personne à un principe de justice fondamentale et rendrait ce dernier redondant.

Je ne peux souscrire à l'opinion de ma collègue le juge McLachlin selon laquelle il n'y a pas lieu de considérer l'intérêt de l'État pour identifier les principes de justice fondamentale dans le présent pourvoi. Notre Cour a affirmé que, pour établir ces

principles, a balancing of the interest of the state and the individual is required. In *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539, La Forest J., referring to his own reasons in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 327, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3, stated that one must "consider (the impugned measure) against the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field". La Forest J. concluded that:

> What these practices have sought to achieve is a just accommodation between the interests of the individual and those of the state, both of which factors play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice; see *R. v. Lyons*, *supra*, at pp. 327 and 329; *R. v. Beare*, *supra*, at pp. 403-5; also my reasons in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 745 (dissenting on another point); see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, at p. 304, *per* La Forest J. (Dickson C.J. and Lamer J. concurring). The interests in the area with which we are here concerned involve particularly delicate balancing, and, as Wilson J. has demonstrated, the various common law countries have approached it in rather different ways. I do not wish to undertake the invidious task of examining which is the better way. All seem to me to be reasonable approaches, but what is important is that the *Charter* provisions seem to me to be deeply anchored in previous Canadian experience. By this, I do not mean that we must remain prisoners of our past. I do mean, however, that in continuing to grope for the best balance in specific contexts, we must begin with our own experience . . . .

This concept of balancing was confirmed in a very recent judgment of this Court. In *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, McLachlin J. concluded that the appellant had been deprived of a liberty interest protected by s. 7. She then considered whether that deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice (at pp. 151-52):

> The principles of fundamental justice are concerned not only with the interest of the person who claims his lib-

principes, il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539, le juge La Forest, se reportant à ses propres motifs dans les arrêts *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 327, et *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403, a affirmé qu'il fallait «examiner (la mesure contestée) en regard des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine». Le juge La Forest a conclu ceci:

> Ces pratiques ont tenté d'établir un juste équilibre entre les intérêts du particulier et ceux de l'État qui, dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale; voir les arrêts *R. c. Lyons*, précité, aux pp. 327 et 329, *R. c. Beare*, précité, aux pp. 403 et 405, ainsi que mes motifs dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 745 (dissident sur un autre point); voir également l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, à la p. 304, le juge La Forest (aux motifs duquel souscrivent le juge en chef Dickson et le juge Lamer). Les intérêts visés dans le domaine qui nous concerne en l'espèce doivent être soupesés de façon particulièrement délicate et, comme le juge Wilson l'a démontré, les différents pays de common law ont abordé la question de manières plutôt différentes. Je ne veux pas entreprendre la tâche ingrate de déterminer quelle est la meilleure façon de procéder. Elles me semblent toutes raisonnables, mais l'important est que les dispositions de la *Charte* me semblent profondément enracinées dans l'expérience canadienne antérieure. Je ne veux pas dire par là que nous devons demeurer prisonniers de notre passé. Je veux cependant dire que tout en cherchant à établir le meilleur équilibre dans des contextes particuliers, nous devons partir de notre propre expérience . . .

Cette théorie de la pondération a été confirmée dans un arrêt très récent de notre Cour, *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, dans lequel le juge McLachlin a conclu que l'appelant avait été privé d'un droit à la liberté garanti par l'art. 7. Elle a ensuite examiné si cette restriction était conforme aux principes de justice fondamentale (aux pp. 151 et 152):

> Ces principes touchent non seulement au droit de la personne qui soutient que sa liberté a été limitée, mais éga-

erty has been limited, but with the protection of society. Fundamental justice requires that a fair balance be struck between these interests, both substantively and procedurally (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 502-3, *per* Lamer J.; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 212, *per* Wilson J.; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 882, *per* Iacobucci J.). In my view the balance struck in this case conforms to this requirement.

The first question is whether, from a substantive point of view, the change in the law strikes the right balance between the accused's interests and the interests of society. The interest of society in being protected against the violence that may be perpetrated as a consequence of the early release of inmates whose sentence has not been fully served needs no elaboration. On the other side of the balance lies the prisoner's interest in an early conditional release. [Emphasis added.]

McLachlin J. held that the appropriate balance had been struck "by qualifying the prisoner's expectation regarding the form in which the sentence would be served" (p. 152).

Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose. This is, to my mind, essentially the type of analysis which E. Colvin advocates in his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, and which was carried out in *Morgentaler*. That is, both Dickson C.J. and Beetz J. were of the view that at least some of the restrictions placed upon access to abortion had no relevance to the state objective of protecting the foetus while protecting the life and health of the mother. In that regard the restrictions were arbitrary or unfair. It follows that before one can determine that a statutory provision is contrary to fundamental justice, the relationship between the provision and the state interest must be considered. One cannot conclude that a particular limit is arbitrary because (in the words of my colleague, McLachlin J. at pp. 619-20) "it bears no relation to, or is inconsis-

lement à la protection de la société. La justice fondamentale exige un juste équilibre entre ces droits, tant du point de vue du fond et que de celui de la forme (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 502 et 503, le juge Lamer; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 212, le juge Wilson; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 882, le juge Iacobucci). À mon avis, l'équilibre obtenu en l'espèce satisfait à cette exigence.

La première question est de savoir si, du point de vue du fond, la modification de la loi établit un juste équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. Il n'est pas nécessaire de souligner l'intérêt qu'a la société d'être protégée contre les actes de violence qui pourraient survenir pas suite de la mise en liberté anticipée de détenus dont la peine n'a pas été purgée au complet. Par ailleurs, il faut également tenir compte du droit du détenu à une mise en liberté anticipée sous condition. [Je souligne.]

Le juge McLachlin a conclu qu'un juste équilibre avait été atteint «par la restriction de l'attente qu'a le détenu par rapport à la façon dont la peine doit être purgée» (p. 152).

Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable. À mon sens, il s'agit là essentiellement du genre d'analyse que E. Colvin préconise dans son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, et qui a été effectuée dans l'arrêt *Morgentaler*. En effet, le juge en chef Dickson et le juge Beetz étaient tous deux d'avis qu'au moins certaines restrictions à l'accès à l'avortement n'avaient aucune pertinence avec l'objectif de l'État, qui était de protéger le fœtus tout en protégeant la vie et la santé de la mère. À cet égard, les restrictions étaient arbitraires et injustes. Il s'ensuit que, avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État. On ne peut conclure qu'une restriction donnée est arbitraire parce qu'elle (selon les termes de ma collègue le juge McLachlin aux

tent with, the objective that lies behind the legislation" without considering the state interest and the societal concerns which it reflects.

The issue here, then, can be characterized as being whether the blanket prohibition on assisted suicide is arbitrary or unfair in that it is unrelated to the state's interest in protecting the vulnerable, and that it lacks a foundation in the legal tradition and societal beliefs which are said to be represented by the prohibition.

Section 241(*b*) has as its purpose the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide. This purpose is grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken. This policy finds expression not only in the provisions of our *Criminal Code* which prohibit murder and other violent acts against others notwithstanding the consent of the victim, but also in the policy against capital punishment and, until its repeal, attempted suicide. This is not only a policy of the state, however, but is part of our fundamental conception of the sanctity of human life. The Law Reform Commission expressed this philosophy appropriately in its Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 36:

> Preservation of human life is acknowledged to be a fundamental value of our society. Historically, our criminal law has changed very little on this point. Generally speaking, it sanctions the principle of the sanctity of human life. Over the years, however, law has come to temper the apparent absolutism of the principle, to delineate its intrinsic limitations and to define its true dimensions.

As is noted in the above passage, the principle of sanctity of life is no longer seen to require that all human life be preserved at all costs. Rather, it has come to be understood, at least by some, as encompassing quality of life considerations, and to be subject to certain limitations and qualifications

pp. 619 et 620) «n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi», sans considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles elle répond.

On peut donc dire qu'en l'espèce il s'agit de déterminer si l'interdiction générale du suicide assisté est arbitraire ou injuste parce qu'elle n'a aucun lien avec l'intérêt de l'État à protéger la personne vulnérable et parce qu'elle n'a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente.

L'alinéa 241*b*) vise à protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider. Cet objectif, fondé sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie, traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie. Cette politique trouve son expression dans les dispositions de notre *Code criminel* qui interdisent le meurtre et d'autres actes de violence contre autrui, indépendamment du consentement de la victime, ainsi que dans la politique qui interdit la peine capitale et, jusqu'à ce qu'elle soit abrogée, la tentative de suicide. Cependant, il ne s'agit pas seulement d'une politique de l'État, mais d'un élément de notre conception fondamentale du caractère sacré de la vie humaine. La Commission de réforme du droit a exprimé justement cette philosophie dans son Document de travail 28 intitulé *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 41:

> La préservation de la vie humaine est une valeur reconnue comme fondamentale par notre société. Sur ce point, notre droit criminel a au fond fort peu varié dans son histoire. Il sanctionne, d'une façon générale, le principe du caractère sacré de la vie humaine. Il a cependant, au cours des ans, été amené à apporter des nuances à l'absolutisme apparent du principe, à découvrir ses limites intrinsèques et à lui donner sa véritable dimension.

Comme l'indique le passage précité, on admet maintenant que le principe du caractère sacré de la vie n'exige pas que toute vie humaine soit préservée à tout prix. Il est en effet reconnu, du moins par certains, qu'il inclut des considérations relatives à la qualité de la vie et qu'il est soumis à cer-

reflective of personal autonomy and dignity. An analysis of our legislative and social policy in this area is necessary in order to determine whether fundamental principles have evolved such that they conflict with the validity of the balancing of interests undertaken by Parliament.

(i) History of the Suicide Provisions

At common law, suicide was seen as a form of felonious homicide that offended both against God and the King's interest in the life of his citizens. As Blackstone noted in *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 4, at p. 189:

> . . . the law of England wisely and religiously considers, that no man hath a power to destroy life, but by commission from God, the author of it: and, as the suicide is guilty of a double offence; one spiritual, in invading the prerogative of the Almighty, and rushing into his immediate presence uncalled for; the other temporal, against the king, who hath an interest in the preservation of all his subjects; the law has therefore ranked this among the highest crimes, making it a peculiar species of felony, a felony committed on oneself.

This is essentially the view first propounded by Plato and Aristotle that suicide was "an offence against the gods or the state" (M. G. Velasquez, "Defining Suicide" (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37, at p. 40).

However, the contrary school of thought has always existed and is premised on notions of both freedom and compassion. The Roman Stoics, for example, "tended to condone suicide as a lawful and rational exercise of individual freedom and even wise in the cases of old age, disease, or dishonor" (Velasquez, *supra*, at p. 40). A more humane tone was struck by the Chancellor Francis Bacon who would have preferred leaving to the doctors the duty of lessening, or even ending, the suffering of their patients (L. Depaule, "Le droit à

taines limites et restrictions tenant aux notions d'autonomie et de dignité de la personne. Il faut analyser notre politique législative et sociale dans ce domaine pour déterminer si les principes fondamentaux ont évolué au point d'entrer en conflit avec la validité de la pondération des intérêts par le Parlement.

(i) Historique des dispositions en matière de suicide

En common law, le suicide était initialement considéré comme une forme d'homicide criminel offensant à la fois Dieu et l'intérêt du Roi dans la vie de ses sujets. Comme l'a souligné Blackstone dans *Commentaries on the Laws of England* (1769), vol. 4, à la p. 189:

> La loi d'Angleterre considère une telle action sous un point de vue sage et religieux: elle juge que nul n'a le droit d'attenter à sa vie; que Dieu seul, qui en est l'auteur, doit en disposer. Et, comme le Suicide est coupable d'une double offense, l'une spirituelle, en usurpant la prérogative du Tout-Puissant, et se jetant en sa présence immédiatement, sans être appelé; l'autre temporelle, commise envers le roi, qui a intérêt à la conservation de tous ses sujets; la loi a en conséquence rangé ce crime parmi les crimes les plus graves; elle en a fait une espèce particulière de félonie, une félonie commise contre soi-même.
>
> (Traduit par N. M. Chompré, *Commentaires sur les lois anglaises* (1823), t. 5, aux pp. 526 et 527.)

C'est essentiellement l'opinion qu'ont initialement exposée Platon et Aristote, selon lesquels le suicide est [TRADUCTION] «un crime contre les dieux et l'État» (M. G. Velasquez, «Defining Suicide» (1987), 3 *Issues in Law & Medicine* 37, à la p. 40).

Toutefois une école de pensée opposée, fondée sur des notions de liberté et de compassion, a toujours existé. Les stoïciens romains, par exemple, [TRADUCTION] «étaient enclins à tolérer le suicide comme une expression légale et rationnelle de la liberté individuelle, et même comme un acte de sagesse dans les cas de vieillesse, de maladie et de déshonneur» (Velasquez, *loc. cit.*, à la p. 40). Adoptant un ton plus humain, le chancelier Francis Bacon aurait préféré laisser aux médecins la tâche d'atténuer la souffrance de leurs patients ou même

la mort: rapport juridique" (1974), 7 *Human Rights Journal* 464, at p. 467). There has never been a consensus with respect to this contrary school of thought.

Thus, until 1823, English law provided that the property of the suicide be forfeited and his body placed at the cross-roads of two highways with a stake driven through it. Burial indignities were also imposed in *ancien régime* France where the body of the suicide was often put on trial before being crucified (G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), at p. 259; Depaule, *supra*, at p. 465, citing the *Ordonnance de 1670*, title XXII).

However, given the practical difficulties of prosecuting the successful suicide, most prohibitions centred on attempted suicide; it was considered an offence and accessory liability for assisted suicide was made punishable. In England, this took the form of a charge of accessory before the fact to murder or murder itself until the passage of the *Suicide Act, 1961* (U.K.), 9 & 10 Eliz. 2, c. 60, which created an offence of assisting suicide which reads much like our s. 241. In Canada, the common law recognized that aiding suicide was criminal (G. W. Burbidge, *A Digest of the Criminal Law of Canada* (1890), at p. 224) and this was enshrined in the first *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, s. 237. It is, with some editorial changes, the provision now found in s. 241.

The associated offence of attempted suicide has an equally long pedigree in Canada, found in the original *Code* at s. 238 and continued substantively unaltered until its repeal by S.C. 1972, c. 13, s. 16. The fact of this decriminalization does not aid us particularly in this analysis, however. Unlike the situation with the partial decriminalization of abortion, the decriminalization of attempted suicide cannot be said to represent a consensus by Parliament or by Canadians in general that the autonomy interest of those wishing to kill themselves is paramount to the state interest in protecting the life of its citizens. Rather, the matter of suicide was seen to have its roots and its solutions in sciences

d'y mettre fin (L. Depaule, «Le droit à la mort: rapport juridique» (1974), 7 *Revue des droits de l'homme* 464, à la p. 467). Il n'y a jamais eu de consensus sur cette école de pensée.

Ainsi, jusqu'en 1823, le droit anglais prescrivait la confiscation des biens du suicidé et l'abandon de sa dépouille, transpercée d'un pieu, à la croisée de deux routes. L'Ancien Régime en France infligeait également des indignités au cadavre du suicidé qui était souvent mis en procès avant d'être crucifié (G. Williams, *The Sanctity of Life and the Criminal Law* (1957), à la p. 259; Depaule, *loc. cit.*, à la p. 465, citant l'*Ordonnance de 1670*, titre XXII).

Toutefois, compte tenu des difficultés pratiques à poursuivre l'auteur d'un suicide, les interdictions visaient surtout la tentative de suicide; elle était alors considérée comme une infraction, et la responsabilité de complice du suicide assisté était punissable. En Angleterre, le principe prenait la forme d'une accusation de complicité avant le meurtre ou de meurtre même, jusqu'à l'adoption de la *Suicide Act, 1961* (R.-U.), 9 & 10 Eliz. 2, ch. 60, qui a créé l'infraction d'aide au suicide, dont le libellé ressemble à notre art. 241. Au Canada, le caractère criminel de l'aide au suicide était reconnu en common law (G. W. Burbidge, *A Digest of the Criminal Law of Canada* (1890), à la p. 224), et fut consacré dans le premier *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29, art. 237. C'est, à part quelques changements rédactionnels, l'art. 241 actuel.

Au Canada, l'infraction reliée de tentative de suicide a une histoire tout aussi longue. Prévue à l'art. 238 du premier *Code*, elle a conservé essentiellement la même forme jusqu'à son abrogation par S.C. 1972, ch. 13, art. 16. Cette décriminalisation n'est toutefois d'aucun secours particulier dans la présente analyse. Contrairement à la décriminalisation partielle de l'avortement, on ne peut dire que la décriminalisation de la tentative de suicide traduit un consensus, chez le législateur ou au sein de la population canadienne en général, selon lequel le droit à l'autonomie de ceux qui souhaitent se tuer l'emporte sur l'intérêt qu'a l'État à protéger la vie de ses citoyens. On a considéré plutôt que la

outside the law, and for that reason not to mandate a legal remedy. Since that time, there have been some attempts to decriminalize assistance to suicide through private members bills, but none has been successful.

(ii) Medical Care at the End of Life

Canadian courts have recognized a common law right of patients to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment, once commenced, be withdrawn or discontinued (*Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119). This right has been specifically recognized to exist even if the withdrawal from or refusal of treatment may result in death (*Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. S.C.); and *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)). The United States Supreme Court has also recently recognized that the right to refuse life-sustaining medical treatment is an aspect of the liberty interest protected by the Fourteenth Amendment in *Cruzan v. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224. However, that Court also enunciated the view that when a patient was unconscious and thus unable to express her own views, the state was justified in requiring compelling evidence that withdrawal of treatment was in fact what the patient would have requested had she been competent.

The House of Lords has also had occasion very recently to address the matter of withdrawal of treatment. In *Airedale N.H.S. Trust v. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316, their Lordships authorized the withdrawal of artificial feeding from a 17-year-old boy who was in a persistent vegetative state as a result of injuries suffered in soccer riots, upon the consent of his parents. Persistence in a vegetative state was found not to be beneficial to the patient and the principle of sanctity of life, which was not absolute, was therefore found not to be violated by the withdrawal of treatment.

Although the issue was not before them, their Lordships nevertheless commented on the distinction between withdrawal of treatment and active

question du suicide tirait sa source et ses solutions de sciences étrangères au droit et que, pour cette raison, elle n'exigeait pas une solution d'ordre juridique. Depuis lors, il y a eu quelques tentatives de décriminalisation de l'aide au suicide dans des projets de loi privés, mais aucune n'a abouti.

(ii) Soins médicaux au terme de la vie

Les tribunaux canadiens ont reconnu aux patients le droit en common law de refuser un traitement médical ou d'exiger qu'un traitement, une fois commencé, soit interrompu (*Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119). Ce droit a été expressément reconnu même si l'interruption ou le refus du traitement risquent d'entraîner la mort (*Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.), et *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.)). Récemment, dans l'arrêt *Cruzan c. Director, Missouri Health Department* (1990), 111 L. Ed. 2d 224, la Cour suprême des États-Unis a également reconnu que le droit de refuser un traitement médical qui prolonge la vie est un aspect du droit à la liberté qui est garanti par le Quatorzième amendement. Toutefois, la même cour a également exprimé l'opinion que, si le patient est inconscient et par conséquent incapable d'exprimer sa volonté, l'État est en droit d'exiger une preuve convaincante que le patient aurait effectivement demandé la cessation du traitement s'il avait été capable.

La Chambre des lords a aussi eu très récemment à faire face à la question de l'interruption de traitement. Dans l'arrêt *Airedale N.H.S. Trust c. Bland*, [1993] 2 W.L.R. 316, les lords ont autorisé, avec le consentement des parents, l'interruption de l'alimentation artificielle d'un garçon âgé de 17 ans qui se trouvait dans un état végétatif permanent par suite de blessures subies au cours d'émeutes survenues pendant un match de football. Ils ont jugé que le maintien du patient dans un état végétatif ne lui était pas bénéfique et que le principe du caractère sacré de la vie, qui n'est pas absolu, n'était donc pas violé par l'interruption du traitement.

Bien que la question ne leur ait pas été posée, les lords ont commenté la distinction entre l'interruption de traitement et l'euthanasie active. Lord

euthanasia. Lord Keith stated at p. 362 that though the principle of sanctity of life is not an absolute one, "it forbids the taking of active measures to cut short the life of a terminally ill patient". Lord Goff also emphasized this distinction, stressing that the law draws a crucial distinction between active and passive euthanasia. He stated as follows, at pp. 368-69:

> . . . the former [passive euthanasia] may be lawful, either because the doctor is giving effect to his patient's wishes by withholding the treatment or care, or even in certain circumstances in which (on principles which I shall describe) the patient is incapacitated from stating whether or not he gives his consent. But it is not lawful for a doctor to administer a drug to his patient to bring about his death, even though that course is prompted by a humanitarian desire to end his suffering, however great that suffering may be . . . . So to act is to cross the Rubicon which runs between on the one hand the care of the living patient and on the other hand euthanasia — actively causing his death to avoid or to end his suffering . . . . It is of course well known that there are many responsible members of our society who believe that euthanasia should be made lawful; but that result could, I believe, only be achieved by legislation which expresses the democratic will that so fundamental a change should be made in our law, and can, if enacted, ensure that such legalised killing can only be carried out subject to appropriate supervision and control. It is true that the drawing of this distinction may lead to a charge of hypocrisy; because it can be asked why, if the doctor, by discontinuing treatment, is entitled in consequence to let his patient die, it should not be lawful to put him out his misery straight away, in a more humane manner, by a lethal injection, rather than let him linger on in pain until he dies. But the law does not feel able to authorise euthanasia, even in circumstances such as these; for once euthanasia is recognised as lawful in these circumstances, it is difficult to see any logical basis for excluding it in others.

Following Working Paper 28, the Law Reform Commission recommended in its 1983 Report to the Minister of Justice that the *Criminal Code* be amended to provide that the homicide provisions not be interpreted as requiring a physician to

Keith a affirmé à la p. 362 que, quoique le principe du caractère sacré de la vie ne soit pas absolu, [TRADUCTION] «il prohibe la prise de mesures actives qui visent à abréger la vie d'un patient en phase terminale». Lord Goff a également mis l'accent sur cette distinction, soulignant que le droit établit une distinction cruciale entre l'euthanasie active et l'euthanasie passive. Il dit ceci aux pp. 368 et 369:

> [TRADUCTION] . . . la première [l'euthanasie passive] peut être légale, dans le cas où le médecin respecte la volonté de son patient en interrompant le traitement ou les soins, ou même dans certains cas, où (selon les principes que je décrirai) le patient n'est pas en mesure d'accorder ou de refuser son consentement. Toutefois, il n'est pas légal qu'un médecin administre un médicament à son patient pour provoquer sa mort, même si cette action est inspirée par la volonté humanitaire de mettre fin à ses souffrances, si grandes soient-elles [. . .] Accomplir ce geste revient à franchir le Rubicon qui sépare, d'une part, les soins au patient vivant et, d'autre part, l'euthanasie qui consiste à causer activement le décès du patient pour lui éviter des souffrances ou y mettre fin [. . .] Il est évidemment reconnu que de nombreux membres responsables de notre société se disent en faveur de la légalisation de l'euthanasie; toutefois, un tel résultat ne pourrait à mon sens être obtenu que grâce à une loi qui exprime la volonté démocratique d'apporter un changement aussi fondamental dans notre droit, et qui, si elle est adoptée, garantit que la mort ne peut être légalement provoquée que dans le cadre d'une surveillance et d'un contrôle appropriés. Certes, une telle distinction peut se faire reprocher d'être hypocrite; en effet, on serait en droit de se demander pourquoi, si le médecin qui interrompt le traitement est par conséquent en droit de laisser mourir son patient, il n'est pas légalement autorisé à mettre fin à son supplice immédiatement, d'une manière plus humaine au moyen d'une injection mortelle, plutôt que de le laisser agoniser jusqu'à sa mort. Mais le droit ne s'estime pas habilité à autoriser l'euthanasie, même dans des circonstances comme l'espèce; si on reconnaît la légalité de l'euthanasie dans ces circonstances, il est alors difficile de trouver une justification logique à son exclusion dans d'autres circonstances.

À la suite de son Document de travail 28, la Commission de réforme du droit a recommandé, dans son rapport de 1983 présenté au ministre de la Justice, que le *Code criminel* soit modifié pour indiquer que les dispositions en matière d'homi-

undertake medical treatment against the wishes of a patient, or to continue medical treatment when such treatment "has become therapeutically useless", or from requiring a physician to "cease administering appropriate palliative care intended to eliminate or to relieve the suffering of a person, for the sole reason that such care or measures are likely to shorten the life expectancy of this person" (Report 20, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1983), at pp. 34-35).

cide ne doivent pas être interprétées comme exigeant du médecin qu'il entreprenne un traitement médical contre le gré d'un patient ou qu'il le poursuive lorsqu'il est devenu «thérapeutiquement inutile», ou comme obligeant un médecin à «interrompre l'administration de soins palliatifs et de mesures destinées à éliminer ou à atténuer les souffrances d'une personne pour la seule raison que ces soins ou ces mesures sont susceptibles de raccourcir l'expectative de vie de cette personne» (Rapport 20, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1983), aux pp. 36 et 37).

The Law Reform Commission had discussed in the Working Paper the possibility of the decriminalization of assisted suicide in the following terms, at pp. 53-54:

La Commission de réforme du droit a analysé dans le Document de travail la possibilité de décriminaliser l'aide au suicide, aux pp. 61 et 62:

First of all, the prohibition in [s. 241] is not restricted solely to the case of the terminally ill patient, for whom we can only have sympathy, or solely to his physician or a member of his family who helps him to put an end to his suffering. The section is more general and applies to a variety of situations for which it is much more difficult to feel sympathy. Consider, for example, a recent incident, that of inciting to mass suicide. What of the person who takes advantage of another's depressed state to encourage him to commit suicide, for his own financial benefit? What of the person who, knowing an adolescent's suicidal tendencies, provides him with large enough quantities of drugs to kill him? The "accomplice" in these cases cannot be considered morally blameless. Nor can one conclude that the criminal law should not punish such conduct. To decriminalize completely the act of aiding, abetting or counselling suicide would therefore not be a valid legislative policy. But could it be in the case of the terminally ill?

Tout d'abord, la prohibition de [l'art. 241] n'est pas restreinte au seul cas du patient en phase terminale, pour lequel on ne peut qu'éprouver de la sympathie, ni au seul cas de son médecin ou de l'un de ses proches qui l'aide à mettre fin à ses souffrances. L'article est beaucoup plus général. Il s'applique à une variété de situations pour lesquelles il est plus difficile d'éprouver une telle sympathie. Que dire par exemple, pour reprendre un fait qui s'est passé récemment, de l'incitation à un suicide collectif? Que dire de celui qui, profitant de l'état dépressif d'une autre personne, la pousse au suicide pour en tirer un bénéfice pécuniaire? Comment juger le geste de celui qui, connaissant les tendances suicidaires d'un adolescent, lui procure des médicaments en dose suffisante pour le tuer? On ne saurait affirmer dans ce cas que le «complice» n'est pas moralement blâmable. On ne saurait non plus conclure que le droit criminel devrait s'abstenir de sanctionner ces conduites. Décriminaliser complètement l'aide, le conseil et l'encouragement au suicide n'est donc probablement pas une politique législative valable sur un plan général. L'est-elle cependant lorsque l'on s'adresse à des individus en phase terminale?

The probable reason why legislation has not made an exception for the terminally ill lies in the fear of the excesses or abuses to which liberalization of the existing law could lead. As in the case of "compassionate murder", decriminalization of aiding suicide would be based on the humanitarian nature of the motive leading the person to provide such aid, counsel or encouragement. As in the case of compassionate murder, moreover, the law may legitimately fear the difficulties involved in

Dans ce cas précis, on doit constater encore une fois que la raison probable qui a motivé le législateur à ne pas faire d'exception pour l'agonisant, est fondée sur la crainte des excès ou des abus qu'une libéralisation de la loi actuelle pourrait entraîner. Comme dans le cas du meurtre par compassion, une décriminalisation serait basée sur le caractère humanitaire du motif qui pousse la personne à fournir aide, conseil ou encouragement. Comme dans le cas du meurtre par compassion, la loi

determining the true motivation of the person committing the act.

Aiding or counselling a person to commit suicide, on the one hand, and homicide, on the other, are sometimes extremely closely related. Consider, for example, the doctor who holds the glass of poison and pours the contents into the patient's mouth. Is he aiding him to commit suicide? Or is he committing homicide, since the victim's willingness to die is legally immaterial? There is reason to fear that homicide of the terminally ill for ignoble motives may readily be disguised as aiding suicide.

In its Working Paper, the Commission had originally recommended that the consent of the Attorney General should be required before prosecutions could be brought under s. 241(*b*). However, after negative public response, the Commission retracted this recommendation in its 1983 Report.

It can be seen, therefore, that while both the House of Lords, and the Law Reform Commission of Canada have great sympathy for the plight of those who wish to end their lives so as to avoid significant suffering, neither has been prepared to recognize that the active assistance of a third party in carrying out this desire should be condoned, even for the terminally ill. The basis for this refusal is twofold it seems — first, the active participation by one individual in the death of another is intrinsically morally and legally wrong, and second, there is no certainty that abuses can be prevented by anything less than a complete prohibition. Creating an exception for the terminally ill might therefore frustrate the purpose of the legislation of protecting the vulnerable because adequate guidelines to control abuse are difficult or impossible to develop.

(iii) Review of Legislation in other Countries

A brief review of the legislative situation in other Western democracies demonstrates that in general, the approach taken is very similar to that which currently exists in Canada. Nowhere is

peut cependant légitimement craindre les difficultés qu'il peut y avoir à établir la motivation réelle de l'auteur de l'acte.

De plus, aide ou incitation au suicide d'une part et homicide d'autre part sont parfois extrêmement proches l'un de l'autre. Qu'en est-il, par exemple, du médecin qui tient le verre contenant le poison et en verse le contenu dans la bouche du patient? Est-ce une aide au suicide? Est-ce plutôt un homicide, puisque le consentement de la victime à la mort est indifférent? Le législateur peut craindre que des cas d'homicide de personnes en phase terminale, pour des motifs peu nobles, ne puissent être facilement déguisés en aides au suicide.

Dans son Document de travail, la Commission a initialement recommandé que le consentement du procureur général soit obtenu avant que des poursuites soient intentées en vertu de l'al. 241*b*). Toutefois, devant la réponse négative du public, elle est revenue sur cette recommandation dans son rapport de 1983.

On voit donc que, si la Chambre des lords et la Commission de réforme du droit du Canada expriment leur profonde sympathie à l'égard des personnes qui souhaitent mettre fin à leurs jours pour éviter de grandes souffrances, ni l'une ni l'autre n'est disposée à reconnaître que l'aide active d'un tiers pour réaliser ce souhait devrait être tolérée, même dans le cas du malade en phase terminale. Un tel refus semble être fondé sur deux raisons: d'une part, la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique et, d'autre part, il n'existe aucune certitude que l'on puisse prévenir les abus par une interdiction moindre que générale. Créer une exception pour les malades en phase terminale risquerait par conséquent de déjouer l'objectif de la loi, qui vise à protéger la personne vulnérable, puisqu'il est difficile, voire impossible, de concevoir des directives qui permettent d'éviter les abus.

(iii) Examen de la législation à l'étranger

Un bref examen de l'expérience législative d'autres démocraties occidentales démontre que, de façon générale, leur position est proche de celle prévalant actuellement au Canada. Nulle part le

assisted suicide expressly permitted, and most countries have provisions expressly dealing with assisted suicide which are at least as restrictive as our s. 241. For example, the *Austrian Penal Act 1945*, s. 139b, and the Spanish *Penal Code*, art. 409, have provisions virtually identical to our own, while the Italian *Penal Code* of 1930, art. 580, is even more broadly drafted, reading as follows:

> Whoever brings about another's suicide or reinforces his determination to commit suicide, or in any way facilitates its commission, shall be punished. . . . [Emphasis added.]

(*The Italian Penal Code* (1978), translated by E. M. Wise, in the American Series of Foreign Penal Codes, vol. 23, at p. 194.)

The relevant provision of the *Suicide Act, 1961* of the United Kingdom punishes a "person who aids, abets, counsels or procures the suicide of another, or an attempt by another to commit suicide", and this form of prohibition is echoed in the criminal statutes of all state and territorial jurisdictions in Australia (M. Otlowski, "Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System" (1993), 17 *Crim. L.J.* 10). The U.K. provision is apparently the only prohibition on assisted suicide which has been subjected to judicial scrutiny for its impact on human rights prior to the present case. In the Application No. 10083/82, *R. v. United Kingdom*, July 4, 1983, D.R. 33, p. 270, the European Commission of Human Rights considered whether s. 2 of the *Suicide Act, 1961* violated either the right to privacy in Article 8 or freedom of expression in Article 10 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. The applicant, who was a member of a voluntary euthanasia association, had been convicted of several counts of conspiracy to aid and abet a suicide for his actions in placing persons with a desire to kill themselves in touch with his co-accused who then assisted them in committing suicide. The European Commission held (at pp. 271-72) that the acts of aiding, abetting, counselling or procuring suicide were "excluded from the concept of privacy by virtue of their trespass on the public interest of protecting life, as reflected in

suicide assisté n'est expressément permis et la plupart des pays ont des dispositions traitant expressément de l'aide au suicide qui sont au moins aussi restrictives que notre art. 241. Par exemple, l'art. 139b de la *Loi pénale de 1945* de l'Autriche et l'art. 409 du *Code pénal* espagnol renferment des dispositions pratiquement identiques à la nôtre, alors que l'art. 580 du *Code pénal* italien de 1930 est rédigé en des termes même plus généraux, qui portent que:

> Quiconque détermine un tiers au suicide, ou raffermit le projet de suicide d'un tiers, ou bien en facilite, de quelque façon que ce soit, la réalisation, est puni. . . [Je souligne.]

(*Code pénal italien*, traduit par P. de Casabianca, dans *Les codes pénaux européens* (1957), t. II, à la p. 980.)

La disposition pertinente de la *Suicide Act, 1961* du Royaume-Uni punit [TRADUCTION] «quiconque aide, encourage, conseille ou entraîne le suicide ou la tentative de suicide d'une personne». Cette forme d'interdiction est reprise dans les lois pénales de tous les États et territoires de l'Australie (M. Otlowski, «Mercy Killing Cases in the Australian Criminal Justice System» (1993), 17 *Crim. L.J.* 10). La disposition en vigueur au Royaume-Uni est apparemment la seule interdiction de l'aide au suicide qui, avant le présent pourvoi, ait été soumise à un examen par les tribunaux relativement à son impact sur les droits de la personne. Dans la requête nº 10083/82, *R. c. Royaume-Uni*, le 4 juillet 1983, D.R. 33, p. 270, la Commission européenne des droits de l'homme devait décider si l'art. 2 de la *Suicide Act, 1961* violait le droit à la vie privée garanti à l'art. 8 ou à la liberté d'expression prévu à l'art. 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*. Le requérant, alors membre d'une association bénévole d'euthanasie, avait été déclaré coupable sous plusieurs chefs d'accusation de complot en vue d'aider et d'encourager le suicide, pour avoir mis des personnes désireuses de se suicider en rapport avec son coaccusé, qui les aidait ensuite à se donner la mort. La Commission européenne a conclu (à la p. 274) que «les actes d'assistance, de conseil ou d'aide au suicide sont exclus de la notion de vie privée car ils portent

the criminal provisions of the 1961 Act", and upheld the applicant's conviction for the offence. Further, the Commission upheld the restriction on the applicant's freedom of expression, recognizing (at p. 272):

> . . . the State's legitimate interest in this area in taking measures to protect, against criminal behaviour, the life of its citizens particularly those who belong to especially vulnerable categories by reason of their age or infirmity. It recognises the right of the State under the Convention to guard against the inevitable criminal abuses that would occur, in the absence of legislation, against the aiding and abetting of suicide.

Although the factual scenario in that decision was somewhat different from the one at bar, it is significant that neither the European Commission of Human Rights nor any other judicial tribunal has ever held that a state is prohibited on constitutional or human rights grounds from criminalizing assisted suicide.

Some European countries have mitigated prohibitions on assisted suicide which might render assistance in a case similar to that before us legal in those countries. In the Netherlands, although assisted suicide and voluntary active euthanasia are officially illegal, prosecutions will not be laid so long as there is compliance with medically established guidelines. Critics of the Dutch approach point to evidence suggesting that involuntary active euthanasia (which is not permitted by the guidelines) is being practised to an increasing degree. This worrisome trend supports the view that a relaxation of the absolute prohibition takes us down "the slippery slope". Certain other European countries, such as Switzerland and Denmark, emphasize the motive of the assistor in suicide, such that the Swiss *Penal Code*, art. 115, criminalizes only those who incite or assist a suicide for a selfish motive, and the Danish *Penal Code*, art. 240, while punishing all assistance, imposes a greater penalty upon those who act out of self-interest. In France, while no provision of the *Penal Code* addresses specifically the issue of assisted suicide, failure to seek to prevent someone

atteinte à l'intérêt général de la protection de la vie, telle que traduit dans les dispositions pénales de la loi de 1961», et elle a maintenu la déclaration de culpabilité du requérant relativement à l'infraction. En outre, la Commission a confirmé la restriction du droit à la liberté d'expression du requérant, reconnaissant (aux pp. 272 et 273):

> . . . l'intérêt légitime de l'État à prendre des mesures visant à protéger de tout comportement criminel la vie des citoyens, notamment de ceux qui sont particulièrement vulnérables en raison de leur âge ou de leur infirmité. Elle reconnaît le droit de l'État au regard de la Convention à se prémunir contre les inévitables abus criminels qui se produiraient en l'absence d'une législation punissant l'assistance au suicide.

Bien que les faits qui sous-tendent cette décision soient différents de ceux de l'espèce, il est significatif que ni la Commission européenne des droits de l'homme ni aucun autre tribunal judiciaire n'aient jamais conclu qu'il est interdit à un État, pour des motifs constitutionnels ou relatifs aux droits de l'homme, de criminaliser l'aide au suicide.

Certains pays européens ont atténué l'interdiction de l'aide au suicide, de sorte que l'assistance dans un cas semblable à celui qui nous occupe pourrait y être légalisée. Aux Pays-Bas, bien que l'aide au suicide et l'euthanasie active volontaire soient officiellement illégales, aucune poursuite n'est intentée si les directives médicales établies sont respectées. Les critiques de la position néerlandaise signalent l'existence d'une preuve indiquant que l'euthanasie active involontaire (interdite par les directives) est pratiquée avec une fréquence croissante. Cette tendance inquiétante peut indiquer qu'un relâchement dans l'interdiction absolue confirmerait l'argument du «doigt dans l'engrenage». Certains autres pays européens, comme la Suisse et le Danemark, s'intéressent au motif qui inspire celui qui assiste l'auteur du suicide. Ainsi, l'art. 115 du *Code pénal* suisse ne punit que ceux qui, dans un but intéressé, incitent une personne à se suicider, ou l'y aident, et l'art. 240 du *Code pénal* danois, s'il sanctionne toute aide, impose une peine plus sévère à ceux qui agissent dans un intérêt personnel. En France, aucune disposition du *Code pénal* ne traite spécifiquement

from committing suicide may still lead to criminal sanctions under art. 63, para. 2 (omission to provide assistance to a person in danger) or art. 319 (involuntary homicide by negligence or carelessness) of that Code. Moreover, the *Loi nº 87-1133 du 31 décembre 1987* introduced two new articles to the *Penal Code*, arts. 318-1 and 318-2, which criminalize the provocation of suicide. This offence, which requires a form of incitement over and above merely aiding in the commission of a suicide, was adopted in response to the macabre impact of the book *Suicide, mode d'emploi* (1982).

Similarly, a few American jurisdictions take into account whether the accused caused the victim to commit suicide by coercion, force, duress or deception in deciding whether the charge should be murder, manslaughter or assisted suicide (Connecticut, Maine and Pennsylvania) or whether the person is guilty of even assisted suicide (Puerto Rico and Indiana). See C. D. Shaffer, "Criminal Liability for Assisting Suicide" (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348, at pp. 351-53, nn. 25-26, 35-36. As is the case in Europe and the Commonwealth, however, the vast majority of those American states which have statutory provisions dealing specifically with assisted suicide have no intent or malice requirement beyond the intent to further the suicide, and those states which do not deal with the matter statutorily appear to have common law authority outlawing assisted suicide (Shaffer, *supra*, at p. 352; and M. M. Penrose, "Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow" (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689, at pp. 700-701). It is notable, also, that recent movements in two American states to legalize physician-assisted suicide in circumstances similar to those at bar have been defeated by the electorate in those states. On November 5, 1991, Washington State voters defeated Initiative 119, which would have legalized physician-assisted suicide where two doctors certified the patient would die within six months and two disinterested witnesses certified that the patient's choice was voluntary. One year later, Proposition 161, which would have legalized assisted suicide in California and which incorporated stricter safe-

de la question de l'aide au suicide, mais le défaut de tenter d'empêcher quelqu'un de se donner la mort, en vertu de l'art. 63, al. 2 (non-assistance à une personne en danger) ou de l'art. 319 (homicide involontaire par négligence ou imprudence) de ce *Code* peut donner lieu à des sanctions criminelles. De plus, la *Loi nº 87-1133 du 31 décembre 1987* a introduit deux nouveaux articles dans le *Code pénal*, les art. 318-1 et 318-2, qui criminalisent la provocation au suicide. Cette infraction qui exige une forme d'incitation qui va au-delà de la simple aide au suicide, avait été créée en réponse à la notoriété macabre du livre *Suicide, mode d'emploi* (1982).

De même, quelques juridictions américaines, pour décider de porter une accusation de meurtre, d'homicide involontaire ou d'aide au suicide (Connecticut, Maine et Pennsylvanie) ou de déclarer la personne coupable même d'aide au suicide (Puerto Rico et Indiana) prennent en considération, le fait que l'accusé a ou non, par coercition, force, contrainte ou duperie, amené la victime à commettre le suicide. Voir C. D. Shaffer, «Criminal Liability for Assisting Suicide» (1986), 86 *Colum. L. Rev.* 348, aux pp. 351 à 353, n. 25-26, 35-36. Comme c'est le cas en Europe et dans le Commonwealth, la vaste majorité des États américains qui ont adopté des dispositions législatives visant expressément l'aide au suicide ne prévoient toutefois aucune exigence en matière d'intention ou de malveillance, autre que l'intention de faciliter le suicide. Par ailleurs, les États qui n'ont adopté aucune disposition législative dans le domaine paraissent tirer de la common law le pouvoir de proscrire l'aide au suicide (Shaffer, *loc. cit.*, à la p. 352; et M. M. Penrose, «Assisted Suicide: A Tough Pill to Swallow» (1993), 20 *Pepp. L. Rev.* 689, aux pp. 700 et 701). Il faut souligner également que récemment, dans deux États américains, des tentatives de légalisation de l'aide au suicide par un médecin dans des circonstances semblables à celles de l'espèce ont été rejetées par l'électorat. En effet, le 5 novembre 1991, les électeurs de l'État de Washington ont rejeté le projet 119, qui aurait légalisé l'aide au suicide par un médecin dans les cas où deux médecins certifieraient que la mort du patient surviendrait dans les six mois et deux

guards than did Initiative 119, was defeated by California voters (usually thought to be the most accepting of such legal innovations) by the same margin as resulted in Washington — 54 to 46 percent. In both states, the defeat of the proposed legislation seems to have been due primarily to concerns as to whether the legislation incorporated adequate safeguards against abuse (Penrose, *supra*, at pp. 708-14). I note that, at least in the case of California, the conditions to be met were more onerous than those set out by McEachern C.J.B.C. in the court below and by my colleagues the Chief Justice and McLachlin J.

Overall, then, it appears that a blanket prohibition on assisted suicide similar to that in s. 241 is the norm among Western democracies, and such a prohibition has never been adjudged to be unconstitutional or contrary to fundamental human rights. Recent attempts to alter the status quo in our neighbour to the south have been defeated by the electorate, suggesting that despite a recognition that a blanket prohibition causes suffering in certain cases, the societal concern with preserving life and protecting the vulnerable rendered the blanket prohibition preferable to a law which might not adequately prevent abuse.

(iv) Conclusion on Principles of Fundamental Justice

What the preceding review demonstrates is that Canada and other Western democracies recognize and apply the principle of the sanctity of life as a general principle which is subject to limited and narrow exceptions in situations in which notions of personal autonomy and dignity must prevail. However, these same societies continue to draw distinctions between passive and active forms of intervention in the dying process, and with very few exceptions, prohibit assisted suicide in situations akin to that of the appellant. The task then becomes to identify the rationales upon which

témoins désintéressés certifieraient que le patient a effectué son choix librement. Un an plus tard, la proposition 161, qui aurait légalisé l'aide au suicide en Californie et qui incorporait des garanties plus strictes que le projet 119, a été rejetée par les électeurs de la Californie (que l'on estime en général plus ouverts à de telles innovations juridiques) par une marge identique à celle obtenue dans l'État de Washington, soit 54 contre 46 pour 100. Dans les deux États, le rejet de la loi proposée semble être dû principalement à la crainte que la législation prévoie des garanties insuffisantes contre les abus (Penrose, *loc. cit.*, aux pp. 708 à 714). Je note que, au moins dans l'État de la Californie, les conditions étaient plus restrictives que celles qui ont été énoncées par le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique en l'espèce et par mes collègues le Juge en chef et le juge McLachlin.

Ainsi, dans l'ensemble, il semble qu'une interdiction générale de l'aide au suicide semblable à celle de l'art. 241 constitue la norme au sein des démocraties occidentales et que ce genre d'interdiction n'a jamais été jugée inconstitutionnelle ou contraire aux droits fondamentaux de la personne. De récentes tentatives de modifier le statu quo chez notre voisin du Sud ont été rejetées par l'électorat, ce qui indique que, même s'il est reconnu que l'interdiction générale entraîne des souffrances dans certains cas, l'intérêt de la société à préserver la vie et à protéger la personne vulnérable rend l'interdiction générale préférable à une loi qui risque de ne pas suffisamment prévenir les abus.

(iv) Conclusion sur les principes de justice fondamentale

L'examen qui précède démontre que le Canada et d'autres démocraties occidentales reconnaissent et appliquent le principe du caractère sacré de la vie à titre de principe général soumis à des exceptions circonscrites et restreintes dans les cas où les notions d'autonomie personnelle et de dignité doivent prévaloir. Toutefois, ces mêmes sociétés persistent à établir une distinction entre les formes passive et active d'intervention dans le processus de la mort, et avec très peu d'exceptions, à interdire l'aide au suicide dans des cas qui s'apparentent à celui de l'appelante. Il est donc nécessaire de

these distinctions are based and to determine whether they are constitutionally supportable.

The distinction between withdrawing treatment upon a patient's request, such as occurred in the *Nancy B.* case, on the one hand, and assisted suicide on the other has been criticized as resting on a legal fiction — that is, the distinction between active and passive forms of treatment. The criticism is based on the fact that the withdrawal of life supportive measures is done with the knowledge that death will ensue, just as is assisting suicide, and that death does in fact ensue as a result of the action taken. See, for example, the *Harvard Law Review* note "Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance" (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021, at pp. 2030-31.

Other commentators, however, uphold the distinction on the basis that in the case of withdrawal of treatment, the death is "natural" — the artificial forces of medical technology which have kept the patient alive are removed and nature takes its course. In the case of assisted suicide or euthanasia, however, the course of nature is interrupted, and death results directly from the human action taken (E. W. Keyserlingk, *Sanctity of Life or Quality of Life in the Context of Ethics, Medicine and Law* (1979), a study paper for the Law Reform Commission of Canada's Protection of Life Series). The Law Reform Commission calls this distinction "fundamental" (at p. 19 of the Working Paper 28).

Whether or not one agrees that the active vs. passive distinction is maintainable, however, the fact remains that under our common law, the physician has no choice but to accept the patient's instructions to discontinue treatment. To continue to treat the patient when the patient has withdrawn consent to that treatment constitutes battery (*Ciarlariello* and *Nancy B.*, *supra*). The doctor is therefore not required to make a choice which will result in the patient's death as he would be if he chose to assist a suicide or to perform active euthanasia.

cerner la raison d'être de ces distinctions et de déterminer si ces dernières peuvent être maintenues sur le plan constitutionnel.

La distinction entre la cessation d'un traitement à la demande du patient, comme ce fut le cas dans l'affaire *Nancy B.*, et l'aide au suicide, a été critiquée comme reposant sur une fiction juridique — soit la distinction entre les formes active et passive de traitement. Les critiques tiennent d'une part à ce qu'on sait que l'interruption des mesures qui maintiennent en vie entraînera la mort, tout comme l'aide au suicide, et, d'autre part, à ce que la mort est en fait le résultat de l'action. Voir, par exemple, le commentaire paru dans *Harvard Law Review*, «Physician-Assisted Suicide and the Right to Die with Assistance» (1992), 105 *Harv. L. Rev.* 2021, aux pp. 2030 et 2031.

Toutefois d'autres auteurs font cette distinction parce que, dans le cas de la cessation du traitement, la mort est «naturelle» — les forces artificielles de la technologie médicale qui ont maintenu le patient en vie sont retirées et la nature suit son cours. Par contre, dans le cas de l'aide au suicide ou de l'euthanasie, le cours de la nature est interrompu, et la mort résulte directement de l'action humaine (E. W. Keyserlingk, *Le caractère sacré de la vie ou la qualité de la vie du point de vue de l'éthique, de la médecine et du droit* (1979), document d'étude pour la Commission de réforme du droit du Canada, dans la Série protection de la vie). La Commission de réforme du droit qualifie de «très importante» cette différence (à la p. 22 du Document de travail 28).

Toutefois, qu'on soit d'accord ou non pour maintenir la distinction entre la mesure active et la mesure passive, il n'en demeure pas moins que, en vertu de notre common law, le médecin n'a d'autre choix que de suivre les instructions de son patient qui lui demande d'interrompre le traitement. Continuer à traiter le patient quand ce dernier a retiré son consentement à subir le traitement constitue un acte de violence (*Ciarlariello* et *Nancy B.*, précités). Le médecin n'est donc pas tenu de faire un choix qui entraînera la mort du patient, comme ce serait le cas s'il choisissait d'apporter son aide au suicide ou de pratiquer l'euthanasie active.

The fact that doctors may deliver palliative care to terminally ill patients without fear of sanction, it is argued, attenuates to an even greater degree any legitimate distinction which can be drawn between assisted suicide and what are currently acceptable forms of medical treatment. The administration of drugs designed for pain control in dosages which the physician knows will hasten death constitutes active contribution to death by any standard. However, the distinction drawn here is one based upon intention — in the case of palliative care the intention is to ease pain, which has the effect of hastening death, while in the case of assisted suicide, the intention is undeniably to cause death. The Law Reform Commission, although it recommended the continued criminal prohibition of both euthanasia and assisted suicide, stated, at p. 70 of the Working Paper, that a doctor should never refuse palliative care to a terminally ill person only because it may hasten death. In my view, distinctions based upon intent are important, and in fact form the basis of our criminal law. While factually the distinction may, at times, be difficult to draw, legally it is clear. The fact that in some cases, the third party will, under the guise of palliative care, commit euthanasia or assist in suicide and go unsanctioned due to the difficulty of proof cannot be said to render the existence of the prohibition fundamentally unjust.

On soutient que le fait que les médecins soient autorisés à administrer des soins palliatifs aux patients en phase terminale sans crainte de sanction atténue encore plus toute distinction légitime que l'on pourrait établir entre l'aide au suicide et ce qui constitue aujourd'hui une forme de traitement médical acceptable. L'administration de médicaments destinés à contrôler la douleur selon un dosage dont le médecin sait qu'il abrégera la vie du patient est, quel que soit le critère, une contribution active à la mort du patient. Toutefois, la distinction établie ici est fondée sur l'intention — dans le cas des soins palliatifs, c'est l'intention d'atténuer la douleur qui a pour effet de précipiter la mort, alors que dans le cas de l'aide au suicide, l'intention est indubitablement de causer la mort. La Commission de réforme du droit, qui recommande le maintien de la prohibition criminelle de l'euthanasie et de l'aide au suicide, déclare cependant, à la p. 80 du Document de travail, qu'un médecin ne devrait jamais refuser d'administrer des soins palliatifs au patient en phase terminale pour la seule raison que leur administration peut hâter la mort. À mon avis, les distinctions fondées sur l'intention sont importantes, et elles constituent en fait le fondement de notre droit criminel. Même si, dans les faits, la distinction peut être parfois difficile à établir, sur le plan juridique elle est nette. On ne peut affirmer que, parce qu'un tiers, dans certains cas et sous le couvert de soins palliatifs, pratiquera l'euthanasie ou l'aide au suicide sans être puni en raison des difficultés de preuve, rend l'existence de l'interdiction fondamentalement injuste.

The principles of fundamental justice cannot be created for the occasion to reflect the court's dislike or distaste of a particular statute. While the principles of fundamental justice are concerned with more than process, reference must be made to principles which are "fundamental" in the sense that they would have general acceptance among reasonable people. From the review that I have conducted above, I am unable to discern anything approaching unanimity with respect to the issue before us. Regardless of one's personal views as to whether the distinctions drawn between withdrawal of treatment and palliative care, on the one

Les principes de justice fondamentale ne peuvent être créés pour chaque cas afin de refléter la désapprobation de la Cour à l'égard d'une loi donnée. Si les principes de justice fondamentale ne s'appliquent pas seulement au processus, il faut se référer aux principes qui sont «fondamentaux» en ce sens qu'ils seraient généralement acceptés parmi des personnes raisonnables. L'analyse qui précède ne me permet de discerner rien qui ressemble à une unanimité sur la question dont nous sommes saisis. Indépendamment des opinions personnelles de chacun sur la question de savoir si les distinctions établies entre, d'une part, la cessation

hand, and assisted suicide on the other are practically compelling, the fact remains that these distinctions are maintained and can be persuasively defended. To the extent that there is a consensus, it is that human life must be respected and we must be careful not to undermine the institutions that protect it.

This consensus finds legal expression in our legal system which prohibits capital punishment. This prohibition is supported, in part, on the basis that allowing the state to kill will cheapen the value of human life and thus the state will serve in a sense as a role model for individuals in society. The prohibition against assisted suicide serves a similar purpose. In upholding the respect for life, it may discourage those who consider that life is unbearable at a particular moment, or who perceive themselves to be a burden upon others, from committing suicide. To permit a physician to lawfully participate in taking life would send a signal that there are circumstances in which the state approves of suicide.

I also place some significance in the fact that the official position of various medical associations is against decriminalizing assisted suicide (Canadian Medical Association, British Medical Association, Council of Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association, World Medical Association and the American Nurses Association). Given the concerns about abuse that have been expressed and the great difficulty in creating appropriate safeguards to prevent these, it can not be said that the blanket prohibition on assisted suicide is arbitrary or unfair, or that it is not reflective of fundamental values at play in our society. I am thus unable to find that any principle of fundamental justice is violated by s. 241(*b*).

II. Section 12

Section 12 of the *Charter* provides as follows:

12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.

In order to come within the protection of s. 12, the appellant must demonstrate two things: first,

de traitement et les soins palliatifs et, d'autre part, l'aide au suicide sont en pratique convaincantes, le fait demeure qu'elles sont maintenues et peuvent être défendues de façon persuasive. S'il se dégage un consensus, c'est celui que la vie humaine doit être respectée et nous devons nous garder de miner les institutions qui la protège.

Ce consensus trouve son expression dans notre système juridique, qui interdit la peine capitale. Cette prohibition est fondée en partie sur le fait que permettre à l'État de tuer dévaloriserait la vie humaine et qu'ainsi l'État sert d'une certaine façon de modèle pour les individus de la société. L'interdiction de l'aide au suicide sert un objectif semblable. En maintenant le respect de la vie, elle est susceptible de dissuader du suicide ceux qui, à un moment particulier, considèrent que la vie est intolérable, ou se perçoivent comme un fardeau pour les autres. Permettre à un médecin de participer légalement à la suppression de la vie indiquerait qu'il existe des cas où l'État approuve le suicide.

Il est également révélateur, à mon avis, que diverses associations médicales ont pris officiellement position contre la décriminalisation de l'aide au suicide (Association médicale canadienne, British Medical Association, Council of Ethical and Judicial Affairs of the American Medical Association, Association médicale mondiale et American Nurses Association). Compte tenu des craintes exprimées à l'égard des abus et de la grande difficulté à élaborer des garanties permettant de les prévenir, on ne saurait affirmer que l'interdiction générale de l'aide au suicide est arbitraire ou injuste, ou qu'elle ne reflète pas les valeurs fondamentales véhiculées dans notre société. Je suis donc incapable de conclure que l'al. 241*b*) viole un principe de justice fondamentale.

II. L'article 12

L'article 12 de la *Charte* porte que:

12. Chacun a droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités.

Pour bénéficier de la protection offerte à l'art. 12, l'appelante doit établir deux éléments: d'une

that she is subjected to treatment or punishment at the hands of the state, and second, that such treatment or punishment is cruel and unusual. In this case, the appellant alleges that the prohibition on assisted suicide has the effect of imposing upon her cruel and unusual treatment in that the prohibition subjects her to prolonged suffering until her natural death or requires that she end her life at an earlier point while she can still do so without help. In my opinion, it cannot be said that the appellant is subjected by the state to any form of punishment within the meaning of s. 12. The question of whether the appellant is subjected to "treatment", however, is less clear.

The degree to which "treatment" in s. 12 may apply outside the context of penalties imposed to ensure the application and enforcement of the law has not been definitively determined by this Court. In *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, in which this Court struck down the minimum seven-year sentence for importing narcotics, Lamer J. (as he then was) referred to the lobotomisation of certain dangerous offenders and the castration of sexual offenders as examples of "treatment" which would be contrary to s. 12 as opposed to punishment. Even granting that there may be a distinction in purpose between punishments such as imprisonment or lashings, which involve the convicted person paying his debt to society for the wrong he has committed, and the examples of treatment offered by Lamer J. which are arguably primarily concerned with protecting society from the offender, I would note that these treatments are still imposed by the state in the context of dealing with criminal behaviour.

In *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, this Court suggested that s. 12 may have application outside of the criminal context. In that case, I found, for the Court, that the deportation order at issue was not a punishment for any particular offence, but that (at p. 735):

part, que l'État lui inflige un traitement ou une peine et, d'autre part, que le traitement ou la peine en question est cruel et inusité. En l'espèce, l'appelante allègue que la prohibition du suicide assisté a pour effet de lui imposer un traitement cruel et inusité en ce qu'elle prolonge ses souffrances jusqu'au moment de sa mort naturelle ou l'oblige à mettre fin plus tôt à sa vie c'est-à-dire à un moment où elle peut encore le faire sans aide. À mon avis, on ne peut dire que l'État inflige à l'appelante une peine au sens de l'art. 12. La question de savoir s'il lui impose un «traitement» est toutefois moins évidente.

Notre Cour n'a pas encore déterminé de façon définitive la mesure dans laquelle le mot «traitement» à l'art. 12 peut s'appliquer hors du contexte des peines imposées en vue de garantir l'application et l'exécution de la loi. Dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, dans lequel notre Cour a invalidé la peine minimale de sept ans pour importation de stupéfiants, le juge Lamer a mentionné à titre d'exemples de «traitements» qui seraient contraires à l'art. 12, par opposition à une peine, la lobotomie de certains criminels dangereux et la castration d'auteurs de crimes sexuels. Même en admettant qu'il puisse exister une distinction entre l'objectif de peines telles l'emprisonnement et le fouet, au moyen desquels le coupable paie sa dette à la société pour le mal qu'il a fait, et celui des traitements mentionnés par le juge Lamer, lesquels, pourrait-on prétendre, visent principalement à protéger la société contre le contrevenant, je remarquerais que ces traitements sont encore imposés par l'État dans le contexte de la répression de la conduite criminelle.

Dans l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, notre Cour laisse entendre que l'art. 12 pourrait s'appliquer en dehors du contexte criminel. Dans cette affaire, j'ai conclu au nom de la Cour que l'ordonnance d'expulsion en cause n'était pas une peine infligée à l'égard d'une infraction particulière, mais j'ai fait la remarque suivante, à la p. 735:

Deportation may, however, come within the scope of a "treatment" in s. 12. The *Concise Oxford Dictionary* (1990) defines "treatment" as "a process or manner of behaving towards or dealing with a person or thing . . . ." It is unnecessary, for the purposes of this appeal, to decide this point since I am of the view that the deportation authorized . . . is not cruel and unusual.

While the deportation order in *Chiarelli* was not penal in nature as it did not result from any particular offence having been committed, it was nonetheless imposed by the state in the context of enforcing a state administrative structure — in that case, the immigration system and its body of regulation. The respondent Chiarelli in that case, who had not complied with the requirements imposed by the regulatory scheme, was dealt with in accordance with the precepts of the administrative system. In that regard, any "treatment" was still within the bounds of the state's control over the individual within the system set up by the state.

Certain decisions of lower courts have held that "treatment" should be seen to have a much broader scope than "punishment". In *Soenen v. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368 (Alta. Q.B.), a case dealing with restrictions imposed on an accused in remand custody while awaiting trial, McDonald J. stated as follows, at p. 372:

> In my view the word "treatment" is not limited in its breadth by the word "punishment" . . . . Moreover, the word "treatment" is a more general word than "punishment", and there is no apparent common denominator between the two which, even if the order of the words were reversed, could call the *ejusdem generis* rule into play.

Similarly, in *R. v. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222 (Ont. H.C.), Watt J. held that, at a preliminary level, subjecting an ill individual to a trial may be cruel treatment. He commented as follows, at p. 239:

> "Treatment" connotes any conduct, action or behaviour towards another person. It is a word of more expansive or comprehensive import than is its disjunc-

Il se peut toutefois que l'expulsion constitue un «traitement» au sens de l'art. 12. En effet, selon la définition qu'en donne le *Petit Robert I* (1990), le terme «traitement» désigne un «(c)omportement à l'égard de (quelqu'un); actes traduisant ce comportement». C'est toutefois là un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher aux fins du présent pourvoi puisque, à mon avis, l'expulsion autorisée [. . .] n'est ni cruelle ni inusitée.

Bien que l'ordonnance d'expulsion en cause dans l'arrêt *Chiarelli* ne soit pas de nature pénale puisqu'elle ne résultait pas de la perpétration d'une infraction particulière, elle était néanmoins imposée par l'État dans le contexte de la mise en application d'une structure administrative étatique — le régime d'immigration et ses règlements. Le cas de l'intimé Chiarelli, qui n'avait pas respecté les exigences imposées par le régime de réglementation, a été traité conformément aux préceptes du système administratif. Sous cet angle, tout «traitement» se situait toujours dans les limites du contrôle que l'État exerce sur l'individu dans le cadre du régime qu'il a établi.

Des instances inférieures ont jugé qu'il faudrait attribuer au «traitement» une portée beaucoup plus large qu'à la «peine». Dans l'arrêt *Soenen c. Director of Edmonton Remand Centre* (1983), 6 C.R.R. 368 (B.R. Alb.), où il était question de restrictions imposées à l'accusé en détention provisoire dans l'attente de son procès, le juge McDonald a affirmé ce qui suit à la p. 372:

> [TRADUCTION] À mon avis, le mot «traitement» n'est pas limité dans son étendue par le mot «peine» [. . .] De plus, le mot «traitement» est plus général que le mot «peine», et aucun dénominateur commun apparent entre les deux ne pourrait, même si l'ordre des mots était renversé, entraîner l'application de la règle *ejusdem generis*.

De même, dans l'arrêt *R. c. Blakeman* (1988), 48 C.R.R. 222 (H.C. Ont.), le juge Watt a conclu qu'au niveau préliminaire, soumettre une personne malade à un procès peut constituer un traitement cruel. Il a fait les commentaires suivants à la p. 239:

> [TRADUCTION] Le mot «traitement» s'entend d'une conduite, d'une action ou d'un comportement à l'égard de quelqu'un. Il a une portée plus large ou exhaustive

tive partner "punishment", in that it extends, or potentially so, to all forms of disability or disadvantage and not merely to those imposed as a penalty to ensure the application and enforcement of a rule of law.

Other actions outside the penal context which have been seen to constitute "treatment" for the purposes of s. 12 include strip searches (*Weatherall v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 F.C. 369 (T.D.), overturned on other grounds, [1989] 1 F.C. 18 (C.A.)), and medical care imposed without consent on mentally ill patients (*Howlett v. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418). But see *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (Alta. Q.B.), in which it was held that s. 12 "may even be restricted to penal or *quasi*-penal matters" (p. 409).

For the purposes of the present analysis, I am prepared to assume that "treatment" within the meaning of s. 12 may include that imposed by the state in contexts other than that of a penal or quasi-penal nature. However, it is my view that a mere prohibition by the state on certain action, without more, cannot constitute "treatment" under s. 12. By this I should not be taken as deciding that only positive state actions can be considered to be treatment under s. 12; there may well be situations in which a prohibition on certain types of actions may be "treatment" as was suggested by Dickson J. of the New Brunswick Court of Queen's Bench in *Carlston v. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105, who was prepared to consider whether a complete ban on smoking in prisons would be "treatment" under s. 12. The distinction between that case and all of those referred to above, and the situation in the present appeal, however, is that in the cited cases the individual is in some way within the special administrative control of the state. In the present case, the appellant is simply subject to the edicts of the *Criminal Code*, as are all other individuals in society. The fact that, because of the personal situation in which she finds herself, a particular prohibition impacts upon her in a manner which causes her suffering does not subject her to "treatment" at the hands of the state. The starving person who is prohibited by

que son partenaire disjonctif, le mot «peine», en ce qu'il s'étend, du moins potentiellement, à toutes les formes d'incapacité ou de désavantage et non seulement à ceux qui sont imposés comme peine infligée pour garantir l'application et le respect de la primauté du droit.

D'autres actes sortant du contexte criminel ont été considérés comme un «traitement» aux fins de l'art. 12: les fouilles à nu (*Weatherall c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 C.F. 369 (1re inst.), infirmé pour d'autres motifs [1989] 1 C.F. 18 (C.A.)), et le traitement médical imposé sans consentement à des patients handicapés mentaux (*Howlett c. Karunaratne* (1988), 64 O.R. (2d) 418). Mais voir également *Re McTavish and Director, Child Welfare Act* (1986), 32 D.L.R. (4th) 394 (B.R. Alb.), dans lequel on a conclu que l'art. 12 [TRADUCTION] «peut même être limité à des questions pénales ou quasi pénales» (p. 409).

Aux fins de la présente analyse, je suis disposé à présumer que le «traitement» au sens de l'art. 12 peut inclure ce qui est imposé par l'État dans un contexte de nature autre que pénale ou quasi pénale. Toutefois, je suis d'avis que la simple prohibition imposée par l'État à l'égard d'une certaine action, sans plus, ne peut constituer un «traitement» au sens de l'art. 12. Il ne faut pas en déduire qu'à mon avis, seules les actions positives de l'État peuvent être considérées comme des traitements au sens de l'art. 12; il peut très bien exister des situations où l'interdiction de certaines formes d'actions peut constituer un «traitement», comme l'a laissé entendre le juge Dickson de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Carlston c. New Brunswick (Solicitor General)* (1989), 43 C.R.R. 105, qui était disposé à examiner si l'interdiction totale de fumer dans les établissements carcéraux constituait un «traitement» au sens de l'art. 12. La distinction entre cette affaire de même que toutes celles citées précédemment et la situation en l'espèce tient toutefois à ce que, dans les cas cités, l'individu est d'une certaine façon soumis à un contrôle administratif particulier de l'État. En l'espèce, l'appelante est simplement soumise aux dispositions du *Code criminel*, comme tous les citoyens. Le fait qu'en raison de la situation personnelle dans laquelle elle se trouve, une interdiction particulière la touche d'une façon

threat of criminal sanction from "stealing a mouthful of bread" is likewise not subjected to "treatment" within the meaning of s. 12 by reason of the theft provisions of the *Code*, nor is the heroin addict who is prohibited from possessing heroin by the provisions of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. There must be some more active state process in operation, involving an exercise of state control over the individual, in order for the state action in question, whether it be positive action, inaction or prohibition, to constitute "treatment" under s. 12. In my view, to hold that the criminal prohibition in s. 241(*b*), without the appellant being in any way subject to the state administrative or justice system, falls within the bounds of s. 12 stretches the ordinary meaning of being "subjected to . . . treatment" by the state.

qui lui cause des souffrances ne signifie pas qu'elle est soumise à un «traitement» imposé par l'État. De même, la personne affamée à qui il est interdit sous peine de sanction criminelle de «voler une bouchée de pain» n'est pas soumise à un «traitement» au sens de l'art. 12 en raison des dispositions sur le vol prévues au *Code*, pas plus que ne l'est l'héroïnomane à qui il est interdit de posséder de l'héroïne en vertu des dispositions de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Pour qu'elle constitue un «traitement» au sens de l'art. 12, l'action de l'État, qu'il s'agisse d'une action positive, d'une inaction ou d'une interdiction, doit faire intervenir la mise en œuvre d'un processus étatique plus actif, comportant l'exercice d'un contrôle de l'État sur l'individu. À mon avis, soutenir que l'interdiction prévue à l'al. 241*b*), sans que l'appelante soit d'aucune façon soumise au système administratif ou judiciaire de l'État, se situe dans les limites de l'art. 12, forcerait le sens ordinaire de l'expression «contre tous traitements» imposés par l'État.

For these reasons, in my view s. 241(*b*) does not violate s. 12.

Pour ces motifs, je conclus que l'al. 241*b*) ne viole pas l'art. 12.

III. Section 15

III. L'article 15

The Chief Justice concludes that disabled persons who are unable to commit suicide without assistance are discriminated against contrary to s. 15 in that they are deprived of a benefit or subjected to a burden by virtue of s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. Two difficult and important issues arise with respect to this application of s. 15:

Le Juge en chef conclut que les personnes handicapées qui sont incapables de se suicider sans aide font l'objet d'une discrimination contraire à l'art. 15 en ce qu'elles sont privées d'un avantage ou soumise à un désavantage en raison de l'al. 241*b*) du *Code criminel*. Cette application de l'art. 15 soulève deux points importants et délicats:

(1) whether a claim by the terminally ill who cannot commit suicide without assistance can be supported on the ground that s. 241(*b*) discriminates against all disabled persons who are unable to commit suicide without assistance;

(1) La revendication formulée par le malade en phase terminale qui ne peut se suicider sans aide peut-elle être fondée sur le motif que l'al. 241*b*) est discriminatoire à l'endroit de tous les handicapés qui sont incapables de se suicider sans aide?

(2) whether deprivation of the ability to choose suicide is a benefit or burden within the meaning of s. 15 of the *Charter*.

(2) La privation de la possibilité de choisir le suicide constitue-t-elle la privation d'un avantage ou l'assujettissement à un désavantage au sens de l'art. 15 de la *Charte*.

These issues would require the Court to make fundamental findings concerning the scope of

Ces questions obligeraient la Cour à formuler des conclusions fondamentales concernant la por-

s. 15. Since I am of the opinion that any infringement is clearly saved under s. 1 of the *Charter*, I prefer not to decide these issues in this case. They are better left to a case in which they are essential to its resolution. Rather, I will assume that s. 15 of the *Charter* is infringed and consider the application of s. 1.

tée de l'art. 15. Puisque je suis d'avis que la violation, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, je préfère ne pas me prononcer sur ces questions en l'espèce. Il vaut mieux les examiner dans une situation où elles sont essentielles pour trancher. Au lieu de cela, je présumerai qu'il y a atteinte à l'art. 15 et j'examinerai l'application de l'article premier de la *Charte*.

IV. Section 1

I agree with the Chief Justice that s. 241(*b*) has "a clearly pressing and substantial legislative objective" grounded in the respect for and the desire to protect human life, a fundamental *Charter* value. I elaborated on the purpose of s. 241(*b*) earlier in these reasons in my discussion of s. 7.

On the issue of proportionality, which is the second factor to be considered under s. 1, it could hardly be suggested that a prohibition on giving assistance to commit suicide is not rationally connected to the purpose of s. 241(*b*). The Chief Justice does not suggest otherwise. Section 241(*b*) protects all individuals against the control of others over their lives. To introduce an exception to this blanket protection for certain groups would create an inequality. As I have sought to demonstrate in my discussion of s. 7, this protection is grounded on a substantial consensus among western countries, medical organizations and our own Law Reform Commission that in order to effectively protect life and those who are vulnerable in society, a prohibition without exception on the giving of assistance to commit suicide is the best approach. Attempts to fine tune this approach by creating exceptions have been unsatisfactory and have tended to support the theory of the "slippery slope". The formulation of safeguards to prevent excesses has been unsatisfactory and has failed to allay fears that a relaxation of the clear standard set by the law will undermine the protection of life and will lead to abuses of the exception. The recent

IV. L'article premier

Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'al. 241*b*) est fondé sur un «objectif législatif manifestement urgent et réel» basé sur le respect de la vie humaine, une valeur fondamentale de la *Charte*, et le désir de la protéger. J'ai analysé l'objectif de l'al. 241*b*) plus haut dans les présents motifs lorsque j'ai traité de l'art. 7.

Pour ce qui est de la proportionnalité, le second volet à considérer aux fins de l'article premier, il serait difficile de soutenir que l'interdiction de l'aide au suicide n'a pas de lien rationnel avec l'objectif de l'al. 241*b*). Le Juge en chef ne dit pas le contraire. L'alinéa 241*b*) protège les personnes contre le contrôle d'autrui sur leur vie. L'introduction d'une exception à cette protection universelle pour certains groupes créerait une inégalité. Comme j'ai essayé de le démontrer dans mon analyse de l'art. 7, cette protection trouve son fondement dans un consensus important, dans les pays occidentaux, dans les organisations médicales et chez notre propre Commission de réforme du droit, sur l'opinion que le meilleur moyen de protéger efficacement la vie et les personnes vulnérables de la société est d'interdire, sans exception, l'aide au suicide. Les tentatives qui ont été faites pour nuancer cette approche par l'introduction d'exceptions n'ont pas donné de résultats satisfaisants et tendent à étayer la théorie du «doigt dans l'engrenage». La formulation de garanties destinées à prévenir les abus a également donné des résultats insatisfaisants et n'a pas réussi à dissiper la crainte que l'assouplissement d'une norme claire établie par la loi affaiblirait la protection de la vie et mènerait à l'usage abusif des exceptions.

Working Paper of the Law Reform Commission, quoted above, bears repeating here:

> The probable reason why legislation has not made an exception for the terminally ill lies in the fear of the excesses or abuses to which liberalization of the existing law could lead. As in the case of "compassionate murder", decriminalization of aiding suicide would be based on the humanitarian nature of the motive leading the person to provide such aid, counsel or encouragement. As in the case of compassionate murder, moreover, the law may legitimately fear the difficulties involved in determining the true motivation of the person committing the act.

The foregoing is also the answer to the submission that the impugned legislation is overbroad. There is no halfway measure that could be relied upon with assurance to fully achieve the legislation's purpose; first, because the purpose extends to the protection of the life of the terminally ill. Part of this purpose, as I have explained above, is to discourage the terminally ill from choosing death over life. Secondly, even if the latter consideration can be stripped from the legislative purpose, we have no assurance that the exception can be made to limit the taking of life to those who are terminally ill and genuinely desire death.

I wholeheartedly agree with the Chief Justice that in dealing with this "contentious" and "morally laden" issue, Parliament must be accorded some flexibility. In these circumstances, the question to be answered is, to repeat the words of La Forest J., quoted by the Chief Justice, from *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 44, whether the government can "show that it had a reasonable basis for concluding that it has complied with the requirement of minimal impairment". In light of the significant support for the type of legislation under attack in this case and the contentious and complex nature of the issues, I find that the government had a reasonable basis for concluding that it had complied with the require-

Il y a lieu de répéter ici le passage du récent Document de travail de la Commission de réforme du droit que j'ai cité plus haut:

> Dans ce cas précis, on doit constater encore une fois que la raison probable qui a motivé le législateur à ne pas faire d'exception pour l'agonisant, est fondée sur la crainte des excès ou des abus qu'une libéralisation de la loi actuelle pourrait entraîner. Comme dans le cas du meurtre par compassion, une décriminalisation serait basée sur le caractère humanitaire du motif qui pousse la personne à fournir aide, conseil ou encouragement. Comme dans le cas du meurtre par compassion, la loi peut cependant légitimement craindre les difficultés qu'il peut y avoir à établir la motivation réelle de l'auteur de l'acte.

Ce qui précède permet aussi de répondre à l'argument selon lequel la disposition contestée a une portée excessive. Il n'existe pas de demi-mesure qui permettrait de garantir, avec toutes les assurances voulues, la pleine réalisation de l'objectif poursuivi par la loi; tout d'abord parce que cet objectif s'étend à la protection de la vie des malades en phase terminale. Comme je l'explique plus haut, cet objectif vise en partie à dissuader les malades en phase terminale de choisir la mort plutôt que la vie. Deuxièmement, si cette dernière considération peut être soustraite à l'objectif de la loi, nous n'avons aucune assurance que l'exception peut être conçue de façon à limiter la suppression de la vie aux malades en phase terminale qui souhaitent sincèrement mourir.

Je suis entièrement d'accord avec le Juge en chef que le Parlement doit disposer d'une certaine marge de manœuvre pour traiter de cette question «controversée» et «chargée d'éléments moraux». Dans ces circonstances, la question posée, pour reprendre les propos du juge La Forest, cités par le Juge en chef, dans l'arrêt *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'emploi et de l'immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 44: le gouvernement peut-il «démontrer qu'il était raisonnablement fondé à conclure qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale»? Compte tenu du large appui que reçoit le type de législation contesté en l'espèce et le caractère controversé et complexe des questions en jeu, je conclus que le gouvernement était raisonnablement fondé à conclure

ment of minimum impairment. This satisfies this branch of the proportionality test and it is not the proper function of this Court to speculate as to whether other alternatives available to Parliament might have been preferable.

It follows from the above that I am satisfied that the final aspect of the proportionality test, balance between the restriction and the government objective, is also met. I conclude, therefore, that any infringement of s. 15 is clearly justified under s. 1 of the *Charter*.

V. Disposition

I agree with the sentiments expressed by the justices of the British Columbia Court of Appeal — this case is an upsetting one from a personal perspective. I have the deepest sympathy for the appellant and her family, as I am sure do all of my colleagues, and I am aware that the denial of her application by this Court may prevent her from managing the manner of her death. I have, however, concluded that the prohibition occasioned by s. 241(*b*) is not contrary to the provisions of the *Charter*.

In the result, the appeal is dismissed, but without costs.

The constitutional questions are answered as follows:

1. Does s. 241(*b*) of the *Criminal Code* of Canada infringe or deny, in whole or in part, the rights and freedoms guaranteed by ss. 7, 12 and 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No, except as to s. 15 in respect of which an infringement is assumed.

2. If so, is it justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: As to ss. 7 and 12, no answer is required. As to s. 15, the answer is yes.

qu'il s'était conformé à l'exigence de l'atteinte minimale. Cela satisfait aux exigences de cet aspect du critère de proportionnalité et ce n'est pas le rôle de la Cour de faire des conjectures quant à d'autres solutions préférables qui s'offraient au Parlement.

Compte tenu de ce qui précède, je suis convaincu de ce que le dernier volet du critère de proportionnalité, l'équilibre entre la restriction et l'objectif gouvernemental, est également respecté. Je conclus donc que, en l'espèce, toute violation de l'art. 15, s'il en est, est clairement justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

V. Dispositif

Je partage les sentiments exprimés par les juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique — la présente affaire est bouleversante d'un point de vue personnel. J'éprouve la plus profonde sympathie pour l'appelante et sa famille, comme, j'en suis persuadé, tous mes collègues, et je suis conscient que le rejet de sa demande par notre Cour risque de l'empêcher de contrôler les circonstances de sa mort. J'ai toutefois conclu que l'interdiction prévue à l'al. 241*b*) n'est pas contraire aux dispositions de la *Charte*.

En conséquence, le pourvoi est rejeté sans dépens.

Les réponses aux questions constitutionnelles sont les suivantes:

1. L'alinéa 241*b*) du *Code criminel* du Canada porte-t-il atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par les art. 7 et 12 et le par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non, sauf en ce qui concerne l'art. 15 dont la violation est présumée.

2. Dans l'affirmative, est-il justifié par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Pour ce qui est des art. 7 et 12, il n'est pas nécessaire de répondre à cette question. Pour ce qui est de l'art. 15, la réponse est affirmative.

The reasons of L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This case raises the question of whether a physically disabled patient may be precluded from obtaining medical assistance in committing suicide by reason of s. 241 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which provides:

241. Every one who

(*a*) counsels a person to commit suicide, or

(*b*) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

Sue Rodriguez would like to live, but she is dying from an incurable disease (ALS) which will inevitably bring her death within a more or less short time. She is asking this Court to allow her to determine the time and manner of her death. To proceed to end her life at the contemplated time, she will need medical assistance. Section 241 of the *Criminal Code* renders a person who would provide assistance to such an act liable for criminal sanction.

I have read the reasons of the Chief Justice. Persuasive as they are, I am of the view that this is not at base a case about discrimination under s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that to treat it as such may deflect the equality jurisprudence from the true focus of s. 15 — "to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society": *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 992, *per* Lamer C.J. I see this rather as a case about the manner in which the state may limit the right of a person to make decisions about her body under s. 7 of the *Charter*. I prefer to base my analysis on that ground.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Il s'agit de déterminer en l'espèce si l'art. 241 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, peut empêcher un malade handicapé physiquement d'obtenir une aide médicale pour se donner la mort:

241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas:

a) conseille à une personne de se donner la mort;

b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort,

que le suicide s'ensuive ou non.

Sue Rodriguez veut vivre, mais souffre d'une maladie incurable (SLA) dont elle va mourir inévitablement à plus ou moins brève échéance. Elle demande à la Cour de l'autoriser à décider du moment et des circonstances de sa mort. Pour se donner la mort au moment envisagé, elle aura besoin d'aide médicale. Aux termes de l'art. 241 du *Code criminel*, la personne qui fournirait une telle assistance serait passible de sanctions criminelles.

J'ai lu les motifs du Juge en chef. Tout convaincants qu'ils soient, je suis d'avis qu'au départ, la présente affaire ne concerne pas une discrimination en vertu de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que la traiter comme telle risquerait de détourner la jurisprudence relative à l'égalité de l'objet véritable de l'art. 15, qui consiste à «corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne»: *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 992, motifs du juge en chef Lamer. J'estime plutôt que c'est la façon dont l'État peut restreindre le droit d'un individu de prendre des décisions sur sa personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* qui est en cause. Je préfère donc fonder mon analyse sur ce point.

I have also had the benefit of reading the reasons of my colleague Sopinka J. I am in agreement with much that he says. We share the view that s. 241(*b*) infringes the right in s. 7 of the *Charter* to security of the person, a concept which encompasses the notions of dignity and the right to privacy. Sopinka J. concludes that this infringement is in accordance with the principles of fundamental justice, because the infringement is necessary to prevent deaths which may not truly be consented to. It is on this point that I part company with him. In my view, the denial to Sue Rodriguez of a choice available to others cannot be justified. The potential for abuse is amply guarded against by existing provisions in the *Criminal Code*, as supplemented by the condition of judicial authorization, and ultimately, it is hoped, revised legislation. I cannot agree that the failure of Parliament to address the problem of the terminally ill is determinative of this appeal. Nor do I agree that the fact that medically assisted suicide has not been widely accepted elsewhere bars Sue Rodriguez's claim. Since the advent of the *Charter*, this Court has been called upon to decide many issues which formerly lay fallow. If a law offends the *Charter*, this Court has no choice but to so declare.

In my view, the reasoning of the majority in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, is dispositive of the issues on this appeal. In the present case, Parliament has put into force a legislative scheme which does not bar suicide but criminalizes the act of assisting suicide. The effect of this is to deny to some people the choice of ending their lives solely because they are physically unable to do so. This deprives Sue Rodriguez of her security of the person (the right to make decisions concerning her own body, which affect only her own body) in a way that offends the principles of fundamental justice, thereby violating s. 7 of the *Charter*. The violation cannot be saved under s. 1. This is precisely the logic which led the majority of this Court to strike down the abortion provisions of the *Criminal Code* in *Morgentaler*. In that case, Parliament

J'ai aussi eu l'avantage de lire les motifs de mon collègue, le juge Sopinka. Je suis en grande part d'accord avec ce qu'il dit. Nous partageons l'opinion que l'al. 241*b*) porte atteinte au droit, garanti par l'art. 7 de la *Charte*, à la sécurité de la personne, notion qui englobe la notion de dignité et de protection de la vie privée. Le juge Sopinka conclut que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale, parce qu'elle est nécessaire pour empêcher que se produisent des cas où la mort serait donnée sans vrai consentement. C'est là que je ne partage plus son opinion. À mon avis, on ne peut justifier de priver Sue Rodriguez d'un choix dont d'autres disposent. Les dispositions actuelles du *Code criminel*, accompagnées de l'exigence d'une autorisation judiciaire, et en fin de compte, faut-il espérer, une révision de la loi, suffisent amplement pour empêcher des abus éventuels. Je ne peux pas admettre que le simple fait que le Parlement n'ait pas traité du problème des malades en phase terminale soit déterminant dans le présent pourvoi. Je ne peux admettre non plus que le fait que le suicide avec assistance médicale ne soit pas largement accepté ailleurs soit un obstacle à la demande présentée par Sue Rodriguez. Depuis l'avènement de la *Charte*, notre Cour a été appelée à trancher de nombreuses questions qui jusqu'alors n'avaient pas reçu de réponse. Si une loi viole la *Charte*, notre Cour n'a d'autre choix que de déclarer qu'elle le fait.

À mon avis, le raisonnement de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, résout les questions soulevées dans le présent pourvoi. En l'espèce, le Parlement a mis en vigueur un régime législatif qui n'interdit pas le suicide mais qui criminalise l'aide au suicide. Ce régime a pour effet de refuser à certaines personnes le droit de mettre fin à leur vie pour la seule raison qu'elles en sont physiquement incapables. De ce fait, Sue Rodriguez est privée du droit à la sécurité de sa personne (le droit de prendre des décisions concernant son propre corps et qui n'affectent que son propre corps) d'une manière qui enfreint les principes de justice fondamentale et qui, par conséquent, viole l'art. 7 de la *Charte*. Cette violation ne peut se justifier en vertu de l'article premier. C'est précisément la logique qui a

had set up a scheme authorizing therapeutic abortion. The effect of the provisions was in fact to deny or delay therapeutic abortions to some women. This was held to violate s. 7 because it deprived some women of the right to deal with their own bodies as they chose thereby infringing their security of the person, in a manner which did not comport with the principles of fundamental justice. Parliament could not advance an interest capable of justifying this arbitrary legislative scheme, and, accordingly, the law was not saved under s. 1 of the *Charter*.

amené la majorité de notre Cour à annuler les dispositions du *Code criminel* en matière d'avortement dans l'arrêt *Morgentaler*. Dans ce cas, le Parlement avait établi un régime autorisant l'avortement thérapeutique. En réalité, les dispositions avaient pour effet pour certaines femmes d'empêcher ou de retarder l'avortement thérapeutique. Ces dispositions ont été jugées contraires à l'art. 7 parce qu'elles privaient certaines femmes du droit de disposer de leurs corps selon leur choix, portant ainsi atteinte au droit à la sécurité de leur personne, d'une façon qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le Parlement n'étant pas en mesure de faire valoir un intérêt pouvant justifier ce régime législatif arbitraire, les dispositions en cause ne pouvaient pas être sauvegardées dans le cadre de l'article premier de la *Charte*.

Section 7 of the *Charter*

Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

It is established that s. 7 of the *Charter* protects the right of each person to make decisions concerning his or her body: *Morgentaler*, *supra*. This flows from the fact that decisions about one's body involve "security of the person" which s. 7 safeguards against state interference which is not in accordance with the principles of fundamental justice. Security of the person has an element of personal autonomy, protecting the dignity and privacy of individuals with respect to decisions concerning their own body. It is part of the persona and dignity of the human being that he or she have the autonomy to decide what is best for his or her body. This is in accordance with the fact, alluded to by McEachern C.J.B.C. below, that "s. 7 was enacted for the purpose of ensuring human dignity and individual control, so long as it harms no one else": (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164.

L'article 7 de la *Charte*

L'article 7 de la *Charte* est ainsi libellé:

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

Il est établi que l'art. 7 de la *Charte* protège le droit de chacun de prendre des décisions concernant son propre corps: *Morgentaler*, précité. Cela résulte de ce que de telles décisions concernent la «sécurité de [l]a personne», que l'art. 7 protège contre une ingérence de l'État qui serait contraire aux principes de justice fondamentale. La sécurité de la personne comporte un élément d'autonomie personnelle protégeant la dignité et la vie privée des individus à l'égard des décisions concernant leur propre corps. Le pouvoir de décider de façon autonome ce qui convient le mieux à son propre corps est un attribut de la personne et de la dignité de l'être humain. Cela rejoint les propos du juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique, selon lequel [TRADUCTION] «l'art. 7 a été adopté afin de protéger la dignité humaine et la maîtrise individuelle, pour autant que cela ne nuise pas à autrui»: (1993), 76 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164.

As Wilson J. wrote in *Morgentaler*, *supra*, at p. 164:

> The *Charter* is predicated on a particular conception of the place of the individual in society. An individual is not a totally independent entity disconnected from the society in which he or she lives. Neither, however, is the individual a mere cog in an impersonal machine in which his or her values, goals and aspirations are subordinated to those of the collectivity. The individual is a bit of both. The *Charter* reflects this reality by leaving a wide range of activities and decisions open to legitimate government control while at the same time placing limits on the proper scope of that control.

Section 7 of the *Charter* mandates that if the state limits what people do with their bodies, the state must do so in a way which does not violate the principles of fundamental justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1176, *per* Lamer J.; and E. Colvin, "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560. It requires the court to inquire into whether the manner in which the state has chosen to limit what one does with one's body violates the principles of fundamental justice. The question on this appeal is whether, having chosen to limit the right to do with one's body what one chooses by s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, Parliament has acted in a manner which comports with the principles of fundamental justice.

This brings us to the next question: what are the principles of fundamental justice? They are, we are told, the basic tenets of our legal system whose function is to ensure that state intrusions on life, liberty and security of the person are effected in a manner which comports with our historic, and evolving, notions of fairness and justice: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. Without defining the entire content of the phrase "principles of fundamental justice", it is sufficient for the purposes of this case to note that a legislative scheme which limits the right of a person to deal with her body as she chooses may violate the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* if the limit is arbitrary. A particular limit will be arbitrary if it bears no relation to, or is inconsistent with, the

Comme le dit le juge Wilson dans *Morgentaler*, précité, à la p. 164:

> La *Charte* est fondée sur une conception particulière de la place de l'individu dans la société. Un individu ne constitue pas une entité totalement coupée de la société dans laquelle il vit. Cependant l'individu n'est pas non plus un simple rouage impersonnel d'une machine subordonnant ses valeurs, ses buts et ses aspirations à celles de la collectivité. L'individu est un peu les deux. La *Charte* exprime cette réalité en laissant un vaste champ d'activités et de décisions au contrôle légitime du gouvernement, tout en fixant des bornes à l'étendue appropriée de ce contrôle.

L'article 7 de la *Charte* exige que l'État, s'il restreint la façon dont un individu dispose de son corps, le fasse en conformité avec les principes de justice fondamentale: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1176, motifs du juge Lamer; et E. Colvin, «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560. L'article 7 exige que le tribunal vérifie si le moyen choisi par l'État pour restreindre le pouvoir de disposer de son propre corps viole les principes de justice fondamentale. La question en l'espèce est de savoir si, ayant choisi de restreindre le droit d'un individu de disposer de son corps par l'al. 241*b*) du *Code criminel*, le Parlement l'a fait en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Ceci nous amène à la question suivante: que sont les principes de justice fondamentale? Ils sont, dit-on, les préceptes fondamentaux de notre système juridique, et leur rôle est d'assurer que les ingérences de l'État dans la vie, la liberté et la sécurité de la personne soient conformes à nos notions historiques, et en évolution, d'équité et de justice: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Sans définir le contenu entier de l'expression «principes de justice fondamentale», il suffit, aux fins de l'espèce, de remarquer qu'un régime législatif qui restreint le droit d'un individu de disposer de son corps à sa guise peut enfreindre les principes de justice fondamentale d'après l'art. 7 de la *Charte*, si la restriction est arbitraire. Une restriction est arbitraire, lorsqu'elle n'a aucun lien ou est

objective that lies behind the legislation. This was the foundation of the decision of the majority of this Court in *Morgentaler*, *supra*.

This brings us to the critical issue in the case. Does the fact that the legal regime which regulates suicide denies to Sue Rodriguez the right to commit suicide because of her physical incapacity, render the scheme arbitrary and hence in violation of s. 7? Under the scheme Parliament has set up, the physically able person is legally allowed to end his or her life; he or she cannot be criminally penalized for attempting or committing suicide. But the person who is physically unable to accomplish the act is not similarly allowed to end her life. This is the effect of s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, which criminalizes the act of assisting a person to commit suicide and which may render the person who desires to commit suicide a conspirator to that crime. Assuming without deciding that Parliament could criminalize all suicides, whether assisted or not, does the fact that suicide is not criminal make the criminalization of all assistance in suicide arbitrary?

My colleague Sopinka J. has noted that the decriminalization of suicide reflects Parliament's decision that the matter is best left to sciences outside the law. He suggests that it does not reveal any consensus that the autonomy interest of those who wish to end their lives is paramount to a state interest in protecting life. I agree. But this conclusion begs the question. What is the difference between suicide and assisted suicide that justifies making the one lawful and the other a crime, that justifies allowing some this choice, while denying it to others?

The answer to this question depends on whether the denial to Sue Rodriguez of what is available to others can be justified. It is argued that the denial to Sue Rodriguez of the capacity to treat her body in a way available to the physically able is justified because to permit assisted suicide will open the doors, if not the floodgates, to the killing of disabled persons who may not truly consent to death. The argument is essentially this. There may be no

incompatible avec l'objectif visé par la loi. Tel était le fondement de la décision de la majorité de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler*, précité.

Se pose alors la question primordiale en l'espèce. Le fait que le régime législatif qui réglemente le suicide prive Sue Rodriguez du droit de se donner la mort en raison de son incapacité physique rend-il le régime arbitraire et par conséquent contraire à l'art. 7? Suivant le régime établi par le Parlement, la personne physiquement capable est légalement autorisée à mettre fin à sa vie; elle n'est pas passible de sanction criminelle, si elle se suicide ou tente de se suicider. La personne physiquement incapable d'accomplir l'acte n'est pas autorisée de la même manière à se donner la mort. Tel est l'effet de l'al. 241*b*) du *Code criminel*, qui criminalise le fait d'aider une personne à se donner la mort et qui peut rendre la personne qui souhaite se suicider partie à un complot en vue de commettre le crime en question. À supposer — sans décider ce point — que l'État puisse criminaliser tous les suicides, assistés ou non, le fait que le suicide ne soit pas un crime rend-il arbitraire la criminalisation de toute aide au suicide?

Mon collègue le juge Sopinka fait observer que la décriminalisation du suicide indique que le Parlement estime préférable de laisser la question à d'autres sciences qu'au droit. Il semble indiquer qu'on ne peut y voir aucun consensus selon lequel l'intérêt d'autonomie de ceux qui veulent mettre fin à leur vie l'emporte sur l'intérêt de l'État dans la protection de la vie. Je suis d'accord. Mais cette conclusion élude la question. Quelle différence entre le suicide et le suicide assisté justifie de déclarer l'un licite et l'autre criminel, ou justifie d'autoriser ce choix à certains et de le retirer à d'autres?

Pour répondre à la question, il faut déterminer si le fait de priver Sue Rodriguez de ce qui est accordé aux autres peut se justifier. On soutient que le refus à Sue Rodriguez de la possibilité de disposer de son corps d'une manière permise à la personne physiquement capable est justifié puisque la légalisation de l'aide au suicide ouvrira les portes, sinon les écluses, à un flot de cas où serait provoquée la mort de personnes handicapées qui

reason on the facts of Sue Rodriguez's case for denying to her the choice to end her life, a choice that those physically able have available to them. Nevertheless, she must be denied that choice because of the danger that other people may wrongfully abuse the power they have over the weak and ill, and may end the lives of these persons against their consent. Thus, Sue Rodriguez is asked to bear the burden of the chance that other people in other situations may act criminally to kill others or improperly sway them to suicide. She is asked to serve as a scapegoat.

The merits of this argument may fall for consideration at the next stage of the analysis, where the question is whether a limit imposed contrary to the principles of fundamental justice may nevertheless be saved under s. 1 of the *Charter* as a limit demonstrably justified in a free and democratic society. But they have no place in the s. 7 analysis that must be undertaken on this appeal. When one is considering whether a law breaches the principles of fundamental justice under s. 7 by reason of arbitrariness, the focus is on whether a legislative scheme infringes a particular person's protected interests in a way that cannot be justified having regard to the objective of this scheme. The principles of fundamental justice require that each person, considered individually, be treated fairly by the law. The fear that abuse may arise if an individual is permitted that which she is wrongly denied plays no part at this initial stage. In short, it does not accord with the principles of fundamental justice that Sue Rodriguez be disallowed what is available to others merely because it is possible that other people, at some other time, may suffer, not what she seeks, but an act of killing without true consent. As Lamer C.J. stated in *Swain*, *supra*, at p. 977:

It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and

ne consentent pas véritablement à mourir. L'argument est essentiellement le suivant: il n'y a peut-être aucune raison, étant donné les faits de l'affaire, de refuser à Sue Rodriguez le choix de mettre fin à sa vie, un choix dont disposent les personnes physiquement capables de le faire. Toutefois, on doit lui refuser ce choix en raison du risque que d'autres personnes exercent à tort leur pouvoir sur des personnes faibles et malades et mettent fin à leur vie contre leur gré. Par conséquent, on demande à Sue Rodriguez de porter le poids du risque que d'autres personnes, dans d'autres circonstances, agissent criminellement pour tuer d'autres personnes ou pour les convaincre de se suicider. On lui demande d'être le bouc émissaire.

La valeur de cet argument peut être examinée à l'étape suivante de l'analyse, quand il faut déterminer si une restriction contraire aux principes de justice fondamentale peut néanmoins être préservée dans le cadre de l'article premier de la *Charte* parce que sa justification se démontre dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cependant, cet argument n'intervient pas dans le contexte de l'analyse fondée sur l'art. 7 en l'espèce. Pour déterminer si une loi enfreint les principes de justice fondamentale d'après l'art. 7 en raison de son caractère arbitraire, l'analyse est axée sur la question de savoir si le régime législatif viole les intérêts protégés d'une personne précise d'une façon qui n'est pas justifiée par l'objectif du régime. Les principes de justice fondamentale exigent que chacun individuellement soit traité équitablement par la loi. La crainte d'abus possibles si on permet à un individu ce qui lui est refusé à tort n'est aucunement pertinente à cette étape initiale. Bref, il est contraire aux principes de justice fondamentale de ne pas permettre à Sue Rodriguez ce qui est permis à d'autres, pour la simple raison qu'il est possible que d'autres personnes, à un moment donné, subissent, non pas ce qu'elle demande, mais l'acte de donner la mort sans véritable consentement. Comme le juge en chef Lamer l'a indiqué dans l'arrêt *Swain*, précité, à la p. 977:

Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes

to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter*, where the Crown has the burden of proving that the impugned law is demonstrably justified in a free and democratic society. In other words, it is my view that any balancing of societal interests against the individual right guaranteed by s. 7 should take place within the confines of s. 1 of the *Charter*.

I add that it is not generally appropriate that the complainant be obliged to negate societal interests at the s. 7 stage, where the burden lies upon her, but that the matter be left for s. 1, where the burden lies on the state.

As my colleague Sopinka J. notes, this Court has held that the principles of fundamental justice may in some cases reflect a balance between the interests of the individual and those of the state. This depends upon the character of the principle of fundamental justice at issue. Where, for instance, the Court is considering whether it accords with fundamental justice to permit the fingerprinting of a person who has been arrested but not yet convicted (*R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387), or the propriety of a particular change in correctional law which has the effect of depriving a prisoner of a liberty interest (*Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143), it may be that the alleged principle will be comprehensible only if the state's interest is taken into account at the s. 7 stage. The *Charter* complainant may be called upon to bear the onus of showing that long-established or *prima facie* necessary practices do not accord with the principles of fundamental justice. The inquiry whether a legislative scheme is arbitrary raises different concerns. The state will always bear the burden of establishing the propriety of an arbitrary legislative scheme, once a complainant has shown it is arbitrary. It will do so at the s. 1 stage, where the state bears the onus, and where the public concerns which might save an arbitrary scheme are relevant. This is precisely the way the majority judgments in *Morgentaler* treated the issues that arose there; it is

de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte*, lorsqu'il incombe au ministère public de démontrer que la justification de la règle de droit attaquée peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En d'autres termes, j'estime que l'évaluation des intérêts de la société par rapport au droit individuel garanti par l'art. 7 ne devrait se faire que dans le contexte de l'article premier de la *Charte*.

J'ajouterais que, d'une façon générale, il n'est pas approprié d'obliger le plaignant à réfuter les intérêts de la société à l'étape de l'art. 7, où le fardeau lui incombe, et que la question doit plutôt être étudiée dans le contexte de l'article premier, où le fardeau incombe à l'État.

Comme le souligne mon collègue le juge Sopinka, notre Cour a décidé que les principes de justice fondamentale peuvent dans certains cas refléter un équilibre entre les intérêts de l'individu et ceux de l'État. Cela dépend de la nature du principe de justice fondamentale en cause. Quand, par exemple, la Cour détermine si sont conformes à la justice fondamentale la prise d'empreintes digitales d'une personne qui a été arrêtée, mais pas encore déclarée coupable (*R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387), ou un changement précis apporté au droit correctionnel qui a pour effet de priver un prisonnier d'un intérêt de liberté (*Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143), il se peut alors que le principe allégué ne soit compréhensible que si l'intérêt de l'État est pris en compte à l'étape de l'art. 7. Celui qui invoque la *Charte* peut être appelé à avoir la charge de démontrer que des pratiques bien établies ou, à première vue, nécessaires ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de savoir si un régime législatif est arbitraire soulève des points différents. C'est toujours à l'État qu'il incombe d'établir l'opportunité d'un régime législatif arbitraire, une fois que le plaignant a établi son caractère arbitraire. L'État le fera à l'étape de l'article premier, quand l'État a le fardeau de preuve, et quand les considérations d'intérêt public qui peuvent justifier le maintien du régime arbitraire sont pertinentes. C'est de cette façon précisément que les jugements de la majorité dans l'arrêt *Morgentaler*

the way I think the Court should proceed in this case.

It is also argued that Sue Rodriguez must be denied the right to treat her body as others are permitted to do, because the state has an interest in absolutely forbidding anyone to help end the life of another. As my colleague Sopinka J. would have it: " . . . active participation by one individual in the death of another is intrinsically morally and legally wrong" (p. 601). The answer to this is that Parliament has not exhibited a consistent intention to criminalize acts which cause the death of another. Individuals are not subject to criminal penalty when their omissions cause the death of another. Those who are under a legal duty to provide the "necessaries of life" are not subject to criminal penalty where a breach of this duty causes death, if a lawful excuse is made out, for instance the consent of the party who dies, or incapacity to provide: see *Criminal Code*, s. 215. Again, killing in self-defence is not culpable. Thus there is no absolute rule that causing or assisting in the death of another is criminally wrong. Criminal culpability depends on the circumstances in which the death is brought about or assisted. The law has long recognized that if there is a valid justification for bringing about someone's death, the person who does so will not be held criminally responsible. In the case of Sue Rodriguez, there is arguably such a justification — the justification of giving her the capacity to end her life which able-bodied people have as a matter of course, and the justification of her clear consent and desire to end her life at a time when, in her view, it makes no sense to continue living it. So the argument that the prohibition on assisted suicide is justified because the state has an interest in absolutely criminalizing any wilful act which contributes to the death of another is of no assistance.

ont traité des questions soulevées; je pense que la Cour devrait procéder de la même manière en l'espèce.

On soutient également que Sue Rodriguez doit être privée du droit de faire de son corps ce que d'autres peuvent faire, parce que l'État a intérêt à formellement interdire à quiconque d'aider quelqu'un à se donner la mort. Comme le dit mon collègue le juge Sopinka: «. . . la participation active d'une personne dans la mort d'une autre est intrinsèquement blâmable sur les plans moral et juridique» (p. 601). La réponse à cet argument est que le Parlement n'a pas affiché de façon constante l'intention de criminaliser les actes qui causent la mort d'autrui. Ainsi, les individus dont les omissions causent la mort d'autrui ne sont pas passibles de sanctions criminelles. De même, ceux qui manquent à l'obligation légale de fournir les «choses nécessaires à l'existence» et causent ainsi la mort ne sont pas passibles de sanctions criminelles si une excuse légitime est fournie, comme le consentement de la victime ou l'incapacité de fournir: voir l'art. 215 du *Code criminel*. En outre, tuer en légitime défense n'entraîne pas la culpabilité. Aucune règle absolue ne dit que le fait de causer la mort d'autrui ou d'aider à la mort d'autrui est criminellement répréhensible. La culpabilité criminelle dépend des circonstances dans lesquelles la mort a été provoquée ou assistée. Le droit reconnaît depuis longtemps que si, avec une justification valable, une personne cause la mort de quelqu'un, elle n'en sera pas tenue criminellement responsable. Dans le cas de Sue Rodriguez, on pourrait soutenir qu'une telle justification existe, la justification consistant à lui donner la capacité, dont jouissent naturellement les personnes physiquement capables, de mettre fin à sa vie et la justification fournie par son consentement évident et son souhait de mettre un terme à sa vie au moment où elle estime que sa vie ne vaut plus la peine d'être vécue. L'argument selon lequel la prohibition de l'aide au suicide est justifiée du fait que l'État a un intérêt à criminaliser absolument tout acte délibéré qui contribue à la mort d'autrui n'est donc d'aucun secours.

This conclusion meets the contention that only passive assistance — the withdrawal of support necessary to life — should be permitted. If the justification for helping someone to end life is established, I cannot accept that it matters whether the act is "passive" — the withdrawal of support necessary to sustain life — or "active" — the provision of a means to permit a person of sound mind to choose to end his or her life with dignity.

Certain of the interveners raise the concern that the striking down of s. 241(*b*) might demean the value of life. But what value is there in life without the choice to do what one wants with one's life, one might counter. One's life includes one's death. Different people hold different views on life and on what devalues it. For some, the choice to end one's life with dignity is infinitely preferable to the inevitable pain and diminishment of a long, slow decline. Section 7 protects that choice against arbitrary state action which would remove it.

In summary, the law draws a distinction between suicide and assisted suicide. The latter is criminal, the former is not. The effect of the distinction is to prevent people like Sue Rodriguez from exercising the autonomy over their bodies available to other people. The distinction, to borrow the language of the Law Reform Commission of Canada, "is difficult to justify on grounds of logic alone": Working Paper 28, *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment* (1982), at p. 53. In short, it is arbitrary. The objective that motivates the legislative scheme that Parliament has enacted to treat suicide is not reflected in its treatment of assisted suicide. It follows that the s. 241(*b*) prohibition violates the fundamental principles of justice and that s. 7 is breached.

Section 1 of the *Charter*

A law which violates the principles of fundamental justice under s. 7 of the *Charter* may be saved under s. 1 of the *Charter* if the state proves

Cette conclusion répond à l'argument selon lequel seule l'assistance passive — l'interruption de soins nécessaires à la vie — devrait être permise. Si est établie la justification de l'assistance apportée à une personne pour se donner la mort, je ne peux accepter de faire une différence entre l'acte «passif», l'interruption de soins nécessaires pour maintenir en vie, et l'acte «actif», la fourniture du moyen qui permettra à une personne saine d'esprit de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité.

Certains intervenants ont invoqué la crainte que l'annulation de l'al. 241*b*) puisse amoindrir la valeur de la vie. Mais, peut-on répondre, quelle valeur y a-t-il à une vie sans choix de faire ce qu'on veut faire de sa propre vie? La vie d'une personne inclut sa mort. Différentes personnes ont des opinions différentes sur la vie et ce qui la dévalorise. Pour certains, la possibilité de choisir de mettre fin à sa vie avec dignité est infiniment préférable aux douleurs et à l'amoindrissement inévitable d'un déclin long et lent. L'article 7 protège ce choix contre la mesure étatique arbitraire qui le supprimerait.

En résumé, la loi établit une distinction entre le suicide et le suicide assisté. Le second est criminel, le premier ne l'est pas. Cette distinction a pour effet d'empêcher des gens comme Sue Rodriguez d'exercer sur leur personne l'autonomie dont jouissent les autres. «[S]ur le seul plan de la logique», pour reprendre les commentaires de la Commission de réforme du droit du Canada, la distinction «est extrêmement difficile [à justifier]»: Document de travail 28, *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement* (1982), à la p. 60. Bref, elle est arbitraire. L'objectif qui a motivé le régime législatif adopté par le Parlement à l'égard du suicide ne se reflète pas dans le traitement du suicide assisté. De ce fait, l'interdiction prévue à l'al. 241*b*) viole les principes de justice fondamentale et donc l'art. 7.

L'article premier de la *Charte*

La disposition législative qui enfreint les principes de justice fondamentale d'après l'art. 7 de la *Charte* peut se justifier aux termes de l'article pre-

that it is "reasonable . . . [and] demonstrably justified in a free and democratic society".

The first thing which the state must show is that the law serves an objective important enough to outweigh the seriousness of the infringement of individual liberties. What then is the objective of the provision of the *Criminal Code* which criminalizes the act of assisting another to commit suicide? It cannot be the prevention of suicide, since Parliament has decriminalized suicide. It cannot be the prevention of the physical act of assisting in bringing about death, since, as discussed above, in many circumstances that act is not a crime. The true objective, it seems, is a practical one. It is the fear that if people are allowed to assist other people in committing suicide, the power will be abused in a way that may lead to the killing of those who have not truly and of their free will consented to death. It is this concern which my colleague Sopinka J. underscores in saying that the purpose of s. 241(*b*) is "the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide" (p. 595).

This justification for s. 241(*b*) embraces two distinct concerns. The first is the fear that unless assisted suicide is prohibited, it will be used as cloak, not for suicide, but for murder. Viewed thus, the objective of the prohibition is not to prohibit what it purports to prohibit, namely assistance in suicide, but to prohibit another crime, murder or other forms of culpable homicide.

I entertain considerable doubt whether a law which infringes the principles of fundamental justice can be found to be reasonable and demonstrably justified on the sole ground that crimes other than those which it prohibits may become more frequent if it is not present. In Canada it is not clear that such a provision is necessary; there is a sufficient remedy in the offences of culpable homicide. Nevertheless, the fear cannot be dismissed cavalierly; there is some evidence from foreign jurisdictions indicating that legal codes which permier de la *Charte* si l'État établit que la restriction est «raisonnable» et que sa «justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

L'État doit en premier lieu établir que la disposition sert un objectif suffisamment important pour l'emporter sur la gravité de la violation des libertés individuelles. Quel est donc l'objectif de la disposition du *Code criminel* qui criminalise l'aide au suicide? Ce ne peut être la prévention du suicide puisque le législateur l'a décriminalisé. Ce ne peut être non plus la prévention du geste qui contribue à causer la mort puisque, je le répète, dans bien des cas un tel geste n'est pas un crime. L'objectif véritable, il me semble, est d'ordre pratique. On craint que, s'il est permis d'aider quelqu'un à se donner la mort, il soit abusé de ce pouvoir et que puissent être ainsi tuées des personnes qui n'ont pas véritablement et librement consenti à mourir. C'est la crainte que mon collègue le juge Sopinka invoque lorsqu'il affirme que le but de l'al. 241*b*) est de «protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider» (p. 595).

Cette justification de l'al. 241*b*) vise deux craintes distinctes. D'abord, il y a la crainte qu'à moins de l'interdire, l'aide au suicide serve de couverture non pas au suicide, mais au meurtre. Sous cet angle, l'objectif de la prohibition ne consiste pas à interdire ce qu'il vise à interdire, soit l'aide au suicide, mais à interdire un autre crime, le meurtre ou d'autres formes d'homicides coupables.

Je doute sérieusement qu'une disposition législative portant atteinte aux principes de justice fondamentale puisse être considérée comme raisonnable et se justifier pour le seul motif que des crimes autres que ceux qu'elle prohibe risquent de devenir plus fréquents si elle n'existe pas. Il n'est pas évident qu'une telle disposition soit nécessaire au Canada; les infractions d'homicide coupable offrent un recours suffisant. Néanmoins, la crainte ne peut pas être écartée du revers de la main; certains éléments de preuve provenant de ressorts

mit assisted suicide may be linked to cases of involuntary deaths of the aging and disabled.

The second concern is that even where consent to death is given, the consent may not in fact be voluntary. There is concern that individuals will, for example, consent while in the grips of transitory depression. There is also concern that the decision to end one's life may have been influenced by others. It is argued that to permit assisted suicide will permit people, some well intentioned, some malicious, to bring undue influence to bear on the vulnerable person, thereby provoking a suicide which would otherwise not have occurred.

The obvious response to this concern is that the same dangers are present in any suicide. People are led to commit suicide while in the throes of depression and it is not regarded as criminal conduct. Moreover, this appeal is concerned with s. 241(*b*) of the *Criminal Code*. Section 241(*a*), which prohibits counselling in suicide, remains in force even if it is found that s. 241(*b*) is unconstitutional. But bearing in mind the peculiar vulnerability of the physically disabled, it might be facile to leave the question there. The danger of transitory or improperly induced consent must be squarely faced.

The concern for deaths produced by outside influence or depression centre on the concept of consent. If a person of sound mind, fully aware of all relevant circumstances, comes to the decision to end her life at a certain point, as Sue Rodriguez has, it is difficult to argue that the criminal law should operate to prevent her, given that it does not so operate in the case of others throughout society. The fear is that a person who does not consent may be murdered, or that the consent of a vulnerable person may be improperly procured.

Are these fears, real as they are, sufficient to override Sue Rodriguez's entitlement under s. 7 of

étrangers indiquent que certaines lois autorisant le suicide assisté peuvent être reliées à des cas de morts non souhaitées chez des personnes âgées et des handicapés.

Deuxièmement, on craint que, même quand le consentement à la mort est donné, ce consentement ne soit pas vraiment volontaire. On craint, par exemple, que des personnes consentent à mourir dans un moment de dépression passagère. On craint également que la décision de se donner la mort ait été prise sous l'influence d'autrui. On soutient que la légalisation du suicide assisté permettra à des gens, certains bien intentionnés, d'autres malveillants, de soumettre à une influence excessive la personne vulnérable, entraînant ainsi un suicide qui autrement n'aurait pas eu lieu.

La réponse évidente à cela est que les mêmes dangers guettent tous les suicides. Des gens se suicident lorsqu'ils sont en proie à une dépression, et ce n'est pas une conduite criminelle. De plus, le présent appel vise l'al. 241*b*) du *Code criminel*. L'alinéa 241*a*), qui interdit de conseiller le suicide, demeurera en vigueur si l'al. 241*b*) est déclaré inconstitutionnel. Toutefois, compte tenu de la vulnérabilité particulière de la personne physiquement handicapée, il pourrait être trop facile d'en rester là. Il faut faire face au risque que constitue le consentement passager ou obtenu irrégulièrement.

La crainte relative aux morts provoquées par une influence extérieure ou une dépression se rattache directement au concept du consentement. Si une personne saine d'esprit, pleinement consciente de toutes les circonstances pertinentes, décide de mettre fin à sa vie à un certain moment, comme l'a fait Sue Rodriguez, on peut difficilement soutenir que le droit criminel doit intervenir pour l'en empêcher alors qu'il n'intervient pas dans le cadre d'autres membres de la société dans son ensemble. On craint qu'une personne qui ne donne pas son consentement soit victime d'un meurtre ou que le consentement d'une personne vulnérable soit obtenu irrégulièrement.

Ces craintes, si réelles qu'elles soient, sont-elles suffisamment importantes pour l'emporter sur le

the *Charter* to end her life in the manner and at the time of her choosing? If the absolute prohibition on assisted suicide were truly necessary to ensure that killings without consent or with improperly obtained consent did not occur, the answer might well be affirmative. If, on the other hand, the safeguards in the existing law, supplemented by directives such as those proposed by McEachern C.J. below are sufficient to meet the concerns about false consent, withholding from Sue Rodriguez the choice to end her life, which is enjoyed by able-bodied persons, is neither necessary nor justified.

droit de Sue Rodriguez garanti à l'art. 7 de la *Charte* de mettre fin à sa vie, de la façon et au moment de son choix? Si la prohibition absolue du suicide assisté était réellement nécessaire afin d'éviter les meurtres commis sans consentement ou avec un consentement obtenu irrégulièrement, la réponse pourrait fort bien être affirmative. Si, d'autre part, les garanties offertes par la législation, accompagnées de directives comme celles qui ont été proposées par le juge en chef McEachern, suffisent à dissiper les craintes relatives au consentement, on ne peut prétendre qu'il est nécessaire et justifié de priver Sue Rodriguez du droit de mettre fin à sa vie, un droit dont jouissent les personnes non handicapées.

In my view, the existing provisions in the *Criminal Code* go a considerable distance to meeting the concerns of lack of consent and improperly obtained consent. A person who causes the death of an ill or handicapped person without that person's consent can be prosecuted under the provisions for culpable homicide. The cause of death having been established, it will be for the person who administered the cause to establish that the death was really a suicide, to which the deceased consented. The existence of a criminal penalty for those unable to establish this should be sufficient to deter killings without consent or where consent is unclear. As noted above, counselling suicide would also remain a criminal offence under s. 241(*a*). Thus the bringing of undue influence upon a vulnerable person would remain prohibited.

À mon avis, les dispositions actuelles du *Code criminel* contribuent grandement à dissiper les craintes relatives à l'absence de consentement et au consentement obtenu irrégulièrement. Quiconque cause la mort d'une personne malade ou handicapée sans le consentement de cette dernière peut être poursuivi en vertu des dispositions en matière d'homicide coupable. Une fois la cause de la mort établie, il appartiendra à la personne qui en est à l'origine d'établir que la mort était réellement un suicide, auquel le défunt avait consenti. L'existence de sanctions criminelles contre ceux qui ne pourraient établir cela devrait suffire à dissuader des morts provoquées sans consentement ou avec un consentement incertain. Comme je le souligne plus haut, conseiller le suicide demeurerait également une infraction criminelle en vertu de l'al. 241*a*). Aussi, l'exercice d'une influence excessive sur une personne vulnérable demeurerait prohibé.

These provisions may be supplemented, by way of a remedy on this appeal, by a further stipulation requiring court orders to permit the assistance of suicide in a particular case. The judge must be satisfied that the consent is freely given with a full appreciation of all the circumstances. This will ensure that only those who truly desire to bring their lives to an end obtain assistance. While this may be to ask more of Ms. Rodriguez than is asked of the physically able person who seeks to commit suicide, the additional precautions are arguably

Ces dispositions peuvent être accompagnées, par le biais d'une réparation accordée dans le présent pourvoi, de conditions supplémentaires exigeant qu'une ordonnance d'un tribunal autorise l'aide au suicide dans un cas particulier. Le juge doit être convaincu que le consentement est donné librement, en pleine connaissance de toutes les circonstances. Cela garantira que seules les personnes qui souhaitent véritablement mettre fin à leur vie obtiennent l'aide. Si c'est plus demander à Sue Rodriguez qu'on ne demande à une personne non

justified by the peculiar vulnerability of the person who is physically unable to take her own life.

I conclude that the infringement of s. 7 of the *Charter* by s. 241(*b*) has not been shown to be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*.

The Respective Roles of Parliament and the Courts

It was strenuously argued that it was the role of Parliament to deal with assisted suicide and that the Court should not enter on the question. These arguments echo the views of the justices of the majority of the Court of Appeal below. Hollinrake J.A. stated: "it is my view in areas with public opinion at either extreme, and which involve basically philosophical and not legal considerations, it is proper that the matter be left in the hands of Parliament as historically has been the case" (p. 177). Proudfoot J.A. added: "On the material available to us, we are in no position to assess the consensus in Canada with respect to assisted suicide. . . . I would leave to Parliament the responsibility of taking the pulse of the nation" (p. 186).

Were the task before me that of taking the pulse of the nation, I too should quail, although as a matter of constitutional obligation, a court faced with a *Charter* breach may not enjoy the luxury of choosing what it will and will not decide. I do not, however, see this as the task which faces the Court in this case. We were not asked to second guess Parliament's objective of criminalizing the assistance of suicide. Our task was the much more modest one of determining whether, given the legislative scheme regulating suicide which Parliament has put in place, the denial to Sue Rodriguez of the ability to end her life is arbitrary and hence amounts to a limit on her security of the person which does not comport with the principles of fundamental justice. Parliament in fact has chosen to legislate on suicide. It has set up a scheme which makes suicide lawful, but which makes assisted suicide criminal. The only question is whether Par-

handicapée qui cherche à se suicider, ces précautions supplémentaires peuvent se justifier par la vulnérabilité particulière d'une personne qui est incapable physiquement de mettre fin à sa vie.

Je conclus qu'il n'a pas été démontré que l'atteinte à l'art. 7 de la *Charte* par l'al. 241*b*) est justifiée aux termes de l'article premier de la *Charte*.

Les rôles respectifs du législateur et des tribunaux

On a soutenu énergiquement qu'il appartenait au Parlement de réglementer le suicide assisté et que notre Cour devait se garder de se prononcer sur la question. Ces arguments font écho aux opinions des juges de la majorité de la Cour d'appel en l'espèce. Le juge Hollinrake a indiqué: [TRADUCTION] «je suis d'avis que, dans les domaines où s'opposent des opinions publiques extrêmes et où sont soulevées des considérations fondamentalement philosophiques et non juridiques, il y a lieu de laisser la question entre les mains du législateur comme ce fut le cas dans le passé» (p. 177). Le juge Proudfoot a ajouté: [TRADUCTION] «La preuve substantielle qui nous est soumise ne nous permet pas d'évaluer le niveau de consensus au Canada à l'égard du suicide assisté [. . .] Je suis d'avis qu'il appartient au Parlement de tâter le pouls de la population» (p. 186).

Si la tâche qui m'était confiée consistait à prendre le pouls de la population, je reculerais moi aussi, bien qu'en matière d'obligation constitutionnelle, un tribunal saisi d'une violation de la *Charte* peut ne pas jouir du luxe de choisir ce sur quoi il se prononcera et ne se prononcera pas. J'estime toutefois que ce n'est pas la tâche qui incombe à notre Cour en l'espèce. On ne nous a pas demandé de reconsidérer l'objectif du Parlement de criminaliser l'aide au suicide. Nous avions la tâche beaucoup plus modeste de déterminer si, étant donné le régime législatif institué par le Parlement pour réglementer le suicide, le fait de priver Sue Rodriguez du pouvoir de mettre fin à sa vie est arbitraire et équivaut par conséquent à une restriction de son droit à la sécurité de sa personne qui est incompatible avec les principes de justice fondamentale. Le Parlement a en fait choisi de légiférer en matière de suicide. Il a mis sur pied un régime qui légalise

liament, having chosen to act in this sensitive area touching the autonomy of people over their bodies, has done so in a way which is fundamentally fair to all. The focus is not on why Parliament has acted, but on the way in which it has acted.

le suicide, mais qui criminalise l'aide au suicide. La seule question est de savoir si, ayant décidé d'agir dans ce domaine délicat qui touche l'autonomie des gens sur leur personne, le législateur a agi d'une manière fondamentalement équitable pour tous. L'important n'est pas la raison pour laquelle le législateur a agi, mais la façon dont il a agi.

Remedy

I concur generally in the remedy proposed by the Chief Justice in his reasons, although I am not convinced that some of the conditions laid down by his guidelines are essential. In the case at bar, where the plaintiff's own act will trigger death, it may not be necessary to ascertain the consent on a daily basis, nor to place a limit of 31 days on the certificate. What is required will vary from case to case. The essential in all cases is that the judge be satisfied that if and when the assisted suicide takes place, it will be with the full and free consent of the applicant. I would leave the final order to be made by the chambers judge, having regard to the guidelines suggested by McEachern C.J. below and the exigencies of the particular case.

Réparation

Je souscris pour l'essentiel à la réparation proposée par le Juge en chef dans ses motifs bien que je ne sois pas convaincue que certaines conditions énoncées dans ses directives soient indispensables. En l'espèce, un cas où c'est le geste de l'appelante elle-même qui provoquera la mort, il n'est peut-être pas nécessaire de vérifier le consentement chaque jour, ni de limiter à 31 jours la durée du certificat. Les exigences varieront dans chaque cas. L'essentiel dans tous les cas est que le juge soit convaincu que lorsque le suicide a lieu, s'il a lieu, ce sera avec le consentement libre et entier du requérant. Je laisserais au juge en chambre le soin de rédiger l'ordonnance finale, en tenant compte des directives proposées par le juge en chef McEachern et des circonstances du cas envisagé.

I would answer the constitutional questions as proposed by the Chief Justice.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles comme le propose le Juge en chef.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CORY J. (dissenting) — I have read the excellent reasons of the Chief Justice and Justices Sopinka and McLachlin. I am in agreement with the disposition of this appeal proposed by the Chief Justice, substantially for the reasons put forward both by the Chief Justice and McLachlin J. The bases for my conclusion can be briefly stated.

LE JUGE CORY (dissident) — J'ai lu les excellents motifs rédigés par le Juge en chef et les juges Sopinka et McLachlin. Je suis d'accord avec la façon dont le Juge en chef propose de trancher le pourvoi, principalement pour les motifs avancés tant par le Juge en chef lui-même que par le juge McLachlin. J'explique brièvement les motifs de ma conclusion.

At the outset I would observe that all parties to this debate take the same basic position, namely that human life is fundamentally important to our democratic society. Those opposed to the relief sought by Sue Rodriguez seek to uphold the impugned provisions of the *Criminal Code* on the grounds that it assists society to preserve human

Tout d'abord, je ferais observer que toutes les parties à ce débat s'entendent sur le point de base que la vie humaine est d'une importance fondamentale pour notre société démocratique. Ceux qui s'opposent au redressement que demande Sue Rodriguez cherchent à maintenir les dispositions contestées du *Code criminel* pour le motif qu'elles

life. Those supporting her position recognize the importance of preserving the essential dignity of human life, which includes the right of Sue Rodriguez to die with dignity.

Section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* has granted the constitutional right to Canadians to life, liberty and the security of the person. It is a provision which emphasizes the innate dignity of human existence. This Court in considering s. 7 of the *Charter* has frequently recognized the importance of human dignity in our society. See, for example, *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 512, and *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, *per* Wilson J.

The life of an individual must include dying. Dying is the final act in the drama of life. If, as I believe, dying is an integral part of living, then as a part of life it is entitled to the constitutional protection provided by s. 7. It follows that the right to die with dignity should be as well protected as is any other aspect of the right to life. State prohibitions that would force a dreadful, painful death on a rational but incapacitated terminally ill patient are an affront to human dignity.

In this regard it was conceded by those opposing this application that it was open to a patient of sound mind to refuse treatment even though that refusal would inevitably result in death. It follows that it is the right of those who are sound in mind to choose death with dignity rather than accepting life preserving treatment. The right of a patient to refuse treatment arising from the common law concept of bodily integrity was recently recognized by this Court in *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119.

I can see no difference between permitting a patient of sound mind to choose death with dignity by refusing treatment and permitting a patient of sound mind who is terminally ill to choose death with dignity by terminating life preserving treatment, even if, because of incapacity, that step has

aident la société à protéger la vie humaine. Ceux qui défendent sa position reconnaissent l'importance de protéger la dignité essentielle de la vie humaine, laquelle inclut, pour Sue Rodriguez, le droit de mourir avec dignité.

L'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* a reconnu aux Canadiens le droit constitutionnel à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. C'est une disposition qui met l'accent sur la dignité inhérente à l'existence humaine. Notre Cour, à l'occasion de l'étude de l'art. 7 de la *Charte*, a fréquemment reconnu l'importance de la dignité humaine dans notre société. Voir, par exemple, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 512, et *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson, à la p. 166.

La vie d'une personne doit inclure sa mort. La mort est l'acte final du théâtre de la vie. Si, comme je le crois, la mort fait partie intégrante de la vie, alors la mort comme étape de la vie a droit à la protection constitutionnelle prévue par l'art. 7. Il s'ensuit que le droit de mourir avec dignité devrait être aussi bien protégé que n'importe quel autre aspect du droit à la vie. Des interdictions édictées par l'État, qui imposeraient une mort atroce et douloureuse à un malade en phase terminale, handicapé et lucide, constitueraient une insulte à la dignité humaine.

À ce sujet, ceux qui s'opposent à la requête ont admis qu'un malade sain d'esprit peut refuser un traitement même si ce refus doit entraîner inévitablement la mort. Par conséquent, le droit existe pour les personnes saines d'esprit de choisir de mourir avec dignité plutôt que d'accepter un traitement qui prolongera leur vie. Le droit d'un malade de refuser un traitement, découlant du concept en common law de l'intégrité de la personne, a été récemment admis pas notre Cour dans l'arrêt *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119.

Je ne vois aucune différence entre le fait de permettre à un malade sain d'esprit de choisir de mourir avec dignité en refusant un traitement et le fait de permettre à un malade sain d'esprit mais physiquement en phase terminale de choisir de mourir avec dignité en arrêtant le traitement qui lui permet

to be physically taken by another on her instructions. Nor can I see any reason for failing to extend that same permission so that a terminally ill patient facing death may put an end to her life through the intermediary of another, as suggested by Sue Rodriguez. The right to choose death is open to patients who are not physically handicapped. There is no reason for denying that choice to those that are. This choice for a terminally ill patient would be subject to conditions such as those suggested by the Chief Justice being in place and complied with by the applicant. With those conditions in place, s. 7 of the *Charter* can be applied to enable a court to grant the relief proposed by the Chief Justice. This will ensure that Sue Rodriguez, who has lived her life with such dignity and courage, may choose to end her life with that same courage and dignity.

de survivre, même si, du fait de son incapacité physique, cette mesure doit matériellement être prise par quelqu'un d'autre selon ses instructions. De même, je ne vois aucune raison de ne pas permettre aussi qu'un malade en phase terminale et sur le point de mourir puisse mettre fin à ses jours par l'intermédiaire de quelqu'un, comme l'a suggéré Sue Rodriguez. Le droit de choisir la mort est offert aux malades qui ne sont pas physiquement handicapés. Il n'existe aucune raison de refuser ce choix à ceux qui le sont. Ce choix, pour un malade en phase terminale, serait assujetti à des conditions semblables à celles proposées par le Juge en chef et respectées par la requérante. Ces conditions étant fixées, l'art. 7 de la *Charte* peut être appliqué pour permettre à un tribunal d'accorder le redressement proposé par le Juge en chef. Cela garantira à Sue Rodriguez, qui a vécu sa vie avec tant de dignité et de courage, de choisir d'y mettre un terme avec la même dignité et le même courage.

As well, for the reasons so ably expressed by the Chief Justice, s. 15 can be applied to grant the same relief at least to handicapped terminally ill patients. It is significant that this Court when considering s. 15 of the *Charter* once again stressed the importance of respecting human life. See *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171. I would therefore dispose of the appeal in the manner suggested by the Chief Justice.

De la même façon, pour les motifs si bien exprimés par le Juge en chef, l'art. 15 peut être invoqué pour accorder le même redressement au moins aux malades handicapés en phase terminale. Il est révélateur que notre Cour, dans l'examen de l'art. 15 de la *Charte*, a une fois de plus souligné l'importance du respect de la vie humaine. Voir *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171. Je suis donc d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Appeal dismissed, LAMER C.J. *and* L'HEUREUX-DUBÉ, CORY *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER *et les juges* L'HEUREUX-DUBÉ, CORY *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant: Considine & Lawler, Victoria.

Procureurs de l'appelante: Considine & Lawler, Victoria.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Solicitor for the intervener British Columbia Coalition of People with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener Dying with Dignity: Beard, Winter, Toronto.

Solicitors for the intervener Right to Die Society of Canada: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Solicitors for the intervener COPOH: Anne M. Molloy and Janet L. Budgell, Toronto.

Solicitors for the interveners Pro-Life Society of British Columbia and Pacific Physicians for Life Society: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the interveners Canadian Conference of Catholic Bishops and Evangelical Fellowship of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener People in Equal Participation Inc.: Taylor McCaffrey, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante British Columbia Coalition of People with Disabilities: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Dying with Dignity: Beard, Winter, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Right to Die Society of Canada: Davies, Ward & Beck, Toronto.

Procureurs de l'intervenante COPOH: Anne M. Molloy et Janet L. Budgell, Toronto.

Procureurs des intervenantes Pro-Life Society of British Columbia et Pacific Physicians for Life Society: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Conférence des évêques catholiques du Canada et Evangelical Fellowship of Canada: Gowling, Strathy & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante People in Equal Participation Inc.: Taylor McCaffrey, Winnipeg.

TAB 15

Association of Justice Counsel *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

Indexed as: Association of Justice Counsel *v.* Canada (Attorney General)

2017 SCC 55

File No.: 37014.

2017: April 19; 2017: November 3.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown and Rowe JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Labour relations — Arbitration — Grievances — Collective agreements — Residual management rights — Work schedule — Balancing of interests approach — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether mandatory standby duty directive is reasonable and fair exercise of employer's management rights under collective agreement — Whether adjudicator's assessment of different interests at stake and ultimate balancing of those interests was reasonable.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Scope of right — Privacy — Collective agreement prohibiting employer from imposing workplace policy that would restrict lawyers' constitutional rights — Employer unilaterally imposing directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers in order to respond to urgent immigration matters — Lawyers no longer compensated for entire period spent on standby but only for hours actually worked on urgent requests — Whether employer's mandatory standby duty directive infringes right to liberty protected by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Association des juristes de justice *Appelante*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

Répertorié : Association des juristes de justice *c.* Canada (Procureur général)

2017 CSC 55

N° du greffe : 37014.

2017 : 19 avril; 2017 : 3 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté, Brown et Rowe.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Relations du travail — Arbitrage — Griefs — Conventions collectives — Droits résiduels de la direction — Horaire de travail — Démarche axée sur la mise en balance des intérêts — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive en matière de quarts de garde obligatoires constitue-t-elle un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction de l'employeur prévus dans la convention collective? — L'appréciation par l'arbitre de grief des divers intérêts en jeu et sa mise balance finale de ceux-ci étaient-elles raisonnables?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Portée du droit — Protection de la vie privée — Convention collective interdisant à l'employeur d'imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes — Imposition unilatérale, par l'employeur, d'une directive obligeant les juristes à effectuer des quarts de garde après les heures normales de travail afin de pouvoir intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration — Juristes n'étant plus rémunérés pour toute la période de garde, mais uniquement pour les heures effectivement travaillées sur des demandes urgentes — La directive sur les quarts de garde obligatoires de l'employeur porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

In the early 1990s, the employer established a standby shift system to respond to urgent immigration matters outside of normal business hours, whereby a lawyer in the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office of the Department of Justice Canada would be available evenings and weekends to attend on short notice to any urgent stay applications that might arise. Until 2010, the system worked on a volunteer basis. Lawyers who volunteered to cover standby shifts were compensated with paid leave and received the same amount of compensation irrespective of whether they were called into work. In March 2010, the lawyers were informed that they would no longer be paid for time spent on standby. Instead, they would be compensated — through either overtime pay or paid leave, depending on their seniority status — only for the time they spent working if they received an urgent request. With this change in policy, there were no longer enough volunteers to cover the standby periods. In response, the employer issued a directive making after-hour standby shifts mandatory. The Association of Justice Counsel then filed a grievance on behalf of lawyers working in the Immigration Law Directorate.

The collective agreement at issue is silent on standby duty, but it specifies that the employer retains all management rights and powers that have not been modified or limited by the collective agreement. The labour adjudicator concluded that the directive was not a reasonable or fair exercise of management rights and infringed the lawyers' right to liberty under s. 7 of the *Charter*. He ordered the employer to immediately cease applying the directive. The Federal Court of Appeal allowed the government's application for judicial review and set aside the adjudicator's decision.

Held (Moldaver and Côté JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The adjudicator's decision that the directive contravened the collective agreement is reasonable and his order that the employer stop applying the directive should be reinstated.

Per McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ.: At issue is the interpretation of a management rights clause in a collective agreement, clearly a matter on which labour arbitrators are owed deference. Management's residual right to unilaterally impose workplace rules is constrained by the collective agreement,

Au début des années 1990, l'employeur a mis sur pied un système de quarts de garde permettant d'intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration en dehors des heures normales de travail, système suivant lequel un juriste de la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice Canada serait disponible les soirs et les fins de semaine pour traiter à court préavis toute demande de sursis urgente susceptible de se présenter. Jusqu'en 2010, le système fonctionnait sur une base volontaire. Les juristes qui se portaient volontaires pour assurer les quarts de garde étaient rémunérés en congés payés et recevaient la même indemnité qu'ils soient appelés ou non au travail. En mars 2010, les juristes ont été informés qu'ils ne seraient plus payés pour les périodes de garde. Désormais, ils ne seraient rémunérés — sous forme de primes d'heures supplémentaires ou de congés payés, selon leur niveau d'ancienneté — que pour les heures travaillées s'ils recevaient une demande urgente. Avec ce changement de politique, il n'y avait plus assez de volontaires pour assurer le service pendant les périodes de garde. En réponse, l'employeur a communiqué une directive rendant obligatoires les quarts de garde après les heures normales de travail. L'Association des juristes de justice a alors déposé un grief au nom des juristes travaillant à la Direction du droit de l'immigration.

La convention collective en cause est muette sur l'obligation de disponibilité, mais elle précise que l'employeur conserve tous les droits et pouvoirs de la direction qui n'ont pas été modifiés ou limités par la convention collective. L'arbitre en droit du travail a conclu que la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de la direction et qu'elle portait atteinte au droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Il a ordonné à l'employeur de cesser immédiatement de l'appliquer. La Cour d'appel fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le gouvernement et a annulé la décision de l'arbitre.

Arrêt (les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. La décision de l'arbitre selon laquelle la directive contrevenait à la convention collective est raisonnable et son ordonnance enjoignant à l'employeur de cesser d'appliquer la directive est rétablie.

La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe : La question en litige en l'espèce concerne l'interprétation d'une clause de convention collective portant sur les droits de la direction, ce qui est manifestement une matière à l'égard de laquelle les arbitres en droit du travail ont droit à la

as it provides that in administrating the collective agreement, the employer must "act reasonably, fairly and in good faith". The approach to determining whether a policy that affects employees is a reasonable exercise of management rights is the "balancing of interests" assessment. This approach requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer's policy strikes a reasonable balance between management and employees' interests. Whether the unilateral imposition of a standby period is reasonable and fair will depend on the circumstances and the terms of the particular collective agreement. This determination is highly fact-based.

The adjudicator applied the appropriate analytical framework to assess the exercise of management rights and the surrounding circumstances of the directive supported his conclusion that the employer's directive was neither reasonable nor fair. There was no standby clause in the recently finalized collective agreement, no mention of the requirement in the lawyers' employment contracts or job descriptions, nor were similar policies the norm in the sector. The fact that the directive affects the lawyers' lives outside of working hours is a significant factor in the assessment of the directive's impact on employees. Further, there is some apparent unfairness in a policy or directive that unilaterally withdraws compensation for standby duty, when the provision of such compensation had been a long-standing practice. While an employer does not need to provide evidence that there were no other alternatives, the availability of realistic, but less intrusive, means to meet organizational needs may be a relevant consideration in the balancing of interests assessment. The adjudicator was entitled to note the lack of such evidence. There is also no indication that the adjudicator misunderstood the factual impact of the directive on the lawyers, as set out in the agreed statement of facts. The Federal Court of Appeal therefore erred by substituting its own balancing of the interests involved for that of the adjudicator.

The directive does not violate the lawyers' s. 7 *Charter* right to liberty. The directive requires them, as a condition of their employment, to be potentially less available to their families or to forego certain personal activities

déférence. La convention collective limite le droit résiduel de la direction d'imposer unilatéralement des règles en milieu de travail, car elle prévoit que l'employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi » dans l'administration de la convention collective. La démarche applicable pour déterminer si une politique ayant une incidence sur les employés constitue un exercice raisonnable des droits de la direction est l'évaluation axée sur la « mise en balance des intérêts ». Cette démarche exige des arbitres en droit du travail qu'ils mettent à profit leur expertise dans le domaine des relations de travail, qu'ils tiennent compte de toutes les circonstances et qu'ils décident si la politique de l'employeur établit un équilibre raisonnable entre les intérêts de la direction et ceux des employés. La question de savoir si l'imposition unilatérale d'une période de garde est raisonnable et équitable dépendra des circonstances et des dispositions de la convention collective en cause. Cette conclusion est largement tributaire des faits.

L'arbitre a appliqué le cadre d'analyse approprié pour évaluer l'exercice des droits de la direction, et les circonstances entourant la directive de l'employeur appuyaient sa conclusion suivant laquelle cette mesure n'était ni raisonnable ni équitable. La convention collective récemment finalisée ne renfermait aucune clause de disponibilité, l'obligation n'avait pas été mentionnée dans les contrats d'emploi ou dans les descriptions de tâches des juristes, et de telles politiques n'étaient pas la norme dans le secteur. Le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important dans l'appréciation de son incidence sur les employés. De plus, une politique ou une directive qui supprime unilatéralement la rémunération accordée en contrepartie d'une obligation de disponibilité crée une iniquité apparente lorsqu'une telle rémunération constituait une pratique de longue date. Bien que l'employeur ne soit pas tenu de prouver qu'il n'y avait pas d'autres solutions, l'existence de moyens réalistes, mais moins attentatoires, pour répondre aux besoins organisationnels peut constituer une considération pertinente dans l'appréciation axée sur la mise en balance des intérêts. Il était loisible à l'arbitre de noter l'absence d'une telle preuve. De plus, rien n'indique que celui-ci a mal compris les effets observables de la directive sur les juristes, effets énoncés dans l'exposé conjoint des faits. La Cour d'appel fédérale a donc commis une erreur en substituant sa propre mise en balance des intérêts en cause à celle de l'arbitre.

La directive ne porte pas atteinte au droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Elle oblige ceux-ci, comme condition d'emploi, à être potentiellement moins disponibles pour leurs familles ou à renoncer

for, at most, two to three weeks a year. This incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7.

Per Moldaver and Côté JJ. (dissenting in part): The adjudicator erred in concluding that the mandatory standby duty directive represented an unreasonable and unfair exercise of the employer's management rights and infringed counsel's right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter.*

The adjudicator's reasoning was clearly influenced by his erroneous conclusions with respect to s. 7 of the *Charter*, as he considered the issue of whether the directive represented a reasonable and fair exercise of the employer's management powers through the prism of those conclusions. For example, in concluding that the directive seemed to him quite simply neither reasonable nor fair, the adjudicator noted, *inter alia*, that it would instead be fair for counsel to be compensated for the time during which the employer continued to exercise a certain control over their lives. The adjudicator's conclusions on the violation of the collective agreement with respect to the exercise of the management power and the protection of counsel's constitutional rights were thus based on the same characterization of the impact of the directive on the lawyers' lives. This characterization seems flawed in that it disregards key elements of the agreed statement of facts.

Because the grievance should be remitted to another adjudicator, it would not be appropriate to rule on the reasonableness and fairness of the directive. It should be noted, however, that the conclusions of the adjudicator in this case do not seem defensible in respect of either the facts or the law. Regarding the facts, his conclusion that the employer had a certain control over the organizational need underlying the unilateral imposition of standby duty goes against the common evidence submitted by the parties to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed on an emergency basis. For this reason, therefore, to the extent that the adjudicator has disregarded certain essential facts in his reasons, his decision does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts.

Nor does the adjudicator's decision seem defensible in respect of the law. The analysis of the reasonableness and fairness of a unilaterally imposed directive is based on a balancing of interests approach, not an approach focusing on whether the employer has adopted the least intrusive means of meeting its operational requirements. In considering whether the employer had acted reasonably, fairly

à certaines activités personnelles, et ce, deux à trois semaines par année tout au plus. Cette incursion dans la vie privée des juristes en dehors du travail n'implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l'art. 7.

Les juges Moldaver et Côté (dissidents en partie) : L'arbitre a erré en concluant que la directive sur la garde obligatoire constituait un exercice déraisonnable et inéquitable du droit de gestion de l'employeur et contrevenait au droit à la liberté des juristes garanti par l'art. 7 de la *Charte.*

Le raisonnement de l'arbitre a manifestement été influencé par ses conclusions erronées concernant l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il a examiné la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable et équitable des pouvoirs de gestion de l'employeur à travers le prisme de ces conclusions. Par exemple, en concluant que la directive ne lui apparaît tout simplement ni raisonnable, ni équitable, l'arbitre note, entre autres, qu'il serait plutôt équitable que les juristes soient indemnisés pour les moments où l'employeur continue d'exercer un certain contrôle sur leur vie. Les conclusions de l'arbitre concernant la violation de la convention collective quant à l'exercice du pouvoir de gestion et quant à la protection des droits constitutionnels des juristes reposent donc sur la même caractérisation de l'effet de la directive sur la vie des avocats. Or, cette caractérisation semble erronée dans la mesure où elle ignore des éléments clés de l'énoncé conjoint des faits.

Puisque le grief doit être renvoyé à un autre arbitre, il n'y a pas lieu de trancher de façon définitive le caractère raisonnable et équitable de la directive. Il y a lieu de souligner toutefois que les conclusions de l'arbitre en l'espèce ne semblent se justifier ni au regard des faits, ni au regard du droit. Quant aux faits, sa conclusion voulant que l'employeur ait un certain contrôle sur le besoin organisationnel à la base de l'imposition unilatérale d'une période de garde va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente. Ainsi, pour cette raison et dans la mesure où ses motifs passent sous silence des éléments factuels essentiels, la décision de l'arbitre n'appartient pas aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits.

La décision de l'arbitre ne semble pas non plus justifiée au regard du droit. L'analyse du caractère raisonnable et équitable d'une directive imposée unilatéralement repose sur une démarche axée sur la mise en balance des intérêts, et non sur la question de savoir si l'employeur a retenu le moyen le moins attentatoire de répondre à ses exigences opérationnelles. En analysant si l'employeur

and in good faith in issuing the directive, the adjudicator noted that he had not been presented with any evidence establishing that standby duty was the employer's only way of responding to emergencies on weeknights and weekends. But that is not the applicable legal test in this case. Requiring the employer to prove that there were no other alternatives to solve its problem imposes on it the far too onerous burden of proving a negative. As a result, to the extent that the adjudicator's decision is based on a test that differs from the one applicable in law and that has the effect of imposing an excessive burden on the employer, it does not fall within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Applied: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; **not followed:** *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285; **referred to:** *Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246; *Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307.

By Côté J. (dissenting in part)

Dunsmuir v. New Brunswick, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458; *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Health Services and Support — Facilities*

avait agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive, l'arbitre a noté qu'on ne lui avait présenté aucune preuve établissant que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences les soirs de semaine et les fins de semaine. Or, ce n'est pas le critère juridique applicable en l'espèce. Requérir de l'employeur qu'il prouve l'absence d'autres solutions pour régler son problème lui impose le fardeau beaucoup trop onéreux de prouver un fait négatif. En conséquence, dans la mesure où la décision de l'arbitre se fonde sur un critère autre que celui applicable en droit et qui a pour effet d'imposer à l'employeur un fardeau excessif, elle ne fait pas partie des issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt appliqué : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; **arrêt non suivi :** *United Nurses of Alberta c. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285; **arrêts mentionnés :** *Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246; *Shell Canada Ltd. c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL); *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307.

Citée par la juge Côté (dissidente en partie)

Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458; *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Health Services*

Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedom, ss. 1, 7.
Canadian Human Rights Act, R.S.C. 1985, c. H-6.
Financial Administration Act, R.S.C. 1985, c. F-11, ss. 7, 11.1.

Authors Cited

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 1, 4th ed. Toronto: Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated June 2017, release 58).
Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated April 2017, release 28).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Trudel, Boivin and de Montigny JJ.A.), 2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349, 488 N.R. 198, [2016] F.C.J. No. 304 (QL), 2016 CarswellNat 824 (WL Can.), [2016] AZ-51267589, allowing an application for judicial review and setting aside a decision of an adjudicator of the Public Service Labour Relations and Employment Board, 2015 PSLREB 31, 2015 LNPSLREB 31 (QL), 2015 CarswellNat 1181 (WL Can.). Appeal allowed in part, Moldaver and Côté JJ. dissenting in part.

Bernard Philion, *Nicolas Charron* and *Daniel Boudreault*, for the appellant.

Alain Préfontaine and *Catherine A. Lawrence*, for the respondent.

The judgment of McLachlin C.J. and Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown and Rowe JJ. was delivered by

Karakatsanis J. —

I. Overview

[1] This is an appeal of the judicial review of a grievance adjudicator's decision concerning a federal government employer's mandatory standby duty directive. The Association of Justice Counsel (AJC)

and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.
Loi canadienne sur les droits de la personne, L.R.C. 1985, c. H-6.
Loi sur la gestion des finances publiques, L.R.C. 1985, c. F-11, art. 7, 11.1.

Doctrine et autres documents cités

Brown, Donald J. M., and David M. Beatty, with the assistance of Christine E. Deacon. *Canadian Labour Arbitration*, vol. 1, 4th ed., Toronto, Canada Law Book, 2017 (loose-leaf updated June 2017, release 58).
Charney, Richard J., and Thomas E. F. Brady. *Judicial Review in Labour Law*, Aurora (Ont.), Canada Law Book, 1997 (loose-leaf updated April 2017, release 28).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Trudel, Boivin et de Montigny), 2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349, 488 N.R. 198, [2016] A.C.F. nº 304 (QL), 2016 CarswellNat 6508 (WL Can.), [2016] AZ-51267589, qui a accueilli une demande de contrôle judiciaire et annulé une décision d'un arbitre de grief de la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique, 2015 CRTEFP 31, 2015 LNCRTEFP 31 (QL), 2015 CarswellNat 1180 (WL Can.). Pourvoi accueilli en partie, les juges Moldaver et Côté sont dissidents en partie.

Bernard Philion, *Nicolas Charron* et *Daniel Boudreault*, pour l'appelante.

Alain Préfontaine et *Catherine A. Lawrence*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Abella, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Brown et Rowe rendu par

La juge Karakatsanis —

I. Aperçu

[1] Le présent pourvoi porte sur le contrôle judiciaire d'une décision arbitrale relative à une directive d'un employeur du gouvernement fédéral en matière de quarts de garde obligatoires. L'Association des

filed the grievance on behalf of lawyers working in the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office of the Department of Justice Canada. The grievance was filed after the employer, Department of Justice, issued a directive making after-hour standby shifts mandatory for lawyers working in the Directorate.

[2] The labour adjudicator agreed with the AJC that the directive was not a reasonable or fair exercise of management rights and violated the constitutional rights of the lawyers. The Federal Court of Appeal set aside the decision and directed another adjudicator to find that the directive represented a fair and reasonable exercise of management rights.

[3] I would allow the appeal in part. In my view, the adjudicator's decision that the directive was not a proper exercise of management rights under the collective agreement was reasonable. However, I agree with the Federal Court of Appeal that the directive did not engage any liberty interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

II. Background

A. *The Standby System*

[4] The Attorney General of Canada is sometimes required to respond to urgent immigration matters outside of normal business hours. In response to this need, the employer established a standby shift system, whereby a government immigration lawyer in the Quebec Regional Office would be available evenings and weekends to attend on short notice to any urgent stay applications that might arise. Since the standby system's inception in the early 1990s and up until 2010, the system worked on a volunteer basis. Lawyers who volunteered to cover standby shifts were compensated with paid leave at the rate of 2.5 days of paid time off for a week's shift of evenings and weekend days, with additional compensation for holidays. They received the same amount of compensation irrespective of whether they were called into work.

juristes de justice (AJJ) a déposé un grief au nom des juristes travaillant à la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice Canada. Le grief a été déposé après que l'employeur, le ministère de la Justice, eut communiqué une directive imposant aux juristes de cette direction des quarts de garde après les heures normales de travail.

[2] L'arbitre de grief a convenu avec l'AJJ que la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de la direction et qu'elle violait les droits constitutionnels des juristes. La Cour d'appel fédérale a annulé la décision et a ordonné à un autre arbitre de conclure que la directive représentait un exercice équitable et raisonnable des droits de la direction.

[3] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie. À mon sens, la décision de l'arbitre selon laquelle la directive ne constituait pas un exercice approprié des droits de la direction prévus dans la convention collective était raisonnable. Toutefois, je conviens avec la Cour d'appel fédérale que la directive ne mettait pas en jeu le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

II. Contexte

A. *Le système de garde*

[4] Le procureur général du Canada doit parfois intervenir dans des affaires urgentes en matière d'immigration en dehors des heures normales de travail. Pour répondre à ce besoin, l'employeur a mis sur pied un système de quarts de garde suivant lequel un juriste du gouvernement spécialisé en droit de l'immigration au Bureau régional du Québec serait disponible les soirs et les fins de semaine pour traiter à court préavis toute demande de sursis urgente susceptible de se présenter. Depuis sa création au début des années 1990 et jusqu'en 2010, le système fonctionnait sur une base volontaire. Les juristes qui se portaient volontaires pour assurer les quarts de garde étaient rémunérés à raison de 2,5 jours de congé payés pour une semaine de quarts de soir et de fin de semaine, avec une indemnité additionnelle pour les jours fériés. Ils recevaient la même indemnité, qu'ils soient appelés ou non au travail.

[5] With the finalization of a collective agreement between the AJC and the employer in the fall of 2009, many of the lawyers became eligible for overtime pay, although more senior lawyers continued to only be eligible for paid leave. In March 2010, the Director of the Immigration Law Directorate in the Quebec Regional Office informed the lawyers that they would no longer be paid for time spent on standby. Instead, they would be compensated only for the time they spent working if they received an urgent request. The directive envisioned that the lawyers would be compensated for time worked through either overtime pay or paid leave, depending on their seniority status.

[6] With this change in policy, there were no longer enough volunteers to cover the standby periods. In response, management made the standby duty shifts mandatory. All qualified lawyers in the office were required to cover the evening and weekend shifts one to three weeks per year.

[7] The standby period is from 5:00 p.m. to 9:00 p.m. on weekdays and from 9:00 a.m. to 9:00 p.m. on weekends. While on standby, the lawyers need to be ready to prepare and argue possible stay applications on short notice. They must carry an employer-issued pager and cell phone and be able to reach their office within approximately an hour if called. The parties agree that the employer took any accommodation required under the *Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6, into account when establishing the standby schedule. The lawyers subject to the schedule are also able to trade shifts amongst themselves.

[8] The evidence before the adjudicator was that in 2010, the Immigration Law Directorate had to respond to approximately 120 stay applications, six of which arose during a weekend. It was unclear how many emergency stay applications required response during weekday evenings.

[5] Lorsque la convention collective entre l'AJJ et l'employeur a été mise au point de manière définitive à l'automne 2009, de nombreux juristes ont obtenu le droit au paiement des heures supplémentaires, bien que les juristes de rang plus élevé aient continué de n'avoir droit qu'à des congés payés. En mars 2010, le directeur de la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec a informé les juristes qu'ils ne seraient plus payés pour les périodes de garde. Désormais, ils ne seraient rémunérés que pour les heures travaillées s'ils recevaient une demande urgente. La directive prévoyait que les juristes seraient rémunérés pour les heures travaillées sous forme de primes d'heures supplémentaires ou de congés payés, selon leur niveau d'ancienneté.

[6] Avec ce changement de politique, il n'y avait plus assez de volontaires pour assurer le service pendant les périodes de garde. En réponse, la direction a rendu les quarts de garde obligatoires. Tous les juristes en titre du bureau devaient effectuer des quarts de garde les soirs et les fins de semaine à raison d'une à trois semaines par année.

[7] La période de garde est de 17 h à 21 h les jours de semaine et de 9 h à 21 h les fins de semaine. Lorsqu'ils sont de garde, les juristes doivent être prêts à préparer et à plaider d'éventuelles demandes de sursis à court préavis. Ils doivent porter un téléavertisseur et un téléphone cellulaire fournis par l'employeur et être en mesure de se rendre à leur bureau dans un délai d'environ une heure si on les appelle. Les parties s'entendent pour dire que l'employeur a pris en considération toutes les mesures d'adaptation nécessaires en application de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, lorsqu'il a établi le tableau de garde. Les juristes visés par celui-ci peuvent également s'échanger leurs quarts de garde.

[8] La preuve présentée à l'arbitre indiquait qu'en 2010, la Direction du droit de l'immigration avait dû répondre à environ 120 demandes de sursis, dont six présentées la fin de semaine. On ne savait pas exactement combien de demandes de sursis urgentes avaient dû être traitées les soirs de semaine.

B. *The Collective Agreement*

[9] The collective agreement at issue is silent on standby duty. That said, there are several provisions relevant to the government's ability to impose workplace policies. Clause 5.01 specifies that the employer retains all management rights and powers that have not been modified or limited by the collective agreement:

> All the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are recognized by the Association as being retained by the Employer.

[10] But these management rights are not unfettered. Under clause 5.02 of the collective agreement, the employer is required to "act reasonably, fairly and in good faith in administering this Agreement".

[11] Furthermore, clause 6.01 prohibits the government from imposing a workplace policy that would restrict the lawyers' constitutional rights, or other rights granted to them through federal legislation:

> Nothing in this Agreement shall be construed as an abridgement or restriction of any lawyer's constitutional rights or of any right expressly conferred in an Act of the Parliament of Canada.

III. Decisions Below

A. *The Arbitration Decision, 2015 PSLREB 31*

[12] The AJC grieved the mandatory standby directive. The adjudicator found that the directive was neither reasonable nor fair and that it was therefore contrary to clause 5.02 of the collective agreement. He noted that standby clauses are common in collective agreements governing federal public servants. In such agreements, the employees generally exchange availability outside of normal working hours for compensation. In the adjudicator's view, the lack of such a clause did not give the employer *carte blanche* to require uncompensated standby availability. The

B. *La convention collective*

[9] La convention collective en cause est muette sur l'obligation de disponibilité. Cela dit, plusieurs de ses dispositions concernent la faculté du gouvernement d'imposer des politiques en milieu de travail. Le paragraphe 5.01 précise que l'employeur conserve tous les droits et pouvoirs de la direction qui n'ont pas été modifiés ou limités par la convention collective :

> L'Association reconnaît que l'Employeur retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l'autorité que ce dernier n'a pas, d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention.

[10] Toutefois, les droits de la direction ne sont pas absolus. Suivant le par. 5.02 de la convention collective, l'employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l'administration de la présente convention collective ».

[11] De plus, le par. 6.01 interdit au gouvernement d'imposer une politique en milieu de travail qui aurait pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes ou d'autres droits que leur confère une loi fédérale :

> Rien dans la présente convention ne peut être interprété comme une diminution ou une restriction des droits constitutionnels ou de tous autres droits d'un juriste qui sont accordés explicitement par une loi du Parlement du Canada.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *La décision arbitrale, 2015 CRTEFP 31*

[12] L'AJJ a déposé un grief contestant la directive sur les quarts de garde obligatoires. L'arbitre a conclu que cette mesure n'était ni raisonnable ni équitable et qu'elle était donc contraire au par. 5.02 de la convention collective. Il a souligné que les conventions collectives régissant les fonctionnaires fédéraux renferment fréquemment des clauses de disponibilité. Dans de telles conventions, les employés acceptent généralement de se rendre disponibles en dehors des heures normales de travail moyennant rémunération. De l'avis de l'arbitre,

adjudicator recognized the legitimate need for Department of Justice lawyers to respond to emergencies outside of normal office hours, but questioned whether standby duty was essential to respond to that need, given that it was not mentioned in the employment contract or job description.

[13] Furthermore, the adjudicator found that the directive infringed the lawyers' constitutional rights. Specifically, he concluded the standby requirement implicated the liberty rights guaranteed to the lawyers under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement did not conform to the principles of fundamental justice. Consequentially, the adjudicator concluded the directive also breached clause 6.01 of the collective agreement and he ordered the employer to immediately cease applying the directive.

B. *Judicial Review, 2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349*

[14] Justice de Montigny of the Federal Court of Appeal (Trudel and Boivin JJ.A. concurring) allowed the government's application for judicial review. The court set aside the adjudicator's decision that the directive did not comply with clause 5.02 of the collective agreement. The court reasoned the adjudicator had placed an unreasonable burden on the employer to justify the need for the standby directive and had ignored evidence that showed there were not enough volunteers after the lawyers were informed that they would no longer be compensated for being on standby.

[15] In the Federal Court of Appeal's view, the adjudicator also erred in his analysis of s. 7 of the *Charter* and clause 6.01 of the collective agreement. The court reasoned the adjudicator had unreasonably extended the right to liberty beyond that established through this Court's jurisprudence.

l'absence d'une telle clause ne donnait pas à l'employeur carte blanche pour imposer des périodes de garde non rémunérées. L'arbitre a reconnu le besoin légitime pour le ministère de la Justice de disposer de juristes pour répondre à des urgences en dehors des heures normales de travail, mais il s'est demandé si des quarts de garde étaient essentiels pour satisfaire à ce besoin, puisqu'ils n'étaient pas mentionnés dans le contrat d'emploi ou dans la description de tâches.

[13] En outre, l'arbitre a conclu que la directive portait atteinte aux droits constitutionnels des juristes. En particulier, il a estimé que l'obligation de disponibilité mettait en cause le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes et que l'atteinte n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. En conséquence, l'arbitre a jugé que la directive contrevenait aussi au par. 6.01 de la convention collective et il a ordonné à l'employeur de cesser immédiatement de l'appliquer.

B. *Contrôle judiciaire, 2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349*

[14] La Cour d'appel fédérale, par la voix du juge de Montigny (avec l'accord des juges Trudel et Boivin), a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par le gouvernement. Elle a annulé la décision de l'arbitre selon laquelle la directive n'était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective. Elle a estimé que l'arbitre avait imposé à l'employeur le fardeau déraisonnable de justifier la nécessité de la directive sur la garde et qu'il avait fait fi de la preuve démontrant qu'il n'y avait pas suffisamment de volontaires après que les juristes eurent été informés qu'ils ne seraient plus rémunérés pour les périodes de garde.

[15] De l'avis de la Cour d'appel fédérale, l'arbitre a également commis une erreur dans son analyse de l'art. 7 de la *Charte* et du par. 6.01 de la convention collective. La cour a estimé que celui-ci avait déraisonnablement accru la portée du droit à la liberté au-delà de ce qui a été établi par la jurisprudence de notre Cour.

[16] While the court returned the grievance to the Public Service Labour Relations and Employment Board, it also directed the new adjudicator to recognize that the contested directive represented a reasonable and fair exercise of residual management rights set out in clause 5.02 and that it did not infringe on the lawyers' s. 7 *Charter* rights.

IV. Analysis

A. *Does the Directive Breach Clause 5.02 of the Collective Agreement?*

(1) Residual Management Rights

[17] The standard of review for judicial review of grievance arbitrators' decisions is reasonableness (*Commission scolaire de Laval v. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 SCC 8, [2016] 1 S.C.R. 29, at paras. 32-33). At issue is the interpretation of a management rights clause in a collective agreement, clearly a matter on which labour arbitrators are owed deference (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7).

[18] In unionized workplaces, labour arbitrators recognize management's residual right to unilaterally impose workplace policies and rules that do not conflict with the terms of the collective agreement (D. J. M. Brown and D. M. Beatty, with the assistance of C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4th ed. (loose-leaf)), vol. 1, at topic 4:1520). Often, this residual power is recognized expressly in a "management rights" clause. Clause 5.01 of the collective agreement is one such clause, as it reserves for the employer the right to exercise all management powers that have not been "specifically abridged, delegated or modified" by the collective agreement.

[16] Bien qu'elle ait renvoyé le grief à la Commission des relations de travail et de l'emploi dans la fonction publique, la Cour d'appel fédérale a également ordonné au nouvel arbitre de reconnaître que la directive contestée représentait un exercice raisonnable et équitable des droits résiduels de la direction énoncés au par. 5.02 et qu'elle ne portait pas atteinte aux droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes.

IV. Analyse

A. *La directive porte-t-elle atteinte au par. 5.02 de la convention collective?*

(1) Droits résiduels de la direction

[17] Le contrôle judiciaire des décisions rendues par les arbitres de grief est assujetti à la norme de la décision raisonnable (*Commission scolaire de Laval c. Syndicat de l'enseignement de la région de Laval*, 2016 CSC 8, [2016] 1 R.C.S. 29, par. 32-33). La question en litige en l'espèce concerne l'interprétation d'une clause de convention collective portant sur les droits de la direction, ce qui est manifestement une matière à l'égard de laquelle les arbitres en droit du travail ont droit à la déférence (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7).

[18] Dans les milieux de travail syndiqués, les arbitres en droit du travail reconnaissent le droit résiduel de la direction d'imposer unilatéralement des politiques et des règles en milieu de travail qui n'entrent pas en conflit avec les dispositions de la convention collective (D. J. M. Brown et D. M. Beatty, avec le concours de C. E. Deacon, *Canadian Labour Arbitration* (4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 1, sujet 4:1520). Souvent, ce pouvoir résiduel est expressément reconnu dans une clause dite des droits de la direction. Le paragraphe 5.01 de la convention collective constitue une telle clause, puisqu'il réserve à l'employeur le droit d'exercer tous les pouvoirs de la direction que celui-ci n'a pas, « d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier » par la convention collective.

[19] For federal government employers, many of these residual management rights are set out in legislation. Under ss. 7 and 11.1 of the *Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, the Treasury Board is authorized to exercise a number of different powers with respect to its human resources management responsibilities. These rights include providing for the allocation and effective use of human resources (s. 11.1(1)(a)); determining and regulating the pay of employees, the hours of work and leave and any related matters (s. 11.1(1)(c)); and providing for any other matters necessary for effective human resources management (s. 11.1(1)(j)).

[20] That said, management's residual right to unilaterally impose workplace rules is not unlimited. Management rights must be exercised reasonably and consistently with the collective agreement (Brown and Beatty, at topic 4:1520; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Ont.); *Irving*, at para. 24).

[21] Clause 5.02 of the collective agreement also constrains management's ability to exercise these rights, as it provides that in administrating the collective agreement, the employer must "act reasonably, fairly and in good faith". Any unilaterally imposed workplace policy must comply with these limitations.

[22] The question raised before the adjudicator was whether the standby directive represented a reasonable and fair exercise of management rights. The employer's good faith is not in issue.

[23] Before this Court, the respondent argued that when answering this question the adjudicator's role was to decide whether the employer's mandatory standby directive was within the range of possible, reasonable choices that have a supportable relationship with the employer's operational needs.

[24] I do not find this a helpful articulation of the arbitrator's task. The well-established approach to

[19] En ce qui concerne les employeurs du gouvernement fédéral, bon nombre de ces droits résiduels de la direction sont prévus par la loi. En vertu des art. 7 et 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, le Conseil du Trésor est autorisé à exercer un certain nombre de pouvoirs différents dans le cadre de ses attributions en matière de gestion des ressources humaines. Il peut notamment : assurer la répartition des effectifs et leur bonne utilisation (al. 11.1(1)a)); déterminer et réglementer les traitements des employés, leurs horaires et leurs congés, ainsi que les questions connexes (al. 11.1(1)c)); régir toute autre question lorsque cela est nécessaire à la bonne gestion des ressources humaines (al. 11.1(1)j)).

[20] Cela dit, le droit résiduel de la direction d'imposer unilatéralement des règles en milieu de travail n'est pas illimité. Les droits de la direction doivent être exercés raisonnablement et conformément à la convention collective (Brown et Beatty, sujet 4:1520; *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 (Ont.); *Irving*, par. 24).

[21] Le paragraphe 5.02 de la convention collective limite lui aussi la faculté de la direction d'exercer ces droits, car il prévoit que l'employeur doit « agi[r] raisonnablement, équitablement et de bonne foi » dans l'administration de la convention collective. Toute politique unilatéralement imposée en milieu de travail doit respecter ces limites.

[22] La question soulevée devant l'arbitre était de savoir si la directive sur la garde représentait un exercice raisonnable et équitable des droits de la direction. La bonne foi de l'employeur n'est pas en cause.

[23] L'intimé a fait valoir devant notre Cour que, pour répondre à cette question, l'arbitre devait décider si la directive sur les quarts de garde obligatoires de l'employeur se situait dans l'éventail des solutions possibles raisonnables ayant un lien défendable avec les besoins opérationnels de l'employeur.

[24] J'estime qu'il ne s'agit pas là d'une formulation utile de la tâche de l'arbitre. La démarche bien

determining whether a policy that affects employees is a reasonable exercise of management rights is the "balancing of interests" assessment, as set out in the leading arbitral decision *KVP*, and recently endorsed by this Court in *Irving* (para. 27, quoting the intervener the Alberta Federation of Labour):

> Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer's policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer's policy can include assessing such things as the nature of the employer's interests, any less intrusive means available to address the employer's concerns, and the policy's impact on employees.

[25] Although, in this instant case, the adjudicator did not mention *Irving* or *KVP* explicitly in his decision, he applied this balancing of interests approach. He reasoned that he was required to assess, on the one hand, the lawyers' terms of work, as defined in the collective agreement, and the effect of the directive on their personal lives and, on the other hand, the employer's objective and approach to meeting this objective.

[26] In contrast, the respondent relies on a single arbitral decision, *United Nurses of Alberta v. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285 (Alta.), at p. 12, for its proposed approach. In that decision, the labour arbitrator ruled that, as long as a management policy "is within a range of possible choices and has a supportable relationship to the business objectives, the arbitrator is not empowered to substitute his or her views for what management has in fact done" (p. 13). In the oral hearing before this Court, counsel for the respondent conceded that he was not aware of any other arbitral decisions that have followed this authority.

[27] In my view, the *United Nurses of Alberta* approach is problematic, as it imports the judicial review reasonableness inquiry into the labour arbitrator's task of assessing the exercise of management

établie pour déterminer si une politique ayant une incidence sur les employés constitue un exercice raisonnable des droits de la direction est l'évaluation axée sur la « mise en balance des intérêts » prévue dans la décision arbitrale de principe *KVP*, que notre Cour a récemment approuvée dans l'arrêt *Irving* (au par. 27, citant l'Alberta Federation of Labour, intervenante) :

> [TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l'employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l'employeur, de l'existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l'employeur ainsi que de l'incidence de la politique sur les employés.

[25] Bien que l'arbitre n'ait pas mentionné explicitement l'arrêt *Irving* ou la décision *KVP* dans sa décision en l'espèce, il a appliqué cette démarche axée sur la mise en balance des intérêts. Il s'estimait tenu d'apprécier, d'une part, le cadre de travail des juristes, tel que le définit la convention collective, et l'effet de la directive sur leur vie personnelle et, d'autre part, l'objectif recherché par l'employeur et le moyen choisi par celui-ci pour l'atteindre.

[26] En revanche, l'intimé invoque une seule décision arbitrale, *United Nurses of Alberta c. Alberta Health Services*, 2014 CanLII 50285 (Alb.), p. 12, au soutien de la démarche qu'il propose. Dans cette décision, l'arbitre en droit du travail a statué que, dans la mesure où la politique de gestion [TRADUCTION] « se situe dans l'éventail des solutions possibles et qu'elle a un lien défendable avec les objectifs opérationnels, il n'est pas loisible à l'arbitre de substituer son point de vue à la solution effectivement retenue par la direction » (p. 13). À l'audience tenue devant notre Cour, l'avocat de l'intimé a reconnu n'avoir connaissance d'aucune autre décision arbitrale ayant suivi ce précédent.

[27] À mon avis, la démarche proposée dans *United Nurses of Alberta* pose problème, car elle introduit l'appréciation du caractère raisonnable — qui relève du contrôle judiciaire — dans la tâche

rights. This conflates the distinct roles that arbitrators and reviewing courts play in the context of labour grievances. It also runs counter to this Court's recent endorsement in *Irving* of the *KVP* test. Furthermore, the arbitrator's statements in *United Nurses of Alberta* appear to have been directed solely at determining whether an exercise of management rights was reasonable. Here, the language of clause 5.02 of the collective agreement also required the adjudicator to decide whether the directive was a fair exercise of management rights that had been made in good faith.

[28] Thus, I am satisfied that in following the well-established balancing of interests approach, the adjudicator applied the appropriate analytical framework to assess the exercise of management rights under this collective agreement.

(2) Application

[29] The Federal Court of Appeal concluded the adjudicator's decision was unreasonable because it found a number of the adjudicator's justifications to be untenable. The respondent echoes this reasoning. It argues the requirements of the directive — carrying a pager and staying within an hour of the office while on standby — were minimally invasive and rationally connected to the employer's responsibilities. Therefore, in its view, the adjudicator ought to have concluded that the directive was reasonable.

[30] The appellant submits the Federal Court of Appeal erred by substituting its own view on what qualified as a reasonable exercise of management rights for the adjudicator's view. It argues the adjudicator's conclusion was a reasonable outcome, defensible on the facts and law, and his reasons were justifiable, transparent, and intelligible.

incombant à l'arbitre en droit du travail d'évaluer l'exercice des droits de la direction. Cette démarche confond les rôles distincts que les arbitres et les tribunaux de révision jouent dans le contexte des griefs en droit du travail. Elle va également à l'encontre de l'approbation récente par notre Cour, dans l'arrêt *Irving*, du critère énoncé dans *KVP*. En outre, les déclarations de l'arbitre dans l'affaire *United Nurses of Alberta* semblent viser uniquement à trancher la question de savoir si un certain exercice des droits de la direction était raisonnable. En l'espèce, le texte du par. 5.02 de la convention collective obligeait aussi l'arbitre à décider si la directive constituait un exercice équitable et de bonne foi des droits de la direction.

[28] En conséquence, je suis convaincue qu'en suivant la démarche bien établie axée sur la mise en balance des intérêts, l'arbitre a appliqué le cadre d'analyse approprié pour évaluer l'exercice des droits de la direction au regard de la convention collective en l'espèce.

(2) Application

[29] La Cour d'appel fédérale a conclu que la décision de l'arbitre était déraisonnable, estimant qu'un certain nombre de justifications données par celui-ci étaient intenables. L'intimé reprend ce raisonnement. Il soutient que les exigences de la directive — porter un téléavertisseur et rester à une distance d'au plus une heure du bureau pendant la période de garde — entraînaient une atteinte minimale et avaient un lien rationnel avec les responsabilités de l'employeur. En conséquence, à son avis, l'arbitre aurait dû conclure que la directive était raisonnable.

[30] L'appelante soutient que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en substituant sa propre appréciation à celle de l'arbitre sur ce qui constituait un exercice raisonnable des droits de la direction. Elle fait valoir que la conclusion de l'arbitre était une issue raisonnable pouvant se justifier au regard des faits et du droit, et que ses motifs étaient justifiables, transparents et intelligibles.

[31] For the reasons that follow, I agree with the appellant that the adjudicator's decision on the interpretation of clause 5.02 of the collective agreement was reasonable. Reading the adjudicator's decision with the degree of deference required on judicial review, I conclude that his assessment of the different interests at stake and ultimate balancing of them was reasonable.

(a) *The Outcome Was Reasonable*

[32] The adjudicator's task was to draw on his specialized labour expertise and consider whether, in this particular context, the balance struck by the directive was reasonable (*Irving*, at para. 27). Clause 5.02 also required him to decide whether the exercise of the management rights was fair. The adjudicator concluded it was neither.

[33] The adjudicator's conclusion on this issue falls within the range of acceptable, possible outcomes (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 47). It is supported by a number of factors, which he appropriately relied on.

[34] First, the adjudicator properly considered the surrounding context of the collective agreement. He noted that availability clauses are generally negotiated in collective agreements involving federal public servants, with employee availability traded for some form of compensation. Furthermore, as the adjudicator noted, the job descriptions and employment contracts provided by the parties did not mention standby obligations. In this context, it was not unreasonable for the adjudicator to question whether mandatory standby duty was essential.

[35] Second, the adjudicator noted the distinction between policies that affect employees during normal working hours and those that unilaterally extend the time during which employees are under the employer's control. While the agreement recognized that the lawyers might need to work overtime (and be compensated for it), the directive affected

[31] Pour les motifs qui suivent, je suis d'accord avec l'appelante pour dire que la décision de l'arbitre sur l'interprétation du par. 5.02 de la convention collective était raisonnable. Lisant la décision de l'arbitre avec le degré de déférence qui s'impose lors du contrôle judiciaire, je conclus que son appréciation des divers intérêts en jeu et sa mise en balance finale de ceux-ci étaient raisonnables.

a) *L'issue était raisonnable*

[32] L'arbitre devait s'appuyer sur son expertise en matière de relations de travail et se demander si, dans ce contexte particulier, l'équilibre établi par la directive était raisonnable (*Irving*, par. 27). En outre, le par. 5.02 l'obligeait à trancher la question de savoir si l'exercice des droits de la direction était équitable. Dans les deux cas, l'arbitre a conclu par la négative.

[33] La conclusion de l'arbitre à cet égard appartient aux issues possibles acceptables (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 47). Elle est étayée par un certain nombre de facteurs, sur lesquels l'arbitre s'est fondé à bon droit.

[34] Premièrement, l'arbitre a dûment tenu compte du contexte dans lequel s'inscrivait la convention collective. Il a souligné que des clauses de disponibilité sont généralement négociées dans les conventions collectives intéressant les fonctionnaires fédéraux, où les employés acceptent de se rendre disponibles en échange d'une certaine forme de rémunération. De plus, comme l'a noté l'arbitre, les descriptions de tâches et les contrats d'emploi fournis par les parties ne mentionnaient pas d'obligations de disponibilité. Dans ce contexte, il n'était pas déraisonnable que l'arbitre se demande si des quarts de garde obligatoires étaient essentiels.

[35] Deuxièmement, l'arbitre a souligné la distinction entre les politiques qui ont une incidence sur les employés pendant les heures normales de travail et celles qui prolongent unilatéralement la période pendant laquelle les employés sont sous le contrôle de l'employeur. Même si la convention reconnaissait que les juristes allaient peut-être devoir

how the lawyers lived their lives outside of work in a way that was not contemplated in either the collective agreement or in their contracts of employment. The adjudicator found this unfair, stating that "[i]nstead, it would be fair for [the lawyers] to be compensated for the time during which the employer continues to exercise a certain control over their lives" (para. 45 (CanLII)).

[36] The adjudicator's conclusion that the directive was an unfair exercise of management rights is supported by the circumstances surrounding the policy change. The lawyers had set out the *quid pro quo* nature of their relationship with their employer in the collective agreement. Under its terms, the lawyers agreed to exchange hours worked for specific compensation. The agreement recognized that the lawyers might need to work overtime to ensure their professional obligations and the Attorney General's responsibilities were met. Yet soon after the relevant terms were finalized, the employer unilaterally increased the time the lawyers were mandated to be under their employer's control without providing any additional compensation. While standby duty may not be taxing or onerous work, it is a period of time during which the employer exercises a degree of control over the movements and activities of the lawyers. This exercise of control benefits the employer, who might otherwise have to employ lawyers to work evening and weekend shifts to ensure a timely response to urgent applications.

[37] Further, this determination is highly fact-based. As the Federal Court of Appeal recognized, there is no clear arbitral consensus on whether the imposition of mandatory uncompensated standby duty is a fair and reasonable unilateral exercise of management rights. Rather, the decisions presented by the parties indicate that the answer depends on the context, including the terms of the relevant collective agreement. For example, in *United Nurses of Alberta*, the arbitrator found there was "no question"

faire des heures supplémentaires (pour lesquelles ils seraient rémunérés), la directive avait une incidence sur la manière dont ceux-ci vivaient leur vie en dehors du travail d'une façon qui n'était prévue ni dans la convention collective ni dans leur contrat d'emploi. L'arbitre a conclu que cela était inéquitable, affirmant qu'« [i]l serait plutôt équitable qu'ils [les juristes] soient indemnisés pour les moments où l'employeur continue d'exercer un certain contrôle sur leur vie » (par. 45 (CanLII)).

[36] La conclusion de l'arbitre selon laquelle la directive constituait un exercice inéquitable des droits de la direction est étayée par les circonstances entourant le changement de politique. Les juristes avaient énoncé la nature donnant-donnant de leur relation avec leur employeur dans la convention collective. Cette dernière prévoyait que les juristes consentaient à travailler un certain nombre d'heures moyennant une rémunération déterminée. Elle reconnaissait que ceux-ci allaient peut-être devoir faire des heures supplémentaires pour honorer leurs obligations professionnelles et faire en sorte que le procureur général s'acquitte de ses responsabilités. Pourtant, peu de temps après que les dispositions pertinentes eurent été finalisées, l'employeur a unilatéralement accru la période pendant laquelle les juristes devraient demeurer sous son contrôle, et ce, sans rémunération additionnelle. Bien que l'obligation de disponibilité ne soit pas un travail exigeant ou pénible, il s'agit d'une période pendant laquelle l'employeur exerce un certain degré de contrôle sur les mouvements et les activités des juristes. Cet exercice du contrôle profite à l'employeur, qui, autrement, aurait peut-être à engager des juristes pour travailler des quarts de soir et de fin de semaine afin de pouvoir répondre en temps opportun aux demandes urgentes.

[37] De plus, cette conclusion est largement tributaire des faits. Comme l'a reconnu la Cour d'appel fédérale, aucun consensus clair ne se dégage de la jurisprudence arbitrale sur la question de savoir si l'imposition d'une obligation de disponibilité non rémunérée constitue un exercice unilatéral équitable et raisonnable des droits de la direction. Les décisions produites par les parties indiquent plutôt que la réponse à cette question dépend du contexte, et notamment des dispositions de la convention

that time spent on on-call duty was "work", even if it did not qualify as overtime work within the meaning of the relevant collective agreement (p. 15). In *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246 (Alta.), at p. 254, the arbitrator concluded that uncompensated time spent on standby was not "time worked" within the meaning of the relevant collective bargaining agreement. In another arbitral decision, an arbitrator found that a management-imposed directive requiring employees to fill standby shifts and be within an hour of their workplace was a reasonable exercise of management rights, but in that case the collective agreement included an on-call provision (*Shell Canada Ltd. v. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL)). What these decisions indicate is that the question of whether the unilateral imposition of a standby period is reasonable and fair will depend on the circumstances and the terms of the particular collective agreement.

[38] In sum, the surrounding circumstances of the directive supported the adjudicator's conclusion that the directive was neither reasonable nor fair. There was no standby clause in the recently finalized collective agreement, no mention of the requirement in the lawyers' employment contracts or job descriptions, nor were similar policies the norm in the sector. I agree with the adjudicator that the fact that the directive affects the lawyers' lives outside of working hours is a significant factor in the assessment of the directive's impact on employees. And as the adjudicator noted, there is some apparent unfairness in a policy or directive that unilaterally withdraws compensation for standby duty, when the provision of such compensation had been a long-standing practice. In my view, the adjudicator's conclusion that the standby directive did not conform with clause 5.02 of the collective agreement fell within the range of reasonable outcomes.

collective pertinente. Par exemple, dans *United Nurses of Alberta*, l'arbitre a conclu qu'il ne faisait [TRADUCTION] « aucun doute » que les périodes de garde étaient du « travail », même s'il ne s'agissait pas d'heures supplémentaires au sens de la convention collective pertinente (p. 15). Dans *Maple Leaf Mills Inc. and U.F.C.W., Loc. 401, Re* (1995), 50 L.A.C. (4th) 246 (Alb.), p. 254, l'arbitre a conclu que les périodes de garde non rémunérées ne constituaient pas du [TRADUCTION] « temps de travail » au sens de la convention collective pertinente. Dans une autre décision arbitrale, un arbitre a conclu qu'une directive imposée par la direction qui obligeait les employés à faire des quarts de garde et à se trouver à une heure de leur lieu de travail constituait un exercice raisonnable des droits de la direction, mais, dans cette affaire, la convention collective renfermait une disposition sur la disponibilité (*Shell Canada Ltd. c. Communications Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 835*, [2001] A.G.A.A. No. 51 (QL)). Il ressort de ces décisions que la question de savoir si l'imposition unilatérale d'une période de garde est raisonnable et équitable dépendra des circonstances et des dispositions de la convention collective en cause.

[38] En somme, les circonstances entourant la directive appuyaient la conclusion de l'arbitre suivant laquelle cette mesure n'était ni raisonnable ni équitable. La convention collective récemment finalisée ne renfermait aucune clause de disponibilité, l'obligation n'avait pas été mentionnée dans les contrats d'emploi ou dans les descriptions de tâches des juristes, et de telles politiques n'étaient pas la norme dans le secteur. Je conviens avec l'arbitre que le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important dans l'appréciation de son incidence sur les employés. De plus, comme l'a souligné celui-ci, une politique ou une directive qui supprime unilatéralement la rémunération accordée en contrepartie d'une obligation de disponibilité crée une iniquité apparente lorsqu'une telle rémunération constituait une pratique de longue date. À mon avis, la conclusion de l'arbitre selon laquelle la directive sur la garde n'était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective appartenait aux issues raisonnables.

(b) *The Adjudicator's Reasons*

[39] That said, the respondent's challenge to the reasonableness of the decision focuses on a number of statements the adjudicator made in his reasons. In particular, the respondent argued that the adjudicator mischaracterized the nature of the Attorney General's relationship with other government departments: the adjudicator's use of language describing the "offer[ing] or sell[ing]" of professional services indicated a lack of appreciation for the context and the special role the Attorney General and government lawyers play in the administration of justice. The respondent also argues that the adjudicator unreasonably placed the burden on the employer to justify that there were no other alternatives to the imposition of the directive. Finally, the respondent argues the adjudicator misunderstood and overstated the impact of the directive on the lawyers.

[40] Many of these concerns fall away on an appropriately deferential reading of the adjudicator's reasons. Reviewing courts must consider an arbitrator's reasons in light of the outcome as part of an organic exercise (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at para. 14). Considering this standard, the adjudicator's conclusion in the case at hand was in the range of defensible outcomes and his reasons in support met the necessary indicia of justification, intelligibility, and transparency (*Dunsmuir*, at para. 47).

[41] The respondent takes particular issue with para. 47 of the adjudicator's reasons, where the adjudicator questioned whether the employer's need to impose standby duty was unavoidable, and stated that the need was "triggered instead by the employer's choice to provide and sell its employees' professional services outside their normal work hours". Similarly, the Federal Court of Appeal characterized the adjudicator's decision as failing to appreciate that immigration stay applications require the Attorney General to respond immediately, as the parties had agreed in the agreed statement of facts.

b) *Les motifs de l'arbitre*

[39] Cela dit, la contestation par l'intimé du caractère raisonnable de la décision de l'arbitre porte sur un certain nombre de déclarations qu'il a faites dans ses motifs. En particulier, l'intimé fait valoir que l'arbitre a mal qualifié la nature de la relation du procureur général avec d'autres ministères gouvernementaux : le fait que l'arbitre ait parlé « d'offrir et de vendre » des services professionnels montre que celui-ci a mal compris le contexte et le rôle particulier que jouent le procureur général et les juristes du gouvernement dans l'administration de la justice. L'intimé soutient en outre que l'arbitre a déraisonnablement imposé à l'employeur le fardeau de justifier qu'il n'y avait aucune autre solution que l'imposition de la directive. Enfin, l'intimé prétend que l'arbitre a mal compris et exagéré l'incidence de la directive sur les juristes.

[40] Bon nombre de ces préoccupations se dissipent lorsqu'on lit les motifs de l'arbitre avec la déférence qui s'impose. Les tribunaux siégeant en révision doivent examiner les motifs de l'arbitre à la lumière du résultat dans le cadre d'un exercice global (*Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, par. 14). Eu égard à cette norme, la conclusion de l'arbitre en l'espèce appartenait aux issues pouvant se justifier et les motifs qu'il a donnés à l'appui de celle-ci présentaient les indices requis de justification, d'intelligibilité et de transparence (*Dunsmuir*, par. 47).

[41] L'intimé conteste plus particulièrement le par. 47 des motifs de l'arbitre, où ce dernier s'est demandé si l'employeur avait forcément besoin d'imposer l'obligation de disponibilité et où il a affirmé que le besoin avait « plutôt [été] déclenché par le choix de l'employeur d'offrir et de vendre les services professionnels de ses employés en dehors de leurs heures normales de travail ». De même, la Cour d'appel fédérale a souligné que l'arbitre, dans sa décision, n'avait pas tenu compte du fait que les demandes de sursis en matière d'immigration obligeaient le procureur général à intervenir immédiatement, comme les parties en avaient convenu dans l'exposé conjoint des faits.

[42] While the adjudicator's reasons on this point could have been clearer, I do not accept that he misunderstood the nature of the government's need or objective. In the same paragraph, the adjudicator expressly recognized that "the organizational need is triggered by an emergency over which the employer has no control" (para. 47). Yet, the adjudicator also recognized that the employer had a degree of control over how it responded to this reality. It chose to address this organizational need through mandatory, unpaid standby duty, as opposed to other possible approaches (such as a flexible work scheduling approach or compensation for standby). Viewed in its entirety, the passage does not indicate that the adjudicator failed to appreciate the Attorney General's important role as Chief Law Officer of the Crown.

[43] Another aspect of the decision the respondent criticizes is the adjudicator's statement at para. 49 of his reasons that he was not presented with any proof that the standby directive was the only way for the employer to deal with after-hour emergencies. In the Federal Court of Appeal's view, the adjudicator's reasoning on this issue indicated that he placed an excessive burden on the government to justify the reasonableness of the directive.

[44] While I agree that an employer does not need to prove there were no other alternatives, the availability of realistic, but less intrusive, means to meet organizational needs may be a relevant consideration in the balancing of interests assessment, alongside the nature of the employer's interests and the policy's impact on employees (*Irving*, at para. 27). Evidence that no such alternatives were available would have supported the respondent's position that the directive was a necessary response. The adjudicator was therefore entitled to note the lack of such evidence. By doing so, he was not placing an unreasonable burden on the employer to justify the directive, but rather was noting the absence of a factor that would have weighed in the employer's favour had it been present.

[42] Bien que les motifs de l'arbitre sur ce point aient pu être plus clairs, je ne peux admettre qu'il a mal compris la nature du besoin ou de l'objectif du gouvernement. Au même paragraphe, l'arbitre a expressément reconnu que « le besoin organisationnel est déclenché par une urgence sur laquelle l'employeur n'a aucun contrôle » (par. 47). Pourtant, l'arbitre a également reconnu que l'employeur avait un certain degré de contrôle quant à la manière de composer avec cette réalité. L'employeur a décidé de répondre à ce besoin organisationnel en recourant à une obligation de disponibilité, non rémunérée, plutôt qu'à d'autres solutions possibles (par exemple des horaires variables de travail ou une rémunération pour les périodes de garde). Considéré dans son ensemble, ce passage ne permet pas de dire que l'arbitre a mal compris le rôle important du procureur général en sa qualité de premier conseiller juridique de l'État.

[43] Un autre aspect de la décision de l'arbitre que critique l'intimé est la déclaration qu'il a faite au par. 49 de ses motifs selon laquelle on ne lui avait présenté aucune preuve établissant que la directive sur la garde était le seul moyen dont disposait l'employeur pour s'occuper des urgences en dehors des heures normales de travail. De l'avis de la Cour d'appel fédérale, le raisonnement de l'arbitre sur cette question indiquait qu'il avait imposé au gouvernement le fardeau excessif de justifier le caractère raisonnable de la directive.

[44] Bien que je reconnaisse qu'un employeur n'est pas tenu de prouver qu'il n'y avait pas d'autres solutions, l'existence de moyens réalistes, mais moins attentatoires, pour répondre aux besoins organisationnels peut constituer une considération pertinente dans l'appréciation axée sur la mise en balance des intérêts, conjointement avec la nature des intérêts de l'employeur et l'incidence de la politique sur les employés (*Irving*, par. 27). Une preuve établissant qu'il n'y avait pas d'autres solutions aurait appuyé la thèse de l'intimé selon laquelle la directive était une réponse nécessaire. Il était donc loisible à l'arbitre de noter l'absence d'une telle preuve. Ce faisant, il n'imposait pas à l'employeur le fardeau excessif de justifier la directive, mais il relevait plutôt l'absence d'un facteur qui aurait joué en faveur de l'employeur s'il avait été présent.

[45] Finally, the respondent argues the adjudicator misconstrued the impact of the directive on the lawyers. From his analysis on whether the directive breached the right to liberty of the lawyers under s. 7 of the *Charter*, it is clear that the adjudicator viewed its effects on the after-work lives of the lawyers as significant. And as I explain below, I agree with the respondent that the adjudicator erred in his legal characterization of the impact of the directive on the lawyers in his s. 7 *Charter* analysis. But in my view, even accepting that the adjudicator also placed too much weight on the directive's impact in his assessment of its reasonableness under the balancing of interests analysis, court intervention on this point is unwarranted. There is no indication that the adjudicator misunderstood the factual impact of the directive on the lawyers, which was set out by the parties in the agreed statement of facts. Further, the adjudicator's conclusion that the directive was neither reasonable nor fair did not turn on his understanding of these effects. Rather, the focus of his reasons was on the surrounding context and general nature of the directive. In particular, the adjudicator emphasized the lack of a standby clause in the collective agreement or employment contracts, the exceptional nature of the directive in the sector and the fact that it changed a long-standing practice of providing compensation for standby time. These considerations alone were sufficient to support his conclusion.

[46] In my view, it is clear the adjudicator would have come to the same decision on clause 5.02 even if he had not erred in his analysis on the directive's compliance with s. 7 of the *Charter*. The two analytical frameworks did not intersect; nor did he transpose any conclusion or finding from one to the other. His stand-alone conclusion that the directive was neither reasonable nor fair was within the range of reasonable outcomes and I agree with the appellant that it should not be disturbed.

[45] Enfin, l'intimé soutient que l'arbitre a mal interprété l'incidence de la directive sur les juristes. De son analyse de la question de savoir si la directive violait le droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes, il ressort clairement que l'arbitre a considéré que son incidence sur la vie des juristes en dehors du travail était importante. Comme je l'explique plus loin, je suis d'accord avec l'intimé pour dire que l'arbitre a commis une erreur dans sa qualification juridique de l'incidence de la directive sur les juristes dans son analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, à mon avis, à supposer même que l'arbitre ait également accordé trop de poids à l'incidence de la directive dans son appréciation du caractère raisonnable de celle-ci suivant l'analyse axée sur la mise en balance des intérêts, l'intervention judiciaire sur ce point n'est pas justifiée. Rien n'indique que l'arbitre a mal compris les effets observables de la directive sur les juristes, dont font état les parties dans l'exposé conjoint des faits. En outre, la conclusion de l'arbitre suivant laquelle la directive n'était ni raisonnable ni équitable ne reposait pas sur sa compréhension de ces effets. Ses motifs portaient plutôt principalement sur le contexte et la nature générale de la directive. En particulier, l'arbitre a mis en évidence l'absence de clause de disponibilité dans la convention collective ou dans les contrats d'emploi, la nature exceptionnelle de la directive dans le secteur et le fait que celle-ci avait modifié une pratique de longue date consistant à rémunérer les juristes pour les périodes de garde. Ces considérations à elles seules étaient suffisantes pour appuyer sa conclusion.

[46] À mon avis, il est clair que l'arbitre en serait venu à la même décision en ce qui concerne le par. 5.02 même s'il n'avait pas commis d'erreur dans son analyse de la conformité de la directive à l'art. 7 de la *Charte*. Les deux cadres d'analyse ne se recoupaient pas; il n'a pas non plus transposé quelque conclusion que ce soit d'un cadre à l'autre. Sa conclusion indépendante selon laquelle la directive n'était ni raisonnable ni équitable appartenait aux issues raisonnables, et je suis d'accord avec l'appelante pour dire qu'il n'y a pas lieu de la modifier.

(c) *The Overall Balance*

[47] I add that I also agree with the appellant that the Federal Court of Appeal erred by substituting its own balancing of the interests involved for that of the adjudicator. The court set aside the adjudicator's decision and directed the next adjudicator to conclude the directive was a fair and reasonable exercise of the employer's residual management rights (para. 49). But a court's jurisdiction to substitute its own conclusion on the outcome of a grievance is limited (R. J. Charney and T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (loose-leaf), at para. 17.40). In construing the proper interpretation of clauses in collective agreements, arbitrators do not make assessments in a vacuum. Rather, they take into consideration the surrounding context and history of labour relations in the industry (Brown and Beatty, at topic 4:2300). This is particularly true with respect to issues relating to management rights (*ibid.*, at topic 4:2310). The expertise labour arbitrators bring to this analysis is a further reason why their role should be respected. This was not an instance where there was clearly only one reasonable result, justifying a court disposition to this effect (Charney and Brady, at para. 17.61).

B. *Section 7 of the Charter*

[48] The appellant also submits the directive violates the lawyers' s. 7 *Charter* right to liberty in a way that does not comply with the principles of fundamental justice. The appellant argues that the directive limits the choices the lawyers are able to make about how to lead their private lives, and therefore engages their liberty interests. In consequence, it argues the directive also breached clause 6.01 of the collective agreement, which prohibited interpretations of the agreement that would restrict the constitutional rights of the lawyers. The adjudicator agreed with these submissions. Of course, it was unnecessary for him to decide this issue given his conclusion that the directive was not a reasonable or fair exercise of the employer's management rights.

c) *La mise en balance générale*

[47] J'ajoute que je conviens aussi avec l'appelante que la Cour d'appel fédérale a commis une erreur en substituant sa propre mise en balance des intérêts en cause à celle de l'arbitre. Cette cour a annulé la décision de l'arbitre et a ordonné au prochain arbitre de conclure que la directive constituait un exercice équitable et raisonnable des droits résiduels de direction de l'employeur (par. 49). Toutefois, le pouvoir d'un tribunal de substituer sa propre conclusion sur l'issue d'un grief est limité (R. J. Charney et T. E. F. Brady, *Judicial Review in Labour Law* (feuilles mobiles), par. 17.40). En statuant sur l'interprétation appropriée à donner à des clauses de conventions collectives, les arbitres ne font pas d'appréciations dans l'abstrait. Ils tiennent compte plutôt du contexte et de l'historique des relations du travail dans le secteur (Brown et Beatty, sujet 4:2300). C'est notamment le cas en ce qui concerne les questions relatives aux droits de la direction (*ibid.*, sujet 4:2310). L'expertise que mettent à profit les arbitres en droit du travail dans cette analyse est une autre raison pour laquelle leur rôle devrait être respecté. Il ne s'agissait pas en l'espèce d'une situation où il n'y avait manifestement qu'un seul résultat raisonnable, justifiant une décision judiciaire en ce sens (Charney et Brady, par. 17.61).

B. *L'article 7 de la Charte*

[48] L'appelante fait aussi valoir que la directive porte atteinte, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, au droit à la liberté que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes. Elle soutient que celle-ci limite les choix que les juristes peuvent faire quant à la manière dont ils mènent leur vie privée et met donc en jeu leur droit à la liberté. Elle prétend donc que la directive contrevenait aussi au par. 6.01 de la convention collective, qui interdisait les interprétations de la convention qui auraient pour effet de restreindre les droits constitutionnels des juristes. L'arbitre a retenu ces arguments. Il n'avait évidemment pas à se prononcer sur cette question étant donné sa conclusion selon laquelle la directive ne constituait pas un exercice raisonnable ou équitable des droits de direction de l'employeur.

[49] The extent to which s. 7 of the *Charter* applies outside the context of the administration of justice has yet to be settled in this Court; see e.g. *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, 2002 SCC 84, [2002] 4 S.C.R. 429, at paras. 77-79; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at paras. 196-99. But even assuming s. 7 applies to the relationship at issue here, I would agree with the Federal Court of Appeal that the adjudicator clearly overstated the breadth of the right to liberty protected under s. 7. Section 7 protects a sphere of personal autonomy involving "inherently private choices" (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at para. 85, quoting *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66). However, such choices are only protected if "they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence" (*ibid.*).

[50] The directive's incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7. *Malmo-Levine* and *Godbout* are clear that not all activities that an individual happens to define as central to his or her lifestyle are protected by s. 7. As examples, *Malmo-Levine* noted that a taste for fatty foods, an obsessive interest in golf and a gambling addiction are not afforded constitutional protection (para. 86). By analogy, the ability of the lawyers — for two to three weeks per year — to attend operas or piano lessons, or to train for a triathlon without having to keep a pager nearby are not protected by s. 7.

[51] The directive also affects the ability of the lawyers to spend time with their children and families. While on standby, some of the lawyers are unable to visit family or provide the level of attention to their children that they would like to because they must stay within an hour of the office. But again, these consequences do not affect the lawyers' ability to make fundamental personal choices (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*,

[49] La Cour n'a pas encore établi dans quelle mesure l'art. 7 de la *Charte* s'applique en dehors du contexte de l'administration de la justice; voir, p. ex., *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, 2002 CSC 84, [2002] 4 R.C.S. 429, par. 77-79; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 196-199. Mais, même en supposant que l'art. 7 s'applique à la relation en cause en l'espèce, je conviens avec la Cour d'appel fédérale que l'arbitre a, de toute évidence, surestimé la portée du droit à la liberté protégé par l'art. 7. Cette disposition protège une sphère d'autonomie personnelle où se prennent des « décisions intrinsèquement privées » (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 85, citant *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, par. 66). Toutefois, ces décisions ne sont protégées que si elles « impliquent [. . .] des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles » (*ibid.*).

[50] L'incursion de la directive dans la vie privée des juristes en dehors du travail n'implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l'art. 7. Il ressort clairement des arrêts *Malmo-Levine* et *Godbout* que l'art. 7 ne protège pas toutes les activités qu'une personne définit comme essentielles à son mode de vie. À titre d'exemples, l'arrêt *Malmo-Levine* mentionne qu'un goût pour les aliments gras, une obsession pour le golf et le fait de s'adonner compulsivement aux jeux de hasard ne font pas l'objet d'une protection constitutionnelle (par. 86). Par analogie, la faculté des juristes — deux à trois semaines par année — d'assister à des opéras ou à des cours de piano, ou de s'entraîner pour un triathlon, sans avoir à garder un téléavertisseur près d'eux, n'est pas protégée par l'art. 7.

[51] La directive a également une incidence sur la capacité des juristes de passer du temps avec leurs enfants et leur famille. Lorsqu'ils sont de garde, certains juristes sont incapables de rendre visite à leur famille ou de prodiguer à leurs enfants le niveau d'attention qu'ils souhaiteraient pouvoir leur offrir, parce qu'ils ne doivent pas s'éloigner à plus d'une heure du bureau. Mais, encore une fois, ces conséquences n'ont pas d'effet sur la capacité des

2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 49; *Malmo-Levine*, at para. 85). Instead, the directive requires them, as a condition of their employment, to be potentially less available to their families for, at most, two to three weeks a year. This does not fall within the scope of s. 7.

[52] Thus, the directive clearly does not engage the lawyers' liberty interests under s. 7 and so does not engage their constitutional rights.

V. Conclusion

[53] I would allow the appeal in part, with costs to the appellant. Because it is clear that the lawyers' s. 7 *Charter* rights were not implicated by the directive, I would not disturb the Federal Court of Appeal's conclusion on this issue. However, the adjudicator's declaration that the directive did not comply with clause 5.02 of the collective agreement was reasonable. I would therefore restore his disposition that the mandatory standby duty directive contravened clause 5.02 of the relevant collective agreement and reinstate his order that the employer stop applying the directive.

English version of the reasons of Moldaver and Côté JJ. delivered by

[54] CÔTÉ J. (dissenting in part) — I agree with the conclusion of my colleague Karakatsanis J. that the mandatory standby duty directive of the Immigration Law Directorate of the Department of Justice's Quebec Regional Office, which requires counsel — an average of one to three times a year — to be available evenings and weekends on a rotational basis without compensation, does not infringe counsel's right to liberty guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and incorporated into their collective agreement by means of clause 6.01.

juristes de faire des choix personnels fondamentaux (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 49; *Malmo-Levine*, par. 85). La directive les oblige plutôt, comme condition d'emploi, à être potentiellement moins disponibles pour leurs familles, et ce, deux à trois semaines par année tout au plus. Cela n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 7.

[52] En conséquence, il est manifeste que la directive ne met pas en jeu le droit à la liberté que l'art. 7 garantit aux juristes et, partant, qu'elle ne met pas en jeu leurs droits constitutionnels.

V. Conclusion

[53] Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie avec dépens en faveur de l'appelante. Comme il est clair que la directive ne mettait pas en cause les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux juristes, je ne modifierais pas la conclusion de la Cour d'appel fédérale sur cette question. Toutefois, la déclaration de l'arbitre selon laquelle la directive n'était pas conforme au par. 5.02 de la convention collective était raisonnable. Je rétablirais donc sa décision selon laquelle la directive sur les quarts de garde obligatoires contrevenait au par. 5.02 de la convention collective applicable, et son ordonnance enjoignant à l'employeur de cesser d'appliquer la directive.

Les motifs des juges Moldaver et Côté ont été rendus par

[54] LA JUGE CÔTÉ (dissidente en partie) — Je suis d'accord avec la conclusion de ma collègue la juge Karakatsanis selon laquelle la directive sur la garde obligatoire de la Direction du droit de l'immigration du Bureau régional du Québec du ministère de la Justice imposant aux juristes l'obligation — en moyenne une à trois fois par année — d'être disponibles à tour de rôle les soirs et les fins de semaine sans indemnisation ne contrevient pas au droit à la liberté des juristes, garanti par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et incorporé à leur convention collective par le biais du par. 6.01.

[55] However, I disagree with her view that the adjudicator was right to conclude that the directive resulted from an unreasonable and unfair exercise of the employer's management power. (I) First, I am of the view that the adjudicator's flawed analysis on the issue of infringement of the right to liberty protected by s. 7 of the *Charter* taints the whole of his reasons. (II) Second, a closer review of his reasoning reveals that his conclusions are not defensible in respect of either the facts or the law.

I. The Adjudicator's Flawed Analysis of the Right to Liberty Taints the Rest of His Analysis

[56] My colleague states: ". . . it is clear the adjudicator would have come to the same decision on clause 5.02 even if he had not erred in his analysis on the directive's compliance with s. 7 of the *Charter*" (para. 46).

[57] Her position seems contradictory to me. In reviewing the adjudicator's decision on the reasonableness and fairness of the directive, my colleague states that she agrees "with the adjudicator that the fact that the directive affects the lawyers' lives outside of working hours is a significant factor" (para. 38 (emphasis added)). But then, in reviewing the adjudicator's decision on the infringement of s. 7 of the *Charter*, she expresses the view that "[t]he directive's incursion into the private, after-work lives of the lawyers does not implicate the type of fundamental personal choices that are protected within the scope of s. 7" (para. 50).

[58] I cannot subscribe to my colleague's reasoning.

[59] In my view, the adjudicator's error vitiates his entire decision, because it taints the rest of his analysis. I find that the adjudicator's reasoning was clearly influenced by his conclusions with respect to s. 7 of the *Charter*, as he considered the issue of whether the directive represented a reasonable and fair exercise of the employer's management powers through the prism of those conclusions.

[55] Cela dit, je ne partage pas son avis quant au bien-fondé de la conclusion de l'arbitre selon laquelle la directive résultait d'un exercice déraisonnable et inéquitable du pouvoir de gestion de l'employeur. (I) D'abord, je suis d'avis que l'analyse erronée de l'arbitre concernant la question de la violation du droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte* teinte l'ensemble de ses motifs. (II) Ensuite, lorsqu'on analyse son raisonnement de plus près, on constate que les conclusions de l'arbitre ne se justifient ni au regard des faits, ni au regard du droit.

I. L'analyse erronée de l'arbitre concernant le droit à la liberté teinte le reste de son analyse

[56] Selon ma collègue, « il est clair que l'arbitre en serait venu à la même décision en ce qui concerne le par. 5.02 même s'il n'avait pas commis d'erreur dans son analyse de la conformité de la directive à l'art. 7 de la *Charte* » (par. 46).

[57] La position de ma collègue me semble contradictoire. Lorsqu'elle procède au contrôle de la décision de l'arbitre concernant le caractère raisonnable et équitable de la directive, ma collègue se dit en accord « avec l'arbitre que le fait que la directive ait un effet sur la vie des juristes en dehors des heures de travail constitue un facteur important » (par. 38 (je souligne)). Par contre, lorsqu'elle procède au contrôle de la décision de l'arbitre concernant la violation de l'art. 7 de la *Charte*, ma collègue est d'avis que « [l]'incursion de la directive dans la vie privée des juristes en dehors du travail n'implique pas le type de choix personnels fondamentaux que garantit l'art. 7 » (par. 50).

[58] Je ne peux souscrire au raisonnement de ma collègue.

[59] À mon avis, l'erreur de la part de l'arbitre vicie toute sa décision, car elle teinte le reste de son analyse. En effet, pour moi, le raisonnement de l'arbitre a manifestement été influencé par ses conclusions concernant l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il a examiné la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable et équitable des pouvoirs de gestion de l'employeur à travers le prisme de ces conclusions.

[60] For example, in concluding that the directive "seems to me quite simply neither reasonable nor fair", the adjudicator noted, *inter alia*, that "[i]nstead, it would be fair for [counsel] to be compensated for the time during which the employer continues to exercise a certain control over their lives" (2015 PSLREB 31, at para. 45 (CanLII) (emphasis added)).

[61] What is more, the adjudicator's conclusions on the violation of clauses 5.02 and 6.01 of the collective agreement were based on the same characterization of the impact of the directive on the lawyers' lives. As I will explain in the next section, this characterization seems flawed to me in that it disregards key elements of the agreed statement of facts. In light of this, I fail to see how it can be said that the adjudicator would necessarily have come to the same conclusion on the reasonableness of the directive independently of his analysis of the infringement of the lawyers' right to liberty. The adjudicator erred in reaching that conclusion, and I would dismiss the appeal on this basis.

[62] That being said, it seems to me — without ruling on the reasonableness and fairness of the directive given my opinion that the grievance should be remitted to another adjudicator to decide this issue — that the adjudicator's conclusions are not defensible in respect of either the facts or the law. The interpretation given in this case of the employer's directive and art. 5 of the collective agreement therefore appears to me to be unreasonable.

II. The Adjudicator Erred in Concluding That the Directive Represented an Unreasonable and Unfair Exercise of the Employer's Management Rights

[63] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at para. 68, this Court recalled that it "has often recognized the relative expertise of labour arbitrators in the interpretation of collective agreements, and counselled that the review of their decisions should be approached with deference". As a result, "[i]t cannot be seriously challenged, particularly since *Dunsmuir* . . . that the applicable standard for reviewing the decision of a

[60] Par exemple, en concluant que la directive ne lui « apparait tout simplement ni raisonnable, ni équitable », l'arbitre note, entre autres, qu'« [i]l serait plutôt équitable qu'ils [les juristes] soient indemnisés pour les moments où l'employeur continue d'exercer un certain contrôle sur leur vie » (2015 CRTEFP 31, par. 45 (CanLII) (je souligne)).

[61] En outre, les conclusions de l'arbitre concernant la violation des par. 5.02 et 6.01 de la convention collective reposent sur la même caractérisation de l'effet de la directive sur la vie des avocats. Or, comme j'en traite dans la prochaine section, cette caractérisation me semble erronée dans la mesure où elle ignore des éléments clés de l'énoncé conjoint des faits. Puisqu'il en est ainsi, je vois mal comment on peut dire que l'arbitre en serait nécessairement arrivé à la même conclusion concernant le caractère raisonnable de la directive, indépendamment de son analyse de la violation du droit à la liberté des avocats. L'arbitre a erré en concluant ainsi et je rejetterais l'appel sur ce point.

[62] Cela dit, et sans me prononcer de façon définitive sur le caractère raisonnable et équitable de la directive car je suis d'avis qu'il faille renvoyer le grief à un autre arbitre sur cette question, il me semble que les conclusions de l'arbitre ne se justifient ni au regard des faits, ni au regard du droit. L'interprétation donnée en l'espèce à la directive de l'employeur et à l'art. 5 de la convention collective ne m'apparaît donc pas raisonnable.

II. L'arbitre a erré en concluant que la directive constituait un exercice déraisonnable et inéquitable du droit de gestion de l'employeur

[63] Notre Cour rappelait dans l'affaire *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, par. 68, qu'elle « a maintes fois reconnu l'expertise relative de l'arbitre dans l'interprétation d'une convention collective et préconisé le respect de sa décision à cet égard ». Ainsi, « [o]n ne peut plus sérieusement contester, tout particulièrement depuis l'arrêt *Dunsmuir* [. . .], que la norme de contrôle de la décision d'un arbitre en droit du

labour arbitrator is reasonableness" (*Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at para. 7). There is therefore no doubt that it is the reasonableness standard of review that applies to the adjudicator's decision on the issue of whether the directive represented a reasonable exercise of the employer's management rights.

[64] In applying the reasonableness standard, a reviewing court inquires into whether the decision-making process was transparent and intelligible. It also inquires into whether the decision is defensible, that is, whether it falls within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law" (*Dunsmuir*, at para. 47 (emphasis added)). The deference required by the reasonableness standard means that reviewing courts must give "due consideration to the determinations of decision makers" (*Dunsmuir*, at para. 49). However, this does not mean that an adjudicator's decision is totally immune from judicial review; the decision must be "reasonable".

A. *The Adjudicator's Decision Does Not Seem Defensible in Respect of the Facts*

[65] I will begin by noting what the adjudicator stated at para. 47 of his reasons:

> I agree that an emergency that occurs outside normal work hours may be a legitimate organizational need that will result in the employer exercising its management right and, consequently, overtime for employees. In this case, the organizational need is triggered by an emergency over which the employer has no control. Can the same analogy be made concerning the unilateral imposition of standby duty? In this case, the organizational need is triggered instead by the employer's choice to provide and sell its employees' professional services outside their normal work hours, over which the employer has a certain control. [Emphasis added.]

[66] Yet the adjudicator had the following agreed statement of facts before him, and he even reproduced it at para. 7 of his reasons:

travail est celle de la décision raisonnable » (*Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, par. 7). Il ne fait donc aucun doute que c'est la norme de contrôle de la décision raisonnable qui s'applique à la sentence de l'arbitre quant à la question de savoir si la directive constitue un exercice raisonnable du droit de gestion de l'employeur.

[64] Suivant la norme de contrôle de la décision raisonnable, une cour de révision se demande si le processus décisionnel a été transparent et intelligible. Elle se demande également si la décision est justifiable, c'est-à-dire si elle appartient « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » (*Dunsmuir*, par. 47 (je souligne)). La déférence requise par la norme de la raisonnabilité exige de la cour de révision qu'elle tienne « dûment compte des conclusions du décideur » (*Dunsmuir*, par. 49). Cela ne signifie toutefois pas que la décision de l'arbitre est immunisée contre toute révision judiciaire; elle doit demeurer « raisonnable ».

A. *La décision de l'arbitre ne semble pas justifiée au regard des faits*

[65] Je note d'abord les propos suivants de l'arbitre, au par. 47 de ses motifs :

> Je conviens qu'une urgence qui survient en dehors des heures normales de travail puisse représenter un besoin organisationnel légitime qui engendrera l'exercice par l'employeur de son droit de direction et, par conséquent, du travail en heures supplémentaires à l'égard des employés. Dans ce cas, le besoin organisationnel est déclenché par une urgence sur laquelle l'employeur n'a aucun contrôle. Mais la même analogie peut-elle être faite quant à l'imposition unilatérale d'une période de garde? Dans ce cas, le besoin organisationnel est plutôt déclenché par le choix de l'employeur d'offrir et de vendre les services professionnels de ses employés en dehors de leurs heures normales de travail, ce sur quoi l'employeur a un certain contrôle. [Je souligne.]

[66] L'arbitre de grief avait pourtant devant lui l'énoncé conjoint des faits suivant, qu'il reproduit d'ailleurs au par. 7 de ses motifs :

[TRANSLATION]

. . .

8. Applications [for stays] may be filed outside working hours and must be handled promptly. It is normal for stay applications to be filed in the late afternoon and for the work to reach late into the evening. Applications filed during the weekend are less frequent (about 6 times per year at the time) but just as unpredictable.

9. The employer requires that counsel responding to a stay application be available in accordance with the rol[l] that the Federal Court established and in accordance with the schedule of the judge appointed to hear the application. The Federal Court clerk calls the Immigration Directorate's emergency number in anticipation of the hearing of the case. Written arguments may be prepared and filed, depending on the level of urgency, followed by a hearing or teleconference with the Federal Court Judge, who hears the parties on the merits of the application.

. . .

12. Due to their nature, weekend emergencies occur erratically. Several may occur in a row, or several weeks might pass before another occurs. [Emphasis added.]

[67] I am therefore in full agreement with the Federal Court of Appeal, per de Montigny J.A., that the adjudicator's conclusion that the employer had a certain control over the organizational need underlying the unilateral imposition of standby duty "goes against the common evidence submitted by the parties, to the effect that a stay application can arise unexpectedly and should be processed as an emergency" (2016 FCA 92, [2016] 4 F.C.R. 349, at para. 31).

[68] Moreover, the following also appears in the agreed statement of facts reproduced by the adjudicator in his reasons:

[TRANSLATION]

. . .

19. In the absence of volunteers, in an email dated April 13, 2010, the employer imposed the requirement

. . .

8. Ces demandes [de sursis] peuvent être présentées en dehors des heures ouvrables et doivent être traitées rapidement. Il n'est pas inhabituel que les demandes de sursis soient présentées en fin d'après-midi et que le travail continue tard en soirée. Les demandes déposées pendant la fin de semaine sont moins fréquentes (environ 6 fois par année à l'époque), mais tout aussi imprévisibles.

9. L'Employeur requiert que le/la juriste qui répond à une demande de sursis soit disponible selon le rôle établi par la Cour fédérale et selon l'horaire du juge nommé pour entendre la demande. Le greffier de la Cour fédérale téléphone au numéro d'urgence de la direction de l'immigration en prévision de l'audition de la cause. Des arguments écrits peuvent être rédigés et déposés, selon le degré d'urgence, suivis d'une audience ou d'une téléconférence avec le juge de la Cour fédérale qui entend les parties sur le bien-fondé de la demande.

. . .

12. De par leur nature, les urgences de fin de semaine surviennent de façon irrégulière. Plusieurs peuvent survenir de suite ou il peut se passer plusieurs semaines avant qu'il en survienne une autre. [Je souligne.]

[67] Je partage donc entièrement l'avis de la Cour d'appel fédérale sous la plume du juge de Montigny selon lequel la conclusion de l'arbitre voulant que l'employeur ait un certain contrôle sur le besoin organisationnel à la base de l'imposition unilatérale d'une période de garde « va à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties, à l'effet qu'une demande de sursis peut survenir de façon imprévisible et doit être traitée de façon urgente » (2016 CAF 92, [2016] 4 R.C.F. 349, par. 31).

[68] De plus, l'énoncé conjoint des faits repris par l'arbitre de grief dans ses motifs, mentionne également ce qui suit :

. . .

19. En l'absence de volontaires, par courriel en date du 13 avril 2010, l'Employeur a imposé à tous les juristes

that all counsel (including those identified below) be available on a rotational basis, an average of 1 to 3 times per year, for standby duty.

20. The employer prepared a standby duty table for the period from April 1, 2010, to March 31, 2011. To that end, the employer asked counsel for their availability for the entire period covered by the list. The employer then established the list according to counsel's availability and situations (e.g., a situation requiring accommodation under the [*Canadian Human Rights Act*, R.S.C. 1985, c. H-6]). In addition, the employer allowed counsel to arrange with each other in case they needed someone to fill in for them. [Emphasis added.]

[69] The adjudicator does not seem to have considered these facts in his analysis. I agree with de Montigny J.A.'s conclusion that "[c]learly, [these were] important factor[s] in assessing the reasonableness of the directive, yet the adjudicator did not take [them] into account in his analysis" (para. 32).

[70] In my view, to the extent that the adjudicator's conclusions contradict the common evidence submitted by the parties and that he has disregarded certain essential facts in his reasons, his decision does not fall within "a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts" (*Dunsmuir*, at para. 47).

B. *The Adjudicator's Decision Does Not Seem Defensible in Respect of the Law*

[71] Under clause 5.01 of the collective agreement, "[a]ll the functions, rights, powers and authority which the Employer has not specifically abridged, delegated or modified by this Agreement are . . . retained" by the employer. Among these residual rights are those held by the Treasury Board in respect of "human resources management in the federal public administration, including the determination of the terms and conditions of employment of persons employed in it" (*Financial Administration Act*, R.S.C. 1985, c. F-11, s. 7(1)(e)). The exercise of these rights relating to human resources management is governed by s. 11.1 of the *Financial Administration Act*.

(dont notamment celles identifiées ci-dessous) qu'ils soient disponibles à tour de rôle, en moyenne 1 à 3 fois par année, pour la garde.

20. L'Employeur a préparé un tableau de garde pour la période du 1er avril 2010 au 31 mars 2011. À cette fin, l'Employeur a demandé les disponibilités des juristes pour toute la période visée par la liste. L'Employeur a établi, par la suite, la liste en fonction des disponibilités et situation des juristes (ex. : situation nécessitant une mesure d'adaptation en vertu de la [*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6]). De plus, l'Employeur a permis aux juristes de s'accommoder entre eux pour se faire remplacer. [Je souligne.]

[69] L'arbitre ne semble pas avoir considéré ces faits dans son analyse. J'abonde dans le même sens que le juge de Montigny lorsque celui-ci conclut que, « [d]e toute évidence, il s'agissait là [de] facteur[s] important[s] pour évaluer la raisonnabilité de la directive, dont l'arbitre ne tient aucunement compte dans son analyse » (par. 32).

[70] À mon avis, dans la mesure où les conclusions de l'arbitre vont à l'encontre de la preuve commune soumise par les parties et que ses motifs passent sous silence des éléments factuels essentiels, sa décision n'appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits » (*Dunsmuir*, par. 47).

B. *La décision de l'arbitre ne semble pas justifiée au regard du droit*

[71] En vertu du par. 5.01 de la convention collective, l'employeur « retient toutes les fonctions, les droits, les pouvoirs et l'autorité que ce dernier n'a pas, d'une façon précise, fait diminuer, déléguer ou modifier par la présente convention ». Ces droits résiduels comprennent, pour le Conseil du Trésor, des droits en matière de « gestion des ressources humaines de l'administration publique fédérale, notamment la détermination des conditions d'emploi » (*Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11, al. 7(1)e)). L'exercice de ces droits en matière de gestion des ressources humaines est encadré par l'art. 11.1 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*.

[72] In *Voice Construction Ltd. v. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 SCC 23, [2004] 1 S.C.R. 609, at para. 32, this Court noted that "[g]enerally management has a residual right to do as it sees fit in the conduct of its business" and that "[t]his right is subject to any express term of a collective agreement or human rights and other employment-related statutes providing otherwise".

[73] In the instant case, therefore, the employer's residual rights are subject to clause 5.02 of the collective agreement, which requires the employer to "act reasonably, fairly and in good faith in administering this Agreement". This clause codifies principles that have already been recognized by the courts, including the fact that "[w]hen employers in a unionized workplace unilaterally enact workplace rules and policies, they are not permitted to 'promulgate unreasonable rules and then punish employees who infringe them'" (*Irving*, at para. 22).

[74] In considering whether the employer had acted reasonably, fairly and in good faith in issuing the directive, the adjudicator noted that he had not been "presented any evidence establishing that standby duty is the employer's only way of responding to its client departments' emergencies on weeknights and weekends" (para. 49 (emphasis added)).

[75] But that is not the applicable legal test in this case. Indeed, it is not even the applicable test for the justification of an infringement of a *Charter* right under s. 1 of the *Charter*. At the minimal impairment stage under s. 1 of the *Charter*, "[i]f the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement" (*RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 160; see also *Health Services and Support — Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391, at para. 150). It would be surprising if a burden

[72] Dans l'affaire *Voice Construction Ltd. c. Construction & General Workers' Union, Local 92*, 2004 CSC 23, [2004] 1 R.C.S. 609, par. 32, notre Cour rappelait que « [g]énéralement, la direction dispose d'un droit résiduel de gérer son entreprise selon ce qu'elle juge indiqué » et que « [c]e droit est subordonné aux conditions expresses de la convention collective applicable ou aux dispositions à l'effet contraire des lois sur les droits de la personne et des autres lois relatives à l'emploi ».

[73] Ainsi, en l'espèce, les droits résiduels de l'employeur sont subordonnés au par. 5.02 de la convention collective, lequel requiert que l'employeur « agi[sse] raisonnablement, équitablement et de bonne foi dans l'administration de la présente convention collective ». Ce paragraphe codifie des principes déjà reconnus dans la jurisprudence, notamment le fait qu'« [e]n milieu de travail syndiqué, l'employeur qui impose unilatéralement des règles et des politiques ne peut pas [TRADUCTION] "adopter des règles déraisonnables pour ensuite punir les employés qui les violent" » (*Irving*, par. 22).

[74] En analysant si l'employeur avait agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive, l'arbitre a noté qu'on ne lui avait « présenté aucune preuve établissant que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences de ses ministères clients les soirs de semaine et les fins de semaine » (par. 49 (je souligne)).

[75] Or, ce n'est pas le critère juridique applicable en l'espèce. D'ailleurs, ce n'est même pas le critère applicable pour la justification d'une violation d'un droit protégé par la *Charte* en application de son article premier. En effet, à l'étape portant sur l'atteinte minimale sous l'article premier de la *Charte*, « [s]i la loi se situe à l'intérieur d'une gamme de mesures raisonnables, les tribunaux ne concluront pas qu'elle a une portée trop générale simplement parce qu'ils peuvent envisager une solution de rechange qui pourrait être mieux adaptée à l'objectif et à la violation » (*RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 160; voir aussi *Health Services and Support — Facilities Subsector*

that the Constitution does not even impose on the government were imposed on employers.

[76] In *Irving*, at paras. 4, 24 and 27, this Court described the approach the adjudicator should have taken in assessing the unilateral exercise of management rights:

> A substantial body of arbitral jurisprudence has developed around the unilateral exercise of management rights in a safety context, resulting in a carefully calibrated "balancing of interests" proportionality approach. Under it, and built around the hallmark collective bargaining tenet that an employee can only be disciplined for reasonable cause, an employer can impose a rule with disciplinary consequences only if the need for the rule outweighs the harmful impact on employees' privacy rights. The dangerousness of a workplace is clearly relevant, but this does not shut down the inquiry, it begins the proportionality exercise.
>
> . . .
>
> The scope of management's unilateral rulemaking authority under a collective agreement is persuasively set out in *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 . . . . The heart of the "*KVP* test", which is generally applied by arbitrators, is that any rule or policy unilaterally imposed by an employer and not subsequently agreed to by the union, must be consistent with the collective agreement and be reasonable . . . .
>
> . . .
>
> In assessing . . . reasonableness in the case of unilaterally imposed employer rules or policies affecting employee privacy, arbitrators have used a "balancing of interests" approach. As the intervener the Alberta Federation of Labour noted:

Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 150). Il serait surprenant que l'on impose aux employeurs un fardeau que la Constitution n'impose même pas au gouvernement.

[76] Dans l'affaire *Irving*, par. 4, 24 et 27, notre Cour décrivait la démarche que l'arbitre aurait dû suivre pour évaluer l'exercice unilatéral des droits de la direction :

> Il existe une importante jurisprudence arbitrale quant à l'exercice unilatéral des droits de la direction dans le contexte de la sécurité et il en a résulté une démarche axée sur la proportionnalité commandant une « mise en balance des intérêts » soigneusement pondérée. Suivant cette démarche, et compte tenu du principe propre à la négociation collective selon lequel l'employé n'est passible d'une sanction disciplinaire que pour un motif raisonnable, l'employeur ne peut imposer une règle emportant des sanctions disciplinaires que si la nécessité d'adopter une telle règle l'emporte sur l'incidence négative de cette dernière sur les droits à la vie privée des employés. La dangerosité d'un lieu de travail est manifestement pertinente. Cet élément ne met toutefois pas fin à l'analyse; il enclenche plutôt la démarche axée sur la proportionnalité.
>
> . . .
>
> L'étendue du pouvoir de la direction d'imposer unilatéralement des règles au titre de la convention collective est expliquée de manière convaincante dans l'affaire *Re Lumber & Sawmill Workers' Union, Local 2537, and KVP Co.* (1965), 16 L.A.C. 73 . . . L'élément central du « critère énoncé dans *KVP* », que les arbitres appliquent traditionnellement, veut que la règle ou la politique imposée unilatéralement par l'employeur, à laquelle le syndicat n'a pas donné son aval par la suite, soit conforme à la convention collective et raisonnable . . .
>
> . . .
>
> Pour évaluer le caractère raisonnable [. . .] d'une règle ou d'une politique imposée unilatéralement par l'employeur et ayant une incidence sur la vie privée de l'employé, les arbitres ont adopté une démarche axée sur la « mise en balance des intérêts ». Comme le fait remarquer l'Alberta Federation of Labour, intervenante en l'espèce :

> Determining reasonableness requires labour arbitrators to apply their labour relations expertise, consider all of the surrounding circumstances, and determine whether the employer's policy strikes a reasonable balance. Assessing the reasonableness of an employer's policy can include assessing such things as the nature of the employer's interests, any less intrusive means available to address the employer's concerns, and the policy's impact on employees. [Emphasis added.]

[77] The analysis of the reasonableness and fairness of a unilaterally imposed directive is thus based on a balancing of interests approach, not an approach focusing on whether the employer has adopted the least intrusive means of meeting its operational requirements. In my view, the adjudicator in the case at bar did not take a balancing of interests approach. He had to determine whether the directive was reasonable, but that is not what he did.

[78] As a result, I also agree with the following comments of de Montigny J.A. (at para. 33):

> Lastly, the adjudicator imposes an excessive burden on the employer when he notes at paragraph 49 of his reasons that there was no evidence showing that standby duty is the employer's only way of responding to emergencies. The employer is not required to demonstrate that its decision is the only way or the best way to resolve the problem; instead, its responsibilities consist of demonstrating that its solution is reasonable under the circumstances. When an adjudicator is called upon to interpret clause 5.02 of the collective agreement, his role is not to determine whether the employer made the best decision possible; instead, he is to question whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith. Although the adjudicator may consider other ways that the employer could have achieved its objectives, he must also leave the employer some flexibility and intervene only when, for instance, another much less intrusive and more efficient way makes the employer's decision unreasonable.

[79] Furthermore, and with all due respect, my colleague's position is ambiguous on this point. Although she says she is not requiring the employer to prove that there were no other alternatives to solve its problem, she finds that "[e]vidence that no such

> [TRADUCTION] Pour évaluer le caractère raisonnable, les arbitres en droit du travail sont appelés à mettre à profit leur expertise dans ce domaine, à tenir compte de toutes les circonstances et à décider si la politique de l'employeur établit un équilibre raisonnable. Pour ce faire, ils peuvent tenir compte notamment de la nature des intérêts de l'employeur, de l'existence de tout autre moyen moins attentatoire de répondre aux préoccupations de l'employeur ainsi que de l'incidence de la politique sur les employés. [Je souligne.]

[77] L'analyse du caractère raisonnable et équitable d'une directive imposée unilatéralement repose donc sur une démarche axée sur la mise en balance des intérêts, et non sur la question de savoir si l'employeur a retenu le moyen le moins attentatoire de répondre à ses exigences opérationnelles. À mon avis, en l'espèce, l'arbitre n'a pas suivi une telle démarche axée sur la mise en balance des intérêts. Il devait évaluer le caractère raisonnable de la directive; ce n'est pas ce qu'il a fait.

[78] Je suis donc également d'accord avec les propos suivants du juge de Montigny (par. 33) :

> Enfin, l'arbitre impose à l'employeur un fardeau excessif lorsqu'il note au paragraphe 49 de ses motifs qu'aucune preuve n'établissait que la période de garde est le seul moyen dont dispose l'employeur pour répondre aux urgences. L'employeur n'est pas tenu de démontrer que sa décision est le seul moyen ou le meilleur moyen de régler le problème; son obligation consiste plutôt à démontrer que la solution retenue est raisonnable dans les circonstances. Lorsqu'un arbitre est appelé à interpréter le paragraphe 5.02 de la convention collective, son rôle n'est pas de déterminer si l'employeur a pris la meilleure décision possible; il doit plutôt se demander si l'employeur a agi de façon raisonnable, équitable et de bonne foi. Bien que l'arbitre puisse tenir compte des autres moyens dont l'employeur aurait pu se prévaloir pour atteindre son objectif, il doit quand même lui laisser une certaine marge de manœuvre et intervenir seulement lorsqu'un autre moyen beaucoup moins intrusif et tout aussi efficace, par exemple, rend la décision de l'employeur déraisonnable.

[79] D'ailleurs, et ceci dit en tout respect, la position de ma collègue est ambiguë sur ce point. Bien qu'elle dise ne pas requérir de l'employeur qu'il prouve l'absence d'autres solutions pour régler son problème, elle juge qu'une « preuve établissant

alternatives were available would have supported the respondent's position that the directive was a necessary response", and that "[t]he adjudicator was therefore entitled to note the lack of such evidence" (para. 44). In my view, this reasoning does exactly what she claims it does not do: it imposes on the employer the far too onerous burden of proving a negative.

[80] In my opinion, to the extent that the adjudicator's decision is based on a test that differs from the one applicable in law and that has the effect of imposing an excessive burden on the employer, it does not fall within a range of "possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the . . . law" (*Dunsmuir*, at para. 47).

III. Conclusion

[81] For these reasons, I would allow the appeal in part.

[82] I would remit the grievance to another adjudicator to decide the case on the basis that the impugned directive does not infringe s. 7 of the *Charter* and therefore does not violate clause 6.01 of the collective agreement. However, unlike the Federal Court of Appeal, I would leave it to the new adjudicator to undertake the balancing of interests and reach his or her own conclusions on the issue of whether the employer acted reasonably, fairly and in good faith, in accordance with clause 5.02 of the collective agreement, in issuing the directive.

Appeal allowed in part with costs to the appellant, MOLDAVER *and* CÔTÉ JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Solicitor for the respondent: Attorney General of Canada, Ottawa.

qu'il n'y avait pas d'autres solutions aurait appuyé la thèse de l'intimé selon laquelle la directive était une réponse nécessaire » et qu'il « était donc loisible à l'arbitre de noter l'absence d'une telle preuve » (par. 44). À mon avis, ce raisonnement fait exactement ce qu'il prétend ne pas faire : il impose à l'employeur le fardeau beaucoup trop onéreux de prouver un fait négatif.

[80] À mon avis, dans la mesure où la décision de l'arbitre se fonde sur un critère autre que celui applicable en droit et qui a pour effet d'imposer à l'employeur un fardeau excessif, elle ne fait pas partie des « issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard [. . .] du droit » (*Dunsmuir*, par. 47).

III. Conclusion

[81] Pour les motifs qui précèdent, j'accueillerais en partie l'appel.

[82] Je renverrais le grief à un autre arbitre pour qu'il décide de l'affaire en tenant pour acquis que la directive attaquée ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et, par conséquent, ne viole pas le par. 6.01 de la convention collective. Cela dit, contrairement à la Cour d'appel fédérale, je laisserais le nouvel arbitre procéder à la mise en balance des intérêts et arriver à ses propres conclusions concernant la question de savoir si l'employeur a agi raisonnablement, équitablement et de bonne foi en adoptant la directive conformément au par. 5.02 de la convention collective.

Pourvoi accueilli en partie avec dépens en faveur de l'appelante, les juges MOLDAVER *et* CÔTÉ *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelante : Philion Leblanc Beaudry, Montréal.

Procureur de l'intimé : Procureur général du Canada, Ottawa.

TAB 16

The British Columbia Human Rights Commission, the Commissioner of Investigation and Mediation, the British Columbia Human Rights Tribunal and Andrea Willis *Appellants*

v.

Robin Blencoe *Respondent*

and

Irene Schell *Intervener*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Saskatchewan Human Rights Commission, the Ontario Human Rights Commission, the Nova Scotia Human Rights Commission, the Manitoba Human Rights Commission, the Canadian Human Rights Commission, the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, the British Columbia Human Rights Coalition and the Women's Legal Education and Action Fund *Interveners*

INDEXED AS: BLENCOE *v.* BRITISH COLUMBIA (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Neutral citation: 2000 SCC 44.

File No.: 26789.

2000: January 24; 2000: October 5.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Human Rights Commission — Commission implementing specific governmental program and exercising statutory authority — Commission independent

La British Columbia Human Rights Commission, le Commissioner of Investigation and Mediation, le British Columbia Human Rights Tribunal et Andrea Willis *Appelants*

c.

Robin Blencoe *Intimé*

et

Irene Schell *Intervenante*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Saskatchewan Human Rights Commission, la Commission ontarienne des droits de la personne, la Nova Scotia Human Rights Commission, la Commission des droits de la personne du Manitoba, la Commission canadienne des droits de la personne, la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, la British Columbia Human Rights Coalition et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BLENCOE *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (HUMAN RIGHTS COMMISSION)

Référence neutre: 2000 CSC 44.

N° du greffe: 26789.

2000: 24 janvier; 2000: 5 octobre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Commission des droits de la personne — Commission mettant en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerçant un pouvoir conféré par la loi

from government and acting judicially — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applicable to Commission's actions — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty and security of person — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's constitutional rights to liberty and security of person engaged — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Administrative law — Abuse of process — Delay — Sexual harassment complaints filed against respondent before Human Rights Commission — Lengthy delay in processing complaints — Whether respondent's ability to have fair hearing compromised — Whether lengthy delay amounted to denial of natural justice or abuse of process.

In March 1995, while serving as a minister in the Government of British Columbia, the respondent was accused by one of his assistants of sexual harassment. A month later, the premier removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the NDP caucus. In July and August of 1995, two complaints of discriminatory conduct in the form of sexual harassment were filed with the British Columbia Council of Human Rights (now the British Columbia Human Rights Commission) against the respondent by two other women, W and S. The complaints centered around various incidents of sexual harassment alleged to have occurred between March 1993 and March 1995. The respondent was informed of the first complaint in July 1995 and of the second in September 1995. After the Commission's investigation, hearings were scheduled before the British Columbia Human Rights Tribunal in March 1998, over 30 months after the initial complaints were filed.

Following the allegations against the respondent, media attention was intense. He suffered from severe depression. He did not stand for re-election in 1996. Considering himself "unemployable" in British Columbia due to the outstanding human rights complaints against him, the respondent commenced judicial review proceedings in November 1997 to have the complaints stayed. He claimed that the Commission had lost jurisdiction due to unreasonable delay in processing the complaints. The respondent alleged that the unreasona-

— Commission indépendante du gouvernement et agissant de manière judiciaire — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle aux actes de la Commission? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté et sécurité de la personne — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — Les droits constitutionnels de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent-ils? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit administratif — Abus de procédure — Délai — Plaintes de harcèlement sexuel déposées contre l'intimé auprès de la Commission des droits de la personne — Long délai écoulé dans le traitement des plaintes — La capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable a-t-elle été compromise? — Le long délai écoulé constituait-il un déni de justice naturelle ou un abus de procédure?

En mars 1995, alors qu'il était ministre au sein du gouvernement de la Colombie-Britannique, l'intimé a été accusé de harcèlement sexuel par l'une de ses adjointes. Un mois plus tard, le premier ministre l'excluait du Cabinet et du caucus du NPD. En juillet et en août 1995, deux autres femmes, W et S, ont déposé devant le British Columbia Council of Human Rights (maintenant la British Columbia Human Rights Commission) deux plaintes de discrimination sous forme de harcèlement sexuel contre l'intimé. Les plaintes concernaient divers épisodes de harcèlement sexuel qui seraient survenus entre mars 1993 et mars 1995. L'intimé a été informé de la première plainte en juillet 1995 et de la seconde en septembre 1995. À la suite de l'enquête de la Commission, des audiences devant le British Columbia Human Rights Tribunal ont été fixées au mois de mars 1998, soit plus de 30 mois après le dépôt des plaintes initiales.

Les allégations formulées contre l'intimé ont suscité une attention intense de la part des médias. Il a fait une grave dépression. Il n'a pas sollicité un nouveau mandat en 1996. Se disant «inapte au travail» en Colombie-Britannique en raison des plaintes fondées sur les droits de la personne qui pesaient toujours contre lui, l'intimé a présenté, en novembre 1997, une demande de contrôle judiciaire en vue d'obtenir l'arrêt des procédures relatives aux plaintes. Il a fait valoir que la Commission avait perdu compétence en raison d'un délai déraisonna-

ble delay caused serious prejudice to him and his family which amounted to an abuse of process and a denial of natural justice. His petition was dismissed by the Supreme Court of British Columbia. A majority of the Court of Appeal allowed the respondent's appeal and directed that the human rights proceedings against him be stayed. The majority found that the respondent had been deprived of his right under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to security of the person in a manner which was not in accordance with the principles of fundamental justice.

Held (Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ.: The *Charter* applies to the actions of the British Columbia Human Rights Commission. The Commission is created by statute and all of its actions are taken pursuant to statutory authority. Bodies exercising statutory authority are bound by the *Charter* even though they may be independent of government. The Commission in this case is both implementing a specific government program and exercising powers of statutory compulsion. Further, the Commission cannot escape *Charter* scrutiny merely because it exercises judicial functions. The ultimate source of authority is government. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code* and must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny.

Section 7 of the *Charter* can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is state action which directly engages the justice system and its administration. If a case arises in the human rights context which, on its facts, meets the usual s. 7 threshold requirements, there is no specific bar against such a claim and s. 7 may be engaged.

In order for s. 7 to be triggered, one must first establish that the interest in respect of which the respondent asserted his claim falls within the ambit of s. 7. The liberty interest protected by s. 7 is no longer restricted to mere freedom from physical restraint. "Liberty" is engaged where state compulsions or prohibitions affect

ble dans le traitement des plaintes. L'intimé a allégué que ce délai déraisonnable avait causé à sa famille et à lui-même un préjudice grave équivalant à un abus de procédure et à un déni de justice naturelle. Sa demande a été rejetée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel de l'intimé et a ordonné l'arrêt des procédures en matière de droits de la personne qui avaient été engagées contre lui. Les juges majoritaires ont conclu que l'intimé avait été privé, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, du droit à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Arrêt (les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache: La *Charte* s'applique aux actes de la British Columbia Human Rights Commission. La Commission a été créée par une loi et elle accomplit tous ses actes en vertu du pouvoir que lui confère la loi en cause. L'organisme qui exerce un pouvoir conféré par une loi est assujetti à la *Charte* même s'il peut être indépendant du gouvernement. La Commission dont il est question en l'espèce met en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerce des pouvoirs de contrainte émanant de la loi. En outre, la Commission ne peut pas échapper à un examen fondé sur la *Charte* du seul fait qu'elle exerce des fonctions judiciaires. L'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission applique le régime législatif du *Human Rights Code* et doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de «nature gouvernementale». C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*.

L'article 7 de la *Charte* peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. Rien ne s'oppose à ce que cet article s'applique à une affaire en matière de droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application.

Pour que l'art. 7 s'applique, il faut d'abord prouver que le droit visé par l'allégation de l'intimé relève de l'art. 7. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne s'entend plus uniquement de l'absence de toute contrainte physique. La «liberté» est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les

important and fundamental life choices. The s. 7 liberty interest protects an individual's personal autonomy. In our free and democratic society, individuals are entitled to make decisions of fundamental importance free from state interference. Such personal autonomy, however, is not synonymous with unconstrained freedom. Here, the state has not prevented the respondent from making any "fundamental personal choices". Therefore, the interests sought to be protected in this case do not fall within the "liberty" interest protected by s. 7.

The right to security of the person guaranteed by s. 7 protects the psychological integrity of an individual. However, in order for this right to be triggered, the psychological harm must result from the actions of the state and it must be serious. In this case, the direct cause of the harm to the respondent was not the state-caused delay in the human rights process. While the respondent has suffered serious prejudice in connection with the allegations of sexual harassment against him, for s. 7 to be engaged there must be a sufficient causal connection between the state-caused delay and the prejudice suffered. The most prejudicial impact on the respondent was caused not by the actions of the Commission but rather by the events prior to the complaints — the allegations of the respondent's assistant — which caused the respondent to be ousted from Cabinet and caucus as well as the actions by non-governmental actors such as the press. The harm to the respondent resulted from the publicity surrounding the allegations themselves, coupled with the political fallout which ensued. When the respondent began to experience stigma, the human rights proceedings had yet to commence. Further, there is a pending civil suit against the respondent for sexual harassment and W's complaint against the Government on these very same issues. The prolongation of stigma from ongoing publicity was likely regardless of the delay in the human rights proceedings. At best, the respondent was deprived of a speedy opportunity to clear his name. Lastly, the human rights process did not seriously exacerbate the respondent's prejudice. It is difficult to see how procedural delay could have seriously increased damage already done to the respondent's reputation.

Even accepting that the outstanding complaints may have contributed to the respondent's stigma to some degree, thereby causing some of his suffering, and assuming without deciding that there is a sufficient nexus between the state-caused delay and the prejudice to the respondent, the state interference with the respon-

choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège l'autonomie personnelle. Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État. Cette autonomie personnelle n'est toutefois pas synonyme de liberté illimitée. Dans la présente affaire, l'État n'a pas empêché l'intimé de faire des «choix personnels fondamentaux». Par conséquent, les droits que l'on cherche à protéger en l'espèce ne font pas partie du droit «à la liberté» garanti par l'art. 7.

Le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 protège l'intégrité psychologique d'une personne. Cependant, pour que ce droit soit en cause, le préjudice psychologique doit résulter d'un acte de l'État et doit être grave. En l'espèce, la cause directe du préjudice subi par l'intimé n'était pas le délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne. Bien que les allégations de harcèlement sexuel dont l'intimé a fait l'objet lui aient causé un préjudice grave, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi pour que l'art. 7 s'applique. L'effet le plus préjudiciable sur l'intimé résulte non pas des actes de la Commission, mais plutôt d'événements antérieurs au dépôt des plaintes — les allégations de l'adjointe de l'intimé — qui ont entraîné son expulsion du Cabinet et du caucus, ainsi que du comportement d'acteurs non gouvernementaux comme les journalistes. Le préjudice subi par l'intimé est imputable à la publicité ayant entouré les allégations elles-mêmes et aux retombées politiques qui ont suivi. Les procédures en matière de droits de la personne n'avaient pas encore commencé lorsque l'intimé a commencé à être victime d'une stigmatisation. En outre, l'intimé fait toujours l'objet de poursuites civiles pour harcèlement sexuel et W a déposé une plainte contre le gouvernement pour les mêmes motifs. Il était probable que la stigmatisation résultant de la publicité incessante se poursuivrait peu importe le délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Au mieux, l'intimé a été privé de la possibilité de se disculper rapidement. Enfin, le processus en matière de droits de la personne n'a pas sérieusement aggravé le préjudice subi par l'intimé. On voit mal comment un délai de procédure pourrait avoir sérieusement accru le préjudice déjà causé à la réputation de l'intimé.

Même si on reconnaît que les plaintes dont l'intimé faisait l'objet peuvent avoir contribué jusqu'à un certain point à sa stigmatisation et avoir ainsi causé certaines de ses souffrances, et même si on présume, sans pour autant le décider, qu'il existe un lien suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi par l'intimé,

dent's psychological integrity did not amount to a violation of his right to security of the person. First, the s. 7 rights of "liberty and security of the person" do not include a generalized right to dignity, or more specifically a right to be free from the stigma associated with a human rights complaint. While respect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the *Charter*, this does not mean that dignity is elevated to a free-standing constitutional right protected by s. 7. The notion of "dignity" is better understood as an underlying value. Like dignity, reputation is not a free-standing right. Neither is freedom from stigma. Second, the state has not interfered with the ability of the respondent and his family to make essential life choices. In order for security of the person to be triggered in this case, the impugned state action must have had a serious and profound effect on the respondent's psychological integrity. It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that state-caused delay in human rights proceedings could trigger the s. 7 security of the person interest. Here, the alleged right to be free from stigma associated with a human rights complaint does not fall within this narrow sphere. The state has not interfered with the respondent's right to make decisions that affect his fundamental being. The prejudice to the respondent is essentially confined to his personal hardship.

l'atteinte de l'État à l'intégrité psychologique de l'intimé ne constituait pas une atteinte à son droit à la sécurité de sa personne. Premièrement, les droits «à la liberté et à la sécurité de [l]a personne» garantis par l'art. 7 ne comportent pas un droit général à la dignité ou, plus précisément, un droit à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne. Bien que le respect de la dignité inhérente des gens soit nettement une valeur essentielle de notre société libre et démocratique, qui doit guider les tribunaux dans l'interprétation de la *Charte*, cela ne signifie pas pour autant que l'on fait de la dignité un droit constitutionnel distinct garanti par l'art. 7. Il vaut mieux considérer la notion de «dignité» comme une valeur sous-jacente. À l'instar de la dignité, la réputation n'est pas un droit distinct. La protection contre la stigmatisation ne l'est pas non plus. Deuxièmement, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des choix essentiels dans leur vie. Pour que la sécurité de la personne soit en cause en l'espèce, l'acte reproché à l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de l'intimé. Ce n'est que dans les cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'application du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. En l'espèce, le droit allégué à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne ne fait pas partie de cette catégorie restreinte. L'État n'a pas porté atteinte au droit de l'intimé de prendre des décisions touchant son être fondamental. Le préjudice subi par l'intimé se limite essentiellement à ses difficultés personnelles.

There is no constitutional right outside the criminal context to be "tried" within a reasonable time. The majority of the Court of Appeal erred in transplanting s. 11(*b*) principles set out in the criminal law context to human rights proceedings under s. 7. Not only are there fundamental differences between criminal and human rights proceedings, but, more importantly, s. 11(*b*) of the *Charter* is restricted to a pending criminal case.

Le droit constitutionnel d'être «jugé» dans un délai raisonnable ne s'applique qu'en matière criminelle. La Cour d'appel à la majorité a eu tort de transposer dans des procédures en matière de droits de la personne fondées sur l'art. 7 des principes énoncés relativement à l'al. 11*b*) dans le contexte du droit criminel. Non seulement y a-t-il des différences fondamentales entre des procédures criminelles et des procédures en matière de droits de la personne, mais encore l'al. 11*b*) de la *Charte* ne s'applique qu'aux affaires criminelles pendantes.

There are remedies available in the administrative law context to deal with state-caused delay in human rights proceedings. However, delay, without more, will not warrant a stay of proceedings as an abuse of process at common law. There must be proof of significant prejudice which results from an unacceptable delay. Here, the respondent's ability to have a fair hearing has

Le droit administratif offre des réparations en ce qui concerne le délai imputable à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne. Cependant, le délai ne justifie pas, à lui seul, un arrêt des procédures comme l'abus de procédure en common law. Il faut prouver qu'un délai inacceptable a causé un préjudice important. Dans la présente affaire, la capacité de l'intimé d'obte-

not been compromised. Proof of prejudice has not been demonstrated to be of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing. Unacceptable delay may also amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. Where there is no prejudice to hearing fairness, the delay must be clearly unacceptable and have directly caused a significant prejudice to amount to an abuse of process. It must be a delay that would, in the circumstances of the case, bring the human rights system into disrepute. A court must be satisfied that the proceedings are contrary to the interests of justice. There may also be abuse of process where conduct is oppressive. A stay is not the only remedy available for abuse of process in administrative law proceedings and a respondent asking for a stay bears a heavy burden. In this case, the respondent did not demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. While the stress and stigma resulting from an inordinate delay may contribute to an abuse of process, the delay in processing the complaints was not inordinate.

The determination of whether a delay is inordinate is not based on the length of the delay alone, but on contextual factors, including the nature of the case and its complexity, the purpose and nature of the proceedings, and whether the respondent contributed to the delay or waived the delay. Here, although the Commission took longer than is desirable to process the complaints, the delay was not so inordinate as to amount to an abuse of process. The case may not have been an extremely complicated one, but the various steps necessary to protect the respondents in the context of the human rights complaints system take time. The trial judge found that only the 24-month period between the filing of the complaints and the end of the investigation process should be considered for the delay, stating that the Human Rights Tribunal could not be criticized for not setting the hearing dates earlier as the respondent did not press for earlier dates. During that 24-month period, there was no extended period without any activity in the processing of the complaints, except for an inexplicable five months of inaction. The respondent challenged the lateness of the complaints and brought forward allegations of bad faith and, as a result, the process was delayed by eight months. The Commission should not be held responsible for contributing to this part of the delay. When all the relevant factors are taken into account, in particular the ongoing communication between the par-

nir une audience équitable n'a pas été compromise. Il n'a pas été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l'équité de l'audience. Un délai inacceptable peut également constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Pour constituer un abus de procédure dans les cas où il n'y a aucune atteinte à l'équité de l'audience, le délai doit être manifestement inacceptable et avoir directement causé un préjudice important. Il doit s'agir d'un délai qui, dans les circonstances de l'affaire, déconsidérerait le régime de protection des droits de la personne. La cour doit être convaincue que les procédures sont contraires à l'intérêt de la justice. Il peut également y avoir abus de procédure lorsque la conduite est oppressive. L'arrêt des procédures n'est pas la seule réparation possible dans le cas d'un abus de procédure en matière de droit administratif, et la personne faisant l'objet d'une plainte qui demande l'arrêt des procédures doit s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve. En l'espèce, l'intimé n'a pas établi que le délai était inacceptable au point d'être oppressif et de vicier les procédures. Même si le stress et la stigmatisation résultant d'un délai excessif peuvent entraîner un abus de procédure, le délai écoulé dans le traitement des plaintes n'était pas excessif.

La question de savoir si un délai est excessif dépend non pas uniquement de la longueur de ce délai, mais de facteurs contextuels, dont la nature de l'affaire et sa complexité, de l'objet et de la nature des procédures ainsi que de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai. Dans la présente affaire, même si la Commission a pris plus de temps que ce qui est souhaitable pour traiter les plaintes, le délai écoulé n'était pas excessif au point de constituer un abus de procédure. Même s'il se peut que l'affaire n'ait pas été extrêmement compliquée, les diverses étapes nécessaires pour assurer la protection de la personne qui fait l'objet d'une plainte fondée sur les droits de la personne allongent d'autant le processus. Le juge de première instance a conclu que seule la période de 24 mois comprise entre le dépôt des plaintes et la fin de l'enquête pouvait être prise en considération pour calculer le délai, disant qu'on ne pouvait reprocher au Tribunal des droits de la personne de ne pas avoir fixé des dates d'audience plus rapprochées, étant donné que l'intimé ne lui avait pas demandé de le faire. Au cours de ces 24 mois, il n'y a pas eu de période prolongée d'inactivité dans le traitement des plaintes, si ce n'est une période inexplicable de cinq mois d'inactivité. L'intimé a présenté une contestation fondée sur le caractère tardif des plaintes et a allégué la mauvaise foi, de sorte que le processus a été retardé de huit mois. La Commis-

ties, the delay in processing the complaints is not one that would offend the community's sense of decency and fairness. Nevertheless, in light of the lack of diligence displayed by the Commission, the Court's discretion under s. 47 of the *Supreme Court Act* should be exercised to award costs against the Commission in favour of the respondent and the complainants.

sion ne devrait pas être tenue responsable d'avoir contribué à cette partie du délai. Lorsque tous les facteurs pertinents sont pris en considération, notamment la communication constante entre les parties, le délai écoulé dans le traitement des plaintes n'est pas de ceux qui heurteraient le sens de la justice et de la décence de la société. Néanmoins, vu l'absence de diligence manifestée par la Commission, il y a lieu de lui ordonner de payer les dépens de l'intimé et des plaignantes en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour.

Per Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. (dissenting in part): This matter should be resolved on the basis of administrative law principles. It is therefore unnecessary to express a definite opinion on the application of s. 7 of the *Charter*.

Les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel (dissidents en partie): La présente affaire devrait être réglée en fonction des principes du droit administratif. Il est donc inutile d'exprimer une opinion précise sur l'application de l'art. 7 de la *Charte*.

Administrative delay that is determined to be unreasonable based on its length, its causes, and its effects is abusive and contrary to administrative law principles. Unreasonable delays must be identified within the specific circumstances of every case because not all delay is the same and not all administrative bodies are the same. In order to differentiate reasonable and unreasonable delay, courts must remain alive not only to the needs of administrative systems under strain, but also to their good faith efforts to provide procedural protections to alleged wrongdoers. In assessing the reasonableness of an administrative delay, three main factors should be balanced: (1) the time taken compared to the inherent time requirements of the matter before the particular administrative body; (2) the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter; and (3) the impact of the delay. A consideration of these factors imposes a contextual analysis.

Le délai administratif jugé déraisonnable en raison de sa durée, de ses causes et de ses effets est abusif et contraire aux principes du droit administratif. Il faut déterminer si un délai est déraisonnable en fonction des circonstances particulières de chaque cas, car les délais ne sont pas tous les mêmes et les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. Pour distinguer un délai raisonnable d'un délai déraisonnable, les tribunaux doivent être conscients non seulement des besoins des régimes administratifs soumis à des contraintes, mais aussi des efforts qu'ils déploient de bonne foi en vue d'offrir des protections procédurales aux présumés contrevenants. Pour évaluer le caractère raisonnable d'un délai administratif, trois facteurs principaux doivent être appréciés: (1) le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire dont est saisi l'organisme administratif en cause, (2) les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire, et (3) l'incidence du délai. L'examen de ces facteurs commande une analyse contextuelle.

Here, inefficiency in the Human Rights Commission's handling of this matter has led to abuse of process. First, although serious, the allegations of sexual discrimination against the respondent did not raise complex issues and were not of a nature that could justify a prolonged investigation. There was little to investigate. Even though the inherent time requirements were minimal, in all it took the Commission approximately two years to determine that the complaints should go to a hearing. The time from the initial filing of the complaints to the scheduled hearing was approximately 32 months. While it is true that the Commission's decision to send the matter to a hearing involved a number of steps, nothing in the inherent time requirements of the case came close to requiring the delay that occurred. Second, although the respondent sought to use the

La façon inefficace dont la Commission des droits de la personne a traité la présente affaire a donné lieu à un abus de procédure. Premièrement, quoique graves, les allégations de discrimination sexuelle dont faisait l'objet l'intimé ne soulevaient pas des questions complexes et n'étaient pas de nature à justifier la tenue d'une enquête prolongée. Il y avait peu matière à enquête. Même si le délai inhérent était minime, il a fallu environ deux ans en tout à la Commission pour décider que les plaintes feraient l'objet d'une audience. Environ 32 mois se sont écoulés entre le dépôt initial des plaintes et la date fixée pour leur audition. Même s'il est vrai que la Commission a dû franchir un certain nombre d'étapes pour décider que l'affaire ferait l'objet d'une audience, le délai inhérent à l'affaire était loin de correspondre à celui qui s'est écoulé. Deuxièmement, même si l'intimé a tenté

defences available to him, he did not become responsible for the sheer inefficiency of the Commission in dealing with these matters. There was serious delay on both complaints despite the respondent's efforts to find a way to end it. The Commission admits that it cannot explain what was going on for five months of the time that it was dealing with the allegations against the respondent. This five-month lapse is the high mark of the Commission's ineptitude. Third, although the administrative delay was not the only cause of the prejudice suffered by the respondent, it contributed significantly to its aggravation and the Commission did nothing to minimize the impact of the delay. The Commission's conduct in dealing with this matter was less than acceptable. Further, the inefficient and delay-filled process at the Commission harmed all parties involved in the process, including the complainants. In the end, the specific and unexplained delay entitles the respondent to a remedy.

The choice of the appropriate remedy requires a careful analysis of the circumstances of the case and imposes a balancing exercise between competing interests. In human rights proceedings, the interest of the respondent, that of the complainants, and the public interest of the community itself must be considered. The courts must also consider the stage of the proceedings which has been affected by the delay. A distinction must be drawn between the process leading to the hearing and the hearing itself. A different balance between conflicting interests may have to be found at different stages of the administrative process. A stay of proceedings should not generally appear as the sole or even the preferred form of redress. It should be limited to those situations that compromise the very fairness of the hearing and to those cases where the delay in the conduct of the process leading to the hearing would amount to a gross or shocking abuse of the process. In those two situations, the interest of the respondent and the protection of the integrity of the legal system become the paramount considerations. More limited and narrowly focused remedies will be appropriate when it appears that the hearing will remain fair, in spite of the delay, and when the delay has not risen to the level of a shocking abuse, notwithstanding its seriousness. The first objective of any intervention by a court should be to make things happen, where the administrative process is not working adequately. An order for an expedited hearing would be the most practical and effective means of judicial action.

d'invoquer les moyens de défense dont il disposait, il n'est pas devenu responsable de l'inefficacité pure et simple dont la Commission a fait preuve en traitant ces questions. Les deux plaintes ont fait l'objet d'un délai important malgré les efforts de l'intimé pour y mettre fin. La Commission reconnaît qu'elle ne peut pas expliquer ce qui s'est passé durant les cinq mois au cours desquels elle a traité les allégations formulées contre l'intimé. Cet intervalle de cinq mois est le paroxysme de l'ineptie dont la Commission a fait preuve. Troisièmement, même si le délai administratif n'a pas été la seule cause du préjudice subi par l'intimé, il a beaucoup contribué à son aggravation et la Commission n'a rien fait pour réduire au minimum l'incidence du délai. La conduite adoptée par la Commission en traitant cette affaire était moins qu'acceptable. En outre, l'inefficacité et les multiples délais qui ont caractérisé le processus devant la Commission ont lésé toutes les parties à ce processus, y compris les plaignantes. En définitive, le délai inexpliqué en cause justifie d'accorder une réparation à l'intimé.

Le choix de la réparation appropriée requiert une analyse minutieuse des circonstances de l'affaire et commande une évaluation d'intérêts opposés. Dans les procédures en matière de droits de la personne, il faut tenir compte de l'intérêt de l'intimé, de celui des plaignantes et de celui de la collectivité même. Les tribunaux judiciaires doivent également prendre en considération l'étape des procédures qui est touchée par le délai. Une distinction doit être établie entre les procédures menant à l'audience et l'audience elle-même. Une évaluation des intérêts opposés peut se révéler nécessaire à chacune des étapes des procédures administratives. L'arrêt des procédures ne devrait pas généralement être considéré comme la seule réparation possible ni même comme la forme de réparation préférée. Il devrait être limité aux cas où l'équité même de l'audience est compromise et où le délai dans les procédures menant à l'audience constituerait un abus de procédure grossier ou scandaleux. Dans les deux cas, l'intérêt de l'intimé et la protection de l'intégrité du système judiciaire deviennent les facteurs prépondérants. Des réparations plus limitées et mieux ciblées sont appropriées lorsqu'il appert que le délai ne portera pas atteinte à l'équité de l'audience et qu'il ne constitue pas un abus scandaleux en dépit de sa gravité. Toute intervention d'un tribunal judiciaire devrait, d'abord et avant tout, viser à faire avancer les choses lorsque les procédures administratives ne se déroulent pas adéquatement. L'intervention judiciaire la plus pratique et efficace serait d'ordonner la tenue d'une

An order for costs is a third kind of remedy. It will not address the delay directly, but some of its consequences.

In this case, a stay of proceedings appears both excessive and unfair. First, in spite of the seriousness of the problems faced by the respondent, the delay does not seem to compromise the fairness of the hearing. The delay rather concerns the process leading to the hearing. This delay arises from a variety of causes that do not evince an intent on the part of the Commission to harm the respondent wilfully, but rather demonstrate grave negligence and significant structural problems in the processing of the complaints. Second, a stay of proceedings in a situation that does not compromise the fairness of the hearing or amount to shocking or gross abuse requires the consideration of the interest of the complainants. The Court of Appeal completely omitted any consideration of this interest. Here, an order for an expedited hearing should have been considered as the remedy of choice. The stay should be lifted and the Commission should be ordered to pay costs on a party-to-party basis to the respondent in this Court and in the British Columbia courts. It is fair and appropriate to use the power conferred by s. 47 of the *Supreme Court Act*, as the respondent has established that the process initiated against him was deeply flawed and that its defects justified his search for a remedy, at least in administrative law.

Cases Cited

By Bastarache J.

Not followed: *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638; *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; **considered:** *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *New Brunswick (Minister of Health and*

audience accélérée. L'adjudication de dépens est la troisième réparation possible. Elle touche non pas le délai directement, mais plutôt certaines de ses conséquences.

En l'espèce, l'arrêt des procédures paraît à la fois excessif et inéquitable. Premièrement, malgré la gravité des difficultés éprouvées par l'intimé, le délai ne semble pas compromettre l'équité de l'audience. Il concerne plutôt les procédures menant à l'audience. Ce délai est dû à une gamme de causes qui traduisent non pas l'intention de la Commission de léser délibérément l'intimé, mais plutôt une négligence grave et l'existence de problèmes structurels importants en matière de traitement des plaintes. Deuxièmement, pour ordonner l'arrêt des procédures dans le cas où l'équité de l'audience n'est pas compromise ou dans celui où il n'y a pas d'abus scandaleux ou grossier, il faut tenir compte de l'intérêt du plaignant. La Cour d'appel a complètement omis de tenir compte de cet intérêt. En l'espèce, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée aurait dû être envisagée à titre de réparation appropriée. Il y a lieu d'annuler l'arrêt des procédures et d'ordonner à la Commission de payer à l'intimé des dépens comme entre parties devant notre Cour et les tribunaux de la Colombie-Britannique. Il est juste et opportun d'exercer le pouvoir conféré par l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, étant donné que l'intimé a établi que les procédures engagées contre lui étaient entachées de vices importants qui le justifiaient de demander une réparation au moins fondée sur le droit administratif.

Jurisprudence

Citée par le juge Bastarache

Arrêts non suivis: *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638; *Saskatchewan Human Rights Commission c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; **arrêts examinés:** *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; **arrêts mentionnés:** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S.

Community Services) v. G. (J.), [1999] 3 S.C.R. 46, rev'g (1997), 187 N.B.R. (2d) 81; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091; *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Freedman v. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

By LeBel J. (dissenting in part)

Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199; *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143; *R. v. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823; *The King ex rel. Lee v. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *R. v. Bradley*, [1941] S.C.R. 270; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021; *Muia v. Canada*

588; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, inf. (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091; *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Freedman c. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

Citée par le juge LeBel (dissident en partie)

Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission) (1993), 101 D.L.R. (4th) 744; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464; *Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199; *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143; *R. c. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823; *The King ex rel. Lee c. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *R. c. Bradley*, [1941] R.C.S. 270; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021;

(Minister of Citizenship and Immigration) (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410; *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278; *Kiani v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81; *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315; *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606; *Re Preston*, [1985] A.C. 835; *R. v. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424; *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 11(*b*), 24, 32.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, c. 22, s. 13(1)(d).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, c. 210, ss. 24, 27.
Magna Carta (1215).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 47.

Authors Cited

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*, Book III, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Brookings Task Force on Civil Justice Reform. *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation*. Washington: Brookings Institution, 1989.
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
Bryden, Philip. "*Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)*: A Case Comment" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev*. 153.

Muia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410; *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278; *Kiani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81; *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315; *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606; *Re Preston*, [1985] A.C. 835; *R. c. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424; *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477; *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL); *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122; *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 11*b*), 24, 32.
Human Rights Act, S.B.C. 1984, ch. 22, art. 13(1)d).
Human Rights Code, R.S.B.C. 1996, ch. 210, art. 24, 27.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 47.
Magna Carta (1215).

Doctrine citée

Blackstone, William. *Commentaries on the Law of England*, Book III, 4th ed. Oxford: Clarendon Press, 1768.
Brookings Task Force on Civil Justice Reform. *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation*. Washington: Brookings Institution, 1989.
Brown, Donald J. M., and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*. Toronto: Canvasback, 1998 (loose-leaf).
Bryden, Philip. «*Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)*: A Case Comment» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev*. 153.

Evans, J. M., H. N. Janisch and David J. Mullan. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1995.

Hawkins, Robert E. "Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions" (2000), 25 *Queen's L.J.* 599.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (update 1999, release 1).

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, 7th ed., vol. I. Revised under the general editorship of A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

McMurtrie, Sheena N. "The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures", [1997] *Public Law* 159.

Ontario. Human Rights Commission. *Annual Report 1997-1998*. Toronto: The Commission, 1998.

Simpson, J. "Human Rights Commission Mill Grinds Slowly", *The Globe & Mail*, October 1, 1998, p. A18.

Skiffington, Lawrence S. "Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context" (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.

Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, 160 D.L.R. (4th) 303, 107 B.C.A.C. 162, 174 W.A.C. 162, 7 Admin. L.R. (3d) 220, 31 C.H.R.R. D/175, 53 C.R.R. (2d) 189, [1998] 9 W.W.R. 457, [1998] B.C.J. No. 1092 (QL), allowing an appeal from a decision of the British Columbia Supreme Court (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, 35 C.C.E.L. (2d) 41, 30 C.H.R.R. D/439, [1999] 1 W.W.R. 139, [1998] B.C.J. No. 320 (QL), dismissing the respondent's petition for judicial review and order that proceedings be terminated due to delay. Appeal allowed, Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. dissenting in part.

John J. L. Hunter, *Q.C.*, *Thomas F. Beasley*, *K. Michael Stephens* and *Stephanie L. McHugh*, for the appellants the British Columbia Human Rights

Evans, J. M., H. N. Janisch and David J. Mullan. *Administrative Law: Cases, Text, and Materials*, 4th ed. Toronto: Edmond Montgomery, 1995.

Hawkins, Robert E. «Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions» (2000), 25 *Queen's L.J.* 599.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 (update 1999, release 1).

Holdsworth, Sir William. *A History of English Law*, 7th ed., vol. I. Revised under the general editorship of A. L. Goodhart and H. G. Hanbury. London: Methuen & Co., 1956.

Jones, David Phillip, and Anne S. de Villars. *Principles of Administrative Law*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1999.

McMurtrie, Sheena N. «The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures», [1997] *Public Law* 159.

Ontario. Commission des droits de la personne. *Rapport annuel 1997-1998*. Toronto: La Commission, 1998.

Simpson, J. «Human Rights Commission Mill Grinds Slowly», *The Globe & Mail*, 1998, p. A18.

Skiffington, Lawrence S. «Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context» (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.

Wade, Sir William, and Christopher Forsyth. *Administrative Law*, 7th ed. Oxford, Clarendon Press, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, 160 D.L.R. (4th) 303, 107 B.C.A.C. 162, 174 W.A.C. 162, 7 Admin. L.R. (3d) 220, 31 C.H.R.R. D/175, 53 C.R.R. (2d) 189, [1998] 9 W.W.R. 457, [1998] B.C.J. No. 1092 (QL), qui a accueilli un appel interjeté contre une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, 35 C.C.E.L. (2d) 41, 30 C.H.R.R. D/439, [1999] 1 W.W.R. 139, [1998] B.C.J. No. 320 (QL), qui avait rejeté la demande de contrôle judiciaire et d'ordonnance mettant fin aux procédures pour cause de délai, que l'intimé avait présentée. Pourvoi accueilli, les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel sont dissidents en partie.

John J. L. Hunter, *c.r.*, *Thomas F. Beasley*, *K. Michael Stephens* et *Stephanie L. McHugh*, pour les appelants la British Columbia Human Rights

Commission and the Commissioner of Investigation and Mediation.

Written submissions only by *Susan E. Ross*, for the appellant the British Columbia Human Rights Tribunal.

Robert B. Farvolden, for the appellant Andrea Willis.

Joseph J. Arvay, Q.C., for the respondent.

Mark C. Stacey and *Rosy M. Mondin*, for the intervener Irene Schell.

Hart Schwartz, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Harvey M. Groberman, Q.C., for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Milton Woodard, Q.C., for the intervener the Saskatchewan Human Rights Commission.

Cathryn Pike and *Jennifer Scott*, for the intervener the Ontario Human Rights Commission.

Lara J. Morris and *Maureen E. Shebib*, for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission.

Aaron L. Berg and *Denis Guénette*, for the intervener the Manitoba Human Rights Commission.

Fiona Keith, for the intervener the Canadian Human Rights Commission.

Hélène Tessier, for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Frances Kelly and *James Pozer*, for the intervener the British Columbia Human Rights Coalition.

Jennifer L. Conkie and *Dianne Pothier*, for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund.

Commission et le Commissioner of Investigation and Mediation.

Argumentation écrite seulement par *Susan E. Ross*, pour l'appelant le British Columbia Human Rights Tribunal.

Robert B. Farvolden, pour l'appelante Andrea Willis.

Joseph J. Arvay, c.r., pour l'intimé.

Mark C. Stacey et *Rosy M. Mondin*, pour l'intervenante Irene Schell.

Hart Schwartz, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Harvey M. Groberman, c.r., pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Milton Woodard, c.r., pour l'intervenante la Saskatchewan Human Rights Commission.

Cathryn Pike et *Jennifer Scott*, pour l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne.

Lara J. Morris et *Maureen E. Shebib*, pour l'intervenante la Nova Scotia Human Rights Commission.

Aaron L. Berg et *Denis Guénette*, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba.

Fiona Keith, pour l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne.

Hélène Tessier, pour l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse.

Frances Kelly et *James Pozer*, pour l'intervenante la British Columbia Human Rights Coalition.

Jennifer L. Conkie et *Dianne Pothier*, pour l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

The judgment of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. was delivered by

BASTARACHE J. —

I. Introduction

1 This case raises the issue of whether the respondent's rights to "liberty and security of the person" under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were violated by state-caused delay in the human rights proceedings against him. In the alternative, should this Court find that s. 7 of the *Charter* was not engaged, it must be determined whether the respondent was entitled to a remedy pursuant to principles of administrative law, notwithstanding that he had not been prejudiced in his ability to respond to the complaints against him.

2 I have concluded that the respondent's rights to liberty and security of the person were not implicated in the circumstances of this case. There is therefore no need to determine whether the alleged violation was in accordance with the principles of fundamental justice. While I accept that, under administrative law principles, a denial of natural justice may occur for reasons other than procedural unfairness to the respondent, I find that there has been no denial of natural justice or abuse of process in the circumstances of this case.

II. Factual Background

3 In 1995, the respondent, Robin Blencoe, had been a member of the British Columbia legislature for 12 years. In March of that year the respondent's assistant, Fran Yanor, went public with allegations that the respondent had sexually harassed her. Following this allegation, the respondent stepped down as Minister, but remained in Cabinet pending the results of an inquiry. On April 4, 1995, Premier Harcourt removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the New Democratic Party caucus. Subsequently, in July and August of 1995, two sexual harassment complaints were filed with the British Columbia Coun-

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendu par

LE JUGE BASTARACHE —

I. Introduction

Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le délai imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne engagées contre l'intimé a porté atteinte aux droits de ce dernier «à la liberté et à la sécurité de sa personne», que lui garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Subsidiairement, si jamais notre Cour ne conclut pas à l'application de l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce, il faudra déterminer si l'intimé a droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif, même s'il n'a pas été porté atteinte à sa capacité de répondre aux plaintes portées contre lui.

J'arrive à la conclusion que les droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne ne sont pas en cause dans la présente affaire. Il est donc inutile de déterminer si l'atteinte alléguée est conforme aux principes de justice fondamentale. Bien que je convienne que, selon les principes du droit administratif, il peut y avoir déni de justice naturelle pour des raisons autres que l'iniquité procédurale, je juge qu'il n'y a eu ni déni de justice naturelle ni abus de procédure dans les circonstances de la présente affaire.

II. Les faits

En 1995, l'intimé, Robin Blencoe, était député à l'assemblée législative de la Colombie-Britannique depuis 12 ans. En mars de la même année, son adjointe, Fran Yanor, l'a accusé publiquement de harcèlement sexuel. L'intimé a alors abandonné son poste de ministre, mais a continué de faire partie du Cabinet jusqu'à ce que les résultats d'une enquête soient connus. Le 4 avril suivant, le premier ministre Harcourt a exclu l'intimé du Cabinet et du caucus du Nouveau Parti Démocratique. En juillet et en août 1995, l'appelante Andrea Willis et l'intervenante Irene Schell ont déposé devant le British Columbia Council of Human Rights (le

cil of Human Rights ("Council" or "Commission") against the respondent and the provincial Crown under the *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, c. 22 (now the *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, c. 210, since January 1, 1997) (also referred to as the "Act" or the "Code") by the appellant Andrea Willis and the intervener, Irene Schell ("Complaints" or "Complaint").

The Complaints centered around various incidents of sexual harassment alleged to have occurred between March 1993 and March 1995. It is not necessary, for the purposes of this appeal, that I comment on the particulars of the Complaints in any detail. In brief, Ms. Willis worked as a senior clerk in the respondent's ministerial office and alleged that the respondent discriminated against her because of her sex with respect to terms and conditions of her employment, causing her to resign. The alleged incidents occurred in August 1994 and March 1995. Ms. Schell represented a government-funded sports association with which the respondent had contact in his ministerial capacity. She alleged that the respondent had discriminated against her because of her sex with respect to a service or facility customarily available to the public. The alleged incidents occurred in March 1993 and on several occasions in July 1993 and July 1994.

While the events that followed in the human rights proceedings are lengthy, they nevertheless merit recitation in some detail in order to adequately address the alleged delay in the process. The following are what I consider to be the most relevant facts regarding each of the Complaints.

A. *The Schell Complaint*

The Schell Complaint dealt with conduct which allegedly occurred more than six months before the Complaint was filed. For this reason, a threshold issue of timeliness arose pursuant to s. 13(1)(d) of the Act. By letter dated July 20, 1995, the respondent's counsel was informed that the Commission was considering whether to proceed with the investigation of the Schell Complaint and that timeliness submissions should be made. Letters were sent by the respondent on July 21 and July

«Conseil» ou la «Commission») deux plaintes de harcèlement sexuel contre l'intimé et Sa Majesté du chef de la province en application de la *Human Rights Act*, S.B.C. 1984, ch. 22 (désormais le *Human Rights Code*, R.S.B.C. 1996, ch. 210, depuis le 1er janvier 1997) (également désigné sous le nom de «Loi» ou de «Code») (les «plaintes» ou la «plainte»).

4 Les plaintes concernaient divers épisodes de harcèlement sexuel qui seraient survenus entre mars 1993 et mars 1995. Il n'est pas nécessaire, aux fins du présent pourvoi, que je m'attarde aux détails des plaintes. En résumé, Mme Willis occupait le poste de commis principal au bureau du ministre Blencoe et elle a allégué que ce dernier avait fait preuve de discrimination sexuelle à son égard relativement à ses conditions de travail, ce qui l'aurait amenée à démissionner. Les épisodes en cause se seraient produits en août 1994 et en mars 1995. Pour sa part, Mme Schell représentait une association sportive financée par l'État, avec laquelle l'intimé était en rapport en sa qualité de ministre. Elle a prétendu que l'intimé avait fait preuve de discrimination sexuelle à son égard relativement à des services ou à des installations habituellement accessibles au public. Les épisodes en question se seraient produits en mars 1993 et à maintes reprises en juillet 1993 et en juillet 1994.

5 Malgré la longueur des procédures en matière de droits de la personne qui ont suivi, il y a lieu néanmoins de les relater de façon assez détaillée pour bien examiner l'allégation de délai. Les faits qui suivent sont, à mon avis, les plus pertinents en ce qui concerne chacune des plaintes.

A. *La plainte de Mme Schell*

6 La plainte de Mme Schell porte sur une conduite qui aurait été adoptée plus de six mois avant le dépôt de ladite plainte, ce qui soulève la question préliminaire du respect du délai imparti à l'al. 13(1)d) de la Loi. Dans une lettre datée du 20 juillet 1995, la Commission a informé l'avocat de l'intimé qu'elle se demandait si elle devait enquêter sur la plainte de Mme Schell, et que des observations devraient être formulées concernant la question du respect du délai imparti. Les 21 et 28

28, 1995, requesting particulars of the Complaint. Particulars were provided by the Commission by letter dated August 2, 1995.

7 On August 31, 1995, the respondent's counsel notified the Commission that the respondent would not provide a detailed submission on the timeliness issue until Ms. Schell discharged the onus of proving that her Complaint was filed in good faith. The Commission informed the respondent that it was not necessary for Ms. Schell to adduce further material on this matter. The respondent subsequently provided substantive submissions on the timeliness issue on September 22, 1995.

8 On November 14, 1995, the respondent was informed that the Commission had received Ms. Schell's submissions on October 11, 1995, and that the submissions of both parties were being considered. The respondent had not been forwarded a copy of Ms. Schell's submissions. Following two requests for such by Mr. Blencoe, the Commission provided him with a copy of this document on December 15, 1995, stating that the production of such document was a departure from normal procedures. On February 8, 1996, the respondent provided the Commission with a response to Ms. Schell's timeliness submissions.

9 On February 21, 1996, the respondent was informed that the Council had decided to proceed with the investigation and that he had 30 days to provide a full response to the allegations. In letters dated March 1 and March 27, 1996, the respondent requested the initial correspondence between Ms. Schell and the Commission. The respondent maintained that he would not respond to the particulars of allegation until such correspondence was produced. On April 1, 1996, the respondent was informed that such documents would not be disclosed and that the investigation would continue on the basis of existing materials if no response was received by April 10, 1996. A general denial to the allegations was given by the respondent on April 10, 1996. On June 19, 1996, the respondent received a letter from the Commission in response to his request regarding how long he would be required to wait for a hearing date. He was

juillet 1995, l'intimé a envoyé des lettres dans lesquelles il demandait des précisions sur la plainte. La Commission a accédé à sa demande par lettre datée du 2 août 1995.

Le 31 août 1995, l'avocat de l'intimé a informé la Commission que son client ne présenterait des observations détaillées sur la question du respect du délai que lorsque M^me^ Schell se serait acquittée de son obligation de prouver que la plainte avait été portée de bonne foi. La Commission a avisé l'intimé que M^me^ Schell n'avait pas à produire d'autres documents à ce propos. Par la suite, le 22 septembre 1995, l'intimé a fourni des observations de fond sur la question du respect du délai imparti.

Le 14 novembre 1995, l'intimé a appris que la Commission avait reçu les observations de M^me^ Schell le 11 octobre 1995 et que les observations des deux parties étaient examinées. L'intimé n'avait pas obtenu copie des observations de M^me^ Schell. Le 15 décembre 1995, après deux demandes formulées en ce sens par M. Blencoe, la Commission lui a fait parvenir une copie du document demandé en lui précisant qu'il s'agissait d'une entorse à la procédure habituelle. Le 8 février 1996, l'intimé a fait parvenir à la Commission une réponse aux observations de M^me^ Schell concernant le respect du délai imparti.

Le 21 février 1996, l'intimé a appris que le Conseil avait décidé d'enquêter sur la plainte et qu'il disposait de 30 jours pour fournir une réponse complète aux allégations. Dans des lettres datées du 1^er^ et du 27 mars 1996, l'intimé a réclamé la correspondance initiale entre M^me^ Schell et la Commission. L'intimé a maintenu qu'il ne répondrait aux détails des allégations que lorsque cette correspondance aurait été produite. Le 1^er^ avril 1996, l'intimé a été informé que ces documents ne seraient pas communiqués et que l'enquête se poursuivrait en fonction des documents existants si aucune réponse n'était reçue au plus tard le 10 avril 1996. L'intimé a présenté une dénégation générale des allégations le 10 avril 1996. Le 19 juin de la même année, l'intimé a reçu une lettre dans laquelle la Commission répondait à sa demande concernant le temps qu'il lui faudrait attendre avant qu'une date d'audience soit fixée. Il

informed that a hearing could not be scheduled until the Commission determined that a hearing was required.

On September 6, 1996, the respondent was notified that an investigator had been assigned to the Schell Complaint. By letter dated November 8, 1996, the Commission wrote to the respondent, requesting a response to certain information obtained in the course of investigating the Schell Complaint. Such information was provided by the respondent on December 23, 1996. On March 4, 1997, Mr. Blencoe's counsel was provided with a copy of the investigation report and asked for a written response by April 8, 1997. Such response was given on March 27, 1997. On April 15, 1997, the respondent was provided with the submissions received from Ms. Schell in response to the investigation report. Mr. Blencoe was requested to reply by May 15, 1997. Such response was provided on May 14, 1997.

By letter dated July 3, 1997, the respondent was notified that the Schell Complaint would be referred to the British Columbia Human Rights Tribunal ("Tribunal") for a hearing, without specifying the hearing date. That ended the involvement of the Commission in the Complaint. On September 10, 1997, the respondent was informed that the hearing was set for March 4, 5 and 6, 1998 and a pre-hearing conference in November of 1997. The hearing was thus scheduled to take place approximately 32 months after the initial Complaint was filed.

B. *The Willis Complaint*

The respondent was informed of the Willis Complaint by letter dated September 11, 1995. The respondent challenged the timeliness of the Complaint and asked the Council to make a decision pursuant to s. 13(1)(d) of the Act. The respondent was asked to provide submissions on timeliness within 15 days of the letter dated September 21, 1995. Such submissions were provided by Mr. Blencoe on October 11, 1995 with respect to both Complaints. On December 21, 1995, the respondent was sent a copy of Ms. Willis's submissions on timeliness which were dated October

a appris qu'une telle date ne pourrait être fixée que lorsque la Commission aurait conclu à la nécessité de tenir une audience.

10 Le 6 septembre 1996, l'intimé a été avisé qu'un enquêteur avait été chargé d'examiner la plainte de M^me^ Schell. Le 8 novembre 1996, la Commission a fait parvenir à l'intimé une lettre dans laquelle elle lui demandait de réagir à certains renseignements obtenus pendant l'enquête relative à la plainte de M^me^ Schell. L'intimé a accédé à cette demande le 23 décembre 1996. Le 4 mars 1997, on a remis à l'avocat de M. Blencoe un exemplaire du rapport d'enquête et on lui a demandé d'y répondre par écrit au plus tard le 8 avril 1997, ce qu'il a fait le 27 mars de la même année. Le 15 avril 1997, l'intimé a obtenu copie des observations que M^me^ Schell avait transmises en réponse au rapport d'enquête. On a demandé à M. Blencoe d'y répliquer au plus tard le 15 mai 1997, ce qu'il a fait le 14 mai de la même année.

11 Dans une lettre datée du 3 juillet 1997, l'intimé a été avisé que la plainte de M^me^ Schell serait renvoyée au British Columbia Human Rights Tribunal (le «Tribunal») pour qu'il tienne une audience, sans que la date de cette audience ne soit toutefois précisée. La Commission était dès lors dessaisie de la plainte. Le 10 septembre 1997, l'intimé a appris que l'audience se déroulerait les 4, 5 et 6 mars 1998 et qu'une conférence préparatoire aurait lieu en novembre 1997. L'audience devait donc débuter environ 32 mois après le dépôt de la plainte initiale.

B. *La plainte de M^me^ Willis*

12 Dans une lettre datée du 11 septembre 1995, l'intimé a été informé de la plainte de M^me^ Willis. L'intimé a fait valoir que la plainte n'avait pas été déposée dans le délai imparti et a demandé au Conseil de rendre une décision fondée sur l'al. 13(1)d) de la Loi. Dans une lettre datée du 21 septembre 1995, on lui a demandé de présenter dans les 15 jours suivants des observations sur la question du respect du délai imparti. Monsieur Blencoe a présenté des observations sur les deux plaintes le 11 octobre 1995. Le 21 décembre suivant, l'intimé a obtenu copie des observations de M^me^ Willis sur

16, 1995. It was standard practice of the Council not to give respondents the complainant's response submissions.

13 On January 9, 1996, the respondent wrote to the Council, requesting that it refrain from making a decision regarding timeliness until he could reply to Ms. Willis's submissions. The respondent challenged both the timeliness of the Complaints and whether they were made in good faith. He declined to provide his response until such preliminary issues were addressed, contending that the Complaints should not be addressed at all. The Council concluded that the Complaints were timely, that there was no evidence of bad faith, and that the Complaints should be fully investigated. On January 11, 1996, the respondent was notified that the Commission was proceeding with its investigation of the Willis Complaint. The decision to proceed with this Complaint had been reached by the Council more than three weeks earlier, on December 18, 1995. The delay was said to have resulted from Council not returning the decision on timeliness file to the case management secretary and a temporary backlog in the clerical area.

14 On January 29, 1996, the respondent informed the Council that he was prepared to waive the investigation stage of the process and asked that the Council set the matter for hearing. However, this waiver was not feasible since the respondent was not prepared to concede that there was a sufficient evidentiary basis to warrant a hearing.

15 In April 1996, Mr. Blencoe's counsel inquired as to when the hearing was expected to occur. In June 1996, he was informed that this could not be determined until the investigation was completed. The respondent was also informed that no investigator had been assigned to the Willis Complaint at that time and that there was a backlog of investigation files. By letter dated September 6, 1996, Mr. Blencoe was informed that an investigator had been assigned to the Willis Complaint. On November 8, 1996, Mr. Blencoe was asked to respond to

le respect du délai imparti, lesquelles étaient datées du 16 octobre 1995. Le Conseil n'avait pas coutume de communiquer les observations d'un plaignant à la personne qui fait l'objet de la plainte.

Le 9 janvier 1996, l'intimé a écrit au Conseil pour lui demander de s'abstenir de rendre une décision concernant le respect du délai imparti jusqu'à ce qu'il puisse répondre aux observations de M^me^ Willis. Il soutenait que les plaintes n'avaient pas été déposées dans le délai imparti et qu'elles n'avaient pas été portées de bonne foi. Il refusait de produire sa réponse tant que ces questions préliminaires n'auraient pas été tranchées et il prétendait qu'il n'y avait absolument pas lieu d'examiner les plaintes. Le Conseil a conclu que les plaintes avaient été déposées à temps, qu'il n'y avait aucune preuve de mauvaise foi et que les plaintes devraient faire l'objet d'une enquête complète. Le 11 janvier 1996, l'intimé a été avisé que la Commission enquêtait sur la plainte de M^me^ Willis. La décision d'enquêter sur la plainte avait été prise par le Conseil plus de trois semaines auparavant, soit le 18 décembre 1995. On a expliqué le délai écoulé par l'omission du Conseil de retourner le dossier de la décision sur le respect du délai imparti au fonctionnaire responsable de la gestion des dossiers et par un retard temporaire dans l'exécution des fonctions administratives.

Le 29 janvier 1996, l'intimé a informé le Conseil qu'il était disposé à renoncer à l'étape de l'enquête et il lui a demandé d'inscrire l'affaire à son rôle. Cependant, cette renonciation n'était pas possible puisque l'intimé n'était pas prêt à reconnaître qu'il y avait une preuve suffisante pour justifier la tenue d'une audience.

En avril 1996, l'avocat de M. Blencoe s'est informé de la date à laquelle l'audience était censée avoir lieu. En juin de la même année, il a appris que cette date ne pourrait être fixée que lorsque l'enquête serait terminée. Il a également appris qu'aucun enquêteur n'avait encore été chargé d'examiner la plainte de M^me^ Willis et que le traitement des dossiers d'enquête accusait un retard. Dans une lettre datée du 6 septembre 1996, on a informé l'intimé qu'un enquêteur avait été chargé d'examiner la plainte de M^me^ Willis.

certain information obtained during the investigation. Such response was given on December 23, 1996. On March 3, 1997, the respondent was provided with a completed investigation report and asked for written responses which were provided by the respondent on March 27, 1997. In April 1997, the respondent was sent the submissions of Ms. Willis. He replied to them on May 14, 1997.

Le 8 novembre 1996, on a demandé à M. Blencoe de réagir à certains renseignements obtenus pendant l'enquête, ce qu'il a fait le 23 décembre suivant. Le 3 mars 1997, on a remis à l'intimé une copie du rapport d'enquête et on lui a demandé d'y répondre par écrit, ce qu'il a fait le 27 mars suivant. En avril 1997, l'intimé a obtenu copie des observations de M^me^ Willis, et il y a répondu le 14 mai suivant.

On July 3, 1997, the respondent was informed that the Willis Complaint would be referred to the Tribunal for hearing. That ended the involvement of the Commission in the Complaint. On September 10, 1997, the respondent was notified that the hearing was set for March 18, 19 and 20, 1998 and a pre-hearing conference in November 1997. The hearing was thus scheduled to take place approximately 32 months after the initial Complaint was filed.

16 Le 3 juillet 1997, l'intimé a appris que la plainte de M^me^ Willis serait renvoyée au Tribunal pour qu'il tienne une audience. La Commission était dès lors dessaisie de la plainte. Le 10 septembre 1997, l'intimé a été avisé que l'audience se déroulerait les 18, 19 et 20 mars 1998 et qu'une conférence préparatoire aurait lieu en novembre 1997. L'audience devait donc débuter environ 32 mois après le dépôt de la plainte initiale.

Subsequent to the allegations of sex discrimination, the respondent and his family have been hounded by the media. Mr. Blencoe has suffered from severe depression and both he and his wife have sought psychological counselling. The respondent did not stand for re-election when his province went to the polls in 1996. Mr. Blencoe and his wife decided to move their family to Ontario in August 1996, in order to escape the media attention and seek employment. In May 1997, the family returned to Victoria, allegedly because they could not escape the harassment of the media which followed them to Ontario and because the respondent's wife received an excellent job offer in British Columbia. The respondent continues to be clinically depressed and has been prescribed medication. He was prevented from coaching his youngest son's soccer team on the grounds that the soccer association did not want him working with children. The respondent considers himself "unemployable" in British Columbia, due to the outstanding human rights Complaints against him.

17 À la suite des allégations de discrimination sexuelle, l'intimé et les membres de sa famille ont été traqués par les médias. Monsieur Blencoe a fait une grave dépression, et son épouse et lui ont tous les deux eu recours aux services d'un psychologue. L'intimé n'a pas sollicité un nouveau mandat lors du scrutin provincial de 1996. En août 1996, M. Blencoe et son épouse ont décidé d'aller s'établir en Ontario afin d'échapper à l'attention des médias et de trouver du travail. En mai 1997, la famille est revenue à Victoria, apparemment parce qu'elle ne pouvait pas échapper au harcèlement des médias qui les avaient suivis jusqu'en Ontario et que l'épouse de l'intimé s'était vu offrir un emploi très intéressant en Colombie-Britannique. L'intimé souffre toujours de dépression clinique et consomme des médicaments sur ordonnance. Il n'a pas pu entraîner l'équipe de soccer de son fils cadet parce que l'association responsable ne voulait pas qu'il côtoie des enfants. L'intimé se dit «inapte au travail» en Colombie-Britannique en raison des plaintes fondées sur les droits de la personne qui pèsent toujours contre lui.

On November 27, 1997, the respondent commenced proceedings for judicial review, claiming that the Commission had lost jurisdiction due to unreasonable delay in processing the human rights

18 Le 27 novembre 1997, l'intimé a présenté une demande de contrôle judiciaire en faisant valoir que la Commission avait perdu compétence en raison d'un délai déraisonnable dans le traitement des

Complaints. The respondent alleged that the unreasonable delay caused serious prejudice to him and his family which amounted to an abuse of process and a denial of natural justice.

plaintes fondées sur les droits de la personne. Il a allégué que ce délai déraisonnable avait causé à sa famille et à lui-même un préjudice grave équivalant à un abus de procédure et à un déni de justice naturelle.

III. Judicial History

III. Historique des procédures judiciaires

A. *British Columbia Supreme Court* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201

19 The respondent's application for judicial review was dismissed by Lowry J. on February 11, 1998. The question before the court was whether, given the time that had elapsed since the Complaints were first made to the Commission, personal hardship attributable to the stigma attached to the allegations justified the supervisory intervention of the court. The respondent also alleged that, because two prospective witnesses had died and the memories of other witnesses had faded, he would be unable to obtain a fair hearing. The respondent did not make an express s. 7 argument before the lower court, but relied instead on principles of natural justice, pursuant to administrative law jurisprudence and common law protections against undue delay. The respondent did however cite s. 7 jurisprudence to support his claim that the prejudice he suffered was analogous to the prejudice that justifies a stay of proceedings in the s. 7 context.

Le 11 février 1998, le juge Lowry a rejeté la demande de contrôle judiciaire de l'intimé. La cour était appelée à décider si, en raison du délai écoulé depuis le dépôt initial des plaintes à la Commission, les difficultés personnelles imputables à la stigmatisation liée aux allégations justifiaient un contrôle judiciaire. L'intimé prétendait également que, du fait que deux témoins éventuels étaient décédés et que la mémoire d'autres témoins avait décliné, il ne pourrait pas obtenir une audience équitable. Il n'a avancé aucun argument explicitement fondé sur l'art. 7 devant le tribunal inférieur, préférant invoquer les principes de justice naturelle, conformément à la jurisprudence en matière de droit administratif et aux protections que la common law offre contre les délais injustifiés. Il a cependant invoqué la jurisprudence relative à l'art. 7 à l'appui de son allégation que le préjudice qu'il subissait s'apparentait à celui qui justifie un arrêt des procédures dans le contexte de l'art. 7.

20 Lowry J. recognized that the allegations of sexual harassment had significantly affected the respondent's life and that his political career appeared to be finished. However, he added that it was difficult to determine to what extent such prejudice could be fairly attributed to any delay in the proceedings.

Le juge Lowry a reconnu que les allégations de harcèlement sexuel avaient sensiblement perturbé l'existence de l'intimé et semblaient avoir mis un terme à sa carrière politique. Il a toutefois ajouté qu'il était difficile de déterminer dans quelle mesure le préjudice subi pouvait être attribué, à juste titre, à un délai dans le déroulement des procédures.

21 Lowry J. rejected the contention that, absent any application of the *Charter*, personal hardship attributable to unacceptable delay in an administrative process could, standing alone, constitute prejudice that entitled a respondent to prerogative relief. He held that delay will only constitute a denial of natural justice if the result of the delay is to directly prejudice the ability of an affected party

Le juge Lowry a rejeté la prétention que, en l'absence de toute application de la *Charte*, les difficultés personnelles imputables à un délai inacceptable dans le déroulement d'un processus administratif pouvaient, à elles seules, conférer à l'intimé le droit à un bref de prérogative. Il a conclu qu'un délai ne constitue un déni de justice naturelle pour une partie que s'il porte atteinte

to respond. He concluded that Mr. Blencoe's ability to have a fair hearing had not been prejudiced, since he was able to respond to the Complaints in an evidentiary sense.

Apart from an unexplained five-month period in the human rights process, Lowry J. found that there had been no extended period of inactivity in the processing of the Complaints from receipt to referral. Communication had been ongoing between the Commission, solicitors and complainants, and the respondent had not been ignored. Lowry J. thus concluded that there had been no "unacceptable delay" in the human rights process. He also noted that the respondent had not brought any of his personal hardship to the Commission's attention, nor had he requested a prioritization of the Complaints on that basis.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216

Before the Court of Appeal, Mr. Blencoe expressly argued that his s. 7 rights to liberty and security of the person were violated due to the length of the delay in resolving the Complaints against him. On May 11, 1998, the Court of Appeal (McEachern C.J.B.C. and Prowse J.A. for the majority, in separate concurring reasons) allowed the appeal and directed that the human rights proceedings against the respondent be stayed. Lambert J.A., in dissent, would have upheld the judgment of the British Columbia Supreme Court.

(a) Majority Decision of McEachern C.J.B.C.

McEachern C.J.B.C. concluded that the undue delay and the continued prejudice to privacy and human dignity could not be in accordance with the principles of fundamental justice (para. 104). McEachern C.J.B.C. found that the delay could not be attributed to Mr. Blencoe since he was unable to

directement à sa capacité de se défendre. Il a conclu qu'il n'y avait eu aucune atteinte à la capacité de M. Blencoe d'obtenir une audience équitable étant donné qu'il était en mesure de répondre aux plaintes en produisant des éléments de preuve.

22 Outre le délai inexpliqué de cinq mois dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne, le juge Lowry a estimé qu'il n'y avait eu aucune période d'inactivité prolongée dans le traitement des plaintes entre leur dépôt et leur renvoi pour audience. La communication avait été constante entre la Commission, les avocats et les plaignantes, et l'intimé n'avait pas été tenu à l'écart. Le juge Lowry a donc conclu qu'il n'y avait pas eu de «délai inacceptable» dans le déroulement du processus en cause. Il a également souligné que l'intimé n'avait ni fait part de ses difficultés personnelles à la Commission ni demandé que l'on donne la priorité aux plaintes pour ce motif.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216

23 En Cour d'appel, M. Blencoe a expressément soutenu que les droits à la liberté et à la sécurité de sa personne que lui garantit l'art. 7 ont été violés en raison de la longueur du délai écoulé sans que les plaintes portées contre lui n'aient été réglées. Le 11 mai 1998, la Cour d'appel (le juge en chef McEachern et le juge Prowse s'exprimant, au nom de la majorité, dans des motifs concordants distincts) a accueilli l'appel et ordonné l'arrêt des procédures en matière de droits de la personne qui avaient été engagées contre l'intimé. Le juge Lambert, dissident, aurait confirmé le jugement de la Cour suprême de la Colombie-Britannique.

a) La décision majoritaire du juge en chef McEachern

24 Le juge en chef McEachern a conclu que le délai injustifié et l'atteinte constante à la vie privée et à la dignité de la personne ne pouvaient pas être conformes aux principes de justice fondamentale (par. 104). Il a jugé que le délai ne pouvait pas être imputé à M. Blencoe étant donné qu'il ne pouvait

identify any steps taken by the respondent to which he was not entitled in defending himself. McEachern C.J.B.C. opined that the Complaints were not complex, but were rather of the type that are "quickly resolved by courts and tribunals all the time" (para. 37), such that "a week at the outside would have sufficed" to complete the investigation (para. 51). He added (at paras. 47 and 51):

> . . . a delay of over 30 months from the date of the complaints to a hearing on the merits is far too long. If Mr. Blencoe had been charged in the criminal courts with this type of sexual assault, the charge would very likely be dismissed on grounds of delay . . . .
>
> As I have already commented, the investigation was necessarily one-dimensional as there were no eyewitnesses, and a week at the outside would have sufficed.

pas dire que ce dernier avait pris des mesures qu'il n'avait pas le droit de prendre pour se défendre. Il s'est dit d'avis que les plaintes n'étaient pas complexes, mais qu'elles étaient plutôt du genre de celles que [TRADUCTION] «les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs règlent toujours rapidement» (par. 37), de sorte qu'«il aurait suffi tout au plus d'une semaine» pour effectuer l'enquête (par. 51). Il a ajouté ce qui suit (aux par. 47 et 51):

> [TRADUCTION] . . . un délai de plus de 30 mois entre le dépôt des plaintes et la tenue d'une audience au fond est beaucoup trop long. Si M. Blencoe avait été accusé au criminel de ce genre d'agression sexuelle, l'accusation serait fort probablement rejetée pour des raisons de délai . . .
>
> Comme je l'ai déjà expliqué, l'enquête était nécessairement unidimensionnelle puisqu'il n'y avait aucun témoin oculaire, et il aurait suffi tout au plus d'une semaine.

25 Turning to the issue of prejudice, McEachern C.J.B.C. found that but for these proceedings, "it might reasonably be expected that the overwhelming [media] attention would have died away and [Blencoe] and his family could have attempted to reconstruct their lives" (para. 53). He considered the contention that the prejudice suffered by the respondent was not caused by the delay, but rather by his dismissal from Cabinet. In this connection McEachern C.J.B.C. held that the Supreme Court of Canada has elevated the "exacerbation" of an existing deprivation to the same level as the creation of the deprivation itself. He held that the excessive delay both created a substantial stigma against the accused and exacerbated an existing state of affairs, thus triggering the s. 7 right to security of the person.

Au sujet de la question du préjudice, le juge en chef McEachern a conclu que, n'eût été de ces procédures, [TRADUCTION] «on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que l'attention [médiatique] considérable s'estompe et à ce que [Blencoe] et les membres de sa famille puissent tenter de retrouver une vie normale» (par. 53). Il a examiné la prétention que le préjudice subi par l'intimé résultait non pas du délai, mais plutôt de son exclusion du Cabinet. Le juge en chef McEachern a conclu, à cet égard, que la Cour suprême du Canada a placé sur un pied d'égalité l'«aggravation» d'une atteinte existante et le fait de porter atteinte. Il a estimé que le délai excessif avait à la fois considérablement stigmatisé l'accusé et aggravé une situation déjà existante, de sorte que le droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 s'appliquait.

26 McEachern C.J.B.C. noted that the jurisprudence surrounding the application of s. 7 in a non-penal context was "fraught with considerable difficulty" (para. 60). He identified two competing streams of jurisprudence as to the scope of s. 7 in the Supreme Court. First, McEachern C.J.B.C. described what he referred to as the "judicial domain" school, which limits s. 7 protection to criminal proceedings. This approach was then contrasted with a broader approach to s. 7 which pro-

Le juge en chef McEachern a fait remarquer que la jurisprudence entourant l'application de l'art. 7 dans un contexte non pénal [TRADUCTION] «posait de grandes difficultés» (par. 60). Il a relevé, au sujet de la portée de l'art. 7, deux courants opposés dans la jurisprudence de la Cour suprême. Premièrement, le juge en chef McEachern a parlé de ce qu'il a appelé l'école du «domaine judiciaire» qui limite la protection de l'art. 7 aux procédures criminelles. Il a ensuite comparé ce point de vue avec

tects an individual's right to "human dignity" and "privacy" outside the arena of criminal proceedings. McEachern C.J.B.C. adopted the more expansive approach (at para. 101):

> . . . I feel constrained to follow what I regard as the emerging, preferred view in the Supreme Court of Canada that s. 7, under the rubric of liberty and security of the person, operates to protect both the privacy and dignity of citizens against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by [Blencoe] here. Everyone can be made answerable, according to law, for his or her conduct or misconduct, but a process established by law to provide accountability and appropriate remedies cannot be completely open-ended in the sense that human dignity, even for wrongdoers if such is the case, can be compromised for as long as it has occurred in this case.

une interprétation plus large de l'art. 7 qui protège le droit de chacun à la «dignité» et à la «vie privée» ailleurs que dans le seul contexte de procédures criminelles. Le juge en chef McEachern s'est dit favorable à l'interprétation plus libérale (au par. 101):

> [TRADUCTION] . . . je me sens contraint à suivre ce qui me semble être la nouvelle interprétation préconisée par la Cour suprême du Canada, selon laquelle, au chapitre de la liberté et de la sécurité de la personne, l'art. 7 a pour effet de protéger à la fois la vie privée et la dignité des citoyens contre la stigmatisation découlant d'un opprobre prolongé et injustifié comme celui dont [M. Blencoe] a été victime. Suivant la loi, n'importe qui peut être tenu responsable de sa conduite ou de son inconduite, mais le processus établi par la loi pour statuer sur la responsabilité et accorder un redressement approprié ne peut avoir une durée totalement indéterminée au point où la dignité d'une personne, même fautive, peut être compromise aussi longtemps qu'elle l'a été en l'espèce.

(b) Concurring Majority Judgment of Prowse J.A.

Prowse J.A. held that the allegations in this case were analogous to allegations of sexual assault and thus engaged s. 7 of the *Charter*. Having regard to the nature of the allegations and the extent of the prejudice suffered by Mr. Blencoe, she agreed with McEachern C.J.B.C. that the delay of over 30 months was unreasonable and breached the respondent's right to security of the person in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice.

b) Le jugement majoritaire concordant du juge Prowse

27 Le juge Prowse a conclu que les allégations formulées en l'espèce s'apparentaient à des allégations d'agression sexuelle et faisaient donc intervenir l'art. 7 de la *Charte*. Compte tenu de la nature des allégations et de l'étendue du préjudice subi par M. Blencoe, elle a convenu avec le juge en chef McEachern que le délai de plus de 30 mois était déraisonnable et portait atteinte, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, au droit de l'intimé à la sécurité de sa personne.

(c) Dissenting Reasons of Lambert J.A.

In determining whether the delay was unacceptable, for the purposes of an assessment of natural justice, Lambert J.A. held that such decision was an issue of fact which was decided by the lower court. Consequently, he stated that Lowry J.'s decision should only be interfered with if there was a misconception of the evidence or if the decision was palpably wrong, neither of which had occurred in this case. On the legal question of which sorts of

c) Les motifs dissidents du juge Lambert

28 La question de savoir si le délai était inacceptable au regard des principes de justice naturelle était, selon le juge Lambert, une question de fait que le tribunal inférieur avait tranchée. Il a donc affirmé qu'il n'y aurait lieu de modifier la décision du juge Lowry que s'il y avait eu mauvaise interprétation de la preuve ou décision manifestement erronée, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Quant à la question de droit qui est de savoir quels genres

prejudice affect natural justice, Lambert J.A. agreed with Lowry J. that prejudice arising from delay must go to the intrinsic fairness of the hearing process and not merely to extrinsic factors such as stigma, stress or other forms of suffering.

29 Turning to the *Charter* issue, Lambert J.A. found it unnecessary to decide whether s. 7 of the *Charter* applies to non-criminal proceedings or whether suffering induced by stigmatization, stress and disruption of family life can constitute a deprivation of liberty or security of the person in the human rights context. He found that the stigma suffered by Mr. Blencoe, the stress and anxiety related thereto, the media publicity, and Mr. Blencoe's lack of employment, could not be attributed to the human rights process, nor were they exacerbated by a breach of the principles of fundamental justice. Lambert J.A. emphasized that Mr. Blencoe's rights and expectations had to be balanced against those of the two complainants, in the context of the public interest in upholding an effective human rights process. Concluding that the principles of fundamental justice arising in the human rights process were not breached, Lambert J.A. would have found that the respondent was not entitled to relief under ss. 7 and 24 of the *Charter*.

IV. Relevant Constitutional Provisions

30 *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*b*) to be tried within a reasonable time;

de préjudice sont contraires aux principes de justice naturelle, le juge Lambert a convenu avec le juge Lowry que le préjudice découlant d'un délai doit se rapporter à l'équité intrinsèque de la procédure d'audition et non seulement à un facteur extrinsèque comme la stigmatisation, le stress ou d'autres formes de souffrance.

En ce qui concerne la question relative à la *Charte*, le juge Lambert a décidé qu'il était inutile de déterminer si l'art. 7 de la *Charte* s'applique dans des procédures non criminelles ou si les souffrances dues à la stigmatisation, au stress et à la perturbation de la vie familiale peuvent constituer une atteinte à la liberté ou à la sécurité de la personne dans le contexte des droits de la personne. Il a conclu que la stigmatisation dont M. Blencoe a été victime, le stress et l'angoisse qui en ont résulté, la couverture médiatique et le fait que M. Blencoe n'avait plus d'emploi n'étaient pas attribuables au processus en matière de droits de la personne et n'avaient pas été aggravés par une violation des principes de justice fondamentale. Le juge Lambert a souligné que les droits et les attentes de M. Blencoe devaient être soupesés en fonction de ceux des deux plaignantes et de l'intérêt du public dans le maintien d'un processus efficace en matière de droits de la personne. Après avoir conclu qu'il n'y avait eu aucune violation des principes de justice fondamentale qui s'appliquent en matière de droits de la personne, le juge Lambert aurait conclu que l'intimé n'avait pas droit à une réparation fondée sur les art. 7 et 24 de la *Charte*.

IV. Dispositions constitutionnelles pertinentes

Charte canadienne des droits et libertés

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

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

b) d'être jugé dans un délai raisonnable;

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

V. Issues

The following are the central issues to be determined for the disposition of this appeal:

A. Does the *Charter* apply to the actions of the British Columbia Human Rights Commission?

B. Have the respondent's s. 7 rights to liberty and security of the person been violated by state-caused delay in the human rights proceedings?

C. If the respondent's s. 7 rights were not engaged, or if the state's actions were in accordance with the principles of fundamental justice, was the respondent entitled to a remedy pursuant to administrative law principles where the delay did not interfere with the right to a fair hearing?

D. If the respondent is entitled to a *Charter* or administrative law remedy, was the stay of proceedings an appropriate remedy in the circumstances of this case?

V. Questions en litige

Notre Cour est appelée, aux fins du présent pourvoi, à trancher les questions centrales suivantes: 31

A. La *Charte* s'applique-t-elle aux actes de la British Columbia Human Rights Commission?

B. Le délai imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne a-t-il porté atteinte aux droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'art. 7?

C. Si les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 n'étaient pas en cause ou si les actes de l'État étaient conformes aux principes de justice fondamentale, l'intimé avait-il droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif dans la mesure où le délai écoulé n'a pas porté atteinte à son droit à une audience équitable?

D. Si l'intimé a droit à une réparation fondée sur la *Charte* ou sur le droit administratif, l'arrêt des procédures était-il la réparation appropriée eu égard aux circonstances de la présente affaire?

VI. Analysis

A. *Does the Charter Apply to the Actions of the British Columbia Human Rights Commission?*

The scope of the *Charter*'s application is delineated by s. 32(1) of the *Charter* which states:

VI. Analyse

A. *La Charte s'applique-t-elle aux actes de la British Columbia Human Rights Commission?*

La portée de la *Charte* est délimitée par son par. 32(1), dont voici le libellé: 32

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

It is clear that both the federal Parliament and provincial legislatures are bound by the *Charter*. However, one threshold issue which has been raised in this case is whether the Commission and the Tribunal are agents of government pursuant to s. 32 of the *Charter*. The following three factors have been put forth to support the argument that these bodies are not bound by the *Charter*: (i) the organizations in question are required to be independent of government; (ii) the challenge in this case is not to any statutory provisions that might be said to be within the legislative sphere; and (iii) the organizations in question must act judicially since their functions are analogous to those exercised by courts of law.

Il est clair que le Parlement du Canada et les législatures provinciales sont assujettis à la *Charte*. Cependant, une question préliminaire que soulève la présente affaire est de savoir si la Commission et le Tribunal sont des mandataires du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Les trois facteurs suivants ont été avancés à l'appui de l'argument voulant que ces organismes ne soient pas assujettis à la *Charte*: (i) les organismes en cause doivent être indépendants du gouvernement, (ii) la contestation en l'espèce ne vise pas une disposition dont on pourrait dire qu'elle ressortit au pouvoir législatif et (iii) les organismes en question doivent agir d'une manière judiciaire, étant donné que leurs fonctions sont analogues à celles d'une cour de justice.

33 For the reasons I address below, these claims are misguided with respect to their approach to the application of the *Charter*. Furthermore, for the purposes of this appeal, it is only necessary to address the *Charter*'s applicability to the actions of the Commission since the prejudice suffered by the respondent is alleged to have resulted from unreasonable delay in the actions of the Commission.

Pour les raisons exposées ci-après, ces prétentions s'appuient sur une façon erronée d'aborder l'application de la *Charte*. De plus, aux fins du présent pourvoi, il est seulement nécessaire d'examiner l'applicabilité de la *Charte* aux actes de la Commission, étant donné que le préjudice subi par l'intimé serait imputable au fait que la Commission n'a pas agi dans un délai raisonnable.

34 The mere fact that a body is independent of government is not determinative of the *Charter*'s application, nor is the fact that a statutory provision is not impugned. Being autonomous or independent from government is not a conclusive basis upon which to hold that the *Charter* does not apply.

Le seul fait qu'un organisme soit indépendant du gouvernement n'est pas décisif en ce qui concerne l'application de la *Charte*, pas plus que ne l'est le fait qu'aucune disposition législative n'est contestée. L'autonomie ou l'indépendance vis-à-vis du gouvernement ne permet pas de conclure à l'inapplication de la *Charte*.

35 Bodies exercising statutory authority are bound by the *Charter* even though they may be independent of government. This was confirmed by

L'organisme qui exerce un pouvoir conféré par une loi est assujetti à la *Charte* même s'il peut être indépendant du gouvernement. Le juge La Forest

La Forest J., speaking for a unanimous Court in *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 21:

> There is no doubt, however, that the *Charter* also applies to action taken under statutory authority. The rationale for this rule flows inexorably from the logical structure of s. 32. As Professor Hogg explains in his *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992 (loose-leaf)), vol. 1, at pp. 34-8.3 and 34-9:
>
> > Action taken under statutory authority is valid only if it is within the scope of that authority. Since neither Parliament nor a Legislature can itself pass a law in breach of the Charter, neither body can authorize action which would be in breach of the Charter. Thus, the limitations on statutory authority which are imposed by the Charter will flow down the chain of statutory authority and apply to regulations, by-laws, orders, decisions and all other action (whether legislative, administrative or judicial) which depends for its validity on statutory authority.

There is no doubt that the Commission is created by statute and that all of its actions are taken pursuant to statutory authority.

One distinctive feature of actions taken under statutory authority is that they involve a power of compulsion not possessed by private individuals (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 34-12). Clearly the Commission possesses more extensive powers than a natural person. The Commission's authority is not derived from the consent of the parties. The *Human Rights Code* grants various powers to the Commission to both investigate complaints and decide how to deal with such complaints. Section 24 of the Code specifically allows the Commissioner to compel the production of documents. The relevant portions of this section state:

> **24** (1) For the purpose of investigating a complaint, the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may

l'a confirmé en rendant l'arrêt unanime de notre Cour *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 21:

> Toutefois, il ne fait aucun doute que la *Charte* s'applique aussi aux actes accomplis en vertu de pouvoirs conférés par la loi. La justification de cette règle découle inexorablement de la structure logique de l'art. 32. Comme l'explique le professeur Hogg dans *Constitutional Law of Canada* (3e éd. 1992 (feuilles mobiles)), vol. 1, aux pp. 34-8.3 et 34-9:
>
> > [TRADUCTION] Les mesures prises en vertu d'un pouvoir statutaire ne sont valides que si elles se situent à l'intérieur de la portée de ce pouvoir. Puisque ni le Parlement ni une législature ne peuvent eux-mêmes adopter une loi qui contrevient à la Charte, ni l'un ni l'autre ne peuvent autoriser des mesures qui contreviendraient à la Charte. Ainsi, les limites que la Charte impose à un pouvoir statutaire s'étendront à la famille des autres pouvoirs statutaires et s'appliqueront aux règlements, aux statuts, aux ordonnances, aux décisions et à toutes les autres mesures (législatives, administratives ou judiciaires) dont la validité dépend d'un pouvoir statutaire.

Il ne fait aucun doute que la Commission a été créée par une loi et qu'elle accomplit tous ses actes en vertu du pouvoir que lui confère la loi en cause.

36 L'un des traits distinctifs des actes accomplis en vertu d'un pouvoir conféré par la loi est qu'ils comportent un pouvoir de contrainte que n'ont pas les particuliers (P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, à la p. 34-12). Il est clair que les pouvoirs de la Commission sont plus étendus que ceux d'une personne physique. Sa compétence ne découle pas du consentement des parties. Le *Human Rights Code* habilite, de diverses manières, la Commission à enquêter sur des plaintes et à décider de la façon de les traiter. L'article 24 du Code permet expressément au commissaire d'exiger la production de documents. En voici les extraits pertinents:

[TRADUCTION]

> **24** (1) Lorsqu'il l'enquête relative à une plainte, le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut

(a) require the production of books, documents, correspondence or other records that relate or may relate to the complaint, and

(b) make any inquiry relating to the complaint of any person, in writing or orally.

(2) If a person refuses to

(a) comply with a demand under subsection (1) (a) for the production of books, documents, correspondence or other records, or

(b) respond to an inquiry made under subsection (1) (b),

the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may apply to the Supreme Court for an order requiring the person to comply with the demand or respond to the inquiry.

. . .

(4) For the purpose of investigating a complaint, the commissioner of investigation and mediation or a human rights officer may, with the consent of the owner or occupier, enter and inspect any premises that in the opinion of that commissioner or the human rights officer may provide information relating to the complaint.

37 The Commission in this case cannot therefore escape *Charter* scrutiny merely because it is not part of government or controlled by government. In *Eldridge*, a unanimous Court concluded that a hospital was bound by the *Charter* since it was implementing a specific government policy or program. The Commission in this case is both implementing a specific government program and exercising powers of statutory compulsion.

38 With respect to the claim that the Commission exercises judicial functions and is thereby not subject to the *Charter*, the decision of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, is conclusive. Lamer J. (as he then was), in partial dissent but speaking for a unanimous Court on this point, held that the *Charter* applies to the orders of a statutorily appointed labour arbitrator. This determination was not open

a) exiger la production de livres, documents, lettres ou autres dossiers qui se rapportent ou peuvent se rapporter à la plainte, et

b) poser des questions par écrit ou de vive voix relativement à la plainte.

(2) Si une personne refuse

a) d'obtempérer à une demande de production de livres, documents, lettres ou autres dossiers, fondée sur l'alinéa (1)a), ou

b) de répondre à une question posée en vertu de l'alinéa (1)b),

le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut demander à la Cour suprême d'ordonner à la personne en cause d'obtempérer à la demande ou de répondre à la question.

. . .

(4) Lorsqu'il enquête sur une plainte, le commissaire aux enquêtes et à la médiation ou un agent des droits de la personne peut, avec le consentement du propriétaire ou de l'occupant, inspecter des locaux si, à son avis, cette inspection peut permettre d'obtenir des renseignements concernant la plainte.

En l'espèce, la Commission ne peut pas échapper à un examen fondé sur la *Charte* du seul fait qu'elle ne fait pas partie du gouvernement ou qu'elle n'est pas sous son contrôle. Dans l'arrêt *Eldridge*, notre Cour a conclu à l'unanimité qu'un hôpital était assujetti à la *Charte* parce qu'il mettait en œuvre une politique ou un programme gouvernemental particulier. La commission dont il est question en l'espèce met en œuvre un programme gouvernemental particulier et exerce des pouvoirs de contrainte émanant de la loi.

L'arrêt de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, est concluant en ce qui concerne la prétention que la Commission exerce des fonctions judiciaires et n'est donc pas assujettie à la *Charte*. Le juge Lamer (plus tard Juge en chef), dissident en partie, mais s'exprimant au nom de toute la Cour sur ce point, a décidé que la *Charte* s'applique aux ordonnances d'un arbitre en matière de relations

to challenge, as expressed by Lamer J., at pp. 1077-78:

> The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. [Emphasis added.]

The facts in *Slaight* and the case at bar share at least one salient feature: the labour arbitrator (in *Slaight*) and the Commission (in the case at bar) each exercise governmental powers conferred upon them by a legislative body. The ultimate source of authority in each of these cases is government. All of the Commission's powers are derived from the statute. The Commission is carrying out the legislative scheme of the *Human Rights Code*. It is putting into place a government program or a specific statutory scheme established by government to implement government policy (see *Eldridge*, *supra*, at paras. 37 and 44, and *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, at p. 584). The Commission must act within the limits of its enabling statute. There is clearly a "governmental quality" to the functions of a human rights commission which is created by government to promote equality in society generally.

Thus, notwithstanding that the Commission may have adjudicatory characteristics, it is a statutory creature and its actions fall under the authority of the *Human Rights Code*. The state has instituted an administrative structure, through a legislative scheme, to effectuate a governmental program to provide redress against discrimination. It is the administration of a governmental program that calls for *Charter* scrutiny. Once a complaint is brought before the Commission, the subsequent administrative proceedings must comply with the *Charter*. These entities are subject to *Charter* scrutiny in the performance of their functions just as government would be in like circumstances. To hold otherwise would allow the legislative branch to circumvent the *Charter* by establishing statutory

du travail désigné en application d'une loi. Cette décision était incontestable, comme l'a dit le juge Lamer à la p. 1077:

> Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. [Je souligne.]

39 Les faits de l'affaire *Slaight* et ceux de la présente affaire ont au moins une caractéristique commune prédominante: l'arbitre en matière de relations du travail (dans *Slaight*) et la Commission (en l'espèce) exercent tous les deux des pouvoirs gouvernementaux conférés par un corps législatif. Dans chaque cas, l'origine du pouvoir accordé est en fin de compte le gouvernement. La Commission tire tous ses pouvoirs de la loi. Elle applique le régime législatif du *Human Rights Code*. Elle met en œuvre un programme gouvernemental ou un régime législatif particulier établi par le gouvernement pour l'application de sa politique (voir *Eldridge*, précité, aux par. 37 et 44, et *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, à la p. 584). La Commission doit agir dans les limites de sa loi habilitante. Les fonctions d'une commission des droits de la personne créée par le gouvernement pour promouvoir l'égalité dans la société en général sont clairement de «nature gouvernementale».

40 Donc, même si elle peut avoir certaines caractéristiques d'un tribunal, la Commission est une créature de la loi et ses actes sont assujettis au *Human Rights Code*. L'État a créé par voie législative un organisme administratif chargé de mettre en œuvre un programme gouvernemental destiné à remédier à la discrimination. C'est l'application d'un programme gouvernemental qui commande l'examen fondé sur la *Charte*. Une fois la Commission saisie d'une plainte, les procédures administratives qui suivent doivent respecter la *Charte*. L'exercice des fonctions de telles entités peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* tout comme pourrait le faire l'exercice des fonctions d'un gouvernement dans les mêmes circonstances. Conclure le contraire permettrait au pouvoir légis-

bodies that are immune to *Charter* scrutiny. The above analysis leads inexorably to the conclusion that the *Charter* applies to the actions of the Commission.

B. *Have the Respondent's Section 7 Rights to Liberty and Security of the Person Been Violated by State-caused Delay in Human Rights Proceedings?*

(a) Court of Appeal Decisions on This Issue

41 Four appellate courts have dealt with the issue of whether s. 7 of the *Charter* applies in circumstances similar to the case at bar, including the decision under appeal. The majority of the Court of Appeal in *Blencoe* followed the decision in *Saskatchewan Human Rights Commission v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.), to hold that s. 7 of the *Charter* was violated. However, the Manitoba Court of Appeal in *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, and the Federal Court of Appeal in *Canadian Airlines International Ltd. v. Canada (Human Rights Commission)*, [1996] 1 F.C. 638, refused to follow *Kodellas*, holding that s. 7 cannot be applied to the consequences of delays in human rights proceedings.

42 In *Kodellas*, between the date of the first complaint and the date fixed for the hearing, almost four years had elapsed and three years and two months had elapsed with respect to the second complaint. Bayda C.J.S., dissenting in part with respect to the appropriate remedy, held that the delay violated Mr. Kodellas's s. 7 security of the person. In reaching this conclusion, Bayda C.J.S. referred to the dissenting judgment of Lamer J. in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863 (hereinafter "*Mills* (1986)"), at p. 919, and reiterated in *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 605, where, in the context of s. 11(*b*) of the *Charter*, security of the person encompasses protection against

latif de contourner la *Charte* en créant des organismes qui ne peuvent pas faire l'objet d'un tel examen. L'analyse qui précède mène inexorablement à la conclusion que la *Charte* s'applique aux actes de la Commission.

B. *Le retard imputable à l'État dans les procédures en matière de droits de la personne a-t-il porté atteinte aux droits de l'intimé à la liberté et à la sécurité de sa personne garantis par l'art. 7?*

a) La jurisprudence des cours d'appel sur ce point

Quatre cours d'appel ont statué sur la question de savoir si l'art. 7 de la *Charte* s'applique dans des circonstances semblables à celles de la présente affaire, y compris la cour d'appel dans l'arrêt qui fait l'objet du présent pourvoi. Dans l'affaire *Blencoe*, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont suivi l'arrêt *Saskatchewan Human Rights Commission c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.), et ont conclu qu'il y avait violation de l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, la Cour d'appel du Manitoba dans *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, et la Cour d'appel fédérale dans *Lignes aériennes Canadien International Ltée c. Canada (Commission des droits de la personne)*, [1996] 1 C.F. 638, ont refusé de suivre l'arrêt *Kodellas* et ont conclu que l'art. 7 ne peut pas s'appliquer aux conséquences d'un délai dans des procédures en matière de droits de la personne.

Dans l'affaire *Kodellas*, près de quatre années s'étaient écoulées entre le dépôt de la première plainte et la date fixée pour la tenue de l'audience, alors que trois années et deux mois s'étaient écoulées dans le cas de la deuxième plainte. Le juge en chef Bayda, dissident en partie au sujet de la réparation appropriée, a conclu que le délai écoulé portait atteinte au droit de M. Kodellas à la sécurité de sa personne garanti par l'art. 7. En tirant cette conclusion, le juge en chef Bayda a mentionné les motifs dissidents du juge Lamer dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863 (ci-après l'«arrêt *Mills* de 1986»), à la p. 919, repris dans *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 605, selon lesquels la

"overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" (*Kodellas*, at p. 152). The unreasonable delay in *Kodellas* was found to result in two forms of prejudice to Mr. Kodellas. First, it extended his psychological trauma. Second, it reduced Mr. Kodellas's chances of a fair hearing (*Kodellas*, at p. 161).

sécurité de la personne, dans le contexte de l'al. 11*b*) de la *Charte*, englobe la protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» (*Kodellas*, à la p. 152). Il a été jugé, dans *Kodellas*, que le délai déraisonnable avait causé deux formes de préjudice à M. Kodellas: premièrement, il avait prolongé son traumatisme psychologique et, deuxièmement, il avait réduit les chances de M. Kodellas d'obtenir une audience équitable (*Kodellas*, à la p. 161).

In *Nisbett*, the Manitoba Court of Appeal denied relief sought by a medical doctor to prohibit the hearing of his employee's complaint of sexual harassment that had been outstanding for over three years. This decision was reached despite the stigma attached to the allegations which was described as "anxiety, the strain on family life, the disruption of his professional practice, the quest for evidence of similar conduct from former employees, the damage to his personal dignity and professional standing, the loss of self-esteem, and the continuing uncertainty as to the final outcome of the proceedings" (*Nisbett*, at p. 749) (quoting from the trial judgment (1992), 90 D.L.R. (4th) 672, at p. 679). The Manitoba Court of Appeal refused to follow *Kodellas*, questioning whether the impact of a criminal proceeding for sexual assault can be equated with a human rights proceeding on allegations of sex discrimination for the purposes of s. 7. The Court of Appeal concluded that s. 7 had no application to non-penal proceedings under human rights legislation and that s. 11 of the *Charter* was restricted to criminal cases.

43 Dans l'arrêt *Nisbett*, la Cour d'appel du Manitoba a refusé d'interdire, à la demande d'un médecin, l'audition de la plainte de harcèlement sexuel que l'employée de ce dernier avait déposée plus de trois ans auparavant. Elle a rendu cette décision malgré les stigmates liés aux allégations, qui avait été décrits comme étant [TRADUCTION] «l'angoisse, la perturbation de la vie familiale et de la vie professionnelle, la recherche d'une preuve de comportement similaire auprès d'anciennes employées, l'atteinte à la dignité personnelle et à la réputation professionnelle, la perte d'estime de soi et l'incertitude continuelle quant à l'issue finale des procédures» (*Nisbett*, à la p. 749 (citation provenant du jugement de première instance (1992), 90 D.L.R. (4th) 672, à la p. 679)). Doutant que l'incidence de procédures criminelles en matière d'agression sexuelle puisse être assimilée, aux fins de l'application de l'art. 7, à celle de procédures en matière de droits de la personne relatives à des allégations de discrimination sexuelle, la Cour d'appel du Manitoba a refusé de suivre l'arrêt *Kodellas*. Elle a statué que l'art. 7 ne s'appliquait pas à des procédures non pénales fondées sur une loi relative aux droits de la personne et que l'art. 11 de la *Charte* ne s'appliquait qu'en matière criminelle.

In *Canadian Airlines*, there was a 50-month delay between the filing of the complaint and the appointment of a tribunal to investigate. The Federal Court of Appeal also refused to follow *Kodellas*, and concluded that s. 7 did not apply to administrative proceedings of a non-criminal nature.

44 Dans *Lignes aériennes Canadien*, un délai de 50 mois s'était écoulé entre le dépôt de la plainte et la désignation des membres du tribunal chargé de faire enquête. La Cour d'appel fédérale y a également refusé de suivre l'arrêt *Kodellas* et a conclu que l'art. 7 ne s'appliquait pas à des procédures administratives de nature non criminelle.

(b) Applicability of Section 7 Outside the Criminal Context

45 Although there have been some decisions of this Court which may have supported the position that s. 7 of the *Charter* is restricted to the sphere of criminal law, there is no longer any doubt that s. 7 of the *Charter* is not confined to the penal context. This was most recently affirmed by this Court in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, where Lamer C.J. stated that the protection of security of the person extends beyond the criminal law (at para. 58). He later added (at para. 65):

> . . . s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: see *B. (R.)*, *supra*, at para. 22.

46 Thus, to the extent that the above decisions of *Nisbett* and *Canadian Airlines* stand for the proposition that s. 7 can never apply outside the criminal realm, they are incorrect. Section 7 can extend beyond the sphere of criminal law, at least where there is "state action which directly engages the justice system and its administration" (*G. (J.)*, at para. 66). If a case arises in the human rights context which, on its facts, meets the usual s. 7 threshold requirements, there is no specific bar against such a claim and s. 7 may be engaged. The question to be addressed, however, is not whether delays in human rights proceedings can engage s. 7 of the *Charter* but rather, whether the respondent's s. 7 rights were actually engaged by delays in the circumstances of this case. Various parties in this case seem to have conflated the delay issue with the threshold s. 7 issue. However, whether the respondent's s. 7 rights to life, liberty and security of the person are engaged is a separate issue from whether the delay itself was unreasonable. I will now examine whether the s. 7 threshold requirements have been met and whether the

b) Applicabilité de l'art. 7 dans un contexte autre que celui du droit criminel

Même si, dans certains arrêts, notre Cour a pu adhérer au point de vue que l'art. 7 de la *Charte* ne s'applique que dans le domaine du droit criminel, il ne fait plus aucun doute que cette disposition n'est pas limitée au contexte pénal. C'est ce que confirmait tout récemment notre Cour dans *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, où le juge en chef Lamer a affirmé que la protection de la sécurité de la personne déborde le cadre du droit criminel (au par. 58). Plus loin, il a ajouté ce qui suit (au par. 65):

> . . . l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans un établissement psychiatrique: voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

Ainsi, les arrêts *Nisbett* et *Lignes aériennes Canadien*, précités, sont erronés dans la mesure où ils permettent d'affirmer que l'art. 7 ne s'applique qu'en matière criminelle. L'article 7 peut déborder le cadre du droit criminel, au moins dans le cas d'un «acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice» (*G. (J.)*, au par. 66). Rien ne s'oppose à ce que cet article s'applique à une affaire en matière des droits de la personne qui, sur le plan des faits, respecte les conditions préliminaires de son application. La question qui se pose toutefois est de savoir non pas si des délais dans des procédures en matière de droits de la personne peuvent déclencher l'application de l'art. 7 de la *Charte*, mais plutôt si, dans les circonstances de la présente affaire, des délais ont porté atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7. Différentes parties à la présente affaire semblent avoir confondu la question du délai avec la question préliminaire de l'art. 7. Toutefois, la question de savoir si les droits de l'intimé à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne s'appliquent est distincte de celle de savoir si le délai lui-même était déraisonnable. Je vais maintenant examiner si les conditions préliminaires

respondent has demonstrated a breach of his s. 7 rights.

(c) Section 7 — General Principles

Section 7 of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." Thus, before it is even possible to address the issue of whether the respondent's s. 7 rights were infringed in a manner not in accordance with the principles of fundamental justice, one must first establish that the interest in respect of which the respondent asserted his claim falls within the ambit of s. 7. These two steps in the s. 7 analysis have been set out by La Forest J. in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 401, as follows:

> To trigger its operation there must first be a finding that there has been a deprivation of the right to "life, liberty and security of the person" and, secondly, that the deprivation is contrary to the principles of fundamental justice.

Thus, if no interest in the respondent's life, liberty or security of the person is implicated, the s. 7 analysis stops there. It is at the first stage in the s. 7 analysis that I have the greatest problem with the respondent's s. 7 arguments.

McEachern C.J.B.C. collapsed the s. 7 interests of "liberty" and "security of the person" into a single right protecting a person's dignity against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by the respondent. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at pp. 204-5, Wilson J. emphasized that "life, liberty and security of the person" are three distinct interests, and that it is incumbent on the Court to give meaning to each of these elements. This statement was endorsed by Lamer J. for a majority of this Court in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500. In addressing the issue of whether the respondent's s. 7 rights have been breached in this case, I also prefer to keep the interests protected by s. 7 analytically distinct to the extent possible. For the

naires de l'application de l'art. 7 sont remplies et si l'intimé a démontré qu'il y a eu violation des droits que lui garantit cet article.

c) Article 7 — Principes généraux

47 L'article 7 de la *Charte* prévoit ceci: «[c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.» Ainsi, avant même que l'on puisse se demander si les droits garantis à l'intimé par l'art. 7 ont fait l'objet d'une atteinte non conforme aux principes de justice fondamentale, il faut d'abord prouver que le droit visé par l'allégation de l'intimé relève de l'art. 7. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 401, le juge La Forest a énoncé ainsi ces deux étapes de l'analyse fondée sur l'art. 7:

> Pour que l'article puisse entrer en jeu, il faut constater d'abord qu'il a été porté atteinte au droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité [d'une] personne» et, en second lieu, que cette atteinte est contraire aux principes de justice fondamentale.

Par conséquent, si le droit de l'intimé à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne n'est pas en cause, l'analyse fondée sur l'art. 7 prend fin. C'est à la première étape de cette analyse que les arguments de l'intimé relatifs à l'art. 7 me posent le plus de difficultés.

48 Le juge en chef McEachern a fondu le droit «à la liberté» et le droit «à la sécurité de [l]a personne» en un seul droit à la protection de la dignité de la personne contre la stigmatisation découlant d'un opprobre prolongé et injustifié comme celui dont l'intimé a été victime. Dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, aux pp. 204 et 205, le juge Wilson a insisté sur le fait que «la vie, la liberté et la sécurité de la personne» constituent trois droits distincts et qu'il incombe à notre Cour de préciser le sens de chacun de ces droits. Le juge Lamer a souscrit à cet énoncé au nom de notre Cour à la majorité dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500. Pour déterminer si, en l'espèce, il a été porté atteinte aux droits de l'intimé garantis par l'art. 7, je préfère, dans la mesure du

purposes of this appeal, the outcome is dependent upon the meaning to be given to the interests of "liberty" and "security of the person".

(d) Liberty Interest

49 The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* is no longer restricted to mere freedom from physical restraint. Members of this Court have found that "liberty" is engaged where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices. This applies for example where persons are compelled to appear at a particular time and place for fingerprinting (*Beare, supra*); to produce documents or testify (*Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425); and not to loiter in particular areas (*R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761). In our free and democratic society, individuals are entitled to make decisions of fundamental importance free from state interference. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at para. 80, La Forest J., with whom L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. agreed, emphasized that the liberty interest protected by s. 7 must be interpreted broadly and in accordance with the principles and values underlying the *Charter* as a whole and that it protects an individual's personal autonomy:

> . . . liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

50 In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J., speaking for herself alone, was of the opinion that s. 251 of the *Criminal Code* violated not only a woman's right to security of the person but her s. 7 liberty interest as well. She indicated that the liberty interest is rooted in fundamental notions of human dignity, personal autonomy, privacy and

possible, cloisonner ces droits aux fins de l'analyse. L'issue du présent pourvoi dépend du sens donné aux droits «à la liberté» et «à la sécurité de [l]a personne».

d) Droit à la liberté

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* ne s'entend plus uniquement de l'absence de toute contrainte physique. Des juges de notre Cour ont conclu que la «liberté» est en cause lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie. Une telle situation existe, par exemple, lorsque des personnes doivent se présenter à un endroit et à un moment précis pour faire prendre leurs empreintes digitales (*Beare*, précité), produire des documents ou témoigner (*Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425), et lorsque des personnes doivent s'abstenir de flâner dans certains lieux (*R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761). Dans notre société libre et démocratique, chacun a le droit de prendre des décisions d'importance fondamentale sans intervention de l'État. Dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, au par. 80, le juge La Forest, avec l'assentiment des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, souligne que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège l'autonomie personnelle et qu'il doit être interprété largement et en conformité avec les principes et les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans son ensemble:

> . . . la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson, s'exprimant uniquement en son propre nom, était d'avis que l'art. 251 du *Code criminel* violait non seulement le droit d'une femme à la sécurité de sa personne, mais également son droit à la liberté garanti par l'art. 7. Elle a indiqué que le droit à la liberté prend racine dans les concepts

choice in decisions regarding an individual's fundamental being. She conveyed this as follows, at p. 166:

> Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

The above passage was endorsed by La Forest J. in *B. (R.)*, *supra*, at para. 80. This Court in *B. (R.)* was asked to decide whether the s. 7 liberty interest protects the rights of parents to choose medical treatment for their children. The above passage from Wilson J. was applied by La Forest J. to individual interests of fundamental importance in our society such as the parental interest in caring for one's children.

In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66, La Forest J., writing for L'Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was), reiterated his position that the right to liberty in s. 7 protects the individual's right to make inherently private choices and that choosing where to establish one's home is one such inherently personal choice:

> The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its

fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 166:

> Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Le juge La Forest a adopté cet extrait dans l'arrêt *B. (R.)*, précité, au par. 80. Dans cette affaire, notre Cour était appelée à décider si le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège le droit des parents de choisir un traitement médical pour leurs enfants. Le juge La Forest a appliqué l'extrait précité des motifs du juge Wilson aux droits individuels qui revêtent une importance fondamentale dans notre société, comme le droit des parents de prendre soin de leurs enfants.

Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 66, le juge La Forest, s'exprimant au nom du juge L'Heureux-Dubé et du juge McLachlin (maintenant Juge en chef), a réitéré son point de vue selon lequel le droit à la liberté garanti par l'art. 7 protège le droit de chacun de faire des choix intrinsèquement privés, y compris le choix d'un lieu pour établir sa demeure: 51

> L'analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Comme les propos que j'ai tenus dans l'arrêt *B. (R.)* l'indiquent, je n'entends pas par là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l'encontre du principe fondamental que j'ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l'arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît. J'estime même que cette sphère d'autonomie ne protège

scope every matter that might, however vaguely, be described as "private". Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As I have already explained, I took the view in *B. (R.)* that parental decisions respecting the medical care provided to their children fall within this narrow class of inherently personal matters. In my view, choosing where to establish one's home is, likewise, a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy. [Emphasis added.]

pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de «privé». Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai exprimé, dans l'arrêt *B.(R.)*, l'opinion voulant que les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. À mon avis, le choix d'un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle. [Je souligne.]

La Forest J. therefore spoke in *Godbout* of a narrow sphere of inherently personal decision-making deserving of the law's protection. Choosing where to establish one's home fell within that narrow class according to three members of this Court.

Dans l'arrêt *Godbout*, le juge La Forest a donc parlé d'une catégorie limitée de décisions intrinsèquement personnelles qui méritent la protection de la loi. Selon trois juges de notre Cour, le choix d'un lieu pour établir sa demeure faisait partie de cette catégorie limitée.

52 Dissenting at the New Brunswick Court of Appeal in *G. (J.)*, I also favoured a more generous approach to the liberty interest that would protect personal rights that are inherent to the individual and consistent with the essential values of our society (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.* (1997), 187 N.B.R. (2d) 81, at para. 49). In this vein, the parental interest in raising and caring for one's children would be protected. I however agreed with La Forest J.'s caution that the liberty interest would encompass only those decisions that are of fundamental importance.

Dissident en Cour d'appel du Nouveau Brunswick dans l'affaire *G. (J.)*, j'ai également préconisé une interprétation plus généreuse du droit à la liberté qui protégerait les droits personnels qui sont inhérents à l'individu et conformes aux valeurs essentielles de notre société (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. J.G.* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81, au par. 49). Dans le même ordre d'idées, le droit des parents d'éduquer leurs enfants et d'en prendre soin serait protégé. J'ai cependant souscrit à la mise en garde du juge La Forest selon laquelle le droit à la liberté n'engloberait que les décisions qui revêtent une importance fondamentale.

53 Professor Hogg, *supra*, at p. 44-9, supports a more cautious approach to the interpretation of s. 7 such that s. 7 does not become a residual right which envelopes all of the legal rights in the *Charter*. Professor Hogg also addresses the deliberate omission of "property" from "life, liberty and security of the person" in s. 7, and states, at p. 44-12:

Le professeur Hogg, *op. cit.*, à la p. 44-9, préconise une interprétation plus prudente de l'art. 7 de manière à éviter que cet article confère un droit résiduel englobant toutes les garanties juridiques de la *Charte*. Le professeur Hogg aborde aussi la question de l'omission délibérée de garantir, à l'art. 7, le droit à la «propriété», en sus du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne», et affirme, à la p. 44-12:

It also requires . . . that those terms [liberty and security of the person] be interpreted as excluding economic lib-

[TRADUCTION] Cela exige en outre [. . .] que ces termes [liberté et sécurité de [l]a personne] soient interprétés

erty and economic security; otherwise, property, having been shut out of the front door, would enter by the back.

Although an individual has the right to make fundamental personal choices free from state interference, such personal autonomy is not synonymous with unconstrained freedom. In the circumstances of this case, the state has not prevented the respondent from making any "fundamental personal choices". The interests sought to be protected in this case do not in my opinion fall within the "liberty" interest protected by s. 7.

(e) Security of the Person

In the criminal context, this Court has held that state interference with bodily integrity and serious state-imposed psychological stress constitute a breach of an individual's security of the person. In this context, security of the person has been held to protect both the physical and psychological integrity of the individual (*Morgentaler*, *supra*, at p. 56, *per* Dickson C.J., and at p. 173, *per* Wilson J.; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 587, *per* Sopinka J.; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177, *per* Lamer J.). These decisions relate to situations where the state has taken steps to interfere, through criminal legislation, with personal autonomy and a person's ability to control his or her own physical or psychological integrity such as prohibiting assisted suicide and regulating abortion.

The principle that the right to security of the person encompasses serious state-imposed psychological stress has recently been reiterated by this Court in *G. (J.)*, *supra*. At issue in *G. (J.)* was whether relieving a parent of the custody of his or her children restricts a parent's right to security of the person. Lamer C.J. held that the parental interest in raising one's children is one of fundamental personal importance. State removal of a child from parental custody thus constitutes direct state interference with the psychological integrity of the parent, amounting to a "gross intrusion" into the private and intimate sphere of the parent-child

comme excluant la liberté et la sécurité économiques; sinon, refoulée à la porte avant, la propriété entrerait par la porte arrière.

54 Même si un individu a le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l'État, cette autonomie personnelle n'est pas synonyme de liberté illimitée. Dans les circonstances de la présente affaire, l'État n'a pas empêché l'intimé de faire des «choix personnels fondamentaux». À mon avis, les droits que l'on cherche à protéger en l'espèce ne font pas partie du droit «à la liberté» garanti par l'art. 7.

e) Sécurité de la personne

55 Notre Cour a statué, en matière criminelle, que l'atteinte de l'État à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État constituent une atteinte à la sécurité de la personne. Dans ce contexte, il a été jugé que la sécurité de la personne vise à la fois l'intégrité physique et l'intégrité psychologique (*Morgentaler*, précité, à la p. 56, le juge en chef Dickson, et à la p. 173, le juge Wilson; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 587, le juge Sopinka; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177, le juge Lamer). Ces arrêts concernent des situations où l'État a légiféré au criminel dans le but de s'ingérer dans l'autonomie personnelle et la capacité d'une personne de maîtriser sa propre intégrité physique ou psychologique, en interdisant notamment l'aide au suicide et en réglementant l'avortement.

56 Récemment, dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, notre Cour a réitéré le principe voulant que le droit à la sécurité de la personne vise la tension psychologique grave causée par l'État. La question en litige dans cette affaire était de savoir si le retrait de la garde d'un enfant portait atteinte au droit du parent à la sécurité de sa personne. Le juge en chef Lamer a conclu que le droit des parents d'élever leurs enfants est un droit personnel d'une importance fondamentale. Le retrait de la garde d'un enfant par l'État constitue donc une atteinte directe à l'intégrité psychologique du parent équivalant à une «intrusion flagrante» dans le domaine privé et

relationship (at para. 61). Lamer C.J. concluded that s. 7 guarantees every parent the right to a fair hearing where the state seeks to obtain custody of their children (at para. 55). However, the former Chief Justice also set boundaries in *G. (J.)* for cases where one's psychological integrity is infringed upon. He referred to the attempt to delineate such boundaries as "an inexact science" (para. 59).

57 Not all state interference with an individual's psychological integrity will engage s. 7. Where the psychological integrity of a person is at issue, security of the person is restricted to "serious state-imposed psychological stress" (Dickson C.J. in *Morgentaler*, *supra*, at p. 56). I think Lamer C.J. was correct in his assertion that Dickson C.J. was seeking to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of infringing s. 7 (*G. (J.)*, at para. 59). The words "serious state-imposed psychological stress" delineate two requirements that must be met in order for security of the person to be triggered. First, the psychological harm must be state imposed, meaning that the harm must result from the actions of the state. Second, the psychological prejudice must be serious. Not all forms of psychological prejudice caused by government will lead to automatic s. 7 violations. These two requirements will be examined in turn.

(i) *Was the Harm to Mr. Blencoe the Result of State-Caused the Human Rights Process?*

58 In *G. (J.)*, Lamer C.J. found direct state interference with the psychological integrity of the parent, describing the government action in that case as "direct state interference with the parent-child relationship" (para. 61). Later, at para. 66, Lamer C.J. referred to a child custody application as "an example of state action which directly engages the justice system and its administration" (emphasis added). He stressed that not every state action

intime du lien parent-enfant (au par. 61). Le juge en chef Lamer a conclu que l'art. 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants (au par. 55). Cependant, il a également établi, dans l'arrêt *G. (J.)*, des limites applicables aux cas où il y a atteinte à l'intégrité psychologique d'une personne. Il a affirmé que la tentative d'établir de telles limites n'est pas une «science exacte» (par. 59).

Les atteintes de l'État à l'intégrité psychologique d'une personne ne font pas toutes intervenir l'art. 7. Lorsque l'intégrité physique d'une personne est en cause, la sécurité de la personne se limite à la «tension psychologique grave causée par l'État» (le juge en chef Dickson dans *Morgentaler*, précité, à la p. 56). Je crois que le juge en chef Lamer a eu raison de dire que le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de violer l'art. 7 (*G. (J.)*, au par. 59). Selon l'expression «tension psychologique grave causée par l'État», deux conditions doivent être remplies que la sécurité de la personne soit en cause. Premièrement, le préjudice psychologique doit être causé par l'État, c'est-à-dire qu'il doit résulter d'un acte de l'État. Deuxièmement, le préjudice psychologique doit être grave. Les formes que prend le préjudice psychologique causé par le gouvernement n'entraînent pas toutes automatiquement des violations de l'art. 7. Je vais examiner successivement ces deux conditions.

(i) *Le préjudice subi par M. Blencoe résulte-t-il d'un délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne?*

Dans *G. (J.)*, le juge en chef Lamer a conclu qu'il y avait eu atteinte directe de l'État à l'intégrité psychologique du parent, qualifiant la mesure prise dans cette affaire par le gouvernement d'«ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant» (par. 61). Plus loin, au par. 66, il a dit que les demandes de garde d'enfants sont «un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice»

which interferes with the parent-child relationship would have triggered s. 7.

Stress, anxiety and stigma may arise from any criminal trial, human rights allegation, or even a civil action, regardless of whether the trial or process occurs within a reasonable time. We are therefore not concerned in this case with all such prejudice but only that impairment which can be said to flow from the delay in the human rights process. It would be inappropriate to hold government accountable for harms that are brought about by third parties who are not in any sense acting as agents of the state.

While it is incontrovertible that the respondent has suffered serious prejudice in connection with the allegations of sexual harassment against him, there must be a sufficient causal connection between the state-caused delay and the prejudice suffered by the respondent for s. 7 to be triggered. In *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, at p. 447, Dickson J. (as he then was) concluded that the causal link between the actions of government and the alleged *Charter* violation was too "uncertain, speculative and hypothetical to sustain a cause of action". In separate concurring reasons, Wilson J. also conveyed the need to have some type of direct causation between the actions of the state and the resulting deprivation. She stated, at p. 490:

> It is not necessary to accept the restrictive interpretation advanced by Pratte J., which would limit s. 7 to protection against arbitrary arrest or detention, in order to agree that the central concern of the section is direct impingement by government upon the life, liberty and personal security of individual citizens. At the very least, it seems to me, there must be a strong presumption that governmental action which concerns the relations of the state with other states, and which is therefore not directed at any member of the immediate political community, was never intended to be caught by s. 7 even although such action may have the incidental effect of increasing the risk of death or injury that individuals generally have to face. [Emphasis added.]

(je souligne). Il a souligné que les actes de l'État qui constituent une ingérence dans le lien parent-enfant ne déclenchent pas tous l'application de l'art. 7.

59 Un procès criminel, une allégation en matière de droits de la personne ou même une action au civil peut être une cause de stress, d'angoisse et de stigmatisation même lorsque le procès ou les procédures se déroulent dans un délai raisonnable. Ce qui nous intéresse en l'espèce n'est pas tout préjudice de cette nature, mais seulement l'atteinte qui, peut-on dire, résulte du délai écoulé dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne. Il serait inopportun de tenir le gouvernement responsable du préjudice causé par un tiers qui n'est aucunement un mandataire de l'État.

60 Bien que les allégations de harcèlement sexuel dont l'intimé a fait l'objet lui aient indéniablement causé un préjudice grave, il doit y avoir un lien de causalité suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi par l'intimé pour que l'art. 7 s'applique. Dans *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 447, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a conclu que le lien de causalité entre les actes du gouvernement et la violation alléguée de la *Charte* était «trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action». Dans des motifs concordants distincts, le juge Wilson a également fait état de la nécessité d'un lien direct quelconque entre les actes de l'État et l'atteinte qui en a résulté. Voici ce qu'elle a dit, à la p. 490:

> Il n'est pas nécessaire de souscrire à l'interprétation restrictive avancée par le juge Pratte, qui limiterait l'art. 7 à une protection contre les arrestations ou les détentions arbitraires, pour convenir que l'article a pour objet central l'ingérence directe du gouvernement dans la vie, la liberté et la sécurité personnelle des citoyens. À tout le moins, me semble-t-il, il doit y avoir une forte présomption qu'on n'a jamais voulu qu'une action gouvernementale relative aux relations de l'État avec d'autres États, et qui donc n'est dirigée contre aucun membre de la collectivité politique immédiate, tombe sous le coup de l'art. 7 même si cette action peut avoir l'effet incident d'accroître le risque de mort ou de préjudice auquel les gens doivent faire face en général. [Je souligne.]

61 The appellants submit that the nexus between the harm to the respondent and the alleged delay in processing the Complaints is remote. They assert that the largest measure of prejudice to Mr. Blencoe resulted not from any delay but from the publicity surrounding the events, especially his dismissal from Cabinet and later from the NDP caucus. They add that the respondent himself fought the allegations against him in the public domain. For the reasons I set out below, I also have doubts whether, on the facts, the psychological harm suffered by the respondent can be seen as the result of state-caused delay in the human rights process.

Les appelants soutiennent que le lien entre le préjudice subi par l'intimé et le délai qui se serait écoulé dans le traitement des plaintes est ténu. Selon eux, la majeure partie du préjudice causé à M. Blencoe résultait non pas d'un délai mais de la publicité qui a entouré, plus particulièrement, son exclusion du Cabinet et, par la suite, du caucus du NPD. Ils ajoutent que l'intimé a lui-même réfuté publiquement les allégations dont il faisait l'objet. Pour les motifs indiqués ci-après, je doute également qu'il soit possible, d'après les faits, de considérer que le préjudice psychologique subi par l'intimé a résulté d'un délai imputable à l'État dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne.

62 On March 1, 1995, the respondent was informed by Premier Harcourt that his former assistant, Fran Yanor, made sexual harassment allegations against him. This allegation was made public one week later. On March 9, 1995, Mr. Blencoe stepped down as Minister but remained in Cabinet, pending the results of an inquiry. He issued a press release, "vehemently denying the harassment allegations". On March 10, 1995, the national and provincial press began running stories about the respondent's resignation and allegations against him by Ms. Yanor and two other women. On April 4, 1995, Premier Harcourt removed the respondent from Cabinet and dismissed him from the NDP caucus.

Le 1er mars 1995, l'intimé a été informé par le premier ministre Harcourt que son ancienne adjointe, Fran Yanor, avait formulé des allégations de harcèlement sexuel contre lui. Ces allégations ont été rendues publiques une semaine plus tard. Le 9 mars 1995, M. Blencoe a démissionné de son poste de ministre, tout en continuant de faire partie du Cabinet, jusqu'à ce que les résultats de l'enquête soient connus. Il a diffusé un communiqué de presse dans lequel il [TRADUCTION] «niait catégoriquement les allégations de harcèlement». Le 10 mars 1995, la presse nationale et la presse provinciale ont commencé à faire état de la démission de l'intimé et des allégations formulées contre lui par Mme Yanor et deux autres femmes. Le 4 avril de la même année, le premier ministre Harcourt a exclu l'intimé du Cabinet et, ensuite, du caucus du NPD.

63 While the respondent was only notified of the Schell and Willis Complaints in July and September of 1995, the record demonstrates that Mr. Blencoe had suffered the following prejudice or "stigmatization" prior to that time: Mr. Blencoe and his family were hounded by the media from the time that the Yanor harassment allegations were made public; the respondent and his wife feared press leaks and stopped speaking to persons outside their close circle of family and friends; Mr. Blencoe's children were subjected to insults and name-calling at school; and Mr. Blencoe was under the care of a physician and was prescribed

Quoique l'intimé Blencoe n'ait été avisé des plaintes de Mmes Schell et Willis qu'en juillet et en septembre 1995, il ressort du dossier qu'il avait déjà été victime d'un préjudice ou d'une «stigmatisation»: M. Blencoe et les membres de sa famille ont été traqués par les médias dès que les allégations de harcèlement de Mme Yanor eurent été rendues publiques; craignant les indiscrétions de la presse, l'intimé et son épouse n'ont plus parlé qu'à leurs proches; les enfants de M. Blencoe ont fait l'objet d'insultes et de railleries à l'école; M. Blencoe a été suivi par un médecin qui lui a prescrit des antidépresseurs dès avril 1995.

antidepressants by April of 1995. The respondent himself admits that from mid-March 1995 until August 1995, he was "extremely unwell". From April 11, 1995, to September 7, 1995, the respondent was on medical leave from the legislature. In the Fall of 1995, Mr. Blencoe considered whether to run in the upcoming election. Since he suspected that Premier Harcourt would refuse to sign his nomination papers, he decided not to seek the NDP nomination in his riding and resigned from the party on December 29, 1995**.** All of these events had occurred prior to any delays in the proceedings.

L'intimé lui-même reconnaît que, à partir de la mimars jusqu'au mois d'août 1995, il allait [TRADUCTION] «très mal». Du 11 avril au 7 septembre 1995, il s'est absenté de l'assemblée législative pour cause de maladie. À l'automne de 1995, M. Blencoe s'est demandé s'il solliciterait un nouveau mandat lors du prochain scrutin. Comme il s'attendait à ce que le premier ministre Harcourt refuse de signer sa mise en candidature, il a décidé de ne pas se porter candidat du NPD dans sa circonscription et a démissionné du parti le 29 décembre 1995. Tous ces événements ont précédé quelque délai que ce soit dans les procédures.

There is no question that the respondent's life and that of his family have been terribly affected by the allegations of sexual harassment against him. His political career appears to be finished and, as professed by Lowry J., "[t]he impact on his family of what has seemed at times an unrelenting media coverage has been traumatic" (para. 12). The respondent attributes this prejudice to the delay in the human rights proceedings. McEachern C.J.B.C. agreed, stating (at para. 53) that:

64 Il ne fait aucun doute que les allégations de harcèlement sexuel ont terriblement nui à la vie personnelle de l'intimé et à celle des membres de sa famille. Sa carrière politique semble terminée et, comme l'a affirmé le juge Lowry, [TRADUCTION] «ce qui s'apparentait par moments à un acharnement médiatique a été traumatisant pour les membres de sa famille» (par. 12). L'intimé attribue ce préjudice au délai écoulé dans le déroulement des procédures en matière de droits de la personne. Le juge en chef McEachern lui a donné raison (au par. 53):

> There can be no doubt that [Blencoe] was severely wounded by the publicity surrounding his dismissal from the Cabinet. Such is the price of public life. But for these proceedings, however, it might reasonably be expected that the overwhelming attention would have died away and [Blencoe] and his family could have attempted to reconstruct their lives. [Emphasis added.]

> [TRADUCTION] On ne saurait douter que [Blencoe] a profondément souffert de la publicité qui a entouré son exclusion du Cabinet. Tels sont les aléas de la vie publique. Or, n'eût été des procédures, on aurait pu raisonnablement s'attendre à ce que l'attention considérable s'estompe et à ce que [Blencoe] et les membres de sa famille puissent tenter de retrouver une vie normale. [Je souligne.]

With respect, I cannot agree with McEachern C.J.B.C.'s speculation that the respondent would have been able to reconstruct his life but for the proceedings (or I should say, delay in the proceedings). A higher level of certainty is required than "might reasonably be expected" in order to find that government has caused a deprivation of an individual's *Charter* rights.

En toute déférence, je ne puis souscrire à la supposition du juge en chef McEachern que l'intimé aurait pu retrouver une vie normale n'eût été des procédures (ou, devrais-je dire, du délai écoulé dans les procédures). Pour conclure que le gouvernement a porté atteinte aux droits d'une personne garantis par la *Charte*, il faut plus de certitude que ce à quoi [TRADUCTION] «on aurait pu raisonnablement s'attendre».

Based on the above facts, the Willis and Schell allegations were clearly not the first events in the sexual harassment claims against the respondent. Lambert J.A. asserted that "[t]he human rights pro-

65 D'après les faits susmentionnés, les allégations de M[mes] Willis et Schell ne constituaient manifestement pas les premiers maillons de la chaîne des événements relatifs aux plaintes de harcèlement

cess started with the complaints in *April, 1995*" (para. 5 (emphasis in original)). Based on the record, however, it is clear that the Willis and Schell Complaints were only filed with the Commission in July and August of that year. The respondent himself asserts that the complaints to the Premier's office are what resulted in his removal from Cabinet and caucus. He makes this assertion to support his contention that the date from which the delay should be computed should pre-date the official Complaints to the Commission. This argument rather undermines the respondent's assertion that the state caused his prejudice. The central event leading to the intense media scrutiny was the dismissal of the respondent from Cabinet and caucus in April 1995, following the allegations of Fran Yanor. At that time, there had been no complaints to the Commission. The Yanor allegations are thus more closely tied to the dismissal from Cabinet, and consequently the stigma. I therefore find that the most prejudicial impact on Mr. Blencoe was caused not by the actions of the Commission but rather by the events prior to the Complaints which caused the respondent to be ousted from Cabinet and caucus as well as the result of actions by non-governmental actors such as the press, employers and a soccer association. The harm to the respondent resulted from the publicity surrounding the allegations themselves coupled with the political fall-out which ensued rather than any delay in the human rights proceedings which had yet to commence at the time that the respondent began to experience stigma.

sexuel contre l'intimé. Le juge Lambert a dit que [TRADUCTION] «[l]e processus en matière de droits de la personne a été enclenché par le dépôt des plaintes en *avril 1995*» (par. 5 (en italique dans l'original)). Toutefois, selon le dossier, il est clair que la Commission n'a été saisie des plaintes de M^mes^ Willis et Schell qu'en juillet et en août de la même année. L'intimé lui-même affirme que ce sont les plaintes reçues au bureau du premier ministre qui ont entraîné son exclusion du Cabinet et du caucus. Cette affirmation vise à étayer sa prétention que la date à partir de laquelle le délai devrait être calculé est antérieure au dépôt officiel des plaintes à la Commission. Cet argument mine plutôt sa prétention que l'État est à l'origine du préjudice qu'il a subi. L'événement central à l'origine de la grande couverture médiatique a été l'exclusion de l'intimé du Cabinet et du caucus en avril 1995, à la suite des allégations de Fran Yanor. À l'époque, la Commission n'avait encore été saisie d'aucune plainte. Les allégations de M^me^ Yanor sont donc plus étroitement liées à l'exclusion du Cabinet et, par conséquent, à la stigmatisation. Je conclus donc que l'effet le plus préjudiciable sur M. Blencoe résulte non pas des actes de la Commission, mais plutôt d'événements antérieurs au dépôt des plaintes qui ont entraîné son expulsion du Cabinet et du caucus, ainsi que du comportement d'acteurs non gouvernementaux comme les journalistes, les employeurs et une association de soccer. Le préjudice subi par l'intimé est imputable à la publicité ayant entouré les allégations elles-mêmes et aux retombées politiques qui ont suivi, et non pas à un délai dans les procédures en matière de droit de la personne qui n'avait pas encore commencé à s'écouler lorsque l'intimé a commencé à être victime d'une stigmatisation.

66 Lambert J.A. rejected the connection between the delay and the prejudice. Although recognizing that the respondent and his family had suffered dreadfully, Lambert J.A. found that "[n]one of that stigma was brought about by the processes under the *Human Rights Act* or the *Human Rights Code*. Nor, in my opinion, was it much exacerbated by those processes" (para. 29). Lambert J.A. was also of the opinion that the stigma would not come to

Le juge Lambert a écarté tout lien entre le délai écoulé et le préjudice subi. Tout en reconnaissant que l'intimé et les membres de sa famille avaient souffert terriblement, il a conclu que [TRADUCTION] «[c]ette stigmatisation n'était aucunement imputable aux procédures fondées sur la *Human Rights Act* ou le *Human Rights Code*. À mon sens, ces procédures ne l'ont pas beaucoup aggravée non plus» (par. 29). Le juge Lambert était aussi d'avis

an end after the Tribunal had made its decision, "no matter the content of that decision" (para. 29).

I am in agreement with Lowry J. and Lambert J.A. on this issue. My understanding is that there remains a civil suit pending against Mr. Blencoe for sexual harassment and that Ms. Willis's Complaint against the Government on these very same issues has not been stayed. The prolongation of stigma from this ongoing publicity was therefore likely regardless of the delay in the human rights proceedings. At best, the respondent was deprived of a speedy opportunity to clear his name.

While I conclude that the delay in the human rights process was not the direct cause of the respondent's prejudice, another question which arises is whether it exacerbated his prejudice. According to McEachern C.J.B.C., the excessive delay in the human rights proceedings both created a stigma against Mr. Blencoe and exacerbated an existing prejudice, which, according to the majority of the Court of Appeal, is tantamount to the creation of the prejudice itself. McEachern C.J.B.C. relied on the decision of this Court in *Rodriguez*, *supra*, to find that the Commission's exacerbation of the deprivation of security of the person that Mr. Blencoe suffered at the hands of the media, triggered s. 7 (at para. 56). The respondent similarly argues that the delay exacerbated the stigmatization, claiming that additional media stories surfaced each time there was a new development in the processing of the Complaints. He relies on this Court's decision in *Morgentaler*, *supra*, to support the position that it is sufficient if the delay is "a contributing cause" of the prejudice.

First, with respect to this "contributing cause" argument, I find it very difficult to equate the situations in *Rodriguez* and *Morgentaler* with that in the case at bar. In *Rodriguez*, the Crown had erroneously characterized Mrs. Rodriguez's deprivation of security of the person as caused not by government but by her physical disabilities. In rejecting that argument, Sopinka J. held that the *Criminal Code* prohibition at s. 241(*b*) would conque la stigmatisation ne prendrait pas fin dès que le Tribunal aurait rendu sa décision [TRADUCTION] «quelle qu'elle soit» (par. 29).

67 Je partage l'avis des juges Lowry et Lambert à cet égard. Si je comprends bien, M. Blencoe fait toujours l'objet de poursuites civiles pour harcèlement sexuel, et la plainte que M^me^ Willis a déposée contre le gouvernement pour les mêmes motifs n'a pas été suspendue. Il était donc probable que la stigmatisation résultant de cette publicité incessante se poursuivrait peu importe le délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Au mieux, l'intimé a été privé de la possibilité de se disculper rapidement.

68 Même si je conclus que le délai écoulé dans le déroulement du processus en matière de droits de la personne n'a pas été la cause directe du préjudice subi par l'intimé, une autre question qui se pose est de savoir s'il a aggravé ce préjudice. Selon le juge en chef McEachern, le délai excessif dans les procédures en matière de droits de la personne a à la fois stigmatisé M. Blencoe et aggravé un préjudice existant, ce qui, selon la Cour d'appel à la majorité, équivaut au fait même de causer le préjudice. Le juge en chef McEachern s'est fondé sur l'arrêt *Rodriguez*, précité, de notre Cour pour conclure que l'aggravation, par la Commission, de l'atteinte que les médias portaient à la sécurité de la personne de M. Blencoe déclenchait l'application de l'art. 7 (au par. 56). De même, l'intimé fait valoir que le délai a aggravé la stigmatisation du fait que l'affaire refaisait surface dans les médias chaque fois qu'il y avait du nouveau dans le traitement des plaintes. Il s'appuie sur l'arrêt *Morgentaler*, précité, de notre Cour pour affirmer qu'il suffit que le délai écoulé soit un «facteur qui a contribué» au préjudice.

69 Premièrement, en ce qui concerne l'argument du «facteur qui a contribué», il me semble très difficile d'assimiler les situations dans les affaires *Rodriguez* et *Morgentaler* à celle qui existe en l'espèce. Dans l'affaire *Rodriguez*, le ministère public avait imputé à tort l'atteinte à la sécurité de la personne de M^me^ Rodriguez non pas au gouvernement, mais à ses déficiences physiques. En rejetant cet argument, le juge Sopinka a conclu que l'inter-

tribute to Mrs. Rodriguez's distress if she was prevented from managing her death (at p. 584). A *Criminal Code* prohibition therefore directly deprived Mrs. Rodriguez of the ability to terminate her life. The Court in *Rodriguez* surely did not eliminate the need to establish a relationship between the harm complained of and the state action. In *Rodriguez*, all of the members of the Court agreed that government actions deprived Mrs. Rodriguez of the right to terminate her life at the time of her choosing. In the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights. The same cannot be said of the facts in the case at bar.

diction prévue à l'al. 241*b*) du *Code criminel* contribuerait à la souffrance de M^me^ Rodriguez si on l'empêchait de gérer sa mort (à la p. 584). Une interdiction du *Code criminel* empêchait donc directement M^me^ Rodriguez de mettre fin à ses jours. Dans l'affaire *Rodriguez*, notre Cour n'a sûrement pas éliminé la nécessité d'établir l'existence d'un lien entre le préjudice reproché et l'acte de l'État. Tous les juges de notre Cour ont reconnu que des actes de l'État portaient atteinte au droit de M^me^ Rodriguez de mettre fin à ses jours au moment qu'elle jugerait opportun. N'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^me^ Rodriguez par l'art. 7. On ne peut en dire autant des circonstances de la présente affaire.

70 In the same vein, the *Morgentaler* case dealt with direct state interference with a woman's bodily integrity in that the delays in obtaining therapeutic abortions were caused by the mandatory procedures in s. 251 of the *Criminal Code* and resulted in a higher probability of complications and greater health risks to women. In that case, it could not have been argued that the cause of the deprivation is a woman's pregnancy rather than the *Criminal Code* prohibition. The decisions in *Morgentaler* and *Rodriguez* do not, in my opinion, obviate the need to establish a significant connection between the harm and the impugned state action to invoke the *Charter*.

Dans le même ordre d'idées, l'affaire *Morgentaler* portait sur l'atteinte directe de l'État à l'intégrité corporelle des femmes, étant donné que le délai requis pour obtenir un avortement thérapeutique résultait de la procédure prescrite par l'art. 251 du *Code criminel* et augmentait le risque de complications et le danger pour la santé des femmes. Dans cette affaire, on n'aurait pas pu faire valoir que l'atteinte était imputable à la grossesse plutôt qu'à l'interdiction du *Code criminel*. Les arrêts *Morgentaler* et *Rodriguez* ne permettent pas, à mon avis, d'échapper à l'obligation d'établir l'existence d'un lien important entre le préjudice et l'acte reproché à l'État pour pouvoir invoquer la *Charte*.

71 Moreover, even accepting this exacerbation argument, it is difficult to see how the respondent's prejudice was seriously exacerbated by the delays. In the absence of delays in the proceedings, the respondent would nevertheless have faced unproven allegations of sexual harassment and discrimination and suffered stigma as a result. It is thus clear that the respondent's reputation was harmed prior to the filing of the Complaints with the Commission. The delays in the proceedings could only have extended the time that rumours were circulating. As previously mentioned, the continuation of the concurrent complaint and civil action must also be considered. As professed by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. O'Connor*, [1995] 4

En outre, même si l'argument de l'aggravation est retenu, il est difficile de voir comment le délai a aggravé sérieusement le préjudice subi par l'intimé. Même en l'absence de tout délai dans les procédures, l'intimé aurait fait face à des allégations non prouvées de harcèlement et de discrimination sexuels et aurait été stigmatisé en conséquence. Il est donc clair qu'il y a eu atteinte à la réputation de l'intimé avant le dépôt des plaintes devant la Commission. Le délai dans les procédures n'a pu contribuer qu'à prolonger la période pendant laquelle des rumeurs ont circulé. Comme je l'ai déjà mentionné, il faut également prendre en considération le fait que la plainte et les poursuites au civil concomitantes avaient toujours cours.

S.C.R. 411, at para. 119, with respect to privacy, "once invaded, it can seldom be regained". Much the same is true of reputation; it is quickly ruined and difficult to re-establish. It is thus difficult to see how procedural delay could have seriously increased the damage to the respondent's reputation that had already been done. The true prejudice to the respondent in this case may only be the lost opportunity to clear his name rapidly.

Comme le juge L'Heureux-Dubé l'a affirmé, au sujet de la vie privée, dans *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 119, «dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité». Il en va généralement de même de la réputation; elle peut être ternie rapidement, mais elle est difficile à rétablir. On voit mal comment un délai de procédure pourrait avoir sérieusement accru le préjudice déjà causé à la réputation de l'intimé. Il se peut que le véritable préjudice qui a été causé à l'intimé en l'espèce ait seulement été la perte de la possibilité de se disculper rapidement.

At trial, Lowry J. made the following finding concerning the cause of Mr. Blencoe's suffering (at para. 13):

> The stigma attached to the outstanding complaints has certainly contributed in large measure to the very real hardship Mr. Blencoe has experienced. His public profile as a Minister of the Crown rendered him particularly vulnerable to the media attention that has been focused on him and his family, and the hardship has, in the result, been protracted and severe.

72 En première instance, le juge Lowry a conclu ce qui suit au sujet de la cause des souffrances de M. Blencoe (au par. 13):

> [TRADUCTION] La stigmatisation liée aux plaintes dont M. Blencoe faisait l'objet a sûrement contribué dans une large mesure aux difficultés très réelles qu'il a éprouvées. Du fait de sa visibilité en tant que ministre du gouvernement, il était davantage exposé à l'attention que les médias lui ont portée à lui-même et à sa famille, ce qui explique la longueur et la gravité des difficultés qui ont résulté.

Perhaps this statement supports the view that the outstanding Complaints did contribute to the stigma to some degree and that it was therefore a cause of the respondent's suffering. Because I find in the next section that the state has not directly intruded into a private and intimate sphere of the respondent's life, I assume without deciding that there is a sufficient nexus between the state-caused delay and the prejudice to Mr. Blencoe. I now turn to the question of whether this interference amounts to a violation of the respondent's security of the person.

73 Cet énoncé confirme peut-être que les plaintes dont M. Blencoe faisait l'objet ont jusqu'à un certain point contribué à la stigmatisation et qu'elles ont donc été l'une des causes de ses souffrances. Étant donné que je conclus ci-après que l'État ne s'est pas directement immiscé dans la vie privée et intime de l'intimé, je présume, sans pour autant le décider, qu'il existe un lien suffisant entre le délai imputable à l'État et le préjudice subi par M. Blencoe. Je vais maintenant passer à la question de savoir si cette immixtion constitue une atteinte à la sécurité de la personne de l'intimé.

(ii) *Quality of the Interference*

(ii) *Qualité de l'immixtion*

74 McEachern C.J.B.C. concluded that liberty and security of the person under s. 7 protect both the privacy and dignity of individuals against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation of the kind suffered by Mr. Blencoe (at para. 101). He therefore conflated s. 7 into a general right to dignity and protection against the stigma of undue, prolonged humiliation and public degradation suffered as a result of an administra-

74 Le juge en chef McEachern a conclu que le droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 protège à la fois la vie privée et la dignité de l'individu contre la stigmatisation découlant d'un opprobre prolongé et injustifié comme celui dont M. Blencoe a été victime (au par. 101). Il a donc considéré que l'art. 7 confère un droit général à la dignité et à la protection contre l'opprobre prolongé et injustifié qui résulte de

tive proceeding. The question which arises is whether the rights of "liberty and security of the person" protected by s. 7 of the *Charter* include a generalized right to dignity, or more specifically, a right to be free from stigma associated with a human rights complaint? In my opinion, they do not.

75 The "right to dignity" accepted by McEachern C.J.B.C. essentially rests on several ideas. First, it is based on previous statements by this Court as to the importance and value of dignity. Second, it is based on the recognition in cases such as *Morgentaler* and *O'Connor* that state-induced psychological stress can infringe s. 7. Third, McEachern C.J.B.C. imports the notion of "stigma" as developed under s. 11(*b*) of the *Charter* in the criminal law context. Each of these bases for a generalized right to dignity under s. 7 will be addressed in turn.

1. Dignity

76 The *Charter* and the rights it guarantees are inextricably bound to concepts of human dignity. Indeed, notions of human dignity underlie almost every right guaranteed by the *Charter* (*Morgentaler*, *supra*, at pp. 164-66, *per* Wilson J.). As professed by Dickson C.J. in his discussion of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

> The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified. [Emphasis added.]

procédures administratives. La question qui se pose est de savoir si les droits «à la liberté et à [l]a sécurité de la personne» garantis par l'art. 7 de la *Charte* comportent un droit général à la dignité ou, plus précisément, un droit à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne? Selon moi, ils ne comportent pas un tel droit.

Le «droit à la dignité» reconnu par le juge en chef McEachern repose essentiellement sur diverses idées. Premièrement, il s'appuie sur les propos que notre Cour a déjà tenus au sujet de l'importance et de la valeur de la dignité. Deuxièmement, il est fondé sur la reconnaissance, dans des affaires comme *Morgentaler* et *O'Connor*, que la tension psychologique causée par l'État peut violer l'art. 7. Troisièmement, le juge en chef McEachern transpose dans le contexte du droit criminel la notion de «stigmatisation» conçue sous le régime de l'al. 11*b*) de la *Charte*. Ces trois fondements d'un droit général à la dignité sous le régime de l'art. 7 seront examinés successivement.

1. Dignité

La *Charte* et les droits qu'elle garantit sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. En fait, cette notion sous-tend presque tous les droits garantis par la *Charte* (*Morgentaler*, précité, aux pp. 164 à 166, le juge Wilson). Comme le juge en chef Dickson l'a dit en analysant l'article premier de la *Charte* dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

> Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer. [Je souligne.]

In *Rodriguez*, *supra*, Sopinka J. states that it is unquestioned that respect for human dignity is an underlying principle upon which our society is based (at p. 592). In *O'Connor*, *supra*, at para. 63, L'Heureux-Dubé J. states that, "[t]his Court has repeatedly recognized that human dignity is at the heart of the *Charter*". More recently, this Court has stated in *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497, at para. 51, that the purpose of s. 15(1) of the *Charter*, "is to prevent the violation of essential human dignity and freedom". Respect for the inherent dignity of persons is clearly an essential value in our free and democratic society which must guide the courts in interpreting the *Charter*. This does not mean, however, that dignity is elevated to a free-standing constitutional right protected by s. 7 of the *Charter*. Dignity has never been recognized by this Court as an independent right but has rather been viewed as finding expression in rights, such as equality, privacy or protection from state compulsion. In cases such as *Morgentaler*, *Rodriguez* and *B. (R.)*, dignity was linked to personal autonomy over one's body or interference with fundamental personal choices. Indeed, dignity is often involved where the ability to make fundamental choices is at stake.

77 Dans l'arrêt *Rodriguez*, précité, le juge Sopinka affirme qu'on ne conteste pas que le respect de la dignité humaine est un principe fondamental de notre société (à la p. 592). Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 63, le juge L'Heureux-Dubé précise que «[n]otre Cour a reconnu à plusieurs reprises que la dignité humaine est au cœur de la *Charte*». Plus récemment, dans l'arrêt *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, au par. 51, notre Cour a statué que le par. 15(1) de la *Charte* a pour objet «d'empêcher toute atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles». Le respect de la dignité inhérente des gens est nettement une valeur essentielle de notre société libre et démocratique, qui doit guider les tribunaux dans l'interprétation de la *Charte*. Cela ne signifie pas, cependant, que l'on fait de la dignité un droit constitutionnel distinct garanti par l'art. 7 de la *Charte*. La dignité n'a jamais été reconnue comme un droit indépendant par notre Cour, mais a plutôt été perçue comme s'exprimant dans des droits comme celui à l'égalité, à la vie privée ou à la protection contre la contrainte de l'État. Dans des affaires comme *Morgentaler*, *Rodriguez* et *B. (R.)*, la dignité était liée à l'autonomie de la personne relativement à la maîtrise de son corps ou à l'ingérence dans des choix personnels fondamentaux. En fait, la dignité est souvent en cause lorsque la capacité de faire des choix fondamentaux est compromise.

In my view, the notion of "dignity" in the decisions of this Court is better understood not as an autonomous *Charter* right, but rather, as an underlying value. In *Beare*, *supra*, at p. 401, La Forest J. cautions that s. 7 must not be interpreted too broadly, stating that:

78 À mon sens, il vaut mieux considérer la notion de «dignité» que l'on trouve dans la jurisprudence de notre Cour comme une valeur sous-jacente que comme un droit autonome garanti par la *Charte*. Dans l'arrêt *Beare*, précité, à la p. 401, le juge La Forest prévient que l'art. 7 ne doit pas être interprété de façon trop large:

> Like other provisions of the *Charter*, s. 7 must be construed in light of the interests it was meant to protect. It should be given a generous interpretation, but it is important not to overshoot the actual purpose of the right in question. . . .

> Comme d'autres dispositions de la *Charte*, l'art. 7 doit être interprété en fonction des intérêts qu'il est censé protéger. Il doit recevoir une interprétation généreuse, mais il est important de ne pas outrepasser le but réel du droit en question . . .

While this statement may have been *obiter* since the case was decided on the principles of fundamental justice, this caution with respect to the interpretation of "life, liberty and security of the person" is relevant nevertheless. La Forest J. chose

Bien qu'elle ait pu être faite de manière incidente étant donné que l'affaire était tranchée en fonction des principes de justice fondamentale, cette mise en garde concernant l'interprétation du droit «à la vie, à la liberté et à la sécurité de [l]a personne» est

not to base his finding of a s. 7 deprivation on any principle of "dignity or self-respect", as did Bayda C.J.S. of the Court of Appeal in that case. La Forest J. chose instead to find a deprivation of liberty and security of the person for the reasons of Cameron J.A. in the court below, based on the statutory requirement that a person surrender himself into the custody of the authorities and submit to bodily intrusions on pain of arrest and prosecution. La Forest J. conveys this, at p. 402:

> The Court of Appeal, we saw, found that the impugned provisions constituted an infringement of the right guaranteed by the opening words of s. 7, the majority because fingerprinting offends the "dignity and self-respect" of at least those persons who because of their self-perception or the perception of the community would feel demeaned by being thus treated. In short, the majority thought that being subjected to fingerprinting was to be treated like a criminal. This approach appears to be broad and indefinite and to introduce an undesirable notion of differentiation among those subjected to the procedure. For my part, I prefer the more specific finding of Cameron J.A. that the impugned provisions infringe the rights guaranteed by s. 7 because they require a person to appear at a specific time and place and oblige that person to go through an identification process on pain of imprisonment for failure to comply. [Emphasis added.]

néanmoins pertinente. Dans cette affaire, le juge La Forest n'a pas choisi, comme l'avait fait le juge en chef Bayda de la Cour d'appel, de fonder sa conclusion à une violation de l'art. 7 sur un principe quelconque de «dignité ou de respect de soi». Il a plutôt conclu à l'existence d'une atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne pour les motifs exprimés par le juge Cameron de la Cour d'appel, compte tenu de l'exigence légale qu'une personne se rende aux autorités, se soumette à la détention et subisse des atteintes physiques sous peine d'emprisonnement et de poursuites. Le juge La Forest dit ceci, à la p. 402:

> La Cour d'appel, nous l'avons vu, a jugé que les dispositions attaquées portaient atteinte au droit garanti par la première partie de l'art. 7, la majorité estimant que la prise des empreintes digitales est une atteinte «à la dignité et au respect de soi» dans le cas, à tout le moins, des personnes qui, à cause de leur propre perception ou de la perception de la collectivité se sentent humiliées par un tel traitement. En bref, la majorité pensait qu'être soumis à la prise d'empreintes digitales, c'était être traité comme un criminel. Cette vision des choses est large et indéfinie et introduit un élément regrettable de différenciation entre les diverses personnes qui sont soumises à la procédure. Pour ma part, je préfère la constatation plus précise du juge Cameron, que les dispositions attaquées enfreignent les droits garantis par l'art. 7 parce qu'elles obligent une personne à comparaître à une date et dans un lieu précis, et à subir une procédure d'identification sous peine d'emprisonnement en cas de refus d'obtempérer. [Je souligne.]

79 According to the respondent, the human dignity of a person is closely tied to a person's reputation and privacy interests. Indeed, much of the harm which has been suffered by Mr. Blencoe in this case has been the damage which has been done to his reputation. Essentially, the respondent argues that his reputation has been ruined through the stigma he has suffered as a result of the publicity relating to the human rights proceedings against him. While this Court found in *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, that reputation was a concept underlying *Charter* rights, it too is not an independent *Charter* right in and of itself (at para. 120):

Selon l'intimé, la dignité d'une personne est étroitement liée à sa réputation et à son droit à la vie privée. En réalité, l'atteinte à la réputation représente une bonne partie du préjudice subi par M. Blencoe en l'espèce. L'intimé fait essentiellement valoir que la stigmatisation résultant de la publicité qui a entouré les procédures en matière de droit de la personne engagées contre lui a contribué à ruiner sa réputation. Même si notre Cour a conclu, dans *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, que la réputation est un concept qui sous-tend les droits garantis par la *Charte*, elle n'est pas non plus elle-même un droit indépendant garanti par la *Charte* (au par. 120):

Although it is not specifically mentioned in the *Charter*, the good reputation of the individual represents and reflects the innate dignity of the individual, a concept which underlies all the *Charter* rights. It follows that the protection of the good reputation of an individual is of fundamental importance to our democratic society. [Emphasis added.]

Bien qu'elle ne soit pas expressément mentionnée dans la *Charte*, la bonne réputation de l'individu représente et reflète sa dignité inhérente, concept qui sous-tend tous les droits garantis par la *Charte*. La protection de la bonne réputation d'un individu est donc d'importance fondamentale dans notre société démocratique. [Je souligne.]

Respect for a person's reputation, like respect for dignity of the person, is a value that underlies the *Charter*. These two values do not support the respondent's proposition that protection of reputation or freedom from the stigma associated with human rights complaints are independent constitutional s. 7 rights. Moreover, the above passages from *Hill* regarding the protection of reputation were made in the context of a defamation case. Defamation laws are intended to protect reputation. Dignity and reputation are not self-standing rights. Neither is freedom from stigma. I would therefore agree with the following passage from *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, at p. 1170, wherein Lamer J. cautioned:

80 Le respect de la réputation d'une personne, tout comme le respect de sa dignité, est une valeur qui sous-tend la *Charte*. Ces deux valeurs n'étayent pas l'argument de l'intimé que la protection de la réputation ou la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne constitue un droit constitutionnel indépendant garanti par l'art. 7. En outre, les extraits précités de l'arrêt *Hill* concernant la protection de la réputation ont pour contexte une poursuite en diffamation. Les règles en matière de diffamation visent à protéger la réputation. La dignité et la réputation ne sont pas des droits distincts. La protection contre la stigmatisation ne l'est pas non plus. Je souscrirais donc à l'extrait suivant du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, précité, à la p. 1170, où le juge Lamer a fait la mise en garde suivante:

If liberty or security of the person under s. 7 of the *Charter* were defined in terms of attributes such as dignity, self-worth and emotional well-being, it seems that liberty under s. 7 would be all inclusive. In such a state of affairs there would be serious reason to question the independent existence in the *Charter* of other rights and freedoms such as freedom of religion and conscience or freedom of expression.

Si la liberté ou la sécurité de la personne en vertu de l'art. 7 de la *Charte* étaient définies en fonction d'attributs comme la dignité, la valorisation et le bien-être sur le plan émotionnel, il semble que la liberté en vertu de l'art. 7 aurait une portée illimitée. Si tel était le cas, on pourrait sérieusement mettre en doute l'existence indépendante, dans la *Charte*, d'autres droits et libertés comme la liberté de conscience et de religion ou la liberté d'expression.

2. State Interference with Psychological Integrity

2. Atteinte de l'État à l'intégrité psychologique

81 In order for security of the person to be triggered in this case, the impugned state action must have had a serious and profound effect on the respondent's psychological integrity (*G. (J.)*, *supra*, at para. 60). There must be state interference with an individual interest of fundamental importance (at para. 61). Lamer C.J. stated in *G. (J.)*, at para. 59:

Pour que la sécurité de la personne soit en cause en l'espèce, l'acte reproché à l'État doit avoir eu des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique de l'intimé (*G. (J.)*, précité, au par. 60). L'État doit avoir porté atteinte à un droit individuel d'importance fondamentale (au par. 61). Dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, au par. 59, le juge en chef Lamer a dit ce qui suit:

It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and

Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l'individu contre les tensions et les

anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected.

He went on to state (at paras. 63-64):

> Not every state action which interferes with the parent-child relationship will restrict a parent's right to security of the person. For example, a parent's security of the person is not restricted when, without more, his or her child is sentenced to jail or conscripted into the army. Nor is it restricted when the child is negligently shot and killed by a police officer: see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268.
>
> While the parent may suffer significant stress and anxiety as a result of the interference with the relationship occasioned by these actions, the quality of the "injury" to the parent is distinguishable from that in the present case. In the aforementioned examples, the state is making no pronouncement as to the parent's fitness or parental status, nor is it usurping the parental role or prying into the intimacies of the relationship. In short, the state is not directly interfering with the psychological integrity of the parent *qua* parent. The different effect on the psychological integrity of the parent in the above examples leads me to the conclusion that no constitutional rights of the parent are engaged. [Emphasis added.]

82 The quality of the injury must therefore be assessed. In my opinion, all of the cases which have come within the broad interpretation of "security of the person" outside of the penal context differ markedly from the interests that are at issue in this case. Violations of security of the person in this context include only serious psychological incursions resulting from state interference with an individual interest of fundamental importance.

83 It is only in exceptional cases where the state interferes in profoundly intimate and personal choices of an individual that state-caused delay in human rights proceedings could trigger the s. 7 security of the person interest. While these funda-

angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d'innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu'elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l'étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits.

Il a ajouté ceci (aux par. 63 et 64):

> Les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne. Par exemple, ce droit n'est pas restreint du seul fait que l'enfant est condamné à la prison ou enrôlé dans l'armée par conscription. Pas plus qu'il ne l'est lorsque l'enfant est abattu par négligence par un agent de police: *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268.
>
> Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'angoisse importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu. [Je souligne.]

Le préjudice doit donc être évalué sur le plan qualitatif. À mon avis, la présente affaire, en raison des droits qui sont en cause, diffère sensiblement de toutes les affaires non pénales que l'on a considérées comme n'étant pas visées par la notion de «sécurité de la personne», à l'issue d'une interprétation large de cette notion. L'atteinte à la sécurité de la personne dans le présent contexte n'englobe que l'atteinte grave à l'intégrité psychologique résultant de l'atteinte de l'État à un droit individuel d'importance fondamentale.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels où l'État s'ingère dans des choix profondément intimes et personnels d'un individu que le délai imputable à l'État, dans des procédures en matière de droits de la personne, pourrait déclencher l'ap-

mental personal choices would include the right to make decisions concerning one's body free from state interference or the prospect of losing guardianship of one's children, they would not easily include the type of stress, anxiety and stigma that result from administrative or civil proceedings.

In *O'Connor*, *supra*, this Court dealt with the disclosure of therapeutic records of a complainant in a sexual assault case. L'Heureux-Dubé J. described the psychological trauma that could be faced by sexual assault victims if forced to disclose their therapeutic records, at para. 112:

These people must contemplate the threat of disclosing to the very person accused of assaulting them in the first place, and quite possibly in open court, records containing intensely private aspects of their lives, possibly containing thoughts and statements which have never even been shared with the closest of friends or family.

Such a situation amounts to direct state interference with a complainant's psychological integrity. Moreover, *O'Connor* was reached primarily on the basis of privacy concerns and animated by principles protected by s. 8 of the *Charter*. In *O'Connor*, at para. 110, L'Heureux-Dubé J. listed the cases in which the Court "expressed sympathy" for the idea that s. 7 includes a right to privacy. But she concluded that people have only a "reasonable expectation of privacy" (emphasis deleted) because privacy "must be balanced against legitimate societal needs" (para. 117). However, unlike sexual assault victims who may be said to have a reasonable expectation of privacy in their therapeutic records, the Commission in this case has not invaded any of the respondent's privacy interests. If there was any invasion of the respondent's privacy, it cannot be said to have resulted from state action. Moreover, when one assumes a very prominent public office as the respondent has, it is arguable that a certain amount of public scrutiny is to be expected. The respondent injected himself into the public realm and the public scrutiny that it entailed. An individ-

plication du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Même si ces choix personnels fondamentaux comprenaient le droit de prendre des décisions concernant son propre corps sans intervention de l'État ou sans risque de perdre la garde d'un enfant, ils pourraient difficilement inclure le genre de stress, d'angoisse et de stigmatisation qui résulte de procédures administratives ou civiles.

84 Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, notre Cour était appelée à se prononcer sur la communication du dossier thérapeutique d'une plaignante dans une affaire d'agression sexuelle. Le juge L'Heureux-Dubé a décrit le traumatisme psychique auquel pouvaient faire face les victimes d'agression sexuelle tenues de communiquer leurs dossiers thérapeutiques (au par. 112):

Elles doivent envisager la menace de divulguer à la personne accusée de les avoir agressées en premier lieu, et très probablement en pleine cour, des dossiers contenant des aspects totalement privés de leur vie, contenant probablement des pensées et des déclarations qui n'ont jamais été partagées avec leurs amis les plus intimes ou leur famille.

Il s'agit là d'une atteinte directe de l'État à l'intégrité psychologique d'une plaignante. De plus, l'arrêt *O'Connor* était fondé principalement sur des préoccupations en matière de vie privée et s'inspirait de principes protégés par l'art. 8 de la *Charte*. Dans cet arrêt, au par. 110, le juge L'Heureux-Dubé a énuméré les affaires dans lesquelles notre Cour «a favorisé» l'idée que l'art. 7 garantit notamment un droit à la vie privée. Elle a cependant conclu que les gens n'ont qu'une «attente raisonnable en matière de protection de la vie privée» (soulignement omis), car la protection de la vie privée «doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société» (par. 117). Toutefois, à la différence des victimes d'agression sexuelle dont on peut dire qu'elles ont, à l'égard de leurs dossiers thérapeutiques, une attente raisonnable en matière de protection de leur vie privée, la Commission en l'espèce n'a pas porté atteinte au droit à la vie privée de l'intimé. S'il y a eu atteinte au droit à la vie privée de l'intimé, on ne saurait dire qu'elle résulte d'un acte de l'État. En outre, on peut soutenir que la personne

ual can have no more than a reasonable expectation of privacy.

qui occupe une charge publique aussi importante que celle de l'intimé peut s'attendre à être exposée, dans une certaine mesure, à l'attention du public. L'intimé s'est lancé lui-même dans le domaine des affaires publiques et s'est exposé lui-même à l'attention qui s'y rattache. Nul ne peut avoir davantage qu'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée.

85 Where the therapeutic relationship between a sexual assault complainant and his or her physician is threatened by the disclosure of private records, this Court has recently held that security of the person is implicated (*R. v. Mills*, [1999] 3 S.C.R. 668 (hereinafter "*Mills* (1999)"), at para. 85). However, this is because the therapeutic relationship between doctor and patient is crucial to the patient's psychological integrity. This relationship must be protected to safeguard the mental integrity of patients and to thereby aid victims in recovering from their trauma. To disclose confidential records would undermine this relationship and jeopardize the victim's psychological integrity.

Notre Cour a récemment statué que la sécurité de la personne est en cause lorsque la relation thérapeutique entre l'auteur d'une plainte d'agression sexuelle et son médecin est compromise par la communication de dossiers privés (*R. c. Mills*, [1999] 3 R.C.S. 668 (ci-après l'«arrêt *Mills* de 1999»), au par. 85). Il en est cependant ainsi parce que la relation thérapeutique entre le médecin et le patient est essentielle à l'intégrité psychologique de ce dernier. Cette relation doit être protégée afin de préserver l'intégrité mentale des patients et d'aider ainsi les victimes à se remettre de leur traumatisme. La communication de dossiers confidentiels minerait la relation et compromettrait l'intégrité psychologique de la victime.

86 Few interests are as compelling as, and basic to individual autonomy than, a woman's choice to terminate her pregnancy, an individual's decision to terminate his or her life, the right to raise one's children, and the ability of sexual assault victims to seek therapy without fear of their private records being disclosed. Such interests are indeed basic to individual dignity. But the alleged right to be free from stigma associated with a human rights complaint does not fall within this narrow sphere. The state has not interfered with the respondent's right to make decisions that affect his fundamental being. The prejudice to the respondent in this case, as recognized by Lowry J., at para. 10, is essentially confined to his personal hardship. He is not "employable" as a politician, he and his family have moved residences twice, his financial resources are depleted, and he has suffered physically and psychologically. However, the state has not interfered with the respondent and his family's ability to make essential life choices. To accept that the prejudice suffered by the respondent in this case amounts to state interference with his security

Peu d'intérêts sont aussi impérieux et essentiels à l'autonomie individuelle que le choix d'une femme d'interrompre sa grossesse, la décision d'une personne de mettre fin à ses jours, le droit d'élever ses enfants et la capacité des victimes d'agression sexuelle de recourir à une thérapie sans craindre que leurs dossiers privés soient communiqués. Ces intérêts sont vraiment essentiels à la dignité individuelle. Toutefois, le droit allégué à la protection contre la stigmatisation liée à une plainte fondée sur les droits de la personne ne fait pas partie de cette catégorie restreinte. L'État n'a pas porté atteinte au droit de l'intimé de prendre des décisions touchant son être fondamental. Comme l'a reconnu le juge Lowry au par. 10, le préjudice subi par l'intimé en l'espèce se limite essentiellement à ses difficultés personnelles. Il est «inapte au travail» de politicien, sa famille et lui ont changé de lieu de résidence deux fois, il a épuisé ses ressources financières et il a souffert tant physiquement que psychologiquement. Cependant, l'État n'a pas porté atteinte à la capacité de l'intimé et des membres de sa famille de faire des

of the person would be to stretch the meaning of this right.

choix essentiels dans leur vie. Accepter que le préjudice subi par l'intimé en l'espèce équivaut à une atteinte de l'État au droit qu'il a à la sécurité de sa personne serait forcer le sens de ce droit.

3. Importing the Notion of "Stigma" from the Criminal Law Context

3. Transposition de la notion de «stigmatisation» dans le contexte du droit criminel

In *Mills* (1986), *supra*, at pp. 919-20, Lamer J., in dissent, found that the combination of loss of privacy, stigma, and disruption of family life engaged an individual's security of the person in the context of s. 11(*b*) of the *Charter*, stating that:

87 Dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, aux pp. 919 et 920, le juge Lamer, dissident, a conclu que, prises ensemble, l'atteinte à la vie privée, la stigmatisation et les perturbations de la vie familiale mettaient en cause la sécurité de la personne dans le contexte de l'al. 11*b*) de la *Charte*:

> . . . security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation". . . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

> . . . la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante». [. . .] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

However, it must be emphasized that this statement was made in the context of s. 11(*b*) of the *Charter* which provides that a person charged with an offence has the right "to be tried within a reasonable time". The qualifier to this right is that it applies to individuals who have been "charged with an offence". The s. 11(*b*) right therefore has no application in civil or administrative proceedings. This Court has often cautioned against the direct application of criminal justice standards in the administrative law area. We should not blur concepts which under our *Charter* are clearly distinct. The s. 11(*b*) guarantee of a right to an accused person to be tried within a reasonable time cannot be imported into s. 7. There is no analogous provision to s. 11(*b*) which applies to administrative proceedings, nor is there a constitutional right outside the criminal context to be "tried" within a reasonable time.

88 Il faut cependant souligner que ces propos ont été tenus dans le contexte de l'al. 11*b*) de la *Charte*, qui prévoit que tout inculpé a le droit «d'être jugé dans un délai raisonnable». Pour que ce droit s'applique, il faut que la personne en question soit «inculpée». Le droit garanti par l'al. 11*b*) ne s'applique donc pas dans le cas de procédures civiles ou administratives. Notre Cour a souvent fait des mises en garde contre l'application directe en droit administratif des normes de la justice criminelle. Nous devrions éviter de confondre des notions qui, suivant notre *Charte*, sont clairement distinctes. Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable que l'al. 11*b*) garantit à tout inculpé ne peut être transposé dans l'art. 7. Aucune disposition analogue à l'al. 11*b*) ne s'applique aux procédures administratives, et le droit constitutionnel d'être «jugé» dans un délai raisonnable ne s'applique qu'en matière criminelle.

Lamer C.J. later reiterated this statement from *Mills* (1986) in *G. (J.)*, at para. 62. In so doing, however, this Court did not make freedom from stigma a free-standing right. Nor did it establish

89 Par la suite, le juge en chef Lamer a réitéré, au par. 62 de l'arrêt *G. (J.)*, cet énoncé tiré de l'arrêt *Mills* de 1986. Ce faisant, notre Cour n'a toutefois pas fait de la protection contre la stigmatisation un

that respondents in sexual harassment proceedings suffer so greatly that s. 11(*b*) principles should apply to them. As will be demonstrated below, the nature of the harm caused by human rights delay is different.

90 In *Kodellas*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal clearly equated criminal sexual assault charges with human rights sex discrimination complaints. Bayda C.J.S. (dissenting on another issue) conveyed this as follows, at pp. 152-53:

> For the purpose of determining the effect upon the "security of the person" I see no logical distinction of substance between the subjection to the vexations and vicissitudes of "a pending criminal accusation" based upon sexual harassment and sexual assault and the subjection to the vexations and vicissitudes of a pending accusation in penal (*i.e., quasi*-criminal) proceedings under s. 35(2) of the Code, of discrimination based upon sexual harassment and sexual assault. It is but a small step from there to find that for the same purpose no distinction of substance can be made between an accusation in a penal proceeding under the Code and an identical accusation in remedial proceedings under ss. 27 to 33 of the Code. Whether they occur in a criminal context, or in the context of a penal proceeding, such as that provided for in the Code, or in the context of remedial proceedings (which, as will be shown later, is the context relevant to this case) the "vexations and vicissitudes" will invariably "include stigmatization of the (alleged discriminator), loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction". This is so because the hurt to the alleged discriminator emanates from the accusation, not from the type of proceedings in which the accusation is made. After all, it matters not a whit to all of the relevant actors — the public, the persons who are the source of the hurt, those who are indirectly affected by the hurt (such as the alleged discriminator's family) and the alleged discriminator, who is directly affected by the hurt and who is the subject and direct object of the hurt — whether the

droit distinct. Elle n'a pas non plus décidé que les personnes visées par des procédures en matière de harcèlement sexuel souffrent à tel point que les principes de l'al. 11*b*) devraient s'appliquer à elles. Comme nous le verrons plus loin, le préjudice causé par un délai dans des procédures en matière de droits de la personne diffère sur le plan de sa nature.

Dans l'arrêt *Kodellas*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a clairement assimilé les accusations criminelles d'agression sexuelle à des plaintes de discrimination sexuelle fondées sur les droits de la personne. Le juge en chef Bayda (dissident sur un autre point) s'est exprimé ainsi, aux pp. 152 et 153:

> [TRADUCTION] Pour déterminer l'incidence sur la «sécurité de la personne», je ne vois aucune distinction logique, sur le plan du fond, entre l'assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d'une «accusation criminelle pendante» fondée sur le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle, et l'assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation pendante de discrimination fondée sur le harcèlement sexuel et l'agression sexuelle, qui a été portée en matière pénale (c'est-à-dire quasi criminelle) en vertu du par. 35(2) du Code. Partant, il n'y a qu'un pas à faire pour conclure que, à des fins identiques, aucune distinction de fond ne peut être établie entre une accusation portée dans des procédures pénales fondées sur le Code et une accusation identique portée dans des procédures engagées en vertu des art. 27 à 33 du Code dans le but d'obtenir un redressement. Qu'elles soient occasionnées dans le contexte de procédures criminelles ou dans celui de procédures pénales, comme celles que prévoit le Code, ou encore dans celui de procédures visant l'obtention d'un redressement (qui, nous le verrons plus loin, est le contexte pertinent en l'espèce), les «vexations» et les «vicissitudes» comprennent immanquablement «la stigmatisation de (l'auteur allégué de la discrimination), l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et à la peine». Il en est ainsi parce que le mal causé à l'auteur allégué de la discrimination découle de l'accusation, et non du genre de procédures dans lesquelles l'accusation est portée. Après tout, il est parfaitement égal à tous les acteurs pertinents — le public, les personnes qui sont à l'origine du mal causé, celles qui sont indirectement touchées par ce mal (comme les membres de la famille de l'auteur

accusation is made in one procedural forum or another. What matters is the *fact* of the accusation. . . .

In determining whether prejudice occurred in a given situation, it is important to note that it is in the very nature of this form of prejudice (*i.e.*, feelings of mental hurt or "stigmatization") that it arises automatically upon a formal accusation being made. Lamer J. in *Rahey*, while elucidating this form of prejudice (in the context of s. 11(*b*) of the Charter), recognized this when he said at p. [609]:

> With respect to the security of the person, I do not believe that actual impairment need be proven by the accused to render the section operative. An objective standard is the only realistic means through which the security interest of the accused may be protected under the section. Otherwise, each individual accused would have the burden of demonstrating that he or she has subjectively suffered a form of anxiety, stress or stigmatization as a result of the criminal charge. We are dealing largely with the impairment of mental well-being, a matter which can only be established with considerable difficulty at considerable cost. [Underlining added; italics in original.]

The majority of the Court of Appeal in the case at bar followed the above reasoning in *Kodellas*. The effect of the Appeal Court decision in *Blencoe* was to import a requirement for a hearing within a reasonable time into the processing of human rights complaints. Although the majority of the Court of Appeal disclaimed a direct s. 11(*b*) right, numerous references were made in its reasons, equating sexual harassment proceedings to criminal proceedings for sexual assault where s. 11(*b*) would apply. Indeed, the majority speaks of "this type of sexual assault" (para. 47), "stigma against the accused" (para. 56), "prosecution of these complaints" (para. 58), a "straightforward case of sexual assault" (para. 102), "[allegations] which are tantamount to . . . sexual assault" (para. 108), and "unproven charges of sexual harassment" (para. 57). The basis for the majority of the Court of Appeal's reasons in this case is the treatment of

allégué de la discrimination) et l'auteur allégué de la discrimination, qui est directement touché par le mal et qui en est directement victime — que l'accusation soit portée dans le cadre de l'une ou l'autre instance. Ce qui importe, c'est le *fait* de l'accusation. . .

Pour déterminer si un préjudice a été causé dans une situation donnée, il importe de souligner qu'il est dans la nature même de cette forme de préjudice (c'est-à-dire le sentiment de souffrance morale ou de «stigmatisation») qu'elle prenne naissance dès qu'une accusation officielle est portée. Dans *Rahey*, le juge Lamer l'a reconnu en expliquant cette forme de préjudice (dans le contexte de l'application de l'al. 11*b*) de la Charte), à la p. [609]:

> Au sujet de la sécurité de la personne, je ne crois pas que ce soit à l'inculpé qu'il incombe de prouver qu'il y a effectivement eu atteinte pour que l'article soit applicable. Une norme objective est le seul moyen réaliste de protéger, en vertu de cet article, l'intérêt du prévenu en matière de sécurité. Autrement, chaque prévenu aurait la charge de démontrer qu'il ou elle a subjectivement souffert d'angoisse, de tension ou de stigmates par suite d'une accusation criminelle. Nous avons largement affaire à un préjudice moral, ce qui ne peut être établi qu'au prix de difficultés et de frais considérables. [Je souligne; en italique dans l'original.]

91 Dans la présente affaire, la Cour d'appel à la majorité a suivi le raisonnement susmentionné de l'arrêt *Kodellas*. L'arrêt *Blencoe* de la Cour d'appel a eu pour effet de transposer dans le traitement d'une plainte en matière de droits de la personne l'exigence qu'une audience ait lieu dans un délai raisonnable. Bien qu'elle ait écarté l'application directe d'un droit garanti par l'al. 11*b*), la Cour d'appel à la majorité a assimilé, à maintes reprises dans ses motifs, les procédures relatives au harcèlement sexuel à des procédures criminelles en matière d'agression sexuelle où l'al. 11*b*) s'appliquerait. En fait, les juges majoritaires parlent de [TRADUCTION] «ce genre d'agression sexuelle» (par. 47), de «stigmatisation de l'accusé» (par. 56), de «poursuites relatives à ces plaintes» (par. 58), de «simple cas d'agression sexuelle» (par. 102), d'«[allégations] équivalant à [. . .] une accusation d'agression sexuelle» (par. 108) et d'«accusations non prouvées de harcèlement sexuel» (par. 57). En l'espèce, les motifs majoritaires de la Cour d'appel reposent sur l'assimilation des plaintes de harcèle-

sexual harassment human rights complaints as akin to a pending criminal sexual assault charge.

92 With respect, the Court of Appeal in *Kodellas* and the majority of the Court of Appeal in the case at bar have erred in transplanting s. 11(*b*) principles set out in the criminal law context to human rights proceedings under s. 7. Not only are there fundamental differences between criminal proceedings and human rights proceedings that the majority failed to recognize, but, more importantly, s. 11(*b*) of the *Charter* is restricted to a pending criminal case. The effect of the Court of Appeal's decision was to extract an element of s. 11(*b*) — the element of stigma, which may be sufficient in the context of criminal proceedings and s. 11(*b*), to create a deprivation of the security of the person — and apply it to a process that differs with respect to objectives, consequences and procedures. As this Court has recently confirmed in *Mills* (1999), *supra*, at paras. 61 and 64, *Charter* rights must be interpreted and defined in a contextual manner, because they often inform, and are informed by, other similarly deserving rights and values at play in particular circumstances. The Court of Appeal has failed to examine the rights protected by s. 7 in the context of this case.

93 In the criminal law context, the test to be applied under s. 11(*b*) is an objective one, and prejudice may be inferred from unreasonable delay. This stands in sharp contrast to the two-tiered approach to s. 7 of the *Charter*, where the mere passage of time in resolving a complaint does not automatically give rise to the kind of prejudice that is presumed to follow from the laying of a charge under s. 11(*b*) of the *Charter*. In this regard, Lamer J.'s comments in *Mills* (1986), *supra*, are premised on the fact that there has already been an "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation" (p. 919). This is a finding that would be made not at the threshold stage of the s. 7 analysis but is rather to be examined at the principles of fundamental justice

ment sexuel fondées sur les droits de la personne à une accusation criminelle pendante d'agression sexuelle.

En toute déférence, la Cour d'appel dans l'arrêt *Kodellas* et la Cour d'appel à la majorité en l'espèce ont eu tort de transposer dans des procédures en matière de droits de la personne fondées sur l'art. 7 des principes énoncés relativement à l'al. 11*b*) dans le contexte du droit criminel. Non seulement y a-t-il des différences fondamentales entre des procédures criminelles et des procédures en matière de droits de la personne, que les juges majoritaires n'ont pas reconnues, mais encore l'al. 11*b*) de la *Charte* ne s'applique qu'aux affaires criminelles pendantes. L'arrêt de la Cour d'appel a eu pour effet d'extirper un élément de l'al. 11*b*) — celui de la stigmatisation qui peut suffire, dans le contexte de procédures criminelles et de l'al. 11*b*), pour qu'il y ait atteinte à la sécurité de la personne — et de l'appliquer à un processus différent sur le plan des objectifs, des conséquences et de la procédure. Comme notre Cour l'a récemment confirmé dans l'arrêt *Mills* de 1999, précité, aux par. 61 et 64, les droits garantis par la *Charte* doivent être interprétés et définis en fonction du contexte, car ils sous-tendent ou s'inspirent souvent d'autres droits ou valeurs aussi louables qui sont en jeu dans des circonstances particulières. La Cour d'appel n'a pas examiné les droits garantis par l'art. 7 dans le contexte de la présente affaire.

Dans le contexte du droit criminel, le critère applicable suivant l'al. 11*b*) est objectif et il est possible de déduire qu'un délai déraisonnable a causé un préjudice. Cela contraste fortement avec l'interprétation en deux étapes de l'art. 7 de la *Charte*, selon laquelle le seul fait qu'un délai s'écoule entre le dépôt de la plainte et son règlement ne cause pas automatiquement le genre de préjudice qui est présumé résulter du dépôt d'une accusation fondée sur l'al. 11*b*) de la *Charte*. À cet égard, dans les observations qu'il formule dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, le juge Lamer tient pour acquis qu'il y a déjà eu «assujettissement trop long aux vexations et au vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» (p. 919). Il s'agit là d'une conclusion qui serait tirée non pas à l'étape

stage. The Court of Appeal in *Kodellas* and in the case at bar erred in conflating the two stages of the s. 7 analysis. Philip Bryden similarly concluded that the two stages of the s. 7 analysis were merged by the majority of the Court of Appeal in this case ("*Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)*: A Case Comment" (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153, at p. 158):

> In my view, Chief Justice McEachern's formulation of when s. 7 applies tends to conflate the threshold question of whether liberty or personal security have been denied with the ultimate question of whether the process in place satisfies the requirements of fundamental justice. The main reason we use threshold tests for the applicability of constitutional protection is to focus our attention on the situations where we believe the special safeguards associated with constitutional protection are needed.

In discussing the nature and purpose of s. 11(*b*), Lamer J. emphasized in *Mills* (1986), *supra*, that the need for protecting the individual in such cases arises "from the nature of the criminal justice system and of our society" (p. 920). He described the criminal justice process as "adversarial and conflictual" and states that the very nature of the criminal process will heighten the stress and anxiety that results from a criminal charge. In contrast to the criminal realm, the filing of a human rights complaint implies no suspicion of wrongdoing on the part of the state. The investigation by the Commission is aimed solely at determining what took place and ultimately to settle the matter in a non-adversarial manner. The purpose of human rights proceedings is not to punish but to eradicate discrimination. Tribunal orders are compensatory rather than punitive. The investigation period in the human rights process is not one where the Commission "prosecutes" the respondent. The Commission has an investigative and conciliatory role until the time comes to make a recommendation whether to refer the complaint to the Tribunal for hearing. These human rights proceedings are designed to vindicate private rights and address grievances. As stated by Dickson C.J. in *Canada*

préliminaire de l'analyse de l'art. 7, mais plutôt à l'étape de l'examen des principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *Kodellas* et en l'espèce, la Cour d'appel a commis une erreur en confondant les deux étapes de l'analyse de l'art. 7. Philip Bryden a lui aussi conclu que la Cour d'appel à la majorité en l'espèce avait confondu les deux étapes de l'analyse de l'art. 7 («*Blencoe* v. *British Columbia (Human Rights Commission)*: A Case Comment» (1999), 33 *U.B.C. L. Rev.* 153, à la p. 158):

> [TRADUCTION] À mon avis, en précisant les cas où l'art. 7 s'applique, le juge en chef McEachern tend à confondre la question préliminaire de savoir s'il y a eu atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne avec la question de savoir, en fin de compte, si la procédure établie satisfait aux exigences de la justice fondamentale. Si nous utilisons des critères préliminaires d'applicabilité de la protection constitutionnelle, c'est principalement pour nous concentrer sur les situations où, croyons-nous, les garanties spéciales liées à la protection constitutionnelle sont requises.

94 En analysant la nature et l'objet de l'al. 11*b*) dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, le juge Lamer a souligné que la nécessité de protéger l'individu en pareils cas «tient à la nature même du système de la justice criminelle et de notre société» (p. 920). Il a dit que la justice criminelle procède selon une procédure «contradictoire et conflictuelle» et que la nature même du processus en matière criminelle intensifie le stress et l'angoisse résultant d'une accusation criminelle. Contrairement à ce qui se passe en matière criminelle, le dépôt d'une plainte fondée sur les droits de la personne n'implique aucun soupçon de méfait de la part de l'État. L'enquête menée par la Commission vise uniquement à déterminer ce qui s'est passé et, en fin de compte, à régler l'affaire selon une procédure non contradictoire. L'objectif des procédures en matière de droits de la personne est non pas de punir, mais de mettre fin à la discrimination. Les ordonnances du Tribunal sont de nature compensatoire et non punitive. Lors de l'enquête liée au processus en matière de droits de la personne, la Commission ne «poursuit» pas la personne qui fait l'objet d'une plainte. Elle joue un rôle d'enquêteur et de médiateur jusqu'au moment où il y a lieu de recommander ou non de renvoyer la plainte au Tribunal pour qu'il

(Human Rights Commission) v. Taylor, [1990] 3 S.C.R. 892, at p. 917:

> It is essential, however, to recognize that, as an instrument especially designed to prevent the spread of prejudice and to foster tolerance and equality in the community, the *Canadian Human Rights Act* is very different from the *Criminal Code*. The aim of human rights legislation, and of s. 13(1), is not to bring the full force of the state's power against a blameworthy individual for the purpose of imposing punishment. Instead, provisions found in human rights statutes generally operate in a less confrontational manner, allowing for a conciliatory settlement if possible and, where discrimination exists, gearing remedial responses more towards compensating the victim.

95 In criminal proceedings, the accusation alone may engage a security interest because of the grave social and personal consequences to the accused — including potential loss of physical liberty, subjection to social stigma and ostracism from the community — which are the unavoidable consequences of an open and adversarial judicial system. However, this Court in *Taylor*, *supra*, at pp. 932-33, has commented directly on the diminished role of stigma in the human rights context:

> . . . the present appeal concerns an infringement of s. 2(*b*) in the context of a human rights statute. The chill placed upon open expression in such a context will ordinarily be less severe than that occasioned where criminal legislation is involved, for attached to a criminal conviction is a significant degree of stigma and punishment, whereas the extent of opprobrium connected with the finding of discrimination is much diminished and the aim or remedial measures is more upon compensation and protection of the victim. As was stated in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114, at p. 1134, under a human rights regime:
>
> > It is the (discriminatory) practice itself which is sought to be precluded. The purpose of the Act is not to punish wrongdoing but to prevent discrimination.

tienne une audience. Ces procédures en matière de droits de la personne sont conçues pour faire valoir des droits privés et redresser des torts. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, à la p. 917:

> Il est essentiel toutefois de reconnaître qu'en tant qu'outil expressément conçu pour empêcher la propagation des préjugés et pour favoriser la tolérance et l'égalité au sein de la collectivité, la *Loi canadienne sur les droits de la personne* diffère nettement du *Code criminel*. La législation sur les droits de la personne, et en particulier le par. 13(1), n'a pas pour objet de faire exercer contre une personne fautive le plein pouvoir de l'État dans le but de lui infliger un châtiment. Au contraire, les dispositions des lois sur les droits de la personne tendent plutôt, en règle générale, à éviter ce genre d'affrontement en permettant autant que possible un règlement par voie de conciliation et, lorsqu'il y a discrimination, en prévoyant des redressements destinés davantage à indemniser la victime.

Dans des procédures criminelles, l'accusation peut à elle seule faire intervenir un droit à la sécurité en raison de ses graves conséquences sociales et personnelles sur l'accusé — dont le risque d'être privé de liberté, ainsi que la stigmatisation et l'exclusion sociales — qu'entraîne inévitablement un système judiciaire public et contradictoire. Toutefois, dans l'arrêt *Taylor*, précité, aux pp. 932 et 933, notre Cour a commenté directement le rôle moins important de la stigmatisation dans le contexte des droits de la personne:

> . . . le présent pourvoi concerne une atteinte à l'al. 2*b*) résultant d'une loi sur les droits de la personne. La paralysie de la libre expression dans un tel contexte sera normalement moins grave que s'il s'agissait d'une loi pénale, car toute déclaration de culpabilité, au pénal, s'accompagne de stigmates et de peines importants, alors que l'opprobre attaché à une conclusion de discrimination est beaucoup moins grand et qu'en outre les mesures réparatrices visent plutôt la compensation et la protection de la victime. Comme le dit l'arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, à la p. 1134, sous le régime d'une loi sur les droits de la personne:
>
> > C'est l'acte discriminatoire lui-même que l'on veut prévenir. La loi n'a pas pour objet de punir la faute, mais bien de prévenir la discrimination.

The last point is an important one and it deserves to be underscored. There is no indication that the purpose of the *Canadian Human Rights Act* is to assign or to punish moral blameworthiness.

I do not doubt that parties in human rights sex discrimination proceedings experience some level of stress and disruption of their lives as a consequence of allegations of complainants. Even accepting that the stress and anxiety experienced by the respondent in this case was linked to delays in the proceedings, I cannot conclude that the scope of his security of the person protected by s. 7 of the *Charter* covers such emotional effects nor that they can be equated with the kind of stigma contemplated in *Mills* (1986), *supra*, of an overlong and vexatious pending criminal trial or in *G. (J.)*, *supra*, where the state sought to remove a child from his or her parents. If the purpose of the impugned proceedings is to provide a vehicle or act as an arbiter for redressing private rights, some amount of stress and stigma attached to the proceedings must be accepted. This will also be the case when dealing with the regulation of a business, profession, or other activity. A civil suit involving fraud, defamation or the tort of sexual battery will also be "stigmatizing". The Commission's investigations are not public, the respondent is asked to provide his version of events, and communication goes back and forth. While the respondent may be vilified by the press, there is no "stigmatizing" state pronouncement as to his "fitness" that would carry with it serious consequences such as those in *G. (J.)*. There is thus no constitutional right or freedom against such stigma protected by the s. 7 rights to "liberty" or "security of the person".

(f) Conclusion on Liberty and Security of the Person

To summarize, the stress, stigma and anxiety suffered by the respondent did not deprive him of his right to liberty or security of the person. The

Ce dernier point est important et mérite d'être souligné. Rien n'indique que l'objet de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* soit d'attribuer une responsabilité morale ou de la punir.

96 Je ne doute pas que les parties à des procédures relatives à des plaintes de discrimination sexuelle fondées sur les droits de la personne éprouvent un certain stress et voient leur existence perturbée en raison des allégations des plaignants. Même en acceptant que le stress et l'angoisse ressentis par l'intimé en l'espèce étaient liés au délai dans les procédures, je suis incapable de conclure que la sécurité de sa personne garantie par l'art. 7 de la *Charte* englobe une telle incidence sur le plan émotif ou que cette incidence est assimilable au genre de stigmatisation prévu dans l'arrêt *Mills* de 1986, précité, qui résulte d'un procès criminel trop long et vexatoire, ou dans l'arrêt *G. (J.)*, précité, où l'État cherchait à retirer la garde d'un enfant à ses parents. Si les procédures contestées visent à fournir un moyen de faire valoir des droits privés, ou à faire fonction d'arbitre en la matière, le stress et la stigmatisation liés à ces procédures sont acceptables jusqu'à un certain point. Il en va également de même lorsqu'il s'agit de réglementer une activité commerciale, professionnelle ou autre. Les poursuites civiles pour fraude, diffamation ou voies de fait de nature sexuelle sont également «stigmatisantes». Les enquêtes menées par la Commission ne sont pas publiques, la personne qui fait l'objet de la plainte est appelée à donner sa version des faits et l'information circule dans les deux sens. Même si la personne qui fait l'objet de la plainte peut être vilipendée par la presse, l'État ne rend, relativement à son «aptitude», aucune décision «stigmatisante» qui aurait des conséquences graves comme dans l'affaire *G. (J.)*. Le droit à la «liberté» ou à la «sécurité de [l]a personne» garanti par l'art. 7 ne comporte donc aucun droit constitutionnel à la protection contre d'une telle stigmatisation.

f) Conclusion relative à la liberté et à la sécurité de la personne

97 En résumé, le stress et l'angoisse que l'intimé a éprouvés et la stigmatisation dont il a été victime n'ont pas porté atteinte à son droit à la liberté ou à

framers of the *Charter* chose to employ the words, "life, liberty and security of the person", thus limiting s. 7 rights to these three interests. While notions of dignity and reputation underlie many *Charter* rights, they are not stand-alone rights that trigger s. 7 in and of themselves. Freedom from the type of anxiety, stress and stigma suffered by the respondent in this case should not be elevated to the stature of a constitutionally protected s. 7 right.

la sécurité de sa personne. Les rédacteurs de la *Charte* ont choisi d'utiliser les termes «vie, [. . .] liberté et [. . .] sécurité de [l]a personne», de sorte que l'art. 7 ne garantit que ces trois droits. Même si des notions de dignité et de réputation sous-tendent maints droits garantis par la *Charte*, ce ne sont pas des droits distincts qui déclenchent en soi l'application de l'art. 7. La protection contre le genre d'angoisse et de stress que l'intimé a éprouvés et contre le genre de stigmatisation dont il a été victime en l'espèce ne devrait pas être élevée au rang de droit constitutionnel garanti par l'art. 7.

98 My conclusion that the respondent is unable to cross the first threshold of the s. 7 *Charter* analysis in the circumstances of this case should not be construed as a holding that state-caused delays in human rights proceedings can never trigger an individual's s. 7 rights. It may well be that s. 7 rights can be engaged by a human rights process in a particular case. I leave open the possibility that in other circumstances, delays in the human rights process may violate s. 7 of the *Charter*.

Ma conclusion que l'intimé ne peut pas franchir la première étape préliminaire de l'analyse de l'art. 7 de la *Charte* dans les circonstances de la présente affaire ne doit pas être interprétée comme signifiant que les délais imputables à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne ne peuvent jamais faire intervenir les droits que l'art. 7 garantit à une personne. Il peut bien arriver, dans certains cas, qu'un processus en matière de droits de la personne fasse intervenir les droits garantis par l'art. 7. Je n'écarte pas la possibilité que, dans d'autres circonstances, les délais dans le processus en matière de droits de la personne violent l'art. 7 de la *Charte*.

99 Because of my conclusion that there was no deprivation of the respondent's right to liberty or security of the person, I need not proceed to the second stage of the analysis to determine whether the alleged deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. However, for the reasons that immediately follow in the administrative law section, I express the view that the delay, in the circumstances of this case, would not have violated the principles of fundamental justice.

Étant donné que j'ai conclu, dans un premier temps, qu'il n'y a eu aucune atteinte au droit de l'intimé à la liberté ou à la sécurité de sa personne, je n'ai pas à décider, dans un deuxième temps, si l'atteinte alléguée était conforme aux principes de justice fondamentale. Toutefois, pour les motifs exposés immédiatement après la partie relative au droit administratif, j'estime que, dans les circonstances de la présente affaire, le délai écoulé n'aurait pas violé les principes de justice fondamentale.

C. *Was the Respondent Entitled to a Remedy Pursuant to Administrative Law Principles?*

C. *L'intimé avait-il droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif?*

100 While I have concluded that the respondent is not entitled to a remedy under the *Charter*, I must still address the issue of whether the respondent is entitled to a remedy under principles of administrative law. This issue was pleaded before Lowry J. of the British Columbia Supreme Court. Counsel

Bien que j'aie conclu que l'intimé n'a droit à aucune réparation fondée sur la *Charte*, il me reste à déterminer s'il a droit à une réparation fondée sur les principes du droit administratif. La question a été débattue devant le juge Lowry de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. À l'au-

were advised by us during the hearing that, notwithstanding that pleadings were not made before this Court on administrative law *per se*, we were nevertheless prepared to deal with this issue. The question to be addressed in this section is whether the delay in this case could amount to a denial of natural justice even where the respondent's ability to have a fair hearing has not been compromised.

(a) Prejudice to the Fairness of the Hearing

In my view, there are appropriate remedies available in the administrative law context to deal with state-caused delay in human rights proceedings. However, delay, without more, will not warrant a stay of proceedings as an abuse of process at common law. Staying proceedings for the mere passage of time would be tantamount to imposing a judicially created limitation period (see: *R. v. L. (W.K.)*, [1991] 1 S.C.R. 1091, at p. 1100; *Akthar v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1991] 3 F.C. 32 (C.A.). In the administrative law context, there must be proof of significant prejudice which results from an unacceptable delay.

There is no doubt that the principles of natural justice and the duty of fairness are part of every administrative proceeding. Where delay impairs a party's ability to answer the complaint against him or her, because, for example, memories have faded, essential witnesses have died or are unavailable, or evidence has been lost, then administrative delay may be invoked to impugn the validity of the administrative proceedings and provide a remedy (D. J. M. Brown and J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (loose-leaf), at p. 9-67; W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at pp. 435-36). It is thus accepted that the principles of natural justice and the duty of fairness include the right to a fair hearing and that undue delay in the processing of an administrative proceeding that impairs the fairness of the hearing can be remedied (see, for example, J. M. Evans, H. N. Janisch and D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (4th ed. 1995), at p. 256; Wade and Forsyth, *supra*, at pp. 435-36; *Nisbett*, *supra*, at p. 756; *Canadian*

dience, nous avons informé les avocats que, bien que les plaidoiries devant notre Cour n'aient pas porté sur le droit administratif même, nous étions néanmoins disposés à examiner cette question. Il nous faut décider, dans la présente partie, si le délai écoulé en l'espèce peut constituer un déni de justice naturelle même si la capacité de l'intimé d'obtenir une audience équitable n'a pas été compromise.

a) Atteinte à l'équité de l'audience

101 Selon moi, le droit administratif offre des réparations appropriées en ce qui concerne le délai imputable à l'État dans des procédures en matière de droits de la personne. Cependant, le délai ne justifie pas, à lui seul, un arrêt des procédures comme l'abus de procédure en common law. Mettre fin aux procédures simplement en raison du délai écoulé reviendrait à imposer une prescription d'origine judiciaire (voir: *R. c. L. (W.K.)*, [1991] 1 R.C.S. 1091, à la p. 1100; *Akthar c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 3 C.F. 32 (C.A.). En droit administratif, il faut prouver qu'un délai inacceptable a causé un préjudice important.

102 Il n'y a aucun doute que les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement s'appliquent à toutes les procédures administratives. Lorsqu'un délai compromet la capacité d'une partie de répondre à la plainte portée contre elle, notamment parce que ses souvenirs se sont estompés, parce que des témoins essentiels sont décédés ou ne sont pas disponibles ou parce que des éléments de preuve ont été perdus, le délai dans les procédures administratives peut être invoqué pour contester la validité de ces procédures et pour justifier réparation (D. J. M. Brown et J. M. Evans, *Judicial Review of Administrative Action in Canada* (feuilles mobiles), à la p. 9-67; W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7e éd. 1994), aux pp. 435 et 436). Il est donc reconnu que les principes de justice naturelle et l'obligation d'agir équitablement comprennent le droit à une audience équitable et qu'il est possible de remédier au délai injustifié dans des procédures administratives qui compromettent l'équité de l'audience (voir, par exemple, J. M. Evans, H. N. Janisch et

Airlines, supra; *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464 (Ont. Div. Ct.); *Freedman v. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196 (N.B.Q.B.)).

D. J. Mullan, *Administrative Law: Cases, Text, and Materials* (4e éd. 1995), à la p. 256; Wade et Forsyth, *op. cit.*, aux pp. 435 et 436; *Nisbett*, précité, à la p. 756; *Lignes aériennes Canadien*, précité; *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464 (C. div. Ont.); *Freedman c. College of Physicians & Surgeons (New Brunswick)* (1996), 41 Admin. L.R. (2d) 196 (B.R.N.-B.)).

103 The respondent argued before the British Columbia Supreme Court that the delay in the administrative process caused him prejudice that amounted to a denial of natural justice in that he could no longer receive a fair hearing. He alleged that two witnesses had died and that the memories of many witnesses might be impaired by the passage of time. Lowry J. referred to these claims as "vague assertions that fall far short of establishing an inability to prove facts necessary to respond to the complaints" (para. 10). Lowry J. concluded that the respondent's opportunity to make full answer and defence had not been compromised and thereby refused to terminate the proceedings.

L'intimé a fait valoir, devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, que le délai écoulé dans le déroulement du processus administratif lui avait causé un préjudice équivalant à un déni de justice naturelle du fait qu'il n'était plus en mesure d'obtenir une audience équitable. Il a allégué que deux témoins étaient décédés et que les souvenirs de bien des témoins avaient pu s'estomper avec le temps. Le juge Lowry a qualifié ces allégations de [TRADUCTION] «vagues assertions n'établissant pas l'incapacité de prouver des faits nécessaires pour répondre aux plaintes» (par. 10). Il a conclu que la possibilité de l'intimé de présenter une défense pleine et entière n'avait pas été compromise et il a donc refusé de mettre fin aux procédures.

104 The respondent also argued before Lowry J. that he was not provided with a copy of Ms. Schell's timeliness submissions for a two-month period and that he had not received proper disclosure. Lowry J. did not consider the respondent prejudiced in this regard. With respect to the alleged failure to disclose information to the respondent, this is not, in my opinion, a case in which the unfairness is so obvious that there would be a denial of natural justice, or in which there was an abuse of process such that it would be inappropriate to put the respondent through hearings before the Tribunal. I would therefore adopt the finding of Lowry J. that the delay in this case is not such that it would necessarily result in a hearing that lacks the essential elements of fairness. The respondent's right to a fair hearing has not been jeopardized. Proof of prejudice has not been demonstrated to be of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing. This is a finding of fact made by the trial judge that has not, in my opinion, been successfully attacked on appeal. The question which must

L'intimé a aussi fait valoir devant le juge Lowry qu'il avait dû attendre deux mois avant d'obtenir copie des observations de Mme Schell concernant le respect du délai imparti et que la divulgation qui lui avait été faite n'était pas suffisante. Le juge Lowry n'a pas considéré que l'intimé avait subi un préjudice à cet égard. En ce qui concerne l'omission alléguée de divulguer des renseignements à l'intimé, il ne s'agit pas, à mon sens, d'un cas où l'iniquité est si manifeste qu'il y aurait déni de justice naturelle ni d'un cas où il y a eu abus de procédure tel qu'il serait inapproprié de contraindre l'intimé à se présenter à une audience devant le Tribunal. Je suis donc d'avis de souscrire à la conclusion du juge Lowry que le délai en l'espèce n'est pas nécessairement de nature à entraîner la tenue d'une audience dépourvue des éléments requis pour être équitable. Le droit de l'intimé à une audience équitable n'a pas été compromis. Il n'a pas été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l'équité de l'audience. Il s'agit là d'une conclusion de fait du juge de pre-

be addressed is therefore whether the delay in this case could amount to a denial of natural justice or an abuse of process even where the respondent has not been prejudiced in an evidentiary sense.

(b) Other Forms of Prejudice

It is trite law that there is a general duty of fairness resting on all public decision-makers (*Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 628). The human rights processes at issue in this case must have been conducted in a manner that is entirely consistent with the principles of natural justice and procedural fairness. Perhaps the best illustration of the traditional meaning of this duty of fairness in administrative law can be discerned from the following words of Dickson J. in *Martineau*, at p. 631:

> In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and with fairness.

Throughout the authorities in this area, terms such as "natural justice", "procedural fairness", "abuse of process", and "abuse of discretion" are employed. In *Martineau*, at p. 629, Dickson J. (writing for three judges, while all nine concurred in the result), stated that "the drawing of a distinction between a duty to act fairly, and a duty to act in accordance with the rules of natural justice, yields an unwieldy conceptual framework". With regard to these terms, I would adopt the following words of Sherstobitoff J.A. of the Saskatchewan Court of Appeal in *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477, at p. 490:

> There are two common denominators in each of the terms. The first is the impossibility of precise definition because of their breadth and the wide array of circum-

mière instance qui n'a pas été contestée avec succès en appel. La question qui doit être examinée est donc de savoir si le délai écoulé en l'espèce pourrait constituer un déni de justice naturelle ou un abus de procédure même si l'intimé n'a subi aucun préjudice sur le plan de la preuve.

b) Autres formes de préjudice

105 Il est bien établi en droit que les instances décisionnelles publiques ont toutes l'obligation générale d'agir équitablement (*Martineau c. Comité de discipline de l'Institution de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 628). Les procédures en matière de droits de la personne, dont il est question en l'espèce, doivent s'être déroulées d'une manière tout à fait conforme aux principes de justice naturelle et d'équité procédurale. Les propos suivants du juge Dickson dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 631, illustrent peut-être le mieux le sens traditionnel de l'obligation d'agir équitablement en droit administratif:

> En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

106 Dans la jurisprudence qui existe en la matière, on trouve des expressions comme «justice naturelle», «équité procédurale», «abus de procédure» et «abus de pouvoir discrétionnaire». Dans l'arrêt *Martineau*, à la p. 629, le juge Dickson (s'exprimant au nom de trois juges, alors que les neuf juges souscrivaient tous au résultat) a dit que «tracer une distinction entre une obligation d'agir équitablement et celle d'agir selon les règles de justice naturelle conduit à un cadre conceptuel de maniement difficile». En ce qui concerne ces expressions, je suis d'avis de souscrire aux propos suivants du juge Sherstobitoff de la Cour d'appel de la Saskatchewan, dans *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477, à la p. 490:

> [TRADUCTION] Il existe deux dénominateurs communs à chacune des expressions. Le premier est l'impossibilité de les définir avec exactitude en raison de leur portée et

stances which may bring them into play. The other is the concept of "fairness" or "fair play". They clearly overlap. Unreasonable delay is a possible basis upon which to raise any of them.

de la vaste gamme de circonstances susceptibles de les mettre en jeu. Le deuxième est le chevauchement manifeste des notions d'«équité» et de «franc-jeu». Un délai déraisonnable pourrait justifier d'invoquer l'une ou l'autre.

107 The respondent contends that the delay in the human rights proceedings constitutes a breach of procedural fairness amounting to a denial of natural justice and resulting in an abuse of process. The question is whether one can look to the psychological and sociological harm caused by the delay rather than merely to the procedural or legal effect, namely, whether the ability to make full answer and defence has been compromised, to determine whether there has been a denial of natural justice. This issue is a difficult one and there is no clear authority in this area.

L'intimé soutient que le délai dans les procédures en matière de droits de la personne constitue une atteinte à l'équité procédurale qui équivaut à un déni de justice naturelle et qui entraîne un abus de procédure. Il s'agit de savoir si, aux fins de déterminer s'il y a eu déni de justice naturelle, on peut tenir compte du préjudice psychologique et sociologique causé par le délai et non seulement de l'incidence procédurale ou juridique, c'est-à-dire de la question de savoir si la capacité de présenter une défense pleine et entière a été compromise. Cette question est difficile et il n'y a aucune jurisprudence claire en la matière.

108 In cases where the *Charter* was held not to apply, most courts and tribunals did not go further to decide whether the stress and stigma resulting from an unacceptable delay were so significant as to amount to an abuse of process. On the other hand, where courts did go further, they most often adopted a narrow approach to the principles of natural justice. For example, in *Nisbett*, *supra*, the Manitoba Court of Appeal concluded that delay may amount to an abuse of process that the law will remedy only where "on the record there has been demonstrated evidence of prejudice of sufficient magnitude to impact on the fairness of the hearing" (p. 757). In *Canadian Airlines*, *supra*, the Federal Court of Appeal followed *Nisbett*, concluding that the prejudice must be such "as to deprive a party of his right to a full and complete defence" (p. 641). In the case at bar, Lowry J. for the British Columbia Supreme Court, found that unless there was prejudice to hearing fairness, the type of personal hardship and psychological prejudice suffered by Mr. Blencoe could not give rise to a breach of natural justice (at para. 31):

Dans les affaires où ils ont jugé que la *Charte* ne s'appliquait pas, la plupart des tribunaux judiciaires et des tribunaux administratifs ne sont pas allés jusqu'à déterminer si le stress et la stigmatisation découlant d'un délai inacceptable étaient importants au point de constituer un abus de procédure. Par contre, les tribunaux judiciaires qui l'ont fait ont le plus souvent interprété de manière restrictive les principes de justice naturelle. Par exemple, dans l'arrêt *Nisbett*, précité, la Cour d'appel du Manitoba a conclu que le délai peut constituer un abus de procédure auquel la loi ne remédie que si, [TRADUCTION] «d'après le dossier, il a été établi que le préjudice subi est assez important pour nuire à l'équité de l'audience» (p. 757). Dans *Lignes aériennes Canadien*, précité, la Cour d'appel fédérale a suivi l'arrêt *Nisbett* et a conclu que le préjudice doit être tel «qu'il prive une partie de son droit à une défense pleine et entière» (p. 641). S'exprimant en l'espèce au nom de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, le juge Lowry a conclu que, à moins qu'une atteinte ne soit portée à l'équité de l'audience, les difficultés personnelles que M. Blencoe a éprouvées et le préjudice psychologique qu'il a subi n'étaient pas de nature à donner naissance à un déni de justice naturelle (au par. 31):

. . . it cannot be said that the personal hardship Mr. Blencoe has suffered, albeit protracted by the time the administrative process has taken, gives rise to any *Charter* considerations. To my mind, it then becomes difficult to see how it can nonetheless be said to be a prejudice giving rise to a denial of natural justice. If it were, there would have been no need for the *Kodellas* court to resort to section 7 of the *Charter*. And, having rejected the applicability of section 7, the *Nisbett* court would have been bound to consider whether the personal hardship in that case constituted a prejudice that supported the prerogative relief sought.

[TRADUCTION] . . . on ne peut pas dire que les difficultés personnelles que M. Blencoe a éprouvées, même si elles se sont prolongées à cause de la longueur du processus administratif, font intervenir des considérations fondées sur la *Charte*. Il est alors difficile, à mon sens, de voir comment on peut néanmoins dire qu'elles constituent un préjudice qui donne naissance à un déni de justice naturelle. Si c'était le cas, la cour, dans l'affaire *Kodellas*, n'aurait pas eu besoin de recourir à l'art. 7 de la *Charte*. Et, après avoir écarté la possibilité d'appliquer l'art. 7, la cour, dans *Nisbett*, aurait été tenue d'examiner si les difficultés personnelles dans cette affaire constituaient un préjudice justifiant la délivrance du bref de prérogative demandé.

However, courts and tribunals have also referred to other types of prejudice than trial fairness, holding that, where a commission or tribunal has abused its process to the detriment of an individual, a court has the discretion to grant a remedy. For example, in *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (B.C.S.C.), a variety of effects on the petitioner were examined, including a cloud over his professional reputation resulting from a delay of two years and three months between the receipt of the complaint and the inspection, and an additional six- or seven-month delay which followed. However, the delay in that case had also resulted in an inability for the petitioner to have a fair hearing.

109 Cependant, les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs ont aussi mentionné d'autres types de préjudice que l'atteinte à l'équité du procès et ont statué que, dans le cas où une commission ou un tribunal administratif abuse de sa procédure au détriment d'une personne, un tribunal judiciaire a le pouvoir discrétionnaire d'accorder un redressement. Par exemple, dans *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (C.S.C.-B.), diverses répercussions sur le requérant ont été examinées, y compris l'atteinte à sa réputation professionnelle qui résultait du délai de deux ans et trois mois écoulé entre le dépôt de la plainte et le début de l'inspection, et du délai supplémentaire de six ou sept mois qui a suivi. Toutefois, le délai écoulé dans cette affaire avait également eu pour effet d'empêcher le requérant d'obtenir une audience équitable.

We have also been referred to the case of *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL), where the British Columbia Supreme Court referred to the petitioner's right to a fair trial having been jeopardized as well as the petitioner suffering harm to his reputation. In *Brown*, it took three years to serve the petitioner with notice of the inquiry after receiving the complaints. The delays were in no part caused by the petitioner.

110 On nous a aussi mentionné la décision *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL), où la Cour suprême de la Colombie-Britannique a décidé qu'il y avait eu atteinte à la réputation du requérant et à son droit à un procès équitable. Dans cette affaire, trois ans s'étaient écoulés entre le dépôt des plaintes et la signification d'un avis d'enquête au requérant. Le délai écoulé n'était aucunement imputable à ce dernier.

In *Misra*, *supra*, a college disciplinary board elected to await the completion of criminal proceedings against Misra, while suspending him from the practice of medicine in the interim five-

111 Dans *Misra*, précité, le comité de discipline d'un ordre avait décidé d'attendre la fin des procédures criminelles engagées contre M. Misra et, dans l'intervalle, de lui retirer son permis d'exercer la

year period. After five years, the criminal proceedings were abandoned and the board council decided to hold a hearing. Sherstobitoff J.A. held for the court that (at p. 490):

> The concept of natural justice or procedural fairness as outlined by Dickson J. in *Martineau* is broad enough to encompass principles which, in other contexts, have been termed abuse of discretion or abuse of process because of delay and related matters. A court, in exercising its supervisory function over an administrative tribunal is entitled to prohibit abuse of that tribunal's process in cases of unfairness or oppression caused or contributed to by delay resulting in a denial of natural justice.

112 The Court of Appeal found that Misra's ability to defend himself would likely be impaired and that he had already been punished by virtue of the five-year suspension (at pp. 492-93). It is clear, however, that in *Misra* the court felt that it is only in exceptional cases that delay will amount to unfairness. Moreover, in *Misra*, an essential part of the prejudice suffered was the result of the lengthy suspension. Finally, the court also concluded that there was prejudice to Misra's right to a fair hearing due to the passage of a five-year period.

113 In *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336, Hollinrake J.A. for the British Columbia Court of Appeal agreed with the appellant that, "where the delay is so egregious that it amounts to an abuse of power or can be said to be oppressive, the fact that the hearing itself will be a fair one is of little or no consequence" (para. 19). At issue in *Ratzlaff* was a lengthy delay in processing disciplinary charges against a physician that had affected how the physician arranged his finances. In not restricting abuse of process to procedural unfairness, Hollinrake J.A. stated, at paras. 22-23:

> Abuse of power is a broader notion, akin to oppression. It encompasses procedural unfairness, conduct equivalent to breach of contract or of representation, and, in my view, unjust delay. I should add that not all lengthy delays are unjust; regard must be had to the

médecine. Les procédures criminelles ont été abandonnées au bout de cinq ans et le comité a décidé de tenir une audience. Le juge Sherstobitoff a conclu ce qui suit, au nom de la cour (à la p. 490):

> [TRADUCTION] La notion de justice naturelle ou d'équité procédurale dont le juge Dickson fait état dans l'arrêt *Martineau* est assez large pour faire obstacle à ce que l'on a qualifié, dans d'autres contextes, d'abus de pouvoir discrétionnaire ou d'abus de procédure causé par un délai et d'autres éléments connexes. En exerçant son rôle de surveillance d'un tribunal administratif, une cour de justice peut interdire que l'on abuse de la procédure de ce tribunal dans les cas où il y a iniquité ou oppression imputable en totalité ou en partie à un délai qui entraîne un déni de justice naturelle.

La Cour d'appel a conclu que la capacité de M. Misra de se défendre serait vraisemblablement compromise et que sa suspension de cinq ans avait déjà eu pour effet de le punir (aux pp. 492 et 493). Cependant, il est clair que, dans l'affaire *Misra*, la Cour d'appel a jugé qu'un délai ne constitue une iniquité que dans des cas exceptionnels. De plus, dans cette affaire, un élément essentiel du préjudice subi découlait de la durée prolongée de la suspension. Enfin, la cour a aussi conclu que le délai de cinq ans avait porté atteinte au droit de M. Misra à la tenue d'une audience équitable.

Dans l'arrêt *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336, le juge Hollinrake de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a convenu avec l'appelant que [TRADUCTION] «lorsque le délai est énorme au point de constituer un abus de pouvoir ou de pouvoir être qualifié d'oppressif, le fait que l'audience elle-même sera équitable importe peu ou pas du tout» (par. 19). Dans cette affaire, un long délai dans le traitement des accusations d'infraction disciplinaire portées contre un médecin avait eu une incidence sur la planification financière de ce dernier. En s'abstenant de limiter l'abus de procédure à l'iniquité procédurale, le juge Hollinrake a affirmé ceci, aux par. 22 et 23:

> [TRADUCTION] La notion d'abus de pouvoir est large et s'apparente à l'oppression. Elle englobe l'iniquité procédurale, la conduite équivalant à la rupture d'un contrat ou à une fausse déclaration et, à mon avis, le délai injustifié. J'ajouterais que tous les délais ne sont pas injusti-

causes of delay, and to resulting reasonable changes of position.

Where a party in the position of the appellant relies on delay as amounting to an abuse of power it is incumbent on that party to demonstrate a resulting change of position. In my opinion, the very fact that the appellant continued with his practice as he did and throughout the whole period of time in issue is sufficient to establish such a change of position.

Ratzlaff differs from the case at bar in that the physician carried on his practice thinking that his problems were behind him. He had even retired thinking that his billing disputes were over. Moreover, the chambers judge found that the physician had literally requested that action be taken but that it was three years before the Commission even communicated with him (para. 11). In all, it had been seven years before the physician had received a hearing notice.

I would be prepared to recognize that unacceptable delay may amount to an abuse of process in certain circumstances even where the fairness of the hearing has not been compromised. Where inordinate delay has directly caused significant psychological harm to a person, or attached a stigma to a person's reputation, such that the human rights system would be brought into disrepute, such prejudice may be sufficient to constitute an abuse of process. The doctrine of abuse of process is not limited to acts giving rise to an unfair hearing; there may be cases of abuse of process for other than evidentiary reasons brought about by delay. It must however be emphasized that few lengthy delays will meet this threshold. I caution that in cases where there is no prejudice to hearing fairness, the delay must be clearly unacceptable and have directly caused a significant prejudice to amount to an abuse of process. It must be a delay that would, in the circumstances of the case, bring the human rights system into disrepute. The difficult question before us is in deciding what is an "unacceptable delay" that amounts to an abuse of process.

fiés; il faut tenir compte des causes du délai ainsi que des changements raisonnables de situation qui en ont résulté.

Lorsqu'une partie qui se trouve dans la situation de l'appelant soutient qu'un délai constitue un abus de pouvoir, il lui incombe de prouver qu'il en a résulté un changement de situation. Selon moi, le fait même que l'appelant a continué d'exercer sa profession pendant toute la période en cause suffit pour établir un tel changement de situation.

L'arrêt *Ratzlaff* diffère de la présente affaire du fait que le médecin avait continué d'exercer sa profession en pensant que ses problèmes étaient réglés. Il avait même pris sa retraite en croyant que ses litiges en matière de facturation étaient terminés. En outre, le juge en chambre a conclu que le médecin avait expressément demandé que des mesures soient prises, mais que trois années s'étaient écoulées avant même que la commission communique avec lui (au par. 11). En tout, sept années s'étaient écoulées avant que le médecin reçoive un avis d'audience. 114

Je serais disposé à reconnaître qu'un délai inacceptable peut constituer un abus de procédure dans certaines circonstances, même lorsque l'équité de l'audience n'a pas été compromise. Dans le cas où un délai excessif a causé directement un préjudice psychologique important à une personne ou entaché sa réputation au point de déconsidérer le régime de protection des droits de la personne, le préjudice subi peut être suffisant pour constituer un abus de procédure. L'abus de procédure ne s'entend pas que d'un acte qui donne lieu à une audience inéquitable et il peut englober d'autres cas que celui où le délai cause des difficultés sur le plan de la preuve. Il faut toutefois souligner que rares sont les longs délais qui satisfont à ce critère préliminaire. Ainsi, pour constituer un abus de procédure dans les cas où il n'y a aucune atteinte à l'équité de l'audience, le délai doit être manifestement inacceptable et avoir directement causé un préjudice important. Il doit s'agir d'un délai qui, dans les circonstances de l'affaire, déconsidérerait le régime de protection des droits de la personne. La question difficile dont nous sommes saisis est de savoir quel «délai inacceptable» constitue un abus de procédure. 115

(c) Abuse of Process — Principles

116 The respondent's case is that there has been an unacceptable delay in the administrative process which has caused him to be prejudiced by the stigma attached to the two Complaints to an extent that justifies the process being terminated now. Abuse of process is a common law principle invoked principally to stay proceedings where to allow them to continue would be oppressive. As stated by Brown and Evans, *supra*, at pp. 9-71 and 9-72:

> The stringency of the requirements for showing that delay constitutes a breach of fairness would seem to be due, at least in part, to the drastic nature of the only appropriate remedy. Unlike other instances of procedural unfairness where it is open to a court to remit the matter for redetermination in a procedurally fair manner, the remedy for undue delay will usually be to prevent the tribunal from exercising its legislative authority, either by prohibiting it from proceeding with the hearing, or by quashing the resulting decision. [Emphasis added.]

117 In the context of a breach of s. 11(*b*) of the *Charter*, a stay has been found to constitute the only possible remedy (*R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199). The respondent asked for the same remedy in his administrative law proceedings before Lowry J. There is, however, no support for the notion that a stay is the only remedy available in administrative law proceedings. A stay accords very little importance to the interest of implementing the *Human Rights Code* and giving effect to the complainants' rights to have their cases heard. Other remedies are available for abuse of process. Where a respondent asks for a stay, he or she will have to bear a heavy burden. The discussion that follows often links abuse of process and the remedy of a stay because the stay, as I have said, is the only applicable remedy in the context of a s. 11(*b*) application. Nevertheless, I wish to underline that my inquiry here is directed only at the determination of the existence of an abuse of process on the facts of this case.

c) Abus de procédure — Principes

L'intimé soutient que, vu qu'il a été tellement lésé par le délai inacceptable dans le processus administratif et par la stigmatisation qui en a découlé par suite des deux plaintes portées contre lui, l'arrêt des procédures est maintenant justifié. L'abus de procédure est une notion de common law qui est invoquée principalement pour mettre fin à des procédures lorsqu'il serait oppressif de permettre leur continuation. Comme l'ont affirmé Brown et Evans, *op. cit.*, aux pp. 9-71 et 9-72:

> [TRADUCTION] La rigueur de l'exigence de démontrer que le délai constitue un manquement à l'obligation d'agir équitablement semblerait attribuable, du moins en partie, à la nature radicale du seul redressement approprié. Contrairement à d'autres cas d'iniquité procédurale où la cour peut renvoyer l'affaire pour qu'elle soit tranchée à nouveau d'une manière équitable sur le plan de la procédure, le redressement prévu en cas de délai injustifié consiste généralement à empêcher le tribunal administratif d'exercer le pouvoir qu'il tient de la loi, soit en lui interdisant de tenir l'audience, soit en annulant la décision rendue à l'issue de celle-ci. [Je souligne.]

Dans le contexte d'une violation de l'al. 11*b*) de la *Charte*, l'arrêt des procédures a été considéré comme étant la seule réparation possible (*R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199). L'intimé a demandé la même réparation dans le cadre de ses procédures en matière de droit administratif devant le juge Lowry. Cependant, rien ne justifie l'idée que l'arrêt des procédures est la seule réparation possible dans des procédures en matière de droit administratif. Lorsqu'on ordonne un arrêt des procédures, on accorde très peu d'importance à l'intérêt qu'il y a à appliquer le *Human Righs Code* et à faire respecter le droit du plaignant d'être entendu. D'autres réparations peuvent être accordées dans le cas d'un abus de procédure. La personne faisant l'objet d'une plainte qui demande l'arrêt des procédures doit s'acquitter d'un lourd fardeau de preuve. L'analyse qui suit lie souvent abus de procédure et arrêt des procédures parce que ce dernier est, comme je l'ai dit, la seule réparation possible dans le contexte de l'application de l'al. 11*b*). Je tiens néanmoins à souligner que mon examen ici ne vise qu'à déterminer s'il y a eu abus de procédure d'après les faits de la présente affaire.

In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, this Court unanimously affirmed that the doctrine of abuse of process was available in criminal proceedings. In so doing, and as professed by L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at p. 613, the Court borrowed the comments of Dubin J.A. in *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), in describing the abuse of process doctrine, stating that a stay of proceedings should be granted where "compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency" or where the proceedings are "oppressive or vexatious". The Court also adopted the Ontario Court of Appeal's warning in *Young* that this is a power which can be exercised only in the "clearest of cases" (p. 614). This was reiterated on many occasions by this Court (see, for example, *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Power*, *supra*).

Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, notre Cour a confirmé à l'unanimité la possibilité d'appliquer la règle de l'abus de procédure en matière criminelle. Ce faisant, et comme l'a dit le juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pp. 613 et 614, notre Cour a repris les observations du juge Dubin dans *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.), pour décrire la règle de l'abus de procédure, en affirmant que l'arrêt des procédures devrait être ordonné lorsque «forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société» ou lorsque la procédure est «oppressive ou vexatoire». La Cour a également fait sienne la mise en garde de la Cour d'appel de l'Ontario dans *Young*, selon laquelle il s'agit d'un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes» (p. 614). Notre Cour a réitéré cela à maintes reprises (voir, par exemple, *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Power*, précité). 118

In *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, L'Heureux-Dubé J. explained the underlying purpose of the doctrine of abuse of process as follows:

> Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt*, *supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.) It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

Dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, le juge L'Heureux-Dubé a expliqué ainsi la fin qui sous-tend la règle ou doctrine de l'abus de procédure: 119

> Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer «que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société» (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

120 In order to find an abuse of process, the court must be satisfied that, "the damage to the public interest in the fairness of the administrative process should the proceeding go ahead would exceed the harm to the public interest in the enforcement of the legislation if the proceedings were halted" (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). According to L'Heureux-Dubé J. in *Power*, *supra*, at p. 616, "abuse of process" has been characterized in the jurisprudence as a process tainted to such a degree that it amounts to one of the clearest of cases. In my opinion, this would apply equally to abuse of process in administrative proceedings. For there to be abuse of process, the proceedings must, in the words of L'Heureux-Dubé J., be "unfair to the point that they are contrary to the interests of justice" (p. 616). "Cases of this nature will be extremely rare" (*Power*, *supra*, at p. 616). In the administrative context, there may be abuse of process where conduct is equally oppressive.

(d) Was the Delay Unacceptable?

121 To constitute a breach of the duty of fairness, the delay must have been unreasonable or inordinate (Brown and Evans, *supra*, at p. 9-68). There is no abuse of process by delay *per se*. The respondent must demonstrate that the delay was unacceptable to the point of being so oppressive as to taint the proceedings. While I am prepared to accept that the stress and stigma resulting from an inordinate delay may contribute to an abuse of process, I am not convinced that the delay in this case was "inordinate".

122 The determination of whether a delay has become inordinate depends on the nature of the case and its complexity, the facts and issues, the purpose and nature of the proceedings, whether the respondent contributed to the delay or waived the delay, and other circumstances of the case. As previously mentioned, the determination of whether a delay is inordinate is not based on the length of the delay alone, but on contextual factors, including the nature of the various rights at stake in the proceedings, in the attempt to determine whether the

Pour conclure qu'il y a eu abus de procédure, la cour doit être convaincue que [TRADUCTION] «le préjudice qui serait causé à l'intérêt du public dans l'équité du processus administratif, si les procédures suivaient leur cours, excéderait celui qui serait causé à l'intérêt du public dans l'application de la loi, s'il était mis fin à ces procédures» (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le juge L'Heureux-Dubé affirme dans *Power*, précité, à la p. 616, que, d'après la jurisprudence, il y a «abus de procédure» lorsque la situation est à ce point viciée qu'elle constitue l'un des cas les plus manifestes. À mon sens, cela s'appliquerait autant à l'abus de procédure en matière administrative. Pour reprendre les termes employés par le juge L'Heureux-Dubé, il y a abus de procédure lorsque les procédures sont «injustes au point qu'elles sont contraires à l'intérêt de la justice» (p. 616). «Les cas de cette nature seront toutefois extrêmement rares» (*Power*, précité, à la p. 616). Dans le contexte administratif, il peut y avoir abus de procédure lorsque la conduite est tout aussi oppressive.

d) Le délai écoulé était-il inacceptable?

Pour qu'il y ait manquement à l'obligation d'agir équitablement, le délai doit être déraisonnable ou excessif (Brown et Evans, *op. cit.*, à la p. 9-68). Le délai ne constitue pas en soi un abus de procédure. La personne visée par des procédures doit établir que le délai était inacceptable au point d'être oppressif et de vicier les procédures en cause. Bien que je sois disposé à reconnaître que le stress et la stigmatisation résultant d'un délai excessif peuvent entraîner un abus de procédure, je ne suis pas convaincu que le délai écoulé en l'espèce était «excessif».

La question de savoir si un délai est devenu excessif dépend de la nature de l'affaire et de sa complexité, des faits et des questions en litige, de l'objet et de la nature des procédures, de la question de savoir si la personne visée par les procédures a contribué ou renoncé au délai, et d'autres circonstances de l'affaire. Comme nous l'avons vu, la question de savoir si un délai est excessif et s'il est susceptible de heurter le sens de l'équité de la collectivité dépend non pas uniquement de la longueur de ce délai, mais de facteurs contextuels,

community's sense of fairness would be offended by the delay.

With respect to the actual length of the delay in this case and whether it had been "unacceptable", Lowry J. noted that, unlike the cases to which he had been referred, there was no extended period without any activity in the processing of the Complaints from receipt to referral, except for an inexplicable five-month period of inaction from April 10, 1996, when the respondent provided his substantive response to the Complaints, to September 6, 1996, when human rights officers were assigned to investigate the Complaints. The Commission's counsel provided no explanation or excuses for this five-month gap at the oral hearing. However, according to a letter to the complainant and the respondent dated March 6, 1996, the Council referred to a period of "adjustment" where investigative resources were being transferred from the Employment Standards Branch to the Council and that from then on the Council was to conduct its own investigations. This letter also stated that some investigations would be commenced prior to April 1, 1996, beginning with those complaints that had experienced the longest delays. The Council stated that it appreciated the parties' patience in waiting to be notified as to when the investigation would begin. Lowry J. found that, other than during this five-month period, communication had been ongoing between the Council, solicitors and complainants, and the respondent had not been ignored. There had been a continuous dialogue between the parties (at para. 39).

With respect to calculating the delay, Lowry J. found that the only time that could be considered for the delay was between the filing of the Complaint to the end of the investigation process, in July. He stated that the Tribunal could not be criticized for not setting the hearing dates earlier as the respondent did not press for earlier dates, did not question the fixed dates and cancelled the prehearing conference. While the respondent did at one point inquire as to whether one of the Complaints could be set for hearing without investigation, he did not pursue the matter. Lowry J. found that the Tribunal could not be criticized for not setting the hearing dates earlier as the respondent did not press for earlier dates, did not question the fixed dates and cancelled the prehearing conference. While the respondent did at one point inquire as to whether one of the Complaints could be set for hearing without investigation, he did not pursue the matter.

dont la nature des différents droits en jeu dans les procédures.

123 En ce qui concerne la longueur du délai en l'espèce et la question de savoir si elle est «inacceptable», le juge Lowry a fait remarquer que, contrairement aux affaires qui lui ont été mentionnées, il n'y avait pas eu de période prolongée d'inactivité dans le traitement des plaintes entre leur dépôt et leur renvoi au Tribunal, à l'exception d'une période inexplicable de cinq mois d'inactivité comprise entre le 10 avril 1996, date à laquelle l'intimé a répondu aux plaintes sur le fond, et le 6 septembre 1996, date à laquelle des agents des droits de la personne ont été chargés d'enquêter sur les plaintes. À l'audience, l'avocat de la Commission n'a fourni aucune explication ni aucune excuse au sujet de cet intervalle de cinq mois. Toutefois, dans une lettre datée du 6 mars 1996 et adressée à la plaignante et à l'intimé, le Conseil a parlé d'une période d'«ajustement» pendant laquelle des enquêteurs de la division des normes d'emploi avaient été mutés chez lui pour qu'il mène dorénavant ses propres enquêtes. La lettre précisait également que certaines enquêtes débuteraient avant le 1er avril 1996 et que la priorité serait accordée aux plaintes dont l'examen avait le plus tardé. Le Conseil remerciait les parties de la patience dont elles feraient preuve en attendant d'être informées de l'ouverture de l'enquête. Le juge Lowry a conclu que, en dehors de cette période de cinq mois, la communication avait été constante entre la Commission, les avocats et les plaignantes, et que l'intimé n'avait pas été tenu à l'écart. Le dialogue s'était poursuivi de façon ininterrompue entre les parties (au par. 39).

124 Au sujet du calcul du délai, le juge Lowry a conclu que seule la période comprise entre le dépôt de la plainte et la fin de l'enquête, en juillet, pouvait être prise en considération. Il a dit qu'on ne pouvait reprocher au Tribunal de ne pas avoir fixé des dates d'audience plus rapprochées, étant donné que l'intimé ne lui avait pas demandé de le faire, qu'il n'avait pas contesté les dates fixées ni annulé la conférence préparatoire à l'audience. Même si, à un moment donné, l'intimé M. Blencoe s'était enquis de la possibilité de faire inscrire au rôle

tion, this would have required a concession that there was sufficient evidence to warrant a hearing, a concession which Mr. Blencoe was not prepared to make. Following Lowry J.'s reasoning, the delay would be computed until July 1997, thus reducing the delay from 32 months to 24 months.

l'une des plaintes sans qu'une enquête n'ait lieu, il aurait fallu qu'il reconnaisse que la preuve était suffisante pour justifier la tenue d'une audience, ce qu'il n'était pas disposé à faire. Selon le raisonnement du juge Lowry, le délai serait calculé jusqu'en juillet 1997, de sorte qu'il passerait de 32 mois à 24 mois.

125 During those 24 months, the Commission also had to deal with a challenge by the respondent as to the lateness of the Complaints and his accusation that the Complaints were in bad faith. The respondent refused to respond to the allegations until this determination was made. As a result, the process was delayed for some eight months. The respondent was perfectly entitled to bring forward allegations of bad faith and to question the timeliness of the Complaints. However, the Commission should not be held responsible for contributing to this part of the delay. In this regard, Lowry J. stated (at para. 42):

> It is not suggested that Mr. Blencoe was not entitled to challenge the complaints, as he did at the outset, but having done so, and having been unsuccessful, it is not in my view open to him now to claim that the events of the eight months elapsed contributed to an unacceptable delay.

Au cours de ces 24 mois, la Commission a également été saisie d'une contestation de l'intimé fondée sur le caractère tardif des plaintes, et de son argument que ces plaintes avaient été portées de mauvaise foi. Il refusait de répondre aux allégations jusqu'à ce que l'on ait statué sur ces points. Le processus a donc été retardé d'environ huit mois. L'intimé avait parfaitement le droit d'alléguer la mauvaise foi et le non-respect du délai imparti pour porter plainte. Cependant, la Commission ne devrait pas être tenue responsable d'avoir contribué à cette partie du délai. Voici ce que le juge Lowry a dit à ce sujet (au par. 42):

> [TRADUCTION] On n'affirme pas que M. Blencoe n'avait pas le droit de contester les plaintes comme il l'a fait au départ, mais j'estime qu'il ne peut pas, après avoir exercé ce droit en vain, prétendre maintenant que les événements qui sont survenus pendant les huit mois qui se sont écoulés ont contribué à l'écoulement d'un délai inacceptable.

Thus, while the respondent was entitled to take the steps he did, the Court of Appeal wrongly considered the delay attributable to the aforementioned challenges in computing the delay caused by the Commission. Clearly much of this delay resulted from the respondent's actions, though there appear to be other delays caused by the Commission. As expressed by Lambert J.A., at para. 29, some of the delay was attributable to the Commission, some to the respondent, but very little of it was attributable to either of the two complainants — Ms. Schell or Ms. Willis.

Donc, même si l'intimé avait le droit de faire les démarches qu'il a faites, la Cour d'appel a eu tort de tenir compte du délai attribuable aux contestations susmentionnées pour calculer le délai imputable à la Commission. Il est clair que ce délai résulte en bonne partie des actes de l'intimé, quoique la Commission semble avoir eu par ailleurs sa part de responsabilité. Comme l'a dit le juge Lambert, au par. 29, le délai était attribuable en partie à la Commission et en partie à l'intimé, mais il l'était très peu à l'une ou l'autre des deux plaignantes, M^me^ Schell ou M^me^ Willis.

126 The arguments advanced by the parties before us rely heavily on criminal judgments where delay was considered in the context of s. 11(*b*) or s. 7 of the *Charter*. It must be kept in mind, as mentioned in paras. 93-95, that the human rights process of receiving complaints, investigating them, determining whether they are substantial enough to

Les arguments que les parties ont avancés devant nous s'appuient en grande partie sur des jugements en matière criminelle où un délai était examiné à la lumière de l'al. 11*b*) ou de l'art. 7 de la *Charte*. Comme je l'ai mentionné aux par. 93 à 95, il faut se rappeler que le processus consistant à recevoir des plaintes fondées sur les droits de la

investigate and report and then to refer the matter to the Tribunal for hearing is a very different process from the criminal process. The British Columbia human rights process is designed to protect respondents by ensuring that cases are not adjudicated unless there is some basis for the claims to go forward and unless the issue cannot be disposed of prior to adjudication. Pursuant to s. 27 of the *Human Rights Code*, the Commission may dismiss a complaint if, *inter alia*, it is brought too late, the acts alleged do not contravene the Code, there is no reasonable basis for referring the complaint to a hearing, if it does not appear to be in the interest of the group bringing the complaint, the complaint was filed for improper motives or if the complaint was made in bad faith. The Commission therefore performs a gatekeeping or screening function, preventing those cases that are trivial or insubstantial from proceeding. There is also the goal of settlement through mediation which is lacking in the criminal context. The human rights process thus takes a great deal more time prior to referring a complaint to the Tribunal for hearing.

personne, à enquêter à leur sujet, à déterminer si elles justifient la tenue d'une enquête, à rédiger un rapport et à renvoyer l'affaire au Tribunal pour qu'il l'entende est fort différent du processus en matière criminelle. Le processus en matière de droits de la personne qui a cours en Colombie-Britannique est conçu pour protéger les personnes qui font l'objet d'une plainte en assurant qu'une audience ne sera tenue que si la plainte a un minimum de fondement et que si la question ne peut pas être réglée préalablement. Selon l'art. 27 du *Human Rights Code*, la Commission peut notamment rejeter une plainte si elle est présentée tardivement, si les faits allégués ne contreviennent pas au Code, s'il n'y a aucun motif raisonnable de la renvoyer pour audience, si elle semble contraire aux intérêts du groupe qui porte plainte ou encore si elle a été portée de mauvaise foi ou pour des motifs répréhensibles. La Commission exerce donc une fonction de contrôle ou de tri et empêche ainsi les affaires frivoles ou sans fondement de suivre leur cours. Il y a également l'objectif de règlement par la médiation qui est absent du contexte du droit criminel. Le processus en matière de droits de la personne qui précède le renvoi de la plainte au Tribunal pour qu'il tienne une audience est donc beaucoup plus long.

The principles of natural justice also require that both sides be given an opportunity to participate in reviewing documents at various stages in the process and to review the investigation report. The parties therefore have a chance to make submissions before a referral is made to the Tribunal. These steps in the process take time. Indeed, the Commission was under a statutory obligation to proceed as it did. The process itself was not challenged in this case. True, the Commission took longer than is desirable to process these Complaints. I am not condoning that. Nevertheless, McEachern C.J.B.C. has exaggerated in stating that "a week at the outside would have sufficed" to investigate these Complaints (para. 51). While the case may not have been an extremely complicated one, these stages are necessary for the protection

127 Les principes de justice naturelle exigent en outre que les deux parties puissent examiner les documents aux différentes étapes du processus et prendre connaissance du rapport d'enquête. Les parties ont donc la possibilité de présenter des observations avant que l'affaire soit renvoyée au Tribunal. Ces étapes allongent d'autant le processus. En réalité, la Commission était tenue par la loi de procéder comme elle l'a fait. Le processus comme tel n'a pas été contesté en l'espèce. Il est vrai que la Commission a pris plus de temps que ce qui est souhaitable pour traiter les plaintes, ce qui n'est pas excusable selon moi. Toutefois, le juge en chef McEachern a exagéré lorsqu'il a dit [TRADUCTION] «qu'il aurait suffi tout au plus d'une semaine» pour enquêter sur ces plaintes (par. 51). Même s'il se peut que l'affaire n'ait pas été extrêmement compliquée, ces étapes sont nécessaires pour assurer la protection de la personne qui fait l'objet d'une plainte fondée sur les droits de la per-

of the respondents in the context of the human rights complaints system.

128 The Commission seems to have handled the Complaints against Mr. Blencoe in the same manner as it handles all of its human rights complaints. The respondent argues that the Commission should have been sensitive to his particular needs and to have consequently expedited his Complaints on a priority basis. However, as professed by Lowry J., there is, "little if anything in the record to suggest that Mr. Blencoe raised with the Commission any of the hardship he has suffered or that he sought to be afforded any priority on that basis" (para. 45).

129 In *Kodellas*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal held that the determination of whether the delay is unreasonable is, in part, a comparative one whereby one can compare the length of delay in the case at bar with the length of time normally taken for processing in the same jurisdiction and in other jurisdictions in Canada. While this factor has limited weight, I would note that in this regard, on average, it takes the Canadian Human Rights Commission 27 months to resolve a complaint (J. Simpson, "Human Rights Commission Mill Grinds Slowly", *The Globe & Mail* (October 1, 1998), p. A18, as quoted in R. E. Hawkins, "Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions" (2000), 25 *Queen's L.J.* 599, at p. 600). In Ontario, the average length of complaints, according to the *Annual Report 1997-1998 of the Ontario Human Rights Commission* (1998), at p. 24, is 19.9 months. The respondent's counsel at the oral hearing quoted a report of the British Columbia Ministry where the average time to get to a hearing in British Columbia is three years.

130 The delay in the case at bar should be compared to that in analogous cases. In *Nisbett*, the sexual harassment complaint had been outstanding for approximately three years. In *Canadian Airlines*, there was a 50-month delay between the filing of the complaint and the appointment of an investigator. In *Stefani*, there was a delay of two years and

sonne, lorsque vient le temps d'examiner cette plainte.

La Commission semble avoir traité les plaintes portées contre M. Blencoe de la même manière qu'elle le fait pour toutes les autres plaintes fondées sur les droits de la personne dont elle est saisie. L'intimé fait valoir qu'elle aurait dû tenir compte de ses besoins particuliers et, par conséquent, traiter en priorité les plaintes dont il faisait l'objet. Cependant, comme l'a affirmé le juge Lowry, [TRADUCTION] «il n'y a que peu ou pas d'éléments du dossier qui indiquent que M. Blencoe a informé la Commission des difficultés qu'il éprouvait ou qu'il a demandé qu'on lui accorde la priorité pour ce motif» (par. 45).

Dans *Kodellas*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan a statué que l'exercice consistant à déterminer si un délai est déraisonnable est en partie comparatif, du fait qu'il permet de comparer la durée du délai dans l'affaire en cause au délai qui est normalement nécessaire pour procéder dans le même ressort ou ailleurs au Canada. Bien que ce facteur ait une importance limitée, je tiens à souligner, à cet égard, que la Commission canadienne des droits de la personne met en moyenne 27 mois à régler une plainte (J. Simpson, «Human Rights Commission Mill Grinds Slowly», *The Globe & Mail* (1er octobre 1998), p. A18, cité dans R. E. Hawkins, «Reputational Review III: Delay, Disrepute and Human Rights Commissions» (2000), 25 *Queen's L.J.* 599, à la p. 600). En Ontario, selon le *Rapport annuel 1997-1998 de la Commission ontarienne des droits de la personne* (1998), à la p. 26, la durée moyenne du traitement d'une plainte est de 19,9 mois. À l'audience, l'avocat de l'intimé a cité un rapport du ministère responsable en Colombie-Britannique selon lequel le délai d'obtention d'une audience dans la province est en moyenne de trois ans.

Le délai écoulé en l'espèce devrait être comparé à celui constaté dans des affaires analogues. Dans l'affaire *Nisbett*, environ trois années s'étaient écoulées depuis le dépôt de la plainte de harcèlement sexuel. Dans l'affaire *Lignes aériennes Canadien*, 50 mois s'étaient écoulés entre le dépôt de la plainte et la désignation d'un enquêteur. Dans

three months between the complaint and the inspection and an additional six- or seven-month delay which followed. In *Brown*, a three-year period had elapsed prior to serving the petitioner with notice of the inquiry. In *Misra*, there was a five-year delay during which time Misra was suspended from the practice of medicine. Finally, in *Ratzlaff*, it had been seven years before the physician received a hearing notice.

l'affaire *Stefani*, deux ans et trois mois s'étaient écoulés entre le dépôt de la plainte et le début de l'inspection, à quoi s'étaient ajoutés six ou sept mois supplémentaires. Dans l'affaire *Brown*, trois années s'étaient écoulées avant qu'un avis d'enquête soit signifié au requérant. Dans l'affaire *Misra*, un délai de cinq ans s'était écoulé, pendant lequel M. Misra s'était vu retirer son permis d'exercer la médecine. Enfin, dans l'affaire *Ratzlaff*, sept ans s'étaient écoulés avant que le médecin reçoive un avis d'audience.

A review of the facts in this case demonstrates that, unlike the aforementioned cases where there was complete inactivity for extremely lengthy periods, the communication between the parties in the case at bar was ongoing. While Lowry J. acknowledged the five-month delay of inactivity, on balance, he found no unacceptable delay and considered the time that elapsed to be nothing more "than the time required to process complaints of this kind given the limitations imposed by the resources available" (para. 47). Lowry J. concluded as follows (at para. 49):

> In my view, it cannot be said that the Commission or the Tribunal have acted unfairly toward Mr. Blencoe. They have caused neither an unacceptable delay in the process nor a prejudice to him whereby fairness of the hearings scheduled to be conducted next month have been compromised. There has been no denial of natural justice and, accordingly, Mr. Blencoe's petition for judicial review cannot succeed.

131 L'examen des faits en l'espèce démontre que, contrairement aux affaires susmentionnées où il y a eu des périodes d'inactivité complète extrêmement longues, la communication entre les parties est demeurée constante. Bien qu'il ait reconnu que le dossier était demeuré inactif pendant cinq mois, le juge Lowry a jugé que ce délai n'était pas inacceptable en fin de compte et qu'il ne représentait rien de plus [TRADUCTION] «que le temps nécessaire pour traiter les plaintes de ce genre compte tenu des limites imposées par les ressources disponibles» (par. 47). Le juge Lowry a tiré la conclusion suivante (au par. 49):

> [TRADUCTION] À mon avis, on ne peut dire que la Commission ou le Tribunal ont été inéquitables envers M. Blencoe. Ni l'un ni l'autre n'est à l'origine d'un délai inacceptable ou n'a causé à M. Blencoe un préjudice qui aurait eu pour effet de compromettre l'équité des audiences qui devaient avoir lieu le mois suivant. Il n'y a pas eu de déni de justice naturelle et, en conséquence, la demande de contrôle judiciaire présentée par M. Blencoe ne peut être accueillie.

As expressed by Salmon L.J. in *Allen v. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), at p. 561, "it should not be too difficult to recognise inordinate delay when it occurs". In my opinion, the five-month inexplicable delay or even the 24-month period from the filing of the Complaints to the referral to the Tribunal was not so inordinate or inexcusable as to amount to an abuse of process. Taking into account the ongoing communication between the parties, the delay in this case does not strike me as one that would offend the community's sense of decency and fairness. While I would not presume to fix a specified period for a reasonable delay, I am satisfied that

132 Comme l'a dit le lord juge Salmon dans *Allen c. Sir Alfred McAlpine & Sons, Ltd.*, [1968] 1 All E.R. 543 (C.A.), à la p. 561, [TRADUCTION] «il ne devrait pas être trop difficile de reconnaître un délai excessif lorsqu'il se produit». Selon moi, le délai inexplicable de cinq mois ou même le délai de 24 mois qui s'est écoulé entre le dépôt des plaintes et le renvoi au Tribunal n'était ni excessif ni inexcusable au point de constituer un abus de procédure. Vu la communication constante entre les parties, le délai en l'espèce ne me paraît pas être de ceux qui heurteraient le sens de la justice et de la décence de la société. Même si je ne saurais préciser la durée d'un délai raisonnable, je suis

the delay in this case was not so inordinate as to amount to an abuse of process.

133 As noted in the discussion pertaining to the application of s. 7 of the *Charter* (paras. 59 to 72), I am also concerned with the causal connection in this case. There must be more than merely a lengthy delay for an abuse of process; the delay must have caused actual prejudice of such magnitude that the public's sense of decency and fairness is affected. While Mr. Blencoe and his family have suffered obvious prejudice since the various sexual harassment allegations against him were made public, as explained above, I am not convinced that such prejudice can be said to result directly from the delay in the human rights proceedings. As in the *Charter* analysis above, I have simply assumed without deciding, for the purpose of my analysis, that the delay caused by the Commission was a contributory cause of the respondent's prejudice.

VII. Conclusion

134 To summarize, it cannot be said that the respondent's s. 7 rights were violated nor that the conduct of the Commission amounted to an abuse of process. However, I emphasize that nothing in these reasons has any bearing on the merits of the case before the Tribunal.

135 Nevertheless, I am very concerned with the lack of efficiency of the Commission and its lack of commitment to deal more expeditiously with complaints. Lack of resources cannot explain every delay in giving information, appointing inquiry officers, filing reports, etc.; nor can it justify inordinate delay where it is found to exist. The fact that most human rights commissions experience serious delays will not justify breaches of the principles of natural justice in appropriate cases. In *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 795, the Court stated that in the context of s. 11(*b*) of the *Charter*, the government "has a constitutional obligation to commit sufficient resources to prevent unreasona-

convaincu que le délai en l'espèce n'était pas excessif au point de constituer un abus de procédure.

Comme je l'ai souligné en procédant à l'analyse concernant l'application de l'art. 7 de la *Charte* (par. 59 à 72), je suis également préoccupé par la question du lien causal en l'espèce. Pour qu'il y ait abus de procédure, le délai écoulé doit, outre sa longue durée, avoir causé un préjudice réel d'une telle ampleur qu'il heurte le sens de la justice et de la décence du public. Bien que M. Blencoe et les membres de sa famille aient manifestement subi un préjudice en raison de la publicité qui a entouré les diverses allégations de harcèlement sexuel, comme je l'ai expliqué précédemment, je ne suis pas convaincu qu'on peut dire que ce préjudice résulte directement du délai écoulé dans les procédures en matière de droits de la personne. Comme je l'ai fait dans l'analyse précédente relative à la *Charte*, j'ai simplement tenu pour acquis, sans pour autant le décider, aux fins de mon analyse, que le délai imputable à la Commission avait contribué à causer un préjudice à l'intimé.

VII. Conclusion

En résumé, on ne saurait dire qu'il y a eu atteinte aux droits garantis à l'intimé par l'art. 7 ou que la conduite de la Commission a constitué un abus de procédure. Cependant, je souligne que les présents motifs ne devraient avoir aucune incidence sur le bien-fondé de l'affaire devant le Tribunal.

Je suis néanmoins très préoccupé par l'inefficacité de la Commission et par l'absence d'engagement de sa part à traiter plus rapidement les plaintes dont elle est saisie. Le manque de ressources ne peut pas expliquer tous les délais en matière de communication des renseignements, de désignation d'enquêteurs, de dépôt de rapports, etc.; il ne peut pas justifier non plus un délai jugé excessif. Le fait que la plupart des commissions des droits de la personne connaissent de sérieux délais ne justifie pas la violation des principes de justice naturelle dans des cas appropriés. Dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 795, la Cour a dit, au sujet de l'application de l'al. 11*b*) de

ble delay". The demands of natural justice are apposite.

I would allow the appeal. The Court of Appeal decision is set aside and the Tribunal should proceed with the hearing of the Complaints on their merits. Considering the lack of diligence displayed by the Commission, I would nevertheless exercise the Court's discretion under s. 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, to award costs against the appellant Commission in favour of Robin Blencoe, Andrea Willis and Irene Schell.

The reasons of Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. were delivered by

LEBEL J. (dissenting in part) — The reasons of Justice Bastarache fully review the judicial history and the factual background of this case, and I do not intend to summarize them again. I shall refer only to such elements of the evidence and of the history of this case, as may be required, for the purpose of my analysis.

I. The Issues

The parties have fought this case mainly on *Charter* issues. In the end, this approach turned into a constitutional problem, something that it was not. The important and determinative issue should have been the role of judicial review and administrative law principles in the control of undue delay in administrative tribunal proceedings. Given that human rights commissions are administrative law creations, the first place we should look for solutions to problems in their processes is in the realm of administrative law. If the relevant administrative law remedy had been applied, the trial judge should have found that there had been undue delay in the process of the British Columbia Human Rights Commission (formerly the British Columbia Council of Human Rights), that this delay was abusive, and that some

la *Charte*, que le gouvernement «a l'obligation constitutionnelle d'attribuer des ressources suffisantes pour prévenir tout délai déraisonnable». Les exigences de la justice naturelle sont pertinentes.

136 Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi. L'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le Tribunal devrait procéder à l'audition des plaintes au fond. Toutefois, vu l'absence de diligence manifestée par la Commission appelante, je suis d'avis de lui ordonner de payer les dépens de Robin Blencoe, Andrea Willis et Irene Schell, en vertu du pouvoir discrétionnaire que l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, confère à notre Cour.

Version française des motifs des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendus par

137 LE JUGE LEBEL (dissident en partie) — Dans ses motifs, le juge Bastarache fait un examen complet des procédures et des faits de la présente affaire, de sorte que je ne compte pas les résumer à nouveau. Je vais mentionner seulement les éléments de preuve et les faits qui seront nécessaires pour les fins de mon analyse.

I. Les questions en litige

138 L'argumentation des parties a surtout porté sur des questions relatives à la *Charte canadienne des droits et libertés*. En définitive, le problème qui se posait est, de ce fait, devenu à tort un problème constitutionnel. La question importante et déterminante aurait dû être celle du rôle que le contrôle judiciaire et les principes du droit administratif jouent en matière de prévention des délais injustifiés dans des procédures devant un tribunal administratif. Étant donné que les commissions des droits de la personne sont des créatures du droit administratif, c'est dans le domaine du droit administratif qu'il nous faut d'abord chercher des solutions aux problèmes que posent leurs procédures. Si la réparation appropriée en droit administratif avait été appliquée, le juge de première instance aurait dû conclure qu'il y a eu délai injustifié dans les procédures de la British Columbia Human Rights Commission (auparavant British Columbia Council of Human Rights) («Commission des

form of remedy should have been granted to the respondent Blencoe.

139 Nevertheless, I agree that a stay of proceedings was not warranted in the circumstances of the case and should be lifted, as suggested by Bastarache J. Such a remedy took no consideration of the interest of the complainants Irene Schell and Andrea Willis in the proceedings of the British Columbia Human Rights Commission ("Commission"). Nobody benefits from delay, but the interests of innocent parties must influence our choice of remedy. The Court of Appeal seems to have dealt with this case as if it were a pure conflict between the respondent and the state, without taking into account that the complainants Schell and Willis also had an important interest in an efficient disposition of their allegations against Blencoe and in the correct and timely application of the appropriate administrative law remedies.

II. The Administrative Law Doctrine of Abuse of Process and the Control of Undue Delay

140 Unnecessary delay in judicial and administrative proceedings has long been an enemy of a free and fair society. At some point, it is a foe that has plagued the life of almost all courts and administrative tribunals. It's a problem that must be brought under control if we are to maintain an effective system of justice, worthy of the confidence of Canadians. The tools for this task are not to be found only in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, but also in the principles of a flexible and evolving administrative law system.

141 The legal doctrines that have developed both under the common law and under the *Charter* to respond to delay are certainly not simple. But the facts of this case point to one inescapable conclusion: the respondent, Robin Blencoe, faced unreasonable delay that violated administrative law principles of fairness in the management of the

droits de la personne de la Colombie-Britannique» ou «Commission»), que ce délai était excessif et qu'une forme quelconque de réparation devait être accordée à l'intimé Blencoe.

Je conviens néanmoins qu'un arrêt des procédures n'était pas justifié dans les circonstances de l'affaire et qu'il devrait être annulé, comme le propose le juge Bastarache. Cette réparation ne tenait aucun compte de l'intérêt que les plaignantes Irene Schell et Andrea Willis avaient dans les procédures de la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique. Un délai n'est avantageux pour personne, mais les intérêts de parties innocentes doivent influencer notre choix d'une réparation. La Cour d'appel semble avoir considéré qu'il s'agissait en l'espèce d'un simple différend entre l'intimé et l'État, sans tenir compte du fait que les plaignantes Schell et Willis avaient elles aussi considérablement intérêt à ce qu'il soit statué efficacement sur leurs allégations contre Blencoe et à ce que les réparations appropriées en droit administratif soient accordées correctement et en temps opportun.

II. La règle de l'abus de procédure en droit administratif et la prévention des délais injustifiés

Ce n'est pas d'hier que les délais inutiles dans les procédures judiciaires et les procédures administratives sont qualifiés de contraires à une société libre et équitable. Il s'agit jusqu'à un certain point d'un fléau qui touche presque tous les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs. C'est un problème qu'il faut régler pour assurer le maintien d'un système de justice efficace et digne de la confiance des Canadiens et des Canadiennes. La solution à ce problème réside non seulement dans l'application de la *Charte*, mais également dans celle des principes d'un régime de droit administratif souple et en évolution constante.

Les règles juridiques qui ont été établies en vertu de la common law et de la *Charte* afin de remédier au problème des délais ne sont sûrement pas simples. Cependant, les faits de la présente affaire amènent inévitablement à conclure que l'intimé, Robin Blencoe, a été victime d'un délai déraisonnable contraire aux principes, reconnus en

process of an administrative tribunal or body. Those principles concern not only the fairness of the hearing and of the final decision, but the very conduct of the procedures leading to the disposition in the matter. In these reasons, I shall now examine those principles and the nature of the remedy that appears just and appropriate after giving due consideration to the interests of all parties concerned by this long and frustrating judicial debate.

III. The Application for Judicial Review

This case came before the courts when Blencoe brought a petition for judicial review. Lowry J., in the British Columbia Supreme Court, denied any remedy under administrative law principles because, in his opinion, Blencoe had not established any prejudice that related "directly to the ability to respond to the complaint in an evidentiary sense" ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, at para. 37). Judicial review would thus be essentially limited to assessing the impact of the delay on the hearing and the decision.

Some case law did support this approach. In *Nisbett v. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, the Manitoba Court of Appeal searched for delay that caused prejudice to an individual's right to a fair and full hearing. In *Ford Motor Co. of Canada v. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464, at p. 466, the Ontario Divisional Court explicitly followed the *Nisbett* analysis.

However, these decisions seem to have been exceptions in an otherwise steady progression toward a broader vision of administrative law abuse of process doctrine and the remedies that it provides for unreasonable delay. Administrative law abuse of process doctrine is fundamentally about protecting people from unfair treatment by administrative agencies. In *Martineau v. Matsqui Institution Disciplinary Board*, [1980] 1 S.C.R. 602, at p. 631, Dickson J. (as he then was)

droit administratif, de l'équité en matière de gestion des procédures d'un tribunal ou d'un organisme administratif. Ces principes concernent non seulement l'équité de l'audience et de la décision finale, mais encore le déroulement même des procédures menant au règlement de l'affaire. Dans les présents motifs, je vais maintenant examiner ces principes et la nature de la réparation qui paraît juste et appropriée, compte tenu, comme il se doit, des intérêts de toutes les parties touchées par ce long et frustrant débat judiciaire.

III. La demande de contrôle judiciaire

142 Les procédures devant les tribunaux ont commencé avec le dépôt par Blencoe d'une demande de contrôle judiciaire. Le juge Lowry de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a refusé toute réparation fondée sur les principes du droit administratif parce que, à son avis, Blencoe n'avait pas établi l'existence d'un préjudice lié [TRADUCTION] «directement à sa capacité de répondre à la plainte en produisant des éléments de preuve» ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 201, au par. 37). Ainsi, le contrôle judiciaire consisterait essentiellement à évaluer l'incidence du délai sur l'audience et la décision.

143 Une partie de la jurisprudence appuyait ce point de vue. Dans l'arrêt *Nisbett c. Manitoba (Human Rights Commission)* (1993), 101 D.L.R. (4th) 744, la Cour d'appel du Manitoba s'est demandé si un délai avait porté atteinte au droit d'une personne à une audience complète et équitable. Dans *Ford Motor Co. of Canada c. Ontario (Human Rights Commission)* (1995), 24 C.H.R.R. D/464, à la p. 466, la Cour divisionnaire de l'Ontario a explicitement suivi l'analyse effectuée dans l'arrêt *Nisbett*.

144 Toutefois, ces décisions semblent avoir constitué des accidents de parcours dans une évolution par ailleurs constante vers une conception plus large de la règle de l'abus de procédure en droit administratif et des réparations qu'elle offre en cas de délai déraisonnable. Cette règle de l'abus de procédure en droit administratif vise fondamentalement à protéger les gens contre tout traitement inéquitable de la part d'organismes administratifs. Dans l'arrêt *Martineau c. Comité de discipline de l'Insti-*

described the administrative law principle of fairness in these classic terms:

> In the final analysis, the simple question to be answered is this: Did the tribunal on the facts of the particular case act fairly toward the person claiming to be aggrieved? It seems to me that this is the underlying question which the courts have sought to answer in all the cases dealing with natural justice and fairness.

When we ask whether there has been an administrative law abuse of process, we ask the same fundamental question: has an administrative agency treated people inordinately badly?

IV. Historical Context

145 This question, however, does not exist outside of a legal historical context, through which we must trace the role of courts on these kinds of questions up to the present day. Two fundamental aspects of the common law's history are relevant to the rules in this area: (1) the common law system's abhorrence of delay; and (2) the common law's development as to the power of courts to monitor the processes of administrative bodies.

146 The notion that justice delayed is justice denied reaches back to the mists of time. In *Magna Carta* in 1215, King John promised: "To none will we sell, to none will we deny, or delay, right or justice" (emphasis added). As La Forest J. put it, the right to a speedy trial has been "a right known to the common law . . . for more than 750 years" (*R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, at p. 636). In criminal law cases, this Court had no difficulty determining in *R. v. Askov*, [1990] 2 S.C.R. 1199, at p. 1227, that "the right to be tried within a reasonable time is an aspect of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*". Outside the criminal law context, legislators have devised limitation periods, and courts have developed equitable doctrines such as that of laches. For centuries, those working with our legal system have recognized

tution de Matsqui, [1980] 1 R.C.S. 602, à la p. 631, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a décrit le principe de l'équité en droit administratif en ces termes classiques:

> En conclusion, la simple question à laquelle il faut répondre est celle-ci: compte tenu des faits de ce cas particulier, le tribunal a-t-il agi équitablement à l'égard de la personne qui se prétend lésée? Il me semble que c'est la question sous-jacente à laquelle les cours ont tenté de répondre dans toutes les affaires concernant la justice naturelle et l'équité.

Lorsque nous nous demandons s'il y a eu abus de procédure selon le droit administratif, nous nous posons la même question fondamentale: un organisme administratif a-t-il traité des gens excessivement mal?

IV. Le contexte historique

La question ne se pose cependant pas en dehors d'un contexte juridique historique dans lequel nous devons examiner le rôle que les tribunaux judiciaires ont joué jusqu'à ce jour en la matière. Deux aspects fondamentaux de l'histoire de la common law sont pertinents quant aux règles applicables dans ce domaine: (1) l'aversion de la common law pour les délais, et (2) l'évolution de la common law en ce qui concerne le pouvoir des tribunaux judiciaires de surveiller les procédures d'organismes administratifs.

L'idée que la justice différée est un déni de justice ne date pas d'hier. Dans la *Magna Carta* de 1215, le roi Jean a pris l'engagement suivant: [TRADUCTION] «À aucun nous ne vendrons, à aucun nous ne refuserons ni différerons droit ou justice» (je souligne). Comme l'a dit le juge La Forest, le droit à un procès expéditif «est connu en *common law* depuis plus de 750 ans» (*R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, à la p. 636). En matière de droit criminel, notre Cour n'a pas hésité à conclure, dans l'arrêt *R. c. Askov*, [1990] 2 R.C.S. 1199, à la p. 1227, que «le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est un aspect de la justice fondamentale garantie en vertu de l'art. 7 de la *Charte*». En dehors du contexte du droit criminel, le législateur a établi des délais de prescription, et les cours de justice, des règles d'*equity* comme celle du manque de dili-

that unnecessary delay strikes against its core values and have done everything within their powers to combat it, albeit not always with complete success.

Under the common law, courts have gradually developed the power to monitor the processes of administrative bodies and their legality. There is today no doubt that "[t]he superior courts have the inherent power to review the legality of administrative actions" (D. P. Jones and A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3rd ed. 1999), at p. 6). Unnecessary delay is not excluded from the scope of judicial review.

This supervisory power over administrative processes developed from the very beginnings of the prerogative writ most apropos in the case before us. Mandamus is a storied writ. At its origins, it empowered the Court of King's Bench to order a court or an administrative body to do its duty: Sir W. Holdsworth, *A History of English Law* (7th ed. 1956), vol. I, at p. 229; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4th ed. 1768), Book III, at p. 110. In the original cases that recognized it, the writ was used largely to prevent the procedurally illegitimate exclusion of citizens who were members of certain disliked groups from municipal offices: see *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271; and *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143, at p. 1143. But there was always the possibility of something much greater in the writ, and Lord Mansfield would go so far as to announce its prospective use "upon all occasions where the law has established no specific remedy, and where in justice and good government there ought to be one" (*R. v. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823, at pp. 824-25 (emphasis added). Cf. *Bagg's Case*, *supra*, at pp. 1277-78, referring generally to "misgovernment".) The writ always promised the possibility of ensuring that governmental officers would not shirk their duty to keep processes operating efficiently. Perhaps significantly, the very words of the original form of the writ referred to

gence. Depuis des siècles, les gens qui œuvrent dans notre système juridique reconnaissent que les délais inutiles vont à l'encontre des valeurs fondamentales qui le sous-tendent et ils font tout ce qu'ils peuvent pour les éliminer, même s'ils ne parviennent pas toujours à le faire complètement.

147 Sous le régime de la common law, les cours de justice se sont progressivement donné le pouvoir de surveiller les procédures des organismes administratifs et leur légalité. Il ne fait désormais aucun doute que [TRADUCTION] «[l]es cours supérieures ont le pouvoir inhérent d'examiner la légalité de mesures administratives» (D. P. Jones et A. S. de Villars, *Principles of Administrative Law* (3e éd. 1999), à la p. 6). Les délais inutiles n'échappent pas au contrôle judiciaire.

148 Ce pouvoir de surveillance des procédures administratives qui remonte aux origines du bref de prérogative est des plus à-propos en l'espèce. Le mandamus possède une longue histoire. À l'origine, il habilitait la Cour du Banc du Roi à ordonner à un tribunal judiciaire ou à un organisme administratif de faire son devoir: sir W. Holdsworth, *A History of English Law* (7e éd. 1956), vol. I, à la p. 229; W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* (4e éd. 1768), livre III, à la p. 110. Dans les premières affaires où il a été appliqué, le bref a servi en grande partie à empêcher que des membres de groupes abhorrés soient écartés illégitimement d'une charge municipale: voir *Bagg's Case* (1615), 11 Co. Rep. 93b, 77 E.R. 1271, et *Andover Case* (1700), Holt. K.B. 441, 90 E.R. 1143, à la p. 1143. Cependant, il était toujours possible que le bref ait une portée plus grande, et lord Mansfield a même dit qu'il pourrait être utilisé [TRADUCTION] «chaque fois que la common law ne prévoit aucune réparation particulière et que la justice et le bon gouvernement exigent qu'il y ait réparation» (*R. c. Barker* (1762), 3 Burr. 1265, 97 E.R. 823, aux pp. 824 et 825 (je souligne). Comparer avec *Bagg's Case*, précité, aux pp. 1277 et 1278, où il est généralement question de [TRADUCTION] «mauvais gouvernement»). Grâce au bref, il était toujours possible de veiller à ce qu'un fonctionnaire de l'État ne manque pas à son obligation de veiller au déroulement efficace des procédures. Ce qui peut être

"debitam et festinam justiciam" — due and speedy justice (Holdsworth, *supra*, app. XV, at p. 659).

V. Modern Developments

149 Today, there is no doubt that mandamus may be used to control procedural delays. In the middle of the last century, a British Columbia Court of Appeal judgment recognized the principles behind mandamus, stating that "[t]he high prerogative writ of mandamus was brought into being to supply defects in administering justice" (*The King ex rel. Lee v. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665, at p. 678). It went on to note that the granting of mandamus was "to be governed by considerations which tend to the speedy and inexpensive as well as efficacious administration of justice" (at p. 678, cited with approval in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561). Members of our Court have on occasion alluded to the use of mandamus specifically to control delay. (See notably: *R. v. Bradley*, [1941] S.C.R. 270, at p. 277, *per* Duff C.J.; *Rourke v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 1021, at p. 1027, *per* Laskin C.J.; and *Rahey*, *supra*, at pp. 624-25, *per* Wilson J., and p. 631, *per* La Forest J.) And there exists a specific line of case law in the administrative context of immigration law that endorses just such a development, particularly where delay creates hardship: e.g., *Muia v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1996] 2 F.C. 410 (C.A.), at para. 24; *Dee v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (F.C.T.D.); and *Kiani v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81 (F.C.T.D.), at para. 34. In such a context in *Bhatnager v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 315 (T.D.), at p. 317, Strayer J. offers this widely quoted statement:

significatif, le libellé même du bref original parlait de «*debitam et festinam justiciam*» — justice régulière et expéditive (Holdsworth, *op. cit.*, app. XV, à la p. 659).

V. Évolution récente

De nos jours, il ne fait aucun doute que le mandamus peut servir à limiter les délais procéduraux. Au milieu du siècle dernier, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a reconnu, dans un arrêt, les principes qui sous-tendent le mandamus en disant que [TRADUCTION] «[l]a raison d'être du bref de prérogative qu'est le mandamus est de remédier aux vices de l'administration de la justice» (*The King ex rel. Lee c. Workmen's Compensation Board*, [1942] 2 D.L.R. 665, à la p. 678). La Cour d'appel a ajouté que la délivrance d'un mandamus devait être [TRADUCTION] «régie par des considérations qui contribuent à une administration de la justice expéditive, peu coûteuse et efficace» (à la p. 678, cité avec approbation dans *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561). Il est arrivé que des juges de notre Cour fassent allusion à l'utilisation du mandamus dans le but précis de limiter un délai. (Voir notamment les arrêts *R. c. Bradley*, [1941] R.C.S. 270, à la p. 277, le juge en chef Duff; *Rourke c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 1021, à la p. 1027, le juge en chef Laskin; *Rahey*, précité, aux pp. 624 et 625, le juge Wilson, et à la p. 631, le juge La Forest.) En outre, il existe, dans le contexte administratif du droit de l'immigration, un courant jurisprudentiel particulier qui sanctionne une telle évolution, spécialement lorsque le délai cause des difficultés: par exemple, *Muia c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 113 F.T.R. 234; *Dass c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1996] 2 C.F. 410 (C.A.), au par. 24; *Dee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1998), 46 Imm. L.R. (2d) 278 (C.F. 1re inst.); *Kiani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1999), 50 Imm. L.R. (2d) 81 (C.F. 1re inst.), au par. 34. C'est dans ce contexte que, dans *Bhatnager c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 315 (1re inst.), à la p. 317, le juge Strayer a tenu les propos suivants qui sont souvent cités:

But *mandamus* can issue to require that some decision be made. Normally this would arise where there has been a specific refusal to make a decision, but it may also happen where there has been a long delay in the making of a decision without adequate explanation. [Emphasis added.]

Mais un bref de *mandamus* peut être délivré pour exiger qu'une décision soit rendue. Normalement, il en est ainsi lorsqu'il y a eu refus exprès de rendre une décision, mais ce peut être également le cas lorsqu'on tarde beaucoup à rendre une décision sans donner d'explication suffisante. [Je souligne.]

The common law system has always abhorred delay. In our system's development of the courts' supervisory role over administrative processes through mandamus, we see a crystallizing potential to compel government officers to do their duty and, in so doing, to avoid delay in administrative processes. The historical context in which our case law is rooted is a soil of well-established principles. This ground's more modern seedlings must now be examined.

150 La common law a toujours eu les délais en aversion. Dans notre régime de common law, la reconnaissance du rôle de surveillance par voie de mandamus que les cours de justice exercent sur les procédures administratives est perçue comme traduisant la possibilité de contraindre les fonctionnaires de l'État à faire leur devoir et, ce faisant, à éviter les délais dans le déroulement des procédures administratives. Le contexte historique dans lequel s'insère notre jurisprudence est constitué de principes bien établis. Il faut maintenant examiner la jurisprudence plus récente qui en a émané.

VI. Undue Delay and Procedural Fairness

VI. Délai injustifié et équité procédurale

English case law began in the last decades to bring these old streams of the common law together. In *R. v. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] Q.B. 606, the English Court of Appeal was prepared to act against unreasonable delay based on the *Magna Carta* itself, as reinforced by the *European Convention on Human Rights*. In *Re Preston*, [1985] A.C. 835, the House of Lords made clear that there could be judicial review of any delay amounting to an abuse of power or breach of natural justice. In *R. v. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] 1 Q.B. 424, the English Court of Appeal applied this to a lengthy delay in notifying police officers of disciplinary charges against them. In the judgment of May L.J., at pp. 439-40, this was abusive and a breach of fairness because it disregarded the possibility of prejudice accruing to the officers on account of the delay. Unreasonable delay in administrative processes triggers the ancient rights of individuals who suffer prejudice as a result, and it gives the courts good reason to intervene against injustice. The modern English position, stated by W. Wade and C. Forsyth, *Administrative Law* (7th ed. 1994), at p. 649, is clear: "A statutory duty must be per-

151 Au cours des dernières décennies, les tribunaux britanniques ont commencé à réaliser la synthèse de ces vieux courants de common law. Dans *R. c. Secretary of State for the Home Department, Ex parte Phansopkar*, [1976] 1 Q.B. 606, la Cour d'appel d'Angleterre était disposée à réagir aux délais déraisonnables en se fondant sur la *Magna Carta* elle-même, telle qu'elle est renforcée par la *Convention européenne des droits de l'homme*. Dans *Re Preston*, [1985] A.C. 835, la Chambre des lords a précisé qu'il pouvait y avoir contrôle judiciaire de tout délai équivalant à un abus de pouvoir ou à un déni de justice naturelle. Dans *R. c. Chief Constable of the Merseyside Police, Ex parte Calveley*, [1986] Q.B. 424, la Cour d'appel d'Angleterre a appliqué cela au long délai écoulé avant que des policiers soient avisés des accusations d'infraction disciplinaire portées contre eux. Selon le lord juge May, aux pp. 439 et 440, il y avait eu abus et iniquité du fait qu'on n'avait pas tenu compte du préjudice que le délai pourrait causer aux policiers. Le délai déraisonnable dans des procédures administratives met en jeu les droits de longue date que possèdent les personnes qu'il lèse, et il donne aux tribunaux une bonne raison d'intervenir pour remédier à toute injustice qui peut avoir

formed without unreasonable delay, and this may be enforced by mandamus" (emphasis added).

été causée. Le point de vue qui a cours actuellement en Angleterre selon W. Wade et C. Forsyth, *Administrative Law* (7e éd. 1994), à la p. 649, est clair: [TRADUCTION] «Une obligation légale doit être exécutée sans délai déraisonnable, et pareille exécution peut être obtenue par voie de mandamus» (je souligne).

152 With the few exceptions I noted at the outset of these reasons, modern Canadian courts have begun building on those historical principles and the developments in the English case law discussed above to develop a framework within which they may assess unreasonable delay. First, courts have linked the idea of procedural fairness with a bar on abuse of process through unreasonable delay: e.g., *Misra v. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477 (Sask. C.A.) (leave to appeal to SCC granted, [1989] 1 S.C.R. viii, but appeal later discontinued, [1992] 1 S.C.R. vii). Second, even on a traditional analysis, courts have expressed their preparedness to consider different kinds of adverse effects of delay, such as damage to individuals' reputations or other aspects of their lives, in conjunction with the traditionally recognized effects on the hearing: see, e.g., *Brown v. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL) (S.C.); and *Stefani v. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (B.C.S.C.).

Sauf les quelques exceptions que j'ai mentionnées au début des présents motifs, les tribunaux canadiens modernes ont commencé à s'appuyer sur ces principes historiques et sur l'évolution de la jurisprudence anglaise mentionnée plus haut pour établir un cadre leur permettant de déterminer si un délai est déraisonnable. Premièrement, ils ont lié la notion d'équité procédurale à l'interdiction de tout abus de procédure découlant d'un délai déraisonnable: par exemple, *Misra c. College of Physicians & Surgeons of Saskatchewan* (1988), 52 D.L.R. (4th) 477 (C.A. Sask.) (autorisation de pourvoi accordée par la CSC, [1989] 1 R.C.S. viii, mais désistement ultérieur, [1992] 1 R.C.S. vii). Deuxièmement, même dans le cadre d'une analyse traditionnelle, les tribunaux ont affirmé qu'ils étaient disposés à tenir compte de divers types d'effet préjudiciable du délai, comme l'atteinte à la réputation ou d'autres préjudices personnels, conjointement avec ses effets traditionnellement reconnus sur l'audience: voir, par exemple, *Brown c. Assn. of Professional Engineers and Geoscientists of British Columbia*, [1994] B.C.J. No. 2037 (QL) (C.S.), et *Stefani c. College of Dental Surgeons (British Columbia)* (1996), 44 Admin. L.R. (2d) 122 (C.S.C.-B.).

153 Third, these two evolutions have become fused along with a realization that other adverse effects can create an abusive situation independently of evidentiary prejudice. In *Ratzlaff v. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336 (C.A.), at para. 22, Hollinrake J.A. set out a theoretical framework within which the courts may consider unreasonable delay, along with some of the relevant factors in assessing it:

Troisièmement, outre ces deux évolutions, on s'est rendu compte que d'autres effets préjudiciables peuvent engendrer une situation abusive indépendamment du préjudice lié à la possibilité de présenter des éléments de preuve. Dans *Ratzlaff c. British Columbia (Medical Services Commission)* (1996), 17 B.C.L.R. (3d) 336 (C.A.), au par. 22, le juge Hollinrake a énoncé un cadre théorique à l'intérieur duquel les tribunaux pourraient déterminer si un délai est déraisonnable, ainsi que certains facteurs à prendre en considération à cette fin:

Abuse of power is a broader notion, akin to oppression. It encompasses procedural unfairness, conduct equivalent to breach of contract or of representation, and, in my view, unjust delay. I should add that not all lengthy delays are unjust; regard must be had to the causes of delay, and to resulting reasonable changes of position. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] La notion d'abus de pouvoir est large et s'apparente à l'oppression. Elle englobe l'iniquité procédurale, la conduite équivalant à la rupture d'un contrat ou à une fausse déclaration et, à mon avis, le délai injustifié. J'ajouterais que tous les délais ne sont pas injustifiés; il faut tenir compte des causes du délai ainsi que des changements raisonnables de situation qui en ont résulté. [Je souligne.]

This analytical method, in which unreasonable delay is assimilated to a type of abuse, helped Hollinrake J.A. to recognize that adverse effects other than on hearing fairness can be considered independently. He writes at para. 19, "where the delay is so egregious that it amounts to an abuse of power or can be said to be oppressive, the fact that the hearing itself will be a fair one is of little or no consequence".

Cette méthode analytique, dans laquelle le délai déraisonnable est assimilé à une sorte d'abus, a aidé le juge Hollinrake à reconnaître que des effets préjudiciables autres que celui sur l'équité de l'audience peuvent être pris en considération indépendamment. Il écrit, au par. 19, que [TRADUCTION] «lorsque le délai est énorme au point de constituer un abus de pouvoir ou de pouvoir être qualifié d'oppressif, le fait que l'audience elle-même sera équitable importe peu ou pas du tout».

Abusive administrative delay is wrong and it does not matter if it wrecks only your life and not your hearing. The cases that have been part of this evolution have sometimes expressed the point differently, but the key consideration is this: administrative delay that is determined to be unreasonable based on its length, its causes, and its effects is abusive and contrary to the administrative law principles that exist and should be applied in a fair and efficient legal system.

154 Le délai administratif abusif est répréhensible, et ce, peu importe qu'il ne ruine que la vie d'une personne sans affecter l'audition à laquelle elle a droit. La jurisprudence associée à cette évolution expose parfois ce point de vue différemment, mais le facteur clé est le suivant: le délai administratif jugé déraisonnable en raison de sa durée, de ses causes et de ses effets est abusif et contraire aux principes du droit administratif qui existent et qui devraient s'appliquer dans un système juridique équitable et efficace.

Unreasonable delay is not limited to situations that bring the human rights system into disrepute either by prejudicing the fairness of a hearing or by otherwise rising above a threshold of shocking abuse. Otherwise, there would not be any remedy for an individual suffering from unreasonable delay unless this same individual were unlucky enough to have suffered sufficiently to meet an additional, external test of disrepute resulting to the human rights system. Such a limitation may arise from a fear that the main remedy available would be the blunt instrument of the stay of proceedings. However, as we will see below, a remedy other than a stay may be appropriate in other cases where ongoing delay is abusive. It is true that some of the cases that have most developed the doctrine of abusive delay involved lengthier periods of time that, in conjunction with other factors,

155 Un délai n'est pas déraisonnable uniquement dans le cas où le régime de protection des droits de la personne est déconsidéré en raison d'une atteinte à l'équité de l'audience ou du fait que le délai a franchi le seuil d'un abus scandaleux. Si c'était le cas, la personne lésée par un délai injustifié ne disposerait d'aucun recours à moins d'avoir eu la malchance d'être suffisamment lésée pour satisfaire à un autre critère externe, celui de la déconsidération du régime de protection des droits de la personne. Pareille restriction peut découler de la crainte que la principale réparation disponible ne soit l'arrêt pur et simple des procédures. Cependant, comme nous le verrons plus loin, une réparation différente de l'arrêt des procédures peut convenir dans d'autres cas où le délai qui s'écoule est abusif. Il est vrai que, dans certaines des décisions qui ont le plus contribué à l'établissement de la

warranted stays of proceedings. (see, e.g., the cases cited by Bastarache J. at paras. 117-18). They were cases that passed the highest threshold of abusiveness. Because of this, they did not discuss a lower threshold of unreasonable delay that might warrant some kind of judicial action and different, less radical, remedies than a stay in the administrative proceedings.

règle du délai abusif, il était question de périodes plus longues qui, en plus d'autres facteurs, justifiaient l'arrêt des procédures (voir, par exemple, la jurisprudence citée par le juge Bastarache, aux par. 117 et 118). Il s'agissait de cas qui satisfaisaient au critère le plus rigoureux du caractère abusif. À cause de cela, on n'y analysait pas le critère moins rigoureux du délai déraisonnable qui pourrait justifier une forme quelconque d'intervention judiciaire et d'autres réparations moins radicales que l'arrêt des procédures administratives.

VII. Assessing Unreasonable Delay

VII. Détermination du délai déraisonnable

156 The authorities and policy considerations that have been reviewed thus far confirm that modern administrative law is deeply averse to unreasonable delay. But nobody suggests the elimination of all delay *per se* — and with good reason. At the limit, a prohibition on delay *per se* would ban any and all delay. This would be an absurd result that would undermine rather than uphold a fair judicial system. Such an approach would, for example, deny parties on both sides the chance to prepare for the hearing (cf. *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1694). Thus, unreasonable delays must be identified within the specific circumstances of every case.

La doctrine, la jurisprudence et les considérations de principe qui ont été examinées jusqu'ici confirment la profonde aversion du droit administratif moderne pour le délai déraisonnable. Cependant, personne ne propose l'élimination de tout délai en soi, et ce, pour une bonne raison. À la limite, l'interdiction du délai en soi aurait pour effet d'interdire tout délai. Ce serait un résultat absurde qui minerait un système judiciaire équitable au lieu de le préserver. Une telle approche priverait notamment les deux parties de la possibilité de se préparer pour l'audience (comparer avec *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1694). Il faut donc déterminer si un délai est déraisonnable en fonction des circonstances particulières de chaque cas.

157 In assessing a particular delay in the process of a specific administrative body, we must keep in mind two principles: (1) not all delay is the same; and (2) not all administrative bodies are the same. First, there are different kinds of delay. There are two kinds of delay in an administrative context: general delay and individual delay. Each of these, in turn, may encompass both necessary and unnecessary delay. General delay may include certain kinds of delay due to substantive and procedural complexities inherent in the kind of matter the tribunal deals with, but it may also include delays from systemic problems. Individual delay may relate to the special complexity of a particular decision, but it may also include delays from inattention to a particular file. (See generally: S. N. McMurtrie, "The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in

Pour évaluer un délai dans les procédures d'un organisme administratif donné, il faut conserver deux principes à l'esprit: (1) les délais ne sont pas tous les mêmes, et (2) les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. Premièrement, il existe différents types de délai. Dans le contexte administratif, il y en a deux: le délai général et le délai particulier. Chacun d'eux peut englober à son tour le délai nécessaire et le délai inutile. Le délai général peut comprendre certains types de délai dus à des difficultés de fond et de procédure inhérentes au genre d'affaire dont le tribunal est saisi, mais il peut aussi comprendre les délais dus à des problèmes systémiques. Le délai particulier peut être lié à la complexité particulière d'une décision donnée, mais il peut aussi comprendre le délai imputable au manque d'attention accordée à un dossier. (Voir, de manière générale, S. N.

Administrative Procedures", [1997] *Public Law* 159; and L. S. Skiffington, "Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context" (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.)

McMurtrie, «The Waiting Game — The Parliamentary Commissioner's Response to Delay in Administrative Procedures», [1997] *Public Law* 159, et L. S. Skiffington, «Federal Administrative Delay: Judicial Remedies and Application in the Natural Resource Context» (1982), 28 *Rocky Mtn. Min. L. Inst.* 671.)

Second, not all administrative bodies are the same. Indeed, this is an understatement. At first glance, labour boards, police commissions, and milk control boards may seem to have about as much in common as assembly lines, cops, and cows! Administrative bodies do, of course, have some common features, but the diversity of their powers, mandate and structure is such that to apply particular standards from one context to another might well be entirely inappropriate. Thus, inevitably, a court's assessment of a particular delay in a particular case before a particular administrative body has to depend on a number of contextual analytic factors.

158 Deuxièmement, les organismes administratifs diffèrent les uns des autres. En fait, c'est le moins qu'on puisse dire. À première vue, un conseil des relations de travail, une commission de police et un office de contrôle laitier peuvent paraître avoir autant de points en commun qu'une ligne d'assemblage, un policier et une vache! Les organismes administratifs ont évidemment certaines caractéristiques en commun, mais en raison de la diversité de leurs attributions, de leur mandat et de leur organisation, il peut être totalement inapproprié d'appliquer les mêmes normes d'un contexte à l'autre. Par conséquent, l'évaluation judiciaire d'un délai dans une affaire particulière dont est saisi un organisme administratif donné doit inévitablement tenir compte d'un certain nombre de facteurs d'analyse contextuels.

In order to differentiate reasonable and unreasonable delay, a balancing exercise becomes necessary. Courts must, indeed, remain alive not only to the needs of administrative systems under strain, but also to their good faith efforts to provide procedural protections to alleged wrongdoers. One must approach matters with some common sense and ask whether a lengthy delay that profoundly harms an individual's life is really justified in the circumstances of a given case.

159 Pour distinguer un délai raisonnable d'un délai déraisonnable, une évaluation s'impose. Les tribunaux doivent en effet être conscients non seulement des besoins des régimes administratifs soumis à des contraintes, mais aussi des efforts qu'ils déploient de bonne foi en vue d'offrir des protections procédurales aux présumés contrevenants. Il faut faire preuve de bon sens et se demander si le long délai qui ruine profondément l'existence d'une personne est véritablement justifié dans les circonstances d'une affaire donnée.

As indicated above, the central factors toward which the modern administrative law cases as a whole propel us are length, cause, and effects. Approaching these now with a more refined understanding of different kinds and contexts of delay, we see three main factors to be balanced in assessing the reasonableness of an administrative delay:

160 Comme nous l'avons vu, les principaux facteurs dont l'ensemble de la jurisprudence moderne en droit administratif nous invite à tenir compte sont la longueur, la cause et les effets. Grâce à une meilleure compréhension des différents types de délai et des différents contextes dans lesquels ils se situent, nous considérons que, pour évaluer le caractère raisonnable d'un délai administratif, trois facteurs principaux doivent être appréciés:

(1) the time taken compared to the inherent time requirements of the matter before the particular administrative body, which would encompass legal complexities (including the presence of any especially complex systemic issues) and factual complexities (including the need to gather large amounts of information or technical data), as well as reasonable periods of time for procedural safeguards that protect parties or the public;

(2) the causes of delay beyond the inherent time requirements of the matter, which would include consideration of such elements as whether the affected individual contributed to or waived parts of the delay and whether the administrative body used as efficiently as possible those resources it had available; and

(3) the impact of the delay, considered as encompassing both prejudice in an evidentiary sense and other harms to the lives of real people impacted by the ongoing delay. This may also include a consideration of the efforts by various parties to minimize negative impacts by providing information or interim solutions.

(See generally: *Ratzlaff*, *supra*, at p. 346; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (Sask. C.A.); *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; McMurtrie, *supra*; and Skiffington, *supra*.) Obviously, considering all of these factors imposes a contextual analysis. Thus, our Court should avoid setting specific time limits in such matters. A judge should consider the specific content of the case he or she is hearing and make an assessment that takes into account the three main factors that have been identified above.

161 A number of parties have raised the objection that the consideration of some of those factors may extend "special treatment" to certain kinds of individuals, whether these be people who commit more stigmatizing wrongs or who are more susceptible to harms like damage to their reputations. Some interveners were afraid that the application of such factors might indeed require preferential

(1) le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire dont est saisi l'organisme administratif en cause, ce qui comprendrait la complexité juridique (y compris l'existence de questions systémiques particulièrement complexes) et la complexité factuelle (y compris la nécessité de recueillir de grandes quantités de renseignements ou de données techniques), ainsi que les délais raisonnables pour que les parties ou le public bénéficient de garanties procédurales;

(2) les causes de la prolongation du délai inhérent à l'affaire, ce qui comprendrait notamment l'examen de la question de savoir si la personne touchée a contribué ou renoncé à certaines parties du délai, et celle de savoir si l'organisme administratif a utilisé aussi efficacement que possible les ressources dont il disposait;

(3) l'incidence du délai, considérée comme englobant le préjudice sur le plan de la preuve et les autres atteintes à l'existence des personnes touchées par le délai qui s'écoule. Cela peut également comprendre l'examen des efforts que les différentes parties ont déployés pour réduire au minimum les effets négatifs en fournissant des renseignements ou en apportant des solutions provisoires.

(Voir, de manière générale, *Ratzlaff*, précité, à la p. 346; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Kodellas* (1989), 60 D.L.R. (4th) 143 (C.A. Sask.); *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; McMurtrie, *loc. cit.*; Skiffington, *loc. cit.*) L'examen de ces facteurs commande, de toute évidence, une analyse contextuelle. Notre Cour devrait donc éviter d'imposer des délais précis en la matière. Un juge devrait examiner les faits particuliers de l'affaire dont il est saisi et faire une évaluation qui tienne compte des trois principaux facteurs décrits plus haut.

Plusieurs parties ont soulevé l'objection selon laquelle l'examen de certains de ces facteurs peut avoir pour effet d'accorder un «traitement particulier» à certaines personnes, qu'il s'agisse de gens qui commettent des fautes plus stigmatisantes ou de gens qui sont plus exposés à des préjudices comme l'atteinte à la réputation. Certains intervenants craignaient que l'application de tels facteurs

treatment for powerful and influential people. These objections and fears are misplaced. It appears sound administrative practice for decision-making bodies to recognize the relevance of the identified factors while deciding how to process a particular case. For example, task forces analysing delay report that it is simply a good case management practice to send to different tracks cases of differing levels of complexity: see, e.g., Brookings Task Force on Civil Justice Reform, *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation* (1989), at p. 3. Similarly, it only makes sense for administrative bodies seeking to minimize their negative impacts on real people to consider the ramifications of their failure to act expeditiously. In any event, every case should be processed with due dispatch.

n'exige, en fait, que des personnes puissantes et influentes jouissent d'un traitement préférentiel. Ces objections et ces craintes ne sont pas fondées. Le fait qu'un organisme décideur reconnaisse la pertinence des facteurs décrits pour décider de la façon de traiter une affaire donnée semble être une saine pratique administrative. Par exemple, des groupes de travail qui analysent les délais signalent qu'une bonne pratique de gestion des dossiers consiste simplement à traiter différemment des affaires comportant des niveaux de complexité différents: voir, par exemple, Brookings Task Force on Civil Justice Reform, *Justice for All: Reducing Costs and Delay in Civil Litigation* (1989), à la p. 3. De même, il est seulement logique qu'un organisme administratif qui cherche à réduire au minimum son incidence négative sur des personnes tienne compte des conséquences de son omission d'agir rapidement. Quoi qu'il en soit, toute affaire devrait être traitée avec célérité.

VIII. Delays Before the British Columbia Human Rights Commission in This Case

VIII. Délai écoulé en l'espèce dans les procédures devant la Commission des droits de la personne de la Colombie-Britannique

Unreasonable delay in administrative proceedings is illegal under administrative law. It is a breach of the duty to conduct administrative proceedings fairly. Because of the highly contextual nature of any assessment of delay, I turn now to an analysis of the identified factors in the case at bar. I eventually conclude that inefficiency in the Commission's handling of this matter has led to abuse of process that must be addressed with the appropriate remedies in the circumstances of the case and in consideration of the interests of the complainants.

162 En droit administratif, le délai déraisonnable dans des procédures administratives est illégal. Il constitue un manquement à l'obligation d'assurer un déroulement équitable des procédures. Vu le caractère hautement contextuel de l'évaluation du délai, je vais maintenant analyser les facteurs décrits dans la présente affaire. Je conclus, en définitive, que la façon inefficace dont la Commission a traité la présente affaire a donné lieu à un abus de procédure auquel il faut remédier en accordant la réparation appropriée dans les circonstances de l'affaire et en tenant compte des intérêts des plaignantes.

A. *Length of Delay*

A. *La longueur du délai*

163 The first factor to be considered is the time taken relative to the inherent time requirements of the matter. In the Court of Appeal, McEachern C.J.B.C. characterized the allegations in the case at bar as "relatively simple complaints" ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, at para. 37), stated that "[t]hese kinds of disputes are quickly resolved by courts and tribunals all the time, and there are no complex

163 Le premier facteur à prendre en considération est le délai écoulé par rapport au délai inhérent à l'affaire. Le juge en chef McEachern de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a qualifié les allégations en l'espèce de [TRADUCTION] «plaintes relativement simples» ((1998), 49 B.C.L.R. (3d) 216, au par. 37). Il a affirmé que «[l]es tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs règlent

legal or factual issues" (para. 37), and concluded that "a week at the outside would have sufficed" (para. 51) for the investigation. Although McEachern C.J.B.C. perhaps puts matters a bit optimistically in suggesting that the investigation could have been wrapped up within a week, there is a good measure of truth in what he says.

toujours rapidement ce genre de différend, et qu'aucune question juridique ou factuelle complexe ne se pose» (par. 37) et a conclu qu'«il aurait suffi tout au plus d'une semaine» (par. 51) pour effectuer l'enquête. Bien que le juge en chef McEachern soit quelque peu optimiste lorsqu'il laisse entendre que l'enquête aurait pu être complétée en moins d'une semaine, il y a une grande part de vérité dans ce qu'il dit.

164 At this point, a closer scrutiny of the facts is necessary in order to establish the inherent time requirements of the case. Different kinds of "allegations of sexual discrimination" may be more or less complex. A pay equity case might properly involve complex statistical analysis and innovative legal arguments and take time for those reasons. A case about other forms of well-concealed systemic discrimination might involve numerous witnesses and take time for that reason. But other cases that involve "allegations of sexual harassment" between individuals may have few complex legal or factual elements and thus appropriately should take much less time.

À ce stade, un examen plus minutieux des faits s'impose pour déterminer le délai inhérent à l'affaire. Une «allégation de discrimination sexuelle» peut être plus ou moins complexe selon le cas. Une affaire d'équité salariale pourrait requérir, à juste titre, une analyse statistique complexe et une argumentation juridique novatrice, et durer ainsi un certain temps. Une affaire portant sur d'autres formes de discrimination systémique bien dissimulée pourrait faire intervenir de nombreux témoins et se prolonger pour cette raison. Cependant, il se peut que d'autres affaires où il est question d'«allégations de harcèlement sexuel» entre des personnes comportent peu d'éléments juridiques ou factuels complexes et durent éventuellement moins longtemps.

165 Considering the complexity of the allegations should not be seen to reflect in any way on their merits. This being said, the case at bar falls within a relatively less complex category. The allegations with respect to Willis, an aide to Blencoe, were that Blencoe made sexual overtures to her and inappropriately kissed her when she came to work one evening in August 1994 and that he had subsequently put his arm on her arm in a sexual manner in March 1995. The allegations with respect to Schell were that Blencoe in March 1993 had inappropriately kissed and hugged Schell, who worked for a sports organization deriving funding from Blencoe's ministry, and that he had subsequently on several occasions between July 1993 and July 1994 given her unwanted attention by inviting her for a drink. There were no other direct witnesses to any of the incidents, although there was some corroborating evidence from a small number of other

La complexité des allégations ne devrait pas être perçue comme ayant une incidence quelconque sur leur bien-fondé. Cela dit, le présent dossier tombe dans la catégorie des affaires relativement moins complexes. Il était allégué, au sujet de Willis, une adjointe de Blencoe, que ce dernier lui avait fait des avances sexuelles et l'avait embrassée inopportunément lorsqu'elle s'était rendue au bureau pour y travailler un soir du mois d'août 1994, et qu'en mars 1995 il avait appuyé son bras contre le sien dans un dessein apparemment sexuel. Il était allégué, au sujet de Schell, qu'en mars 1993 Blencoe l'avait embrassée et étreinte inopportunément alors qu'elle travaillait pour une association sportive financée par le ministère de Blencoe, et qu'à maintes reprises, entre juillet 1993 et juillet 1994, il lui avait accordé une attention non souhaitée en l'invitant à prendre un verre. Personne d'autre n'a été directement témoin de ces incidents, bien qu'il y ait eu témoignage corroborant de la part d'un petit nombre d'autres personnes. Les allégations

witnesses. Blencoe denied some aspects of the allegations and admitted others.

Recognizing that this case is far less complex than many other sexual discrimination cases does not alleviate the seriousness of the allegations, but it is clear from the record that the allegations were not of a nature that could justify a prolonged investigation. Ultimately, the case was about a "he said/she said" scenario concerning which there should have been an adjudication. In this sense, there was little or nothing to investigate, and there was no reason for the pre-hearing investigation to take a long period of time.

Lowry J. expressed serious misgivings about the delays in this case. He wrote at para. 46:

> It may well be that the structure of the Commission should be such that, given the nature of the complaints made by Ms. Schell and Ms. Willis, two years would not be required to determine that they warrant a hearing. [Emphasis added.]

While Lowry J. went on to attribute the delay to a lack of resources, he questioned the effectiveness of the Commission, and his finding that two years was an inappropriately long time confirms my conclusion on this branch of the analysis. The inherent time requirements in this case were minimal.

By contrast, the time taken was anything but minimal. After five to six months spent on determining that it could hear the complaints, and once Blencoe had a chance to respond, the Commission then mysteriously took the five months from April 1996 to September 1996 to appoint the same investigator who had been working on the file all along despite having told Blencoe that it expected to do so within two months (appellants' record, at p. 229). The investigation took some four months. The trial judge found at para. 44 that this investigation was concluded in January 1997. Given this finding, then after this conclusion of the investigation, it apparently took the investigator another two months to write and forward a 12-page

ont fait l'objet de dénégations de la part de Blencoe à certains égards et d'aveux à d'autres égards.

166 La reconnaissance que la présente affaire est beaucoup moins complexe que bien d'autres affaires de discrimination sexuelle n'atténue pas la gravité des allégations, mais il ressort clairement du dossier que ces allégations n'étaient pas de nature à justifier la tenue d'une enquête prolongée. En fin de compte, il était question de versions opposées des faits, qui auraient dû donner lieu à une décision. Il y avait donc peu ou pas matière à enquête, de sorte que rien ne justifiait que l'enquête préalable à l'audience se prolonge.

167 Le juge Lowry a exprimé de sérieuses réserves au sujet du délai écoulé en l'espèce. Il a écrit, au par. 46:

> [TRADUCTION] Il se peut fort bien que la Commission doive être organisée de telle sorte que, compte tenu de la nature des plaintes de M^mes^ Schell et Willis, deux années ne soient pas nécessaires pour déterminer si elles justifient la tenue d'une audience. [Je souligne.]

Bien qu'il ait ensuite imputé le délai à un manque de ressources, le juge Lowry a mis en doute l'efficacité de la Commission, et sa conclusion qu'un délai de deux ans était trop long confirme la mienne en ce qui a trait à ce volet de l'analyse. Le délai inhérent à la présente affaire était minime.

168 Par contre, le délai écoulé était loin d'être minime. Après avoir mis cinq à six mois à décider qu'elle pourrait entendre les plaintes et après que Blencoe eut obtenu la possibilité de répondre, la Commission a mystérieusement mis cinq mois, soit d'avril à septembre 1996, à désigner le même enquêteur qui s'était occupé jusque-là du dossier, même si elle avait auparavant dit à Blencoe qu'elle s'attendait à le faire dans un délai de deux mois (dossier des appelants, à la p. 229). L'enquête a duré environ quatre mois. Le juge de première instance a conclu, au par. 44, que l'enquête avait pris fin en janvier 1997. Compte tenu de cette conclusion, après la fin de l'enquête, l'enquêteur aurait alors mis deux autres mois à rédiger un rapport de

report in early March 1997, and this only after letters from Blencoe's lawyer asking about the delay (appellants' record, at pp. 322-35). After another four months, in July 1997, the Commission finally told Blencoe that the matter would proceed to a Tribunal hearing. It then took another two months to get a date set for the hearing, which was scheduled to be some six months later in March 1998. In all, the time for the Commission to make the determination that the complaints should go to a hearing was approximately two years. The time from the initial filing of the complaints to the scheduled hearing was approximately 32 months. While it is true that the Commission's decision to send the matter to a hearing involved a number of steps, every one of these steps involved a significant delay.

12 pages qui a été transmis au début du mois de mars 1997, et ce, uniquement après que l'avocat de Blencoe eut envoyé des lettres dans lesquelles il posait des questions au sujet du délai écoulé (dossier des appelants, aux pp. 322 à 335). Quatre autres mois plus tard, en juillet 1997, la Commission a finalement avisé Blencoe que le Tribunal procéderait à l'audition de l'affaire. Deux autres mois se sont ensuite écoulés avant qu'une date d'audience soit fixée au mois de mars 1998, soit quelque six mois plus tard. En tout, il a fallu environ deux ans à la Commission pour décider que les plaintes feraient l'objet d'une audience. Environ 32 mois se sont écoulés entre le dépôt initial des plaintes et la date fixée pour leur audition. Même s'il est vrai que la Commission a dû franchir un certain nombre d'étapes pour décider que l'affaire ferait l'objet d'une audience, chacune de ces étapes a comporté un délai considérable.

169 A particularly egregious example of the Commission's unacceptable lack of diligence may be found in the events during the period from October 16, 1995 to December 21, 1995. During that time, the Commission breached procedural fairness by failing to send to Blencoe Willis's October 16 response to his submissions on the timeliness of her complaint. In response to an inquiry, Blencoe received the Commission's letter dated December 21 on December 27. Although the December 21 letter denied that a decision had been made on this issue, a January 22, 1996 letter revealed that the Commission had actually already made the decision on December 18, before it even sent Blencoe the documents to which he had wished to reply and that the Commission had possessed for three months (see pp. 290-300 of the appellants' record). The Commission essentially failed even to keep those affected by its decisions up to date with what was going on.

Les événements qui se sont déroulés entre le 16 octobre et le 21 décembre 1995 sont un exemple particulièrement frappant du manque inacceptable de diligence de la Commission. Au cours de cette période, la Commission a manqué à son obligation d'équité procédurale en ne transmettant pas à Blencoe la réponse du 16 octobre que Willis avait donnée à ses observations concernant le respect du délai imparti pour déposer la plainte. À la suite d'une demande de renseignements, Blencoe a reçu, le 27 décembre, la lettre de la Commission datée du 21 décembre. Même si, dans la lettre du 21 décembre, on niait qu'une décision avait été prise à ce sujet, une lettre datée du 22 janvier 1996 a révélé que la Commission avait déjà pris une décision le 18 décembre 1995, avant même d'envoyer à Blencoe les documents auxquels il voulait répondre et qu'elle avait en sa possession depuis trois mois (voir les pp. 290 à 300 du dossier des appelants). La Commission a essentiellement omis de tenir au courant de la situation les personnes touchées par ses décisions.

170 Regardless of any arguments that parts of the time were necessary for procedural safeguards, the facts are that the Commission was slow at every step along the way. This eventually added up to a delay measured in years for a decision that was not

Indépendamment de tout argument que le délai était en partie nécessaire pour offrir des garanties procédurales, il reste que la Commission a été lente à toutes les étapes. Il lui a fallu, en définitive, plusieurs années pour prendre une décision non

inherently complex. Although a few letters back and forth might have been appropriate, nothing in the inherent time requirements of the case came close to requiring the delay that occurred.

B. *Cause of the Delay*

The second factor that we must consider is the cause of delay beyond the inherent time requirements of the matter. It is true that Blencoe sought to use those defences available to him, including an argument about whether the complaints had been correctly filed within the limitation period provided by the statute. But in so doing, he did not become responsible for the sheer inefficiency of the Commission in dealing with these and other matters.

A measure of Blencoe's determination to seek an end to the delay is that even after matters had been delayed to this point largely on account of the Commission's failures to comply with basic procedural fairness, he offered to forego the investigative stage of the complaints to bring them to a hearing. In so doing, we may infer that he made clear to the Commission that he was seeking a way past the delay and red tape in which his life had become bound. In his request, he was rebuffed, as the Commission would have required him to make major concessions on the existence of a *prima facie* case against him, if he wanted to proceed to the hearing. (Although Blencoe made the offer only on the Willis complaint, this seems to be explained by the fact that he was simultaneously trying to find out whether a decision on the timeliness issue in the Schell complaint had been made without notification as had occurred with the Willis complaint (see the appellants' record at pp. 220 and 301).) On numerous other occasions as well, Blencoe asked about when there would be a decision on the complaints. Indeed, Blencoe's inquiries of this nature comprise a significant number of the letters in the record. There can be no doubt that there was serious delay on both complaints and that Blencoe tried to find a way to end it. After being thus rebuffed, his counsel was under no obligation to beg and cry for an expedited hear-

complexe en soi. Même si un certain échange de correspondance avait pu être approprié, le délai inhérent à l'affaire était loin de correspondre à celui qui s'est écoulé.

B. *La cause du délai*

Le deuxième facteur que nous devrons prendre en considération est la cause de la prolongation du délai inhérent à l'affaire. Il est vrai que Blencoe a tenté d'invoquer les moyens de défense dont il disposait, y compris l'argument de la question de savoir si les plaintes avaient été dûment déposées dans le délai prévu par la loi. Toutefois, ce faisant, il n'est pas devenu responsable de l'inefficacité pure et simple dont la Commission a fait preuve en traitant ces plaintes et d'autres questions. 171

Blencoe a montré à quel point il était déterminé à mettre fin au délai en offrant de renoncer à l'étape de l'enquête sur les plaintes et de passer directement à une audience, même si les choses avaient jusque-là traîné en longueur surtout à cause du manquement de la Commission à son obligation fondamentale d'équité procédurale. On peut déduire que, ce faisant, il a clairement signifié à la Commission qu'il souhaitait en finir avec les délais et les formalités administratives qui lui empoisonnaient la vie. Il a essuyé une rebuffade à ce sujet étant donné que, pour passer directement à l'audience, la Commission l'aurait obligé à faire des concessions importantes au sujet de l'existence d'une preuve *prima facie* contre lui. (Quoique Blencoe n'ait fait cette offre qu'à l'égard de la plainte de Willis, cela semble s'expliquer par le fait qu'il tentait, en même temps, de découvrir si une décision concernant le respect du délai imparti dans le cas de la plainte de Schell avait été rendue à son insu comme cela s'était produit relativement à la plainte de Willis (voir les pp. 220 et 301 du dossier des appelants).) Comme l'atteste un grand nombre de lettres versées au dossier, Blencoe a aussi maintes fois demandé à quel moment une décision serait rendue sur les plaintes. Il ne fait aucun doute que les deux plaintes ont fait l'objet d'un délai important auquel Blencoe a tenté de mettre fin. Après cette rebuffade, il n'était plus 172

ing to demonstrate to the Human Rights Commission the seriousness of his requests.

173 A further measure of the Commission's behaviour with respect to delay is that even at the Supreme Court of Canada, the Commission admits that it cannot explain what was going on for five months of the time that it was dealing with the allegations against Blencoe. On a matter that ideally should not even have taken five months, a five-month period of unexplained delay remains surprising and troubling. Lowry J. characterized this period as a "five-month hiatus when there appears to have been no activity in relation to the complaints" (para. 47). After the gap, the Commission sent Blencoe a letter dated September 6, 1996 to advise him that it was appointing the same person as investigator as had up to that point been dealing with the pre-investigation report. In other words, in five months, nothing happened. This five-month lapse is just the high mark of the Commission's ineptitude.

C. *Impact of Delay on the Respondent*

174 The third factor that we must consider is the harm accruing as a result of the delay. Although Lowry J. found "that no clear case of prejudice in terms of an inability to defend has been made out" (para. 10), there is no doubt that Blencoe and his family suffered serious harm in other ways. Lowry J. went so far as to write at para. 50:

> There is, however, substance to the contention that the hardship Mr. Blencoe, his wife, and his children have suffered, and continue to suffer, is markedly disproportionate to the value there can now be in an adjudicated resolution. [Emphasis added.]

175 There can be no doubt about the impact of the allegations on the respondent and his family. The respondent's career is finished. He and his family have been chased twice across the country in their

nécessaire que l'avocat de Blencoe s'efforce de convaincre la Commission du sérieux des demandes de son client en faisant des pieds et des mains pour obtenir rapidement la tenue d'une audience.

Une autre exemple de la conduite que la Commission adopte en matière de délais est que, même devant la Cour suprême du Canada, elle reconnaît qu'elle ne peut pas expliquer ce qui s'est passé durant les cinq mois au cours desquels elle a traité les allégations formulées contre Blencoe. Dans une affaire qui, idéalement, n'aurait même pas dû se prolonger pendant cinq mois, un délai inexpliqué de cinq mois est à la fois étonnant et troublant. Le juge Lowry a qualifié cette période de [TRADUCTION] «vide de cinq mois pendant lequel rien ne semble s'être passé relativement aux plaintes» (par. 47). Après cette période, la Commission a envoyé à Blencoe une lettre datée du 6 septembre 1996 l'informant qu'elle désignait à titre d'enquêteur la personne qui, jusque-là, s'était occupée du rapport préalable à l'enquête. En d'autres termes, rien ne s'est passé pendant cinq mois. Cet intervalle n'est que le paroxysme de l'ineptie dont la Commission a fait preuve.

C. *L'incidence du délai sur l'intimé*

Le troisième facteur que nous devons prendre en considération est le préjudice résultant du délai. Même si le juge Lowry a conclu [TRADUCTION] «qu'il n'y a aucune preuve manifeste de préjudice en ce qui concerne la capacité de se défendre» (par. 10), il n'y a pas doute que Blencoe et sa famille ont subi un grave préjudice à d'autres égards. Le juge Lowry va jusqu'à écrire, au par. 50:

> [TRADUCTION] Il y a toutefois de quoi prétendre que les difficultés que M. Blencoe, son épouse et ses enfants ont éprouvées et qu'ils continuent d'éprouver sont nettement disproportionnées à l'avantage qu'il peut maintenant y avoir d'obtenir une décision sur l'affaire. [Je souligne.]

Il n'y a aucun doute que les allégations ont une incidence sur l'intimé et sa famille. La carrière de l'intimé est terminée. Sa famille et lui ont été traqués à deux reprises lorsqu'ils ont tenté de

attempts to make a new life. He was under medical care for clinical depression for many months. In the wake of the outstanding complaints before the Commission, even such a normal aspect of life as coaching his youngest son's soccer team has been denied to Blencoe, since he has faced stigmatization in the form of presumed guilt as a sexual harasser. As Lowry J. wrote at para. 13:

> The point need not be further stressed. The stigma attached to the outstanding complaints has certainly contributed in large measure to the very real hardship Mr. Blencoe has experienced. His public profile as a Minister of the Crown rendered him particularly vulnerable to the media attention that has been focused on him and his family, and the hardship has, in the result, been protracted and severe. [Emphasis added.]

Although I do not deny that Blencoe might have taken additional steps to make the Commission more fully aware of the impact on him of continued delay, he did try to move matters along. The Commission showed next to no regard for the possible impacts of its delays, often taking long periods of time even to respond to requests for information as to the progress of the file. It certainly did nothing to minimize the impact of the delay on the respondent.

It is true that administrative delay was not the only cause of the prejudice suffered by the respondent. Nevertheless, it contributed significantly to its aggravation. It must be added, though, that this delay also frustrated the complainants in their desire for a quick disposition of their complaints. Finally, the inefficient and delay-filled process at the Commission linked with the specific blunders made in the management of those particular complaints harmed all parties involved in this sorry process. Its flaws were such that it may rightly be termed to have been abusive in respect of the respondent. In this connection, I note that my colleague, Bastarache J., despite coming to the conclusion that the conduct of the Commission did not amount to an abuse of process, nevertheless found it necessary to award costs against the Commission in light of the "lack of diligence [it] displayed"

refaire leur vie ailleurs au pays. Pendant plusieurs mois, il a eu recours à des soins médicaux pour traiter une dépression clinique. À la suite des plaintes déposées devant la Commission, Blencoe a même été empêché d'exercer une activité aussi normale qu'entraîner l'équipe de soccer de son fils cadet en raison de la stigmatisation liée au fait d'être présumé coupable de harcèlement sexuel. Comme l'a écrit le juge Lowry, au par. 13:

> [TRADUCTION] Il n'y a pas lieu d'insister davantage sur ce point. La stigmatisation liée aux plaintes dont M. Blencoe faisait l'objet a sûrement contribué dans une large mesure aux difficultés très réelles qu'il a éprouvées. Du fait de sa visibilité en tant que ministre du gouvernement, il était davantage exposé à l'attention que les médias lui ont portée à lui-même et à sa famille, ce qui explique la longueur et la gravité des difficultés qui ont résulté. [Je souligne.]

176 Bien que je ne nie pas que Blencoe aurait pu prendre d'autres mesures pour que la Commission soit plus consciente de l'incidence que le délai avait sur lui, il reste qu'il a tenté de faire avancer les choses. La Commission s'est montrée presque indifférente aux effets possibles de ses délais, en mettant même souvent beaucoup de temps à répondre suite à des demandes de renseignements sur l'évolution du dossier. Elle n'a sûrement rien fait pour réduire au minimum l'incidence du délai sur l'intimé.

177 Il est vrai que le délai administratif n'a pas été la seule cause du préjudice subi par l'intimé. Néanmoins, il a beaucoup contribué à son aggravation. Il faut cependant ajouter que ce délai a également déjoué la volonté des plaignantes de voir leurs plaintes réglées rapidement. Enfin, l'inefficacité et les multiples délais qui ont caractérisé le processus devant la Commission et qui sont liés, en particulier, aux gaffes commises dans la gestion de ces plaintes ont lésé toutes les parties à ce processus déplorable. La procédure a été à ce point viciée qu'on peut à juste titre la qualifier d'abusive à l'égard de l'intimé. À cet égard, je constate que, même s'il conclut que la conduite qu'elle a adoptée n'a pas constitué un abus de procédure, mon collègue le juge Bastarache a néanmoins jugé nécessaire de condamner la Commission à payer des dépens en raison de «l'absence de diligence

(para. 136). In my view, this further demonstrates the tension in this appeal and the fact that the conduct of the Commission in dealing with this matter was less than acceptable.

[qu'elle a] manifestée» (par. 136). À mon avis, cela est un autre indice de la tension qui existait en l'espèce et du caractère moins qu'acceptable de la conduite adoptée par la Commission en traitant cette affaire.

IX. Administrative Remedy

IX. Réparation issue du droit administratif

178 In the end, the specific and unexplained delay entitles Blencoe to some kind of remedy. The choice of the appropriate redress requires, though, a careful analysis of the circumstances of the case, in order to identify the causes and nature of the delay and its impact on the process, because the courts always have some discretion on orders of remedies founded on the old prerogative writs. The selection of an appropriate remedy may also impose a delicate balancing exercise between competing interests. In proceedings like those that gave rise to this appeal, we must factor in the interest of the respondent, that of the complainants themselves and finally, the public interest of the community itself which wants basic rights enforced efficiently but fairly. As we have seen above, the courts must also consider the stage of the proceedings which has been affected by the delay. A distinction must be drawn between the process leading to the hearing and the hearing itself. A different balance between conflicting interests may have to be found at different stages of the administrative process.

En définitive, le délai inexpliqué en cause justifie d'accorder une forme de réparation à Blencoe. Toutefois, le choix de la réparation appropriée requiert une analyse minutieuse des circonstances de l'affaire afin de déterminer les causes et la nature du délai ainsi que son incidence sur les procédures, étant donné que les tribunaux judiciaires détiennent toujours un certain pouvoir discrétionnaire en matière de réparations fondées sur les anciens brefs de prérogative. Le choix d'une réparation appropriée peut aussi commander une évaluation délicate d'intérêts opposés. Dans des procédures comme celles à l'origine du présent pourvoi, il nous faut tenir compte de l'intérêt de l'intimé, de celui des plaignantes et, enfin, de celui de la collectivité, laquelle souhaite une application efficace, mais équitable, des droits fondamentaux. Comme nous l'avons vu, les tribunaux judiciaires doivent également prendre en considération l'étape des procédures qui est touchée par le délai. Une distinction doit être établie entre les procédures menant à l'audience et l'audience elle-même. Une évaluation des intérêts opposés peut se révéler nécessaire à chacune des étapes des procédures administratives.

179 Several kinds of remedies are available either to prevent or remedy abusive delay within an administrative process. The main forms of redress that we need address here are a stay of proceedings, orders for an expedited hearing and costs.

Plusieurs types de réparation permettent de prévenir le délai abusif dans des procédures administratives, ou d'y remédier. Les principales formes de réparation qu'il nous faut examiner en l'espèce sont l'arrêt des procédures, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée et l'adjudication de dépens.

180 Whoever asks for a stay of proceedings carries a heavy burden. In a human rights proceeding, such an order not only stops the proceedings and negates the public interest in the enforcement of human rights legislation, but it also affects, in a radical way, the interest of the complainants who lose the opportunity to have their complaints heard

Quiconque demande l'arrêt des procédures assume un lourd fardeau. Dans des procédures en matière de droits de la personne, en plus de mettre fin aux procédures et d'être contraire à l'intérêt du public dans l'application de la législation relatives aux droits de la personne, une telle ordonnance va, en outre, radicalement à l'encontre de l'intérêt du

and dealt with. The stay of proceedings should not generally appear as the sole or even the preferred form of redress: see *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, at para. 68. A more prudent approach would limit it to those situations that compromise the very fairness of the hearing and to those cases where the delay in the conduct of the process leading to it would amount to a gross or shocking abuse of the process. In those two situations, the interest of the respondent and the protection of the integrity of the legal system become the paramount considerations. The interest of the complainants would undoubtedly be grievously affected by a stay, but the prime concern in such cases becomes the safeguarding of the basic rights of the respondent engaged in a human rights proceeding and the preservation of the essential fairness of the process itself: see *Ratzlaff*, *supra*, at para. 19. Whatever its consequences, a stay may thus become the sole appropriate remedy in those circumstances.

plaignant qui perd la possibilité de voir sa plainte entendue et réglée. L'arrêt des procédures ne devrait pas généralement être considéré comme la seule réparation possible ni même comme la forme de réparation préférée: voir *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, au par. 68. Il serait plus prudent de limiter l'arrêt des procédures aux cas où l'équité même de l'audience est compromise et où le délai dans les procédures menant à l'audience constituerait un abus de procédure grossier ou scandaleux. Dans les deux cas, l'intérêt de l'intimé et la protection de l'intégrité du système judiciaire deviennent les facteurs prépondérants. L'arrêt des procédures porterait sans doute gravement atteinte à l'intérêt des plaignantes, mais la principale préoccupation, en pareil cas, devient la protection des droits fondamentaux de l'intimé impliqué dans des procédures en matière de droits de la personne et la protection de l'équité essentielle des procédures mêmes: voir *Ratzlaff*, précité, au par. 19. Quelles qu'en soient les conséquences, l'arrêt des procédures peut donc devenir la seule réparation appropriée dans ces circonstances.

I note that my approach on the matter of a stay here is consistent with the approach that our Court has adopted in the slightly different context in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Tobiass*, [1997] 3 S.C.R. 391. There, the Court, following *O'Connor*, *supra*, recognized a stay as appropriate in situations where the fairness of the hearing had been compromised as well as in situations falling within a residual category. For a residual case to give rise to a stay, the Court held in *Tobiass*, at paras. 90-91 that a stay could be granted where it was the only reasonable means of stopping an abuse that would be perpetuated and aggravated through the conduct of a trial. For a stay to be appropriate as a remedy for an abuse that has already occurred, the abuse must rise to a level such that the mere carrying forward of the case will offend society's sense of justice (*Tobiass*, at para. 91): i.e., in my analysis, where there is a gross or shocking abuse, or where the societal interest in proceeding does not outweigh the considerations I have enumerated.

181 Je souligne que mon point de vue concernant la question d'un arrêt des procédures en l'espèce est conforme à celui que notre Cour a adopté dans le contexte légèrement différent de l'arrêt *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Tobiass*, [1997] 3 R.C.S. 391. Dans cet arrêt, la Cour a suivi l'arrêt *O'Connor*, précité, et a reconnu qu'un arrêt des procédures peut être ordonné dans les cas où l'équité de l'audience a été compromise et dans ceux qui relèvent d'une catégorie résiduelle. En ce qui concerne l'arrêt en vertu d'une catégorie résiduelle, la Cour a statué, aux par. 90 et 91 de l'arrêt *Tobiass*, qu'il pourrait être accordé si c'était le seul moyen raisonnable de mettre fin à un abus que le déroulement d'un procès contribuerait à perpétuer ou à aggraver. Pour qu'un arrêt puisse être ordonné afin de remédier à un abus déjà commis, l'abus doit être tel que la seule poursuite de l'affaire choquera le sens de la justice de la société (*Tobiass*, au par. 91): autrement dit, il convient de l'ordonner, selon moi, lorsqu'il y a abus grossier ou scandaleux ou encore lorsque l'intérêt de la société dans la poursuite de l'affaire ne l'emporte pas sur les considérations que j'ai énumérées.

182 The approach of the courts should change when it appears that the hearing will remain fair, in spite of the delay and when the delay has not risen to the level of a shocking abuse, notwithstanding its seriousness. More limited and narrowly focused remedies would then become appropriate. In the context of a judicial review procedure akin to mandamus, the first objective of any intervention by a court should be to make things happen, where the administrative process is not working adequately. An order for an expedited hearing within such time frame and with such conditions as the Court might set would be the most practical and effective means of judicial action. Used at the right moment, such a remedy may safeguard the interest of all parties to the process. A litigant who believes he or she is facing undue delay should probably take that route rather than letting the process decay in the hope of stopping the old process on some future date.

L'approche des tribunaux judiciaires devrait changer lorsqu'il appert que le délai ne portera pas atteinte à l'équité de l'audience et qu'il ne constitue pas un abus scandaleux en dépit de sa gravité. Des réparations plus limitées et mieux ciblées seraient alors appropriées. Dans le contexte d'un contrôle judiciaire analogue au mandamus, toute intervention d'un tribunal judiciaire devrait, d'abord et avant tout, viser à faire avancer les choses lorsque les procédures administratives ne se déroulent pas adéquatement. L'intervention judiciaire la plus pratique et efficace serait d'ordonner la tenue d'une audience accélérée dans un délai et aux conditions prescrites par la cour. Si elle est accordée au bon moment, cette réparation peut protéger les intérêts de toutes les parties en cause. La partie qui se croit victime d'un délai injustifié devrait probablement procéder de cette façon plutôt que de laisser la situation se détériorer dans l'espoir de pouvoir mettre fin aux procédures ultérieurement.

183 An order for costs is a third kind of remedy. It will not address the delay directly, but some of its consequences. If a party must resort to the courts to secure a timely hearing or to speed up the process in which he or she is engaged, some form of compensation for costs should at least be considered by the courts in their discretion. Whenever parties are compelled to seek judicial interventions to safeguard their rights, costs must be considered to compensate at least in part the time, money and efforts expended in obtaining redress. Even if costs cannot indemnify the party for all the losses and prejudice arising from administrative delay, they afford at least a measure of compensation.

L'adjudication de dépens est la troisième réparation possible. Elle touche non pas le délai directement, mais plutôt certaines de ses conséquences. Si une partie doit recourir aux tribunaux pour obtenir la tenue d'une audience en temps opportun ou pour accélérer les procédures dans lesquelles elle est impliquée, les tribunaux devraient au moins pouvoir envisager la possibilité d'accorder une forme quelconque d'indemnisation des dépens. Chaque fois qu'une partie doit faire appel à une cour de justice pour faire respecter ses droits, les dépens doivent être pris en compte pour compenser, du moins en partie, le temps, l'argent et les efforts consacrés à l'obtention d'une réparation. Même si les dépens ne permettent pas d'indemniser la partie de toutes les pertes et de tout le préjudice résultant d'un délai administratif, ils assurent au moins une certaine indemnisation.

184 In the present appeal, the remedy of a pure stay of proceeding appears both excessive and unfair. First, in spite of the seriousness of the problems faced by Blencoe, the delay does not seem to compromise the fairness of the hearing. As the trial judge found at para. 10, the respondent has not established that the delay has deprived him of evi-

En l'espèce, la réparation consistant à ordonner l'arrêt pur et simple des procédures paraît à la fois excessive et inéquitable. Premièrement, malgré la gravité des difficultés éprouvées par Blencoe, le délai ne semble pas compromettre l'équité de l'audience. Comme le juge de première instance l'a conclu, au par. 10, l'intimé n'a pas établi que le

dence or information important to his defence. The delay rather concerns the process leading to the hearing. It arises from a variety of causes that do not evince an intent from the Commission to harm him wilfully, but rather demonstrate grave negligence and important structural problems in the processing of the complaints. Second, a stay of proceedings in a situation that does not compromise the fairness of the hearing and does not amount to shocking or gross abuse requires the consideration of the interest of the complainants in the choice of the proper remedy (*Tobiass*, *supra*, at para. 92). In the present matter, the judgment of the Court of Appeal completely omitted any consideration of this interest (see para. 39). The lifting of the stay is thus both justified and necessary.

délai l'a privé d'un élément de preuve ou d'un renseignement important pour sa défense. Le délai concerne plutôt les procédures menant à l'audience. Il est dû à une gamme de causes qui traduisent non pas l'intention de la Commission de léser délibérément l'intimé, mais plutôt une négligence grave et l'existence de problèmes structurels importants en matière de traitement des plaintes. Deuxièmement, pour ordonner l'arrêt des procédures dans le cas où l'équité de l'audience n'est pas compromise et où il n'y a pas d'abus scandaleux ou grossier, il faut tenir compte l'intérêt du plaignant dans le choix de la réparation appropriée (*Tobiass*, précité, au par. 92). Dans la présente affaire, la Cour d'appel a complètement omis de tenir compte de cet intérêt (voir le par. 39). L'annulation de l'arrêt des procédures est donc à la fois justifiée et nécessaire.

However, rejecting the stay as a proper remedy in the present case does not mean that Blencoe should be deprived of any redress. On the contrary, an order for an expedited hearing should have been considered as the remedy of choice. There will be some irony in granting such a remedy more than five years after the proceedings began. Such an outcome offers the respondent little solace. Nevertheless, in spite of its rather symbolic value, at the present stage of the proceedings, it appears as a critically important remedy that should have been used at an earlier stage to prod the Commission along and to control the inefficiency of its process.

185 Cependant, le rejet de l'arrêt des procédures à titre de réparation appropriée en l'espèce ne signifie pas pour autant que Blencoe devrait être privé de toute réparation. Au contraire, l'ordonnance enjoignant de tenir une audience accélérée aurait dû être envisagée à titre de réparation appropriée. Il est quelque peu ironique d'accorder une telle réparation plus de cinq ans après le début des procédures. Un tel résultat offre une mince consolation à l'intimé. Néanmoins, malgré sa valeur plutôt symbolique à l'étape actuelle des procédures, cette réparation apparaît comme une mesure d'une importance cruciale et aurait dû être accordée plus tôt pour inciter la Commission à agir et pour remédier à l'inefficacité de ses procédures.

In spite of the partial success of this appeal, as I agree that the stay should be lifted, Blencoe is entitled to some compensation in the form of costs in our Court and in the courts below. Section 47 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, grants our Court broad discretion when awarding costs. In the present case, it would be both fair and appropriate to use this power as the respondent has established that the process initiated against him was deeply flawed and that its defects justified his search for a remedy, at least in administrative law. He had to fight for his rights, and it would be unfair for him to bear the costs personally.

186 En dépit de la réussite partielle du présent appel et étant donné que je conviens qu'il y a lieu d'annuler l'arrêt des procédures, Blencoe a droit à une indemnisation sous forme de dépens devant notre Cour et les tribunaux d'instance inférieure. L'article 47 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, investit notre Cour d'un large pouvoir discrétionnaire en matière d'adjudication de dépens. En l'espèce, il serait à la fois juste et opportun d'exercer ce pouvoir étant donné que l'intimé a établi que les procédures engagées contre lui étaient entachées de vices importants qui le justifiaient de demander une réparation au moins

Although ultimately unsuccessful in his application for a stay, Blencoe brought to the attention of the courts the grave deficiency of the administrative processes of the Commission. He should at least not be penalized for this mixture of success and failure (e.g., *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 726).

X. Section 7 of the *Charter*

187 The application of the general principles of administrative law would have justified the intervention of the trial court without any need to demonstrate a breach of an interest protected by s. 7 of the *Charter*. As I think that this matter should have been resolved on the basis of administrative law principles, I do not think I have to express a definite opinion on the application of s. 7 of the *Charter* in the present case.

188 We must remember though that s. 7 expresses some of the basic values of the *Charter*. It is certainly true that we must avoid collapsing the contents of the *Charter* and perhaps of Canadian law into a flexible and complex provision like s. 7. But its importance is such for the definition of substantive and procedural guarantees in Canadian law that it would be dangerous to freeze the development of this part of the law. The full impact of s. 7 will remain difficult to foresee and assess for a long while yet. Our Court should be alive to the need to safeguard a degree of flexibility in the interpretation and evolution of s. 7 of the *Charter*. At the same time, the Court should remind litigants that not every case can be reduced to a *Charter* case.

189 Assuming that the *Charter* must solve every legal problem would be a recipe for freezing and sterilizing the natural and necessary evolution of the common law and of the civil law in this country. In the present appeal, the absence of a *Charter* remedy does not mean that administrative law

fondée sur le droit administratif. Il a dû lutter pour faire respecter ses droits et il serait injuste qu'il assume personnellement les frais de cette lutte. Même si sa demande d'arrêt des procédures a finalement été rejetée, Blencoe a attiré l'attention des tribunaux sur les graves lacunes des procédures administratives de la Commission. Il n'y a pas lieu, à tout le moins, de le pénaliser en raison de ce mélange de réussite et d'échec (par exemple, *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 726).

X. L'article 7 de la *Charte*

L'application des principes généraux du droit administratif aurait justifié l'intervention du tribunal de première instance sans qu'il ne soit nécessaire de démontrer l'existence d'une atteinte à un droit garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Comme j'estime que la présente affaire aurait dû être réglée en fonction des principes du droit administratif, il me paraît inutile d'exprimer une opinion précise sur l'application de l'art. 7 de la *Charte* en l'espèce.

Nous devons toutefois nous rappeler que l'art. 7 énonce certaines valeurs fondamentales de la *Charte*. Il est sûrement vrai qu'il nous faut éviter de ramener la *Charte*, voire le droit canadien, à une disposition souple et complexe comme l'art. 7. Toutefois, son importance est telle pour la définition des garanties de fond et de procédure en droit canadien qu'il serait périlleux de bloquer l'évolution de cette partie du droit. Il restera difficile pendant encore assez longtemps de prévoir et d'évaluer toutes les répercussions de l'art. 7. Notre Cour devrait être consciente de la nécessité de maintenir une certaine souplesse dans l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte* et dans l'évolution de son application. En même temps, notre Cour devrait rappeler aux parties que les affaires ne peuvent pas toutes être plaidées sur le fondement de la *Charte*.

Supposer que tout problème juridique doit se régler en fonction de la *Charte* contribuerait à bloquer et à stériliser l'évolution naturelle et nécessaire de la common law et du droit civil dans notre pays. Comme nous l'avons vu, l'absence en l'espèce d'une réparation fondée sur la *Charte* ne

remedies could not have been identified and applied, as we have seen above.

XI. Disposition

For these reasons, I would allow the appeal in part, lift the stay of proceedings and order an expedited hearing of the complainants Schell and Willis. I would also order the appellant British Columbia Human Rights Commission to pay costs on a party-to-party basis to the respondent Blencoe in this Court and in the British Columbia courts.

Appeal allowed with costs against the appellant Commission, IACOBUCCI, BINNIE, ARBOUR *and* LEBEL JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellants the British Columbia Human Rights Commission and the Commissioner of Investigation and Mediation: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Human Rights Tribunal: Morley & Ross, Victoria.

Solicitor for the appellant Andrea Willis: Robert B. Farvolden, Victoria.

Solicitors for the respondent: Arvay Finlay, Victoria.

Solicitors for the intervener Irene Schell: Allard & Company, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitor for the intervener the Saskatchewan Human Rights Commission: Milton Woodard, Saskatoon.

signifie pas qu'aucune réparation n'aurait pu être trouvée et accordée en application du droit administratif.

XI. Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie, d'annuler l'arrêt des procédures et d'ordonner la tenue d'une audition accélérée des plaintes de Schell et Willis. Je suis également d'avis d'ordonner à l'appelante, la Commission des droits de la personnes de la Colombie-Britannique, de payer à l'intimé Blencoe des dépens comme entre parties devant notre Cour et les tribunaux de la Colombie-Britannique. 190

Pourvoi accueilli avec dépens contre la Commission appelante, les juges IACOBUCCI, BINNIE, ARBOUR *et* LEBEL *sont dissidents en partie.*

Procureurs des appelants la British Columbia Human Rights Commission et le Commissioner of Investigation and Mediation: Davis & Company, Vancouver.

Procureurs de l'appelant le British Columbia Human Rights Tribunal: Morley & Ross, Victoria.

Procureur de l'appelante Andrea Willis: Robert B. Farvolden, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Arvay Finlay, Victoria.

Procureurs de l'intervenante Irene Schell: Allard & Company, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenante la Saskatchewan Human Rights Commission: Milton Woodard, Saskatoon.

Solicitors for the intervener the Ontario Human Rights Commission: Cathryn Pike and Jennifer Scott, Toronto.

Solicitor for the intervener the Nova Scotia Human Rights Commission: Lara J. Morris, Halifax.

Solicitor for the intervener the Manitoba Human Rights Commission: Manitoba Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Canadian Human Rights Commission: Fiona Keith, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Hélène Tessier, Montréal.

Solicitor for the intervener the British Columbia Human Rights Coalition: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Women's Legal Education and Action Fund: Jennifer L. Conkie and Dianne Pothier, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Commission ontarienne des droits de la personne: Cathryn Pike et Jennifer Scott, Toronto.

Procureur de l'intervenante la Nova Scotia Human Rights Commission: Lara J. Morris, Halifax.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne du Manitoba: Justice Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante la Commission canadienne des droits de la personne: Fiona Keith, Ottawa.

Procureur de l'intervenante la Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse: Hélène Tessier, Montréal.

Procureur de l'intervenante la British Columbia Human Rights Coalition: Community Legal Assistance Society, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Jennifer L. Conkie et Dianne Pothier, Vancouver.

TAB 17

J.G. *Appellant*

v.

The Minister of Health and Community Services, the Law Society of New Brunswick, Legal Aid New Brunswick, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice *Respondents*

and

The Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Alberta, the Canadian Bar Association, the Charter Committee on Poverty Issues, the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, the Disabled Women's Network Canada, the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Interveners*

INDEXED AS: NEW BRUNSWICK (MINISTER OF HEALTH AND COMMUNITY SERVICES) *v.* G. (J.)

File No.: 26005.

1998: November 9; 1999: September 10.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Constitutional law — Charter of Rights — Security of person — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Whether parent's right to security of person engaged in custody proceedings — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting

J.G. *Appelante*

c.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires, le Barreau du Nouveau-Brunswick, l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice *Intimés*

et

Le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de l'Alberta, l'Association du Barreau canadien, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit, le Réseau d'action des femmes handicapées et la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: NOUVEAU-BRUNSWICK (MINISTRE DE LA SANTÉ ET DES SERVICES COMMUNAUTAIRES) *c.* G. (J.)

N° du greffe: 26005.

1998: 9 novembre; 1999: 10 septembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit constitutionnel — Charte des droits — Sécurité de la personne — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Le droit du parent à la sécurité de sa personne entre-t-il en jeu dans une instance concernant la garde d'enfants? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communau-

him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether failure to provide parent with legal aid in custody proceedings infringing principles of fundamental justice — If so, whether infringement justified — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).

Family law — Children in care — Ministerial application for extension of custody order — Legal Aid — Minister of Health and Community Services applying to extend order granting him custody of three children — Parent intending to challenge application to extend custody order but denied legal aid because custody applications not covered under legal aid guidelines — Whether parent has constitutional right to state-funded counsel in circumstances of case — Procedure to be followed when unrepresented parent in custody application seeks state-funded counsel — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Appeals — Mootness — Legal issues raised in case moot — Whether Supreme Court should exercise its discretion to decide case.

Practice — Constitutional questions — Reformulation — Constitutional questions slightly modified to reflect prospective rather than retrospective nature of case — No prejudice to parties or potential interveners.

The New Brunswick Minister of Health and Community Services was granted custody of the appellant's three children for a six-month period. He later sought an extension of the custody order for a further period of up to six months. At the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the application and required a full hearing of the matter. The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied for legal aid in order to retain a lawyer to represent her at the custody hearing. Her application was denied because, at the time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines. The appellant then

taires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — L'omission de fournir de l'aide juridique au parent à l'instance concernant la garde a-t-elle porté atteinte aux principes de justice fondamentale? — Dans l'affirmative, l'atteinte était-elle justifiée? — Réparation appropriée — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).

Droit de la famille — Enfants pris en charge — Demande du ministre visant à obtenir la prorogation d'une ordonnance de garde — Aide juridique — Demande présentée par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vue d'obtenir la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de trois enfants — Aide juridique refusée au parent désireux de contester la demande de prorogation de l'ordonnance de garde parce que les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde — Le parent a-t-il le droit constitutionnel d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État dans les circonstances de l'espèce? — Procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Appels — Caractère théorique — Questions juridiques soulevées dans une affaire devenue théorique — La Cour suprême doit-elle exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire?

Pratique — Questions constitutionnelles — Reformulation — Questions constitutionnelles légèrement modifiées pour refléter la nature rétrospective plutôt que prospective de l'affaire — Absence de préjudice causé aux parties ou aux intervenants potentiels.

Le ministre de la Santé et des Services communautaires du Nouveau-Brunswick s'était fait confier la garde des trois enfants de l'appelante pour une période de six mois. Il a par la suite sollicité une prorogation de l'ordonnance de garde pour une période d'au plus six mois. Lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande et qu'elle demandait une audition complète de l'affaire. L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique de la province pour obtenir qu'un avocat la représente à l'audience relative à la garde. Sa demande a été

brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or, in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the provincial Attorney General provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid violated s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The motions judge was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. The parties agreed that it would be in the best interests of the children to proceed with the application, and duty counsel for the appellant agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*. At the custody hearing, all the parties were represented by counsel, including the appellant. During a three-day period, the Minister called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister was granted an extension of the custody order. Almost a year later, the appellant's motion to obtain state-funded counsel was dismissed. The motions judge concluded that the failure to provide the appellant with legal aid did not violate s. 7 of the *Charter*. The majority of the Court of Appeal affirmed the decision. This appeal is to determine whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children.

Held: The appeal should be allowed. The New Brunswick government was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case.

Per Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ.: While the legal issues that arise in this appeal are moot, the Court should exercise its discretion to decide the case. First, there was an appropriate adversarial context and the appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners. Second, the question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is of national importance and, although similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. Lastly, the Court is not overstepping its institu-

rejetée, car à l'époque, les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas les demandes de garde. L'appelante a alors demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille violent l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge des requêtes n'était pas en mesure de statuer sur la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Les parties ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée, et l'avocat de service a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde. À l'audience, toutes les parties, y compris l'appelante, ont été représentées par des avocats. Pendant trois jours, le ministre a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre a obtenu une prorogation de l'ordonnance de garde. Presque un an plus tard, la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État a été rejetée. Le juge des requêtes a conclu que le défaut d'octroyer de l'aide juridique à l'appelante ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont confirmé la décision. Le présent pourvoi vise à déterminer si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leurs enfants ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait, dans les circonstances particulières de l'espèce, l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État.

Le juge en chef Lamer et les juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie: Bien que les questions juridiques que soulève le présent pourvoi aient un caractère théorique, la Cour doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour statuer sur l'affaire. D'abord, il y a eu un débat contradictoire suffisant, et les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées. Ensuite, la question de savoir si le père ou la mère a droit aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde d'enfants est d'une importance nationale et, bien que

tional role in deciding this appeal. While the issues are moot, they are not abstract. This case, however, must be approached as though a prospective breach of s. 7 of the *Charter* was at issue. The analysis must proceed on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. Given this approach, the constitutional questions, which are retrospective rather than prospective in nature, must be slightly modified. None of the parties are prejudiced by the reformulation of the questions, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene.

The Minister's application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter*. This right protects both the physical and psychological integrity of the individual and this protection extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. For a restriction of security of the person to be made out, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety. State removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct. A combination of stigmatization, loss of privacy, and

des affaires semblables puissent survenir à nouveau, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Finalement, la Cour n'outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant le présent pourvoi. Si les questions soulevées en l'espèce sont théoriques, elles ne sont pas abstraites. La présente espèce, cependant, doit être abordée comme si elle portait sur une violation éventuelle de l'art. 7 de la *Charte*. Il convient de procéder à l'analyse comme si l'audience relative à la garde n'avait pas encore eu lieu et en présumant que l'appelante n'y aurait pas été représentée par avocat. Vu cette façon d'aborder l'analyse, les questions constitutionnelles, qui sont de nature rétrospective plutôt que prospective, doivent être légèrement modifiées. La reformulation des questions ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n'aurait pris non plus de décision différente quant à l'exercice du droit d'intervention.

La demande du ministre visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne que garantit l'art. 7 de la *Charte*. Ce droit protège à la fois l'intégrité physique et intégrité psychologique de la personne, et la protection qu'il accorde déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires. Le retrait de la garde d'un enfant par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État. La stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinées aux perturbations de la

disruption of family life are sufficient to constitute a restriction of security of the person.

This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. While a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing, in some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. A consideration of these factors leads to the conclusion that, in the circumstances of this case, the appellant's right to a fair hearing required that she be represented by counsel. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness varies according to the length of the proposed separation of parent from child and the length of any previous separation. Here, the state was seeking to extend a previous custody order by six months and the appellant had already been separated from her children for over a year. The custody hearing was sufficiently complex. Child custody proceedings are adversarial and the parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all the other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports. Finally, in proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence here suggesting that the appellant possessed such

vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne.

Cette restriction n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde. L'article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants. Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. Bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité de l'audience relative à la garde, dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. L'examen de ces facteurs mène à la conclusion que, dans les circonstances de l'espèce, le droit de l'appelante à une audience équitable exigeait qu'elle soit représentée par un avocat. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7. Bien que toutes les audiences en matière de garde d'enfants fassent entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation et de la durée de toute séparation antérieure. En l'espèce, l'État cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde et l'appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an. L'audience relative à la garde était suffisamment complexe. Les instances relatives à la garde d'enfants sont de nature contradictoire et les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment formulées. Les parents, en proie à une tension émotive considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L'audience devait durer trois jours, et l'avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d'experts. Enfin, dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non

capacities. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the New Brunswick government to provide the appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, the deleterious effects of the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings. The proposed budgetary savings are minimal and the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Moreover, the government's obligation to provide legal aid to a parent who cannot afford a lawyer only arises in circumstances where the representation of the parent is essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake.

In circumstances where the absence of counsel for a parent would result in an unfair custody hearing, the appropriate remedy under s. 24(1) is an order that the government provide the parent with state-funded counsel.

In the future, when an unrepresented parent in a custody application wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate

représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que l'appelante possédait de tels attributs. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7, les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires. Les économies budgétaires projetées sont minimales et les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de services d'avocats rémunérés par l'État dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier de la *Charte*. En outre, le gouvernement n'est tenu d'octroyer de l'aide juridique au parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat que si la représentation par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit du parent à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne est en cause.

Lorsque l'absence d'un avocat pour le père ou la mère donnerait lieu à une audience inéquitable, la réparation qu'il convient d'accorder sous le régime du par. 24(1) est une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir au parent les services d'un avocat rémunéré par l'État.

Dorénavant, lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde souhaite être représenté par avocat mais n'en a pas les moyens, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique rémunérée par l'État. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance doit être ajournée pour lui

applications, provided the best interests of the child are not compromised. The judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing if unrepresented by considering the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer, the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*.

Per L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: In addition to s. 7 issues, this case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings. In considering the s. 7 issues, it is thus important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15 of the *Charter*. The principles of equality, guaranteed by both ss. 15 and 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

For the reasons given by the Chief Justice, the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. However, the proceedings also triggered the appellant's liberty interest. The result of the proceedings may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing. Parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest in s. 7 of the *Charter*.

The appellant can only be deprived of her security and liberty interests in accordance with the principles of fundamental justice. These principles require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. In determining whether a parent will be able to participate effectively in the hear-

donner suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable s'il n'est pas représenté, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit que, dans les limites de sa fonction juridictionnelle, il peut aider le parent. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat, il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État.

Les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: En plus de questions relatives à l'art. 7, la présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants. Lorsqu'on examine les questions relatives à l'art. 7, il est donc important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 de la *Charte* vise à protéger. Les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent grandement l'interprétation de l'étendue de la protection offerte par l'art. 7.

Pour les motifs exposés par le Juge en chef, la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Cependant, les procédures font également entrer en jeu le droit à la liberté de l'appelante. L'instance peut entraîner la perte du droit du parent de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation. Le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde sont protégés au nom du droit à la liberté que garantit l'art. 7 de la *Charte*.

L'appelante ne peut être privée de son droit à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Ces principes exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à

ing, the trial judge must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. Child protection hearings will have varying degrees of seriousness. While the seriousness of the order requested will play a role in balancing the interests involved, the fact that the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel since temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones. In considering the seriousness factor, the trial judge must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one's children. With respect to the complexity factor, the more complex the proceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor. In considering the characteristics of the parent affected, courts must avoid including considerations in the test for state-funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting his or her case on the merits. The focus must be on the parent's education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. When the three factors are taken into account, it is likely that the situations in which state-funded counsel is required will not necessarily be rare. Here, the trial judge did not exercise her discretion properly. She was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des intérêts, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. Les instances concernant la protection des enfants n'ont pas toutes le même degré de gravité. Bien que la sévérité de l'ordonnance demandée jouera un rôle lorsque les intérêts en jeu seront soupesés, le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d'effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent, vu que les demandes d'ordonnances temporaires font souvent partie d'un processus qui mène à des ordonnances permanentes. En examinant le facteur de la gravité, le juge de première instance doit tenir compte du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et de guider leur développement. En ce qui concerne le facteur de la complexité, plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l'audience de façon efficace sans aide. La durée de l'instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l'évaluation de ce facteur. En examinant les caractéristiques du parent qui est touché, les tribunaux doivent éviter d'inclure dans le critère appliqué pour déterminer si le parent a droit à un avocat rémunéré par l'État des considérations susceptibles de rendre plus ardue pour le parent la tâche de présenter sa cause au fond. Il faut mettre l'accent sur le niveau d'instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d'autres indicateurs du même genre. Si on tient compte des trois facteurs, il est probable que les cas où la présence d'un avocat rémunéré par l'État sera requise ne seront pas nécessairement rares. En l'espèce, le juge de première instance n'a pas correctement exercé son pouvoir discrétionnaire. Elle a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appelante dans la présentation de sa cause.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; **distinguished:** *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236; **referred to:** *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*,

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; **distinction d'avec l'arrêt:** *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236; **arrêts mentionnés:** *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Singh c.*

[1985] 1 S.C.R. 177; *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Hepton v. Maat* [1957] S.C.R. 606; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Osborne v. Canada (Treasury Board*), [1991] 2 S.C.R. 69.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2, 7, 10, 11(*d*), 15(1), 24(1), 28.

Family Services Act, S.N.B. 1980, c. F-2.2 [am. 1983, c. 16, s. 1], ss. 1 "best interests of the child", 7(*b*), 53(2), Part IV.

Legal Aid Act, R.S.N.B. 1973, c. L-2, ss. 12(1) [am. 1979, c. 41, s. 73(2); am. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 12(14) [rep. & sub. 1983, c. 46, s. 6; am. 1987, c. 6, s. 51(10)], 24(1) [ad. 1993, c. 21, s. 20], Part II [ad. 1993, c. 21, s. 20].

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1; *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642; *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL); *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628; *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289; *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor*), [1991] 2 R.C.S. 69.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982); *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2, 7, 10, 11*d*), 15(1), 24(1), 28.

Loi sur l'aide juridique, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, art. 12(1) [mod. 1979, ch. 41, art. 73(2); mod. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 12(14) [abr. & rempl. 1983, ch. 46, art. 6; mod. 1987, ch. 6, art. 51(10)], 24(1) [aj. 1993, ch. 21, art. 20], Partie II [aj. 1993, ch. 21, art. 20].

Loi sur les services à la famille, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2 [mod. 1983, ch. 16, art. 1], art. 1 «intérêt supérieur de l'enfant», 7*b*), 53(2), Partie IV.

Authors Cited

Callahan, Marilyn. "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare". In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.

Cossman, Brenda, and Carol Rogerson. "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law". In *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services*. Toronto: Ontario Legal Aid Review, 1997, 773.

Hughes, Patricia. "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.

Thompson, D. A. Rollie. "Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11.

Thomson, George M. "Judging Judiciously in Child Protection Cases". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1997), 187 N.B.R. (2d) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] N.B.J. No. 138 (QL), dismissing the appellant's appeal from a judgment of Athey J. (1995), 171 N.B.R. (2d) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] N.B.J. No. 560 (QL), dismissing the appellant's motion asserting a right to a state-funded legal counsel. Appeal allowed.

E. Thomas Christie, for the appellant.

Bruce Judah, *Q.C.*, for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice.

Gary A. Miller, for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick.

Heather Leonoff, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

George H. Copley, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Doctrine citée

Callahan, Marilyn. «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare». In Brian Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada*. Toronto: McClelland & Stewart, 1993, 172.

Cossman, Brenda, et Carol Rogerson. «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law». Dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés*. Toronto: Examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario, 1997, 773.

Hughes, Patricia. «New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240.

Thompson, D. A. Rollie. «Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings – Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11.

Thomson, George M. «Judging Judiciously in Child Protection Cases». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983, 213.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81, 478 A.P.R. 81, 145 D.L.R. (4th) 349, [1997] A.N.-B. no 138 (QL), rejetant l'appel formé par l'appelante contre une décision du juge Athey (1995), 171 R.N.-B. (2e) 185, 437 A.P.R. 185, 131 D.L.R. (4th) 273, [1995] A.N.-B. no 560 (QL), qui a rejeté la requête de l'appelante revendiquant le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État. Pourvoi accueilli.

E. Thomas Christie, pour l'appelante.

Bruce Judah, *c.r.*, pour les intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice.

Gary A. Miller, pour les intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick.

Heather Leonoff, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

George H. Copley, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Roderick Wiltshire, for the intervener the Attorney General for Alberta.

Barry L. Gorlick, Q.C., and *Greg Delbigio*, for the intervener the Canadian Bar Association.

Arne Peltz and *Martha Jackman*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues.

Carole Curtis and *Anne Dugas-Horsman*, for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada.

W. Glenn How, Q.C., and *André Carbonneau*, for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

The judgment of Lamer C.J. and Gonthier, Cory, McLachlin, Major and Binnie JJ. was delivered by

1 THE CHIEF JUSTICE — This case raises for the first time the issue of whether indigent parents have a constitutional right to be provided with state-funded counsel when a government seeks a judicial order suspending such parents' custody of their children. It comes before the Court as a result of Legal Aid New Brunswick's decision not to provide legal aid to the appellant after the Minister of Health and Community Services of New Brunswick sought to extend an order granting the Minister custody of the appellant's three children for an additional six months. The decision not to provide the appellant with legal aid was made pursuant to a policy in force at the time of her application which stipulated that no legal aid certificates would be issued to respondents in custody applications made by the Minister of Health and Community Services.

2 I have concluded that the Government of New Brunswick was under a constitutional obligation to provide the appellant with state-funded counsel in the particular circumstances of this case. When government action triggers a hearing in which the

Roderick Wiltshire, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Barry L. Gorlick, c.r., et *Greg Delbigio*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Arne Peltz et *Martha Jackman*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté.

Carole Curtis et *Anne Dugas-Horsman*, pour les intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées.

W. Glenn How, c.r., et *André Carbonneau*, pour l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Gonthier, Cory, McLachlin, Major et Binnie rendu par

LE JUGE EN CHEF — La présente affaire soulève pour la première fois la question de savoir si des parents sans ressources visés par une demande d'ordonnance judiciaire présentée par le gouvernement pour leur retirer la garde de leur enfant ont le droit constitutionnel d'être représentés par un avocat rémunéré par l'État. Notre Cour en est saisie par suite de la décision du programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick de ne pas accorder d'aide à l'appelante en rapport avec une demande visant à prolonger de six mois la durée de l'ordonnance conférant la garde de ses trois enfants au ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise en application d'une ligne de conduite en vigueur au moment où l'appelante a présenté sa demande d'aide, selon laquelle aucun certificat d'aide juridique n'était délivré aux intimés visés par des demandes de garde soumises par le ministre.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus que le gouvernement du Nouveau-Brunswick avait l'obligation constitutionnelle de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsque le gouvernement est à

interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* are engaged, it is under an obligation to do whatever is required to ensure that the hearing be fair. In some circumstances, depending on the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent, the government may be required to provide an indigent parent with state-funded counsel. Where the government fails to discharge its constitutional obligation, a judge has the power to order the government to provide a parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter* through whatever means the government wishes, be it through the Attorney General's budget, the consolidated funds of the province, or the budget of the legal aid system, if one is in place.

l'origine d'une audience visant les intérêts protégés par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés,* il a l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer l'équité de l'audience. Dans certaines circonstances, selon la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent, il se peut que le gouvernement soit obligé de fournir à un parent sans ressources des services d'avocats rémunérés par l'État. Lorsqu'il ne s'acquitte pas de son obligation constitutionnelle, le juge a, en vertu du par. 24(1) de la *Charte*, le pouvoir d'ordonner au gouvernement de fournir au parent des services d'avocats rémunérés par l'État, de la façon que ce dernier déterminera, que ce soit sur le budget du procureur général, sur le Trésor de la province ou sur le budget du régime d'aide juridique si un tel régime existe.

I. Factual Background

I. Les faits

The appellant's three young children were placed in the care of the Minister of Health and Community Services of New Brunswick on November 12, 1993. On April 28, 1994 the Minister obtained an order under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, granting him custody of the children for a period of up to six months. The appellant was not represented by counsel at the hearing, although she did have the assistance of a friend who did not have any legal training.

3 Le 12 novembre 1993, les trois jeunes enfants de l'appelante ont été confiés au ministre de la Santé et des Services communautaires. Le 28 avril 1994, le ministre a obtenu une ordonnance rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2, lui accordant la garde des enfants pour une période maximale de six mois. L'appelante n'était pas représentée par avocat à l'audience; elle était assistée d'un ami qui n'avait aucune formation juridique.

By notice of application served on the appellant on October 24, 1994, the Minister sought an extension of the order for a further period of up to six months. On October 27, 1994, at the initial appearance of the appellant, duty counsel appointed by the Minister of Justice to act on her behalf advised the court that the appellant intended to challenge the temporary custody application and therefore required a full hearing of the matter.

4 Par avis de requête signifié à l'appelante le 24 octobre 1994, le ministre a sollicité une prorogation de l'ordonnance pour une période d'au plus six mois. Le 27 octobre 1994, lors de la première comparution de l'appelante, l'avocat désigné par le ministre de la Justice pour la représenter a informé la cour que l'appelante avait l'intention de contester la demande de garde temporaire et qu'elle demandait par conséquent une audition complète de l'affaire.

The appellant, who was indigent and receiving social assistance at the time, applied to Legal Aid New Brunswick for legal aid on November 1, 1994 and was advised the next day that her application was denied on the grounds that the proceeding

5 L'appelante, qui était sans ressources et touchait des prestations d'aide sociale à l'époque, s'est adressée au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick le 1er novembre 1994. L'organisme l'a informée le lendemain que sa

involved a custody application, as opposed to a guardianship application by the Minister. At that time, custody applications were not covered under the legal aid guidelines; legal aid certificates were available only for guardianship applications.

6 On November 2, 1994, the appellant brought a motion for an order directing the Minister to provide her with sufficient funds to cover reasonable fees and disbursements of counsel for the purposes of preparing for and representing her in the custody proceedings or in the alternative, that either Legal Aid New Brunswick or the Attorney General for New Brunswick provide her with counsel. She also sought a declaration that the rules and policies governing the distribution of Domestic Legal Aid, as they differentiated between applications for guardianship and applications for custody orders (or their extension), were contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Subsequently, the motion was amended to include relief for a violation of s. 7 of the *Charter*.

7 November 3, 1994 was set aside to hear the motion. At the request of the Attorney General, an adjournment was granted until December 12, 1994. The motions judge, Athey J., also requested that the parties present their arguments by way of written brief.

8 In the week preceding the new hearing date, Athey J. advised counsel that she would be unable to determine the issue of the right to paid counsel prior to the date set for the custody application. It was agreed by counsel that the best interests of the children would be served by proceeding with the custody hearing on the originally scheduled date. Mr. Christie, who had been appointed duty counsel for the appellant and relieved of his role on November 8, 1994, agreed to represent the appellant at the custody hearing *pro bono*, in accordance with the highest standards of the profession. The parties also agreed that the motion would not be considered moot by virtue of Mr. Christie's representation of the appellant at the hearing.

demande d'aide juridique était rejetée parce qu'elle se rapportait à une demande de garde et non à une demande de tutelle présentée par le ministre. Les lignes de conduite de l'aide juridique ne couvraient pas, alors, les demandes de garde. Les certificats d'aide juridique n'étaient délivrés que pour des demandes de tutelle.

Le 2 novembre 1994, l'appelante a demandé par requête une ordonnance enjoignant au ministre de lui accorder les fonds suffisants pour couvrir les honoraires et débours raisonnables d'un avocat pour la représenter dans l'instance concernant la garde, ou, subsidiairement, prescrivant que le programme d'aide juridique ou le procureur général du Nouveau-Brunswick lui fournisse un avocat. Elle a également demandé à la Cour de déclarer que les règles et les lignes de conduite régissant le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille sont contraires au par. 15(1) de la *Charte*, en tant qu'elles établissent une distinction entre les demandes de tutelle et les demandes de garde (ou leur prorogation). Par la suite, la requête a été modifiée pour inclure une demande de réparation pour violation de l'art. 7 de la *Charte*.

L'audition de la requête a été fixée au 3 novembre 1994, mais la Cour a accordé une remise au 12 décembre 1994 à la demande du procureur général. Le juge Athey, juge des requêtes, a également demandé que les parties présentent leur argumentation par écrit.

Dans la semaine qui a précédé la nouvelle date d'audience, le juge Athey a informé les avocats qu'elle ne serait pas en mesure de statuer, avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde, sur la question du droit à un avocat payé sur les deniers publics. Les avocats ont convenu qu'il était dans l'intérêt supérieur des enfants que la demande soit entendue à la date initialement fixée. L'avocat de service, M^e^ Christie, qui avait été relevé de son mandat le 8 novembre 1994, a consenti à représenter bénévolement l'appelante à l'audience relative à la garde, selon les normes les plus élevées de la profession. Les parties ont également convenu que le fait que M^e^ Christie représente l'appelante à l'audience ne rendrait pas théorique la requête de cette dernière.

The custody hearing was held December 19, 20 and 21, 1994. Athey J. granted an extension of the custody order on January 3, 1995. At the hearing, the Minister of Health and Community Services called testimony and presented affidavit evidence from 15 witnesses, including expert psychological reports. The Minister of Justice provided counsel for the Minister of Health and Community Services and, at the request of the court pursuant to s. 7(*b*) of the *Family Services Act*, the Attorney General provided counsel for the appellant's children. Mr. Danny Vezina, the father of one of the children, hired counsel to represent him.

In June of 1995, the children were returned to the care of the appellant. On December 15, 1995, over a year after the appellant's motion was brought, it was dismissed by Athey J. The appellant was granted leave to appeal. Her appeal was dismissed by the New Brunswick Court of Appeal on March 14, 1997.

II. The Legislative Scheme

The relevant sections of the *Family Services Act* are as follows:

1. . . .

"best interests of the child" means the best interests of the child under the circumstances taking into consideration

(*a*) the mental, emotional and physical health of the child and his need for appropriate care or treatment, or both;

(*b*) the views and preferences of the child, where such views and preferences can be reasonably ascertained;

(*c*) the effect upon the child of any disruption of the child's sense of continuity;

(*d*) the love, affection and ties that exist between the child and each person to whom the child's custody is entrusted, each person to whom access to the child is granted and, where appropriate, each sibling of the child;

(*e*) the merits of any plan proposed by the Minister under which he would be caring for the child, in comparison with the merits of the child returning to or remaining with his parents;

9 L'audience en matière de garde s'est tenue les 19, 20 et 21 décembre 1994, et le juge Athey a accordé la prorogation le 3 janvier 1995. À l'audience, le ministre de la Santé et des Services communautaires a présenté, sous forme de dépositions orales ou d'affidavits, 15 témoignages, comprenant des rapports psychologiques. Le ministre de la Justice a fourni des services d'avocat au ministre de la Santé et des Services communautaires et, à la requête de la cour en vertu de l'al. 7*b*) de la *Loi sur les services à la famille*, le procureur général a fourni un avocat aux enfants de l'appelante. Le père de l'un des enfants, M. Danny Vezina, a retenu les services d'un avocat pour le représenter.

10 Au mois de juin 1995, les enfants ont été remis à l'appelante. Le 15 décembre 1995, plus d'un an après le dépôt de la requête de l'appelante, le juge Athey l'a rejetée. L'appelante a été autorisée à interjeter appel. La Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a rejeté son appel le 14 mars 1997.

II. Les dispositions législatives pertinentes

11 Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les services à la famille* sont les suivantes:

1. . . .

«intérêt supérieur de l'enfant» désigne l'intérêt supérieur de l'enfant dans les circonstances, compte tenu

a) de l'état de santé mentale, affective et physique de l'enfant et du besoin qu'il a de soins ou de traitements convenables, ou des deux;

b) des vues et préférences de l'enfant lorsqu'il est raisonnablement possible de les connaître;

c) de l'effet sur l'enfant de toute atteinte à la stabilité dont un enfant éprouve le besoin;

d) de l'amour, de l'affection et des liens qui existent entre l'enfant et chaque personne à la garde de qui il a été confié, chaque personne qui a obtenu le droit de lui rendre visite et, le cas échéant, chaque frère ou sœur de l'enfant;

e) des avantages de tout projet de prise en charge de l'enfant par le Ministre comparés à l'avantage pour l'enfant de retourner ou de rester auprès de ses parents;

(*f*) the need to provide a secure environment that would permit the child to become a useful and productive member of society through the achievement of his full potential according to his individual capacity; and

(*g*) the child's cultural and religious heritage;

. . .

53(2) When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

12 The relevant sections of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, are as follows:

12(1) Subject to the directions of the Provincial Director and policies established by the Law Society, an area director may issue legal aid certificates authorizing legal aid for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

(*a*) in respect of an offence under an Act of the Parliament of Canada or in respect of the *Extradition Act*, chapter E-21 of the Revised Statutes of Canada, 1970 or the *Fugitive Offenders Act* chapter F-32 of the Revised Statutes of Canada, 1970,

(*b*) in respect of an offence under an Act of the Legislature,

(*c*) before an administrative tribunal established by an Act of the Legislature or of the Parliament of Canada,

(*d*) in bankruptcy,

(*e*) under the *Divorce Act*, chapter D-8 of the Revised Statutes of Canada, 1970, or the *Divorce Act, 1985*, chapter 4 of the Statutes of Canada, 1986,

(*f*) other than those covered in paragraphs (a) to (e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Provincial Court, The Probate Court of New Brunswick, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

(*g*) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in such of paragraphs (a) to (f) as are in force.

. . .

f) du besoin pour l'enfant d'être en sécurité, dans un milieu qui lui permette de réaliser pleinement son potentiel, selon ses aptitudes personnelles et, ce faisant, de devenir membre utile et productif de la société; et

g) du patrimoine culturel et religieux de l'enfant;

. . .

53(2) Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

Les dispositions pertinentes de la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, sont les suivantes:

12(1) Sous réserve des directives du directeur provincial et des lignes de conduite établies par le Barreau, un directeur régional peut délivrer un certificat d'aide juridique permettant que le bénéfice de l'aide juridique soit accordé pour des procédures et des questions préalables qu'il est question d'intenter

a) relativement à une infraction prévue par une loi du Parlement du Canada, ou relativement à la *Loi sur l'extradition*, chapitre E-21 des Statuts révisés du Canada de 1970, ou à la *Loi sur les criminels fugitifs*, chapitre F-32 des Statuts révisés du Canada de 1970,

b) relativement à une infraction prévue par une loi de la Législature,

c) devant un tribunal administratif institué par une loi de la Législature ou du Parlement du Canada,

d) en cas de faillite,

e) en application de la *Loi sur le divorce*, chapitre D-8 des Statuts révisés du Canada de 1970 ou de la *Loi de 1985 sur le divorce*, chapitre 4 des Statuts du Canada de 1986,

f) autres que celles visées aux alinéas a) à e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour provinciale, la Cour des successions du Nouveau-Brunswick, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

g) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) à f) qui sont en vigueur.

. . .

12(14) Where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister, issue directions to the Provincial Director limiting the providing of legal aid in matters included in paragraphs (1)(c) to (g) and subsection (2).

. . .

24(1) Notwithstanding any other provision of this Act or the regulations, the Minister may establish and administer a program to provide legal aid for persons for proceedings and matters preliminary to anticipated proceedings

(*a*) under the *Divorce Act*, (Canada),

(*b*) other than those covered in paragraphs 12(1)(a) to 12(1)(e), in The Court of Queen's Bench of New Brunswick, the Court of Divorce and Matrimonial Causes, the Supreme Court of Canada or the Federal Court of Canada, and

(*c*) of an appellate nature in respect of matters and proceedings described in paragraphs (a) and (b).

The relevant sections of the *Charter* are as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

24. (1) Anyone whose rights or freedoms, as guaranteed by this Charter, have been infringed or denied may apply to a court of competent jurisdiction to obtain such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances.

To better understand both the factual context and the issues raised in this appeal, it may prove helpful to briefly review the Domestic Legal Aid program in New Brunswick. The statutory scheme and development of domestic legal aid in New Brunswick was ably described by both Athey J. in her reasons and by the parties, and I borrow from their accounts in what follows.

12(14) Lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il peut, avec l'approbation du Ministre, émettre des directives au directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard des questions prévues aux alinéas (1)c) à g) et au paragraphe (2).

. . .

24(1) Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou des règlements, le Ministre peut mettre sur pied et administrer un programme pour dispenser de l'aide juridique à des personnes pour les procédures et les questions préalables à des procédures qu'il est question d'intenter

a) en vertu de la *Loi sur le divorce*, (Canada),

b) autres que celles qui sont visées aux alinéas 12(1)a) à 12(1)e), devant la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, la Cour des divorces et des causes matrimoniales, la Cour suprême du Canada ou la Cour fédérale du Canada, et

c) en cas d'appel concernant les questions et procédures décrites aux alinéas a) et b).

13 Les dispositions pertinentes de la *Charte* sont les suivantes:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

24. (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

14 Afin de mieux comprendre aussi bien les faits du présent pourvoi que les questions qu'il soulève, il est utile de décrire brièvement le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille au Nouveau-Brunswick. Le juge Athey, dans ses motifs, et les parties ont bien décrit l'encadrement législatif de ce programme ainsi que son évolution. J'ai puisé dans leur texte pour ce qui suit.

A. *The Statutory Scheme*

15 Under the *Legal Aid Act*, the Law Society is authorized to establish a plan known as Legal Aid New Brunswick, funded by both the government and the Law Foundation of New Brunswick. This plan is administered by the Law Society through the Provincial Director, who is appointed by the Law Society and is subject to its directions in all matters of policy and administration. The Law Society is responsible for establishing policies and regulations governing the administration of the plan. The Provincial Director in turn administers the plan in accordance with the regulations and policies established by the Law Society and directs the Area Directors concerning the performance of their duties.

16 Section 12(1) of the *Legal Aid Act* sets out the various judicial and administrative proceedings, both civil and criminal, which are eligible to receive legal aid certificates issued under the Act, subject to policies established by the Law Society and the directions of the Provincial Director. Pursuant to s. 12(14), where the Law Society is of the opinion that the Legal Aid Fund is in danger of being depleted, it may, with the approval of the Minister of Justice, issue directions to the Provincial Director limiting the provision of legal aid in certain matters. Among the matters in respect of which the Law Society is authorized to limit the provision of services are custody applications.

17 In 1993, the *Legal Aid Act* was amended to allow the Minister of Justice to establish and administer a program to provide domestic legal aid through the addition of Part II of the Act. Prior to that time, the Law Society and Legal Aid New Brunswick had exclusive jurisdiction over the provision of domestic legal aid and provided a limited service pursuant to the authority conferred by s. 12. Under s. 24(1) the Minister of Justice was granted the authority to establish a legal aid program notwithstanding any other provision of the Act or regulations, although the scope of this program is limited to civil matters. The result is a situation in which there is concurrent jurisdiction under the *Legal Aid Act* over the provision of domestic legal aid. As a matter of practice,

A. *Le régime législatif*

La *Loi sur l'aide juridique* autorise le Barreau à établir un programme appelé Aide juridique du Nouveau-Brunswick, financé à la fois par le gouvernement et par la Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick. Le Barreau administre le programme par l'intermédiaire du directeur provincial qui est nommé par le Barreau et soumis à ses directives pour ce qui concerne les lignes de conduite et l'administration. Le Barreau établit les règlements et les lignes de conduite régissant l'administration du programme. Le directeur provincial, quant à lui, administre le programme conformément à ces règles et donne des directives aux directeurs régionaux concernant l'exercice de leurs fonctions.

Le paragraphe 12(1) de la *Loi sur l'aide juridique* énumère les diverses instances judiciaires et administratives, civiles et criminelles, pour lesquelles des certificats d'aide juridique peuvent être délivrés en vertu de la Loi, sous réserve des lignes de conduite établies par le Barreau et des directives du directeur provincial. Aux termes du par. 12(14), lorsque le Barreau est d'avis que le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, il est autorisé, avec l'approbation du ministre, à formuler des directives à l'intention du directeur provincial en vue de limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions, parmi lesquelles figurent les demandes de garde.

En 1993, la *Loi sur l'aide juridique* a été modifiée, par l'ajout de la partie II, de façon à permettre au ministre de la Justice d'établir et d'administrer un programme d'aide juridique en matière de droit de la famille. Auparavant, le Barreau et le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick exerçaient une compétence exclusive quant à l'aide juridique en cette matière, et appliquaient des restrictions en vertu du pouvoir conféré à l'art. 12. Le paragraphe 24(1) a conféré au ministre de la Justice le pouvoir d'établir un programme d'aide juridique, nonobstant toute autre disposition de la Loi ou des règlements; le programme est toutefois limité à des affaires civiles. Il en résulte une compétence concurrente en vertu de la *Loi sur l'aide juridique* sur la fourniture de services d'aide

however, domestic legal aid is provided almost exclusively by the Minister of Justice. One notable exception is guardianship applications, which are only covered by Legal Aid New Brunswick. Unlike Legal Aid New Brunswick, which uses a certificate system, the Minister of Justice operates a "staff model" of delivery whereby the Minister directly employs or enters into contracts with persons for the provision of legal aid.

B. *The Development of the Domestic Legal Aid Program*

In June 1988, the New Brunswick Law Foundation provided a grant to the Law Society to implement a domestic legal aid scheme and offer limited duty counsel service in Family Court. Certificates were only to be issued to applicants in cases where there were allegations against the applicant's spouse of spousal abuse, sexual abuse of the applicant's children, or "snatching" of children from the custodial parent. No certificates were to be issued to respondents to defend such allegations.

In December 1988, the Law Foundation agreed with the Law Society's request to expand the program to include parents subject to guardianship applications, but not custody applications by the Minister of Health and Community Services. In April 1989, the program was further expanded when the province of New Brunswick agreed to match the Law Foundation grant and double the budget of the Domestic Legal Aid program to $500,000.

Budgetary restraints necessitated a reduction in Domestic Legal Aid services in December 1991. On December 9, 1991, the Council of the Law Society, after having been made aware of the financial state of the program, decided that as of December 16, 1991 and until further notice certificates would only be issued for family violence and guardianship applications. In adopting this policy,

juridique en matière de droit de la famille. En pratique, toutefois, c'est presque exclusivement le ministre de la Justice qui fournit ces services, à l'importante exception près des demandes de tutelle qui sont uniquement visées par le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick. À l'opposé de ce dernier programme, qui délivre des certificats, le ministre de la Justice procède en fournissant les services, c'est-à-dire qu'il emploie directement ou engage des avocats sur une base contractuelle pour fournir l'aide juridique.

B. *L'établissement du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille*

18 En juin 1988, la Fondation pour l'avancement du droit au Nouveau-Brunswick a accordé au Barreau une subvention pour mettre en œuvre un régime d'aide juridique en matière de droit de la famille et un service limité d'avocats de service plaidant devant la Division de la famille. Seuls les demandeurs qui alléguaient la violence conjugale du conjoint, l'agression sexuelle de leurs enfants par le conjoint ou l'enlèvement d'enfants confiés à leur garde pouvaient obtenir un certificat. Aucun certificat n'était délivré à la partie intimée dans de tels cas.

19 En décembre 1988, la Fondation a acquiescé à la demande du Barreau d'étendre le programme aux parents visés par des demandes de tutelle — mais non aux parents visés par des demandes de garde — présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. En avril 1989, le programme a été à nouveau élargi lorsque la province du Nouveau-Brunswick a consenti à égaler la subvention de la Fondation et à doubler le budget du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, le portant à 500 000 $.

20 En décembre 1991, à la suite de restrictions budgétaires, il a fallu réduire les services d'aide juridique en matière de droit de la famille. Le 9 décembre 1991, le conseil du Barreau, après avoir pris connaissance de la situation financière du programme, a décidé qu'à compter du 16 décembre 1991 et jusqu'à nouvel ordre, des certificats ne seraient délivrés que pour les demandes

the Law Society purported to act under the authority of s. 12(14).

21 In April 1993, the Domestic Legal Aid program underwent a major overhaul which significantly reduced the Law Society's involvement in the provision of domestic legal aid. With the addition of Part II of the Act, the bulk of domestic legal aid came under the direction of the Minister of Justice, which expanded the Unified Family Court program to provide more comprehensive socio-legal services.

22 Under the program offered by the Minister of Justice, everyone who needs counsel for the purposes of support orders is provided with the services of the Family Solicitor, who is paid by the Minister of Justice to provide legal services offered by the program. If there are allegations of abuse, a party will be able to use the services of the Family Solicitor for all legal matters that may arise between the parties, including custody, support, and divorce proceedings. The Minister also provides a limited duty counsel service, available to respondents on the day of their first appearance in Family Court proceedings initiated by the Crown. Mr. Christie was appointed duty counsel for the appellant pursuant to this aspect of the plan.

23 The Minister of Justice's program does not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. In circumstances where the Minister of Health and Community Services applies for a permanent order of guardianship the provision of legal assistance is shifted to Legal Aid New Brunswick, which provides a legal aid certificate covering representation up to a limit of $1,000 to a qualified applicant. Prior to September 22, 1997 and at the time this case was initially heard, no

concernant des affaires de violence familiale et les demandes de tutelle. Le Barreau a fondé sa décision sur le par. 12(14).

En avril 1993, une réforme en profondeur du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille a considérablement réduit le rôle du Barreau dans la fourniture des services. Par suite de l'ajout de la partie II à la Loi, le gros des services d'aide juridique en matière de droit de la famille est passé au ministre de la Justice, lequel a élargi le programme du Tribunal unifié de la famille pour offrir un ensemble plus complet de services socio-juridiques.

En vertu du programme offert par le ministre de la Justice, quiconque a besoin d'un avocat relativement à une ordonnance alimentaire a accès aux services d'un avocat plaidant en matière familiale, rémunéré par le ministre pour fournir les services juridiques prévus par le programme. Lorsqu'il y a allégation de violence, une partie peut avoir recours aux services de l'avocat plaidant en matière familiale pour toutes les questions juridiques survenant entre les parties, dont les questions de garde d'enfants, d'aliments et de divorce. Le ministre offre également un service limité d'avocats de service, dont peuvent se prévaloir les intimés le jour de leur première comparution devant le tribunal de la famille dans des instances introduites par l'État. C'est en application de cet aspect du régime que M^e^ Christie a été désigné pour représenter l'appelante.

Le programme du ministre de la Justice ne couvre ni les demandes de tutelle ni les demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaidant en matière familiale qui seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Lorsque le ministre de la Santé et des Services communautaires présente une demande de tutelle permanente, la prestation des services d'aide juridique passe au programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick qui délivre au demandeur d'aide satisfaisant aux conditions un certificat couvrant les frais de la représentation par

legal aid was provided by either Legal Aid New Brunswick or the Minister of Justice to respondents in custody applications, except for the advice of duty counsel on the day of the first appearance. Since that time Legal Aid New Brunswick has adopted a new policy under which a legal aid certificate will be provided for the first custody hearing. Subsequent hearings for the extension of the original custody order, such as the one which is the subject of the present appeal, are still not eligible for a certificate, nor are they covered by the Minister of Justice's program.

avocat jusqu'à concurrence de 1 000 $. Jusqu'au 22 septembre 1997, et donc au moment où la présente affaire a commencé, ni le programme d'aide juridique du Nouveau Brunswick ni le ministre de la Justice ne fournissaient des services d'aide juridique aux parties intimées dans les demandes de garde, exception faite des conseils de l'avocat de service le jour de la première comparution. Depuis, le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a adopté une nouvelle ligne de conduite autorisant la délivrance d'un certificat couvrant la première audition de la demande de garde. Les audiences ultérieures relatives à la prorogation de l'ordonnance initiale, comme celle qui fait l'objet du présent pourvoi, ne donnent toujours pas droit à un certificat, pas plus qu'elles ne sont couvertes par le programme du ministre de la Justice.

III. Judgments Below

A. *New Brunswick Court of Queen's Bench* (1995), 171 N.B.R. (2d) 185

Although the Minister's application had been heard and a determination made, counsel had agreed prior to the custody application that the appellant's motion to obtain state-funded counsel would not be considered moot if Athey J. was unable to decide the issue prior to the date set for the custody application. She therefore exercised her discretion to decide the motion.

Athey J. dismissed the appellant's s. 15 claim. Although she found that the legal aid system in New Brunswick did not provide respondents to ministerial applications for custody orders or extensions of those orders the same benefits granted to respondents to applications for guardianship orders, she concluded that the distinction between these two groups of respondents was not based on irrelevant personal characteristics enumerated in s. 15 or on any analogous grounds.

Turning to s. 7, Athey J. found that the appellant's liberty interest was engaged by the state when it removed her children from her care. She based her conclusion on La Forest J.'s decision in

III. Les jugements antérieurs

A. *Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick* (1995), 171 R.N.-B. (2e) 185

24 Quoique la demande de garde présentée par le ministre ait été entendue et tranchée, les avocats avaient auparavant convenu que la requête de l'appelante en vue d'obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État ne serait pas considérée théorique si le juge Athey était incapable de trancher la question avant la date fixée pour l'audition de la demande de garde. Le juge a donc exercé son pouvoir discrétionnaire de statuer sur la requête.

25 Le juge Athey a rejeté la prétention de l'appelante fondée sur l'art. 15. Bien qu'elle ait constaté que le régime d'aide juridique du Nouveau-Brunswick n'accordait pas aux parties intimées dans les demandes de garde ou de prorogation de garde présentées par le ministre les mêmes avantages qu'aux parties intimées dans les demandes de tutelle, elle a conclu que la distinction créée entre ces deux groupes ne reposait pas sur les caractéristiques personnelles non pertinentes énoncées à l'art. 15 ni sur des caractéristiques analogues.

26 Relativement à l'art. 7, elle a jugé que le droit de l'appelante à la liberté était entré en jeu lorsque l'État lui avait retiré la garde de ses enfants. Elle a fondé sa conclusion sur les motifs du juge

B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, [1995] 1 S.C.R. 315, where, in writing for three other justices, he held at para. 83 that "the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent".

27 Athey J. then considered whether the appellant would have been deprived of her right to liberty in accordance with the principles of fundamental justice were she unrepresented at the custody hearing. She referred again to La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* where he held at para. 88 that

> [t]he protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

She also cited Wilson J.'s judgment in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, for the proposition that fundamental justice includes the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917.

28 Applying these principles to the facts of this case, Athey J. concluded that there was no general right to paid counsel in a custody hearing because, in her opinion, it could not be said that parents can never adequately state their case in the absence of counsel, that any presumption to that effect should exist, or that the representation of parents by counsel is always essential to a fair trial. With respect to the appellant's case in particular, Athey J. held that there had been no suggestion that the appellant lacked the capacity to understand the allegations made by the Minister or to communicate her position to the Court. She found that provision of counsel to represent the appellant was not essential to a fair trial. Therefore, she concluded that the appel-

La Forest dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, qui disait, avec l'appui de trois autres juges, que «les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent» (par. 83).

Le juge Athey s'est ensuite demandé si l'appelante aurait été privée de son droit à la liberté conformément aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par avocat à l'audition de la demande de garde. Elle a cité de nouveau le juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)* qui déclare, au par. 88:

> La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

Elle a cité également les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, selon laquelle les principes de justice fondamentale englobaient la notion d'équité procédurale énoncée par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

En appliquant ces principes aux faits de la présente affaire, le juge Athey a conclu qu'il n'existait pas de droit général à des services d'avocats rémunérés par l'État pour les instances concernant la garde parce qu'on ne pouvait affirmer que, sans les services d'un avocat, les parents étaient toujours dans l'impossibilité de présenter adéquatement leur cause, qu'il y avait lieu d'appliquer une présomption à cet effet ni que la représentation par avocat des parents était toujours essentielle à un procès équitable. Concernant plus particulièrement la présente affaire, le juge Athey a estimé que rien n'indiquait que l'appelante n'était pas en mesure de comprendre les allégations faites par le ministre ou d'exposer sa position à la Cour. Estimant qu'il n'était pas essentiel que l'appelante soit représentée par avocat pour que l'audience soit équitable,

lant's liberty interest would not be violated by the lack of state-funded legal representation.

B. *Court of Appeal* (1997), 187 N.B.R. (2d) 81

(1) Hoyt C.J.N.B., Ayles and Turnbull JJ.A. for the majority

The majority of the Court of Appeal began by noting that the case was moot because the custody application had been determined. Nevertheless, following *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, they exercised their discretion to hear the case, given the importance of the issue.

The majority found that there could be no s. 7 violation in this case if the appellant were unrepresented at the custody hearing because parental liberty does not fall within the ambit of s. 7 of the *Charter*. In reaching this conclusion, the majority relied on my reasons in *B. (R.)* where I held at para. 22 that "s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of 'liberty'". Acknowledging the differing views in the Supreme Court in that case over the extent of the liberty interest protected by s. 7, they noted that only four members of the Court found a parental liberty interest, and that my reasons should be followed, at least until a majority of this Court rules to the contrary.

The majority also noted that the *Family Services Act* does not prohibit parents from retaining and instructing legal counsel. Parents are entitled to (1) be present at and participate in the hearing, with or without counsel, (2) hear all the evidence and cross-examine witnesses and, (3) present evidence and make other representations to the court. The majority found that the provisions of the Act, if

le juge a conclu que l'absence de services d'avocats rémunérés par l'État ne portait pas atteinte au droit de l'appelante à la liberté.

B. *Cour d'appel du Nouveau-Brunswick* (1997), 187 R.N.-B. (2e) 81

(1) Le juge en chef Hoyt et les juges Ayles et Turnbull pour la majorité

29 Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont noté d'emblée que, vu le jugement rendu sur la garde, l'affaire était devenue théorique. Toutefois, appliquant l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, ils ont décidé d'exercer leur pouvoir discrétionnaire de l'entendre, compte tenu de l'importance de la question soulevée.

30 Ils ont conclu que l'audition de la demande de garde sans que l'appelante soit représentée ne peut avoir enfreint l'art. 7, car la liberté parentale n'est pas protégée par cette disposition de la *Charte*. Pour parvenir à cette conclusion, ils se sont appuyés sur les motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels «l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de "liberté"» (par. 22). Faisant état des opinions divergentes exprimées par les juges de la Cour suprême dans cette affaire, au sujet de la portée du droit à la liberté protégé par l'art. 7, ils ont noté que seulement quatre juges de notre Cour avaient conclu à l'existence d'un droit à la liberté parentale, et qu'il convenait de s'en remettre à mes motifs, du moins jusqu'à ce que la majorité de notre Cour rende une décision contraire.

31 Les juges majoritaires ont également souligné que la *Loi sur les services à la famille* n'interdit pas aux parents d'avoir recours à l'assistance d'un avocat. Les parents ont le droit (1) d'assister à l'audience et d'y prendre part, avec ou sans avocat, (2) d'entendre la totalité de la preuve et de contre-interroger les témoins et (3) de soumettre des éléments de preuve et de présenter des observations

complied with, ensure reasonable compliance with constitutional standards.

32 Finally, the majority held that the court would be exercising a legislative function if it allowed the appeal because it would be involving the courts in the task of both defining the scope of legal aid and administering it on an *ad hoc* basis. They found that the courts have heretofore refused to recognize an entitlement to state-funded counsel, citing in particular this Court's decision in *R. v. Prosper*, [1994] 3 S.C.R. 236.

33 The majority concurred with Bastarache J.A.'s (as he then was) reasons for finding that there was no s. 15 violation in this case.

(2) Bastarache J.A. in dissent (Ryan J.A. concurring)

34 Bastarache J.A. rejected the appellant's s. 15 argument. He held that it was clear that the distinction drawn between indigent persons facing custody applications and indigent persons facing guardianship applications was not based on any particular personal characteristics. Consequently, no discrimination contrary to s. 15 had been established.

35 With respect to s. 7, Bastarache J.A. noted that there was no clear majority opinion of the Supreme Court as to whether the right to liberty in s. 7 includes parental rights. Nevertheless, he agreed with La Forest J.'s reasons in *B. (R.)* that the historical and social context applicable to constitutional interpretation reinforces the recognition of a parental liberty interest.

36 In reviewing the case law on the requirements of fundamental justice, Bastarache J.A. found that the right to funded counsel had not been considered outside the larger question of the right to a fair trial in the criminal law context. After considering a

au tribunal. Ils ont conclu que les dispositions de la Loi, si elles sont observées, sont raisonnablement conformes aux normes constitutionnelles.

Finalement, les juges majoritaires ont statué que s'ils accueillaient l'appel, la cour exercerait une fonction législative car une telle décision constituerait une ingérence des tribunaux dans la définition de la portée du régime d'aide juridique et dans son application ponctuelle. Ils ont déclaré que les tribunaux ont refusé jusqu'à présent de reconnaître l'existence d'un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État, citant en particulier la décision de notre Cour dans l'arrêt *R. c. Prosper*, [1994] 3 R.C.S. 236.

Les juges majoritaires ont souscrit à la conclusion du juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour) selon laquelle l'art. 15 n'a pas été enfreint en l'espèce.

(2) Le juge Bastarache (dissident) avec l'appui du juge Ryan

Le juge Bastarache a rejeté l'argumentation de l'appelante fondée sur l'art. 15. Il est clair, selon lui, que la distinction faite entre les personnes sans ressources visées par une demande de garde et les personnes sans ressources visées par une demande de tutelle ne repose pas sur des caractéristiques personnelles particulières et que, par conséquent, l'appelante n'a pas établi l'existence de la discrimination interdite par l'art. 15.

Relativement à l'art. 7, le juge Bastarache a signalé que la Cour suprême n'a pas adopté de position majoritaire claire sur la question de savoir si le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 comprend les droits des parents. Il a toutefois souscrit aux motifs du juge La Forest dans l'arrêt *B. (R.)*, selon lesquels le contexte historique et social applicable à l'interprétation constitutionnelle appuie la reconnaissance d'un droit à la liberté parentale.

L'examen de la jurisprudence portant sur les exigences de la justice fondamentale a amené le juge Bastarache à conclure que la question du droit à des services d'avocats rémunérés par l'État avait été analysée uniquement dans le contexte plus

number of cases, including *R. v. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (Ont. C.A.), he concluded that s. 7 does not guarantee a general right to funded counsel, but requires the provision of paid counsel in order to guarantee a fair trial in serious and complex cases where the accused is impecunious and has been refused assistance by Legal Aid.

large du droit à un procès équitable en droit criminel. Après avoir examiné certaines décisions, dont *R. c. Rowbotham* (1988), 41 C.C.C. (3d) 1 (C.A. Ont.), il a exprimé l'opinion que l'art. 7 ne garantit pas un droit général aux services d'avocats rémunérés par l'État, mais exige, lorsqu'un accusé sans ressources à qui l'aide juridique a été refusée est visé par une poursuite sérieuse et complexe, que celui-ci ait accès à un avocat payé sur les deniers publics pour garantir l'équité du procès.

Outside the area of criminal law, Bastarache J.A. considered *Howard v. Stony Mountain Institution*, [1984] 2 F.C. 642 (C.A.), a parole board case, which he relied upon for the proposition that the matter of providing counsel is not discretionary, but a matter of right where the circumstances are such that a fair trial cannot be held without legal representation. He then considered *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton v. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Gen. Div.), a child custody case, in which Desmarais J. applied *Howard* and concluded that an absence of counsel had rendered the trial ineffectual because a parent had difficulty presenting her case, did not understand the rules of evidence and had offered self-incriminating evidence.

37 Hors du domaine du droit criminel, le juge Bastarache a examiné l'arrêt *Howard c. Établissement de Stony Mountain*, [1984] 2 C.F. 642 (C.A.), une décision en matière de libération conditionnelle, sur laquelle il s'est appuyé pour conclure que lorsque les circonstances font en sorte qu'il ne pourrait y avoir de procès équitable sans représentation, la fourniture des services d'un avocat ne relève pas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire mais constitue un droit. Il a ensuite examiné la décision *Children's Aid Society of Ottawa-Carleton c. M.T.*, [1995] O.J. No. 3879 (QL) (Div. gén.), une affaire de garde d'enfants dans laquelle le juge Desmarais a appliqué l'arrêt *Howard* pour statuer que le procès avait été privé d'effets en raison de l'absence d'avocat parce qu'un parent avait de la difficulté à faire valoir ses prétentions, ne comprenait pas les règles de preuve et avait soumis des éléments de preuve auto-incriminants.

In light of his review of the case law, Bastarache J.A. concluded that "the trial judge erred in finding that Ms. G could assume her own defense in the given proceedings without sacrificing her right to a fair trial" (p. 139). In reaching this conclusion, he noted that the proceedings were adversarial in nature, that the appellant's conduct was being examined and the findings of the court would create a stigma similar to that of a finding of guilt in some criminal prosecutions. The appellant was destitute, receiving welfare, and "not seen to be very rational" (p. 139). All other parties were represented by counsel. The proceedings were long and complex, and the matter was very emotional. Moreover, it was important that the appellant's views and explanations be well understood by the

38 Après cette recension de la jurisprudence, le juge Bastarache a exprimé l'opinion que le juge de première instance [TRADUCTION] «a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que M^me^ G. pouvait se charger de sa propre défense en l'instance sans sacrifier son droit à un procès équitable» (p. 139). À l'appui de cette conclusion, il a indiqué que l'instance était de nature contradictoire, que le tribunal avait examiné la conduite de l'appelante et que les conclusions qu'il prononcerait auraient des conséquences stigmatisantes analogues à celles d'un verdict de culpabilité dans certaines poursuites criminelles. L'appelante était dans le dénuement, elle recevait des prestations d'aide sociale et [TRADUCTION] «ne pass[ait] pas pour très rationnelle» (p. 139). Toutes les autres parties étaient

court in order to determine the best interests of the children.

39 Bastarache J.A. held that the failure to provide the appellant with legal aid could not be saved by s. 1. He would have allowed the appeal and awarded the appellant her fees and disbursements, determined by the Registrar of the court according to the Legal Aid Tariff, and payable by the Minister of Justice.

IV. Issues

40 On April 9, 1998 the following constitutional questions were stated:

Question 1: In the circumstances of this case, did the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, constitute an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, is the infringement demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

V. Analysis

A. *Mootness*

41 As a preliminary matter, I will address the issue of mootness. A moot case is one in which a decision of the court "will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties": see *Borowski*, *supra*, at p. 353. As a general rule, the Court will not decide

représentées par avocat. L'instance était longue et complexe, et les questions en jeu touchaient une corde très sensible. De plus, il importait que le tribunal comprenne bien les points de vue et les explications de l'appelante pour déterminer l'intérêt supérieur des enfants.

Le juge Bastarache a conclu que le défaut d'octroyer l'aide juridique à l'appelante ne pouvait être sauvé par application de l'article premier. Il aurait accueilli l'appel et aurait adjugé à l'appelante les frais et débours, taxés par le registraire conformément au tarif de l'aide juridique et payables par le ministre de la Justice.

IV. Les questions en litige

Le 9 avril 1998, les questions constitutionnelles suivantes ont été formulées:

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'a constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, s'agit-il d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

V. Analyse

A. *Le caractère théorique*

Je traite d'abord de la question préliminaire du caractère théorique. Une affaire devient théorique lorsque la décision du tribunal «n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties» (voir *Borowski*, précité, à la p. 353). En règle générale,

moot cases. However, the Court may exercise its discretion to decide a moot case in certain circumstances. In *Borowski*, Sopinka J. set out the following test at p. 353:

> The approach in recent cases involves a two-step analysis. First it is necessary to determine whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic. Second, if the response to the first question is affirmative, it is necessary to decide if the court should exercise its discretion to hear the case.

There can be little doubt that the present appeal is moot, and that the response to the first question is affirmative. At issue is whether the Government of New Brunswick was under an obligation to provide state-funded counsel to the appellant in the circumstances of this case. The appellant, though, was in fact represented by counsel at the custody hearing, the custody order has expired, and she has since regained custody of her children. Consequently, there is no "live controversy" in this appeal. The tangible and concrete dispute has disappeared, and the issue has become academic.

Nevertheless, the Court has decided to exercise its discretion to decide this case. In *Borowski*, Sopinka J. identified three criteria relevant to the Court's exercise of discretion: the presence of an adversarial context, the concern for judicial economy, and the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

Applying these criteria to this appeal, I am satisfied that there was an appropriate adversarial context. The appeal was vigorously and fully argued on both sides by the parties and the interveners.

Turning to the second factor, this Court has held on a number of occasions that an expenditure of judicial resources is warranted in cases which raise important issues but are evasive of review: see *Borowski*, *supra*, at p. 360; *International Brother-*

la Cour ne statue pas sur des questions théoriques, mais elle a le pouvoir discrétionnaire de le faire et elle peut l'exercer dans certaines circonstances. Dans l'arrêt *Borowski*, le juge Sopinka a formulé le critère suivant, à la p. 353:

> La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire.

42 Il fait peu de doute que le présent pourvoi a perdu tout caractère pratique et que la réponse à la première question est affirmative. La question est de savoir si le gouvernement du Nouveau-Brunswick était tenu, dans les circonstances de l'espèce, de fournir à l'appelante des services d'avocats rémunérés par l'État. Or, à l'audition de la demande de garde, l'appelante était effectivement représentée par un avocat, l'ordonnance de garde a pris fin depuis et l'appelante a recouvré la garde de ses enfants. Par conséquent, le pourvoi ne porte pas sur un «litige actuel». Le différend concret et tangible a disparu, et la question est devenue théorique.

43 La Cour a toutefois résolu d'exercer son pouvoir discrétionnaire de statuer sur l'affaire. Dans l'arrêt *Borowski*, précité, le juge Sopinka a énoncé trois critères applicables à l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire: l'existence d'un débat contradictoire, le souci d'économie des ressources judiciaires et la nécessité pour la Cour de se montrer sensible à sa fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

44 Si j'applique ces critères au présent pourvoi, je suis convaincu qu'il existe un débat contradictoire. Les deux parties ainsi que les intervenants ont débattu à fond et avec vigueur les questions soulevées.

45 Relativement au deuxième facteur, la Cour a statué à plusieurs reprises qu'il était justifié de consacrer des ressources judiciaires dans des cas où d'importantes questions pouvaient échapper à l'examen judiciaire: voir *Borowski*, précité, à la

hood of Electrical Workers, Local Union 2085 v. Winnipeg Builders' Exchange, [1967] S.C.R. 628; *Reference re Objection by Quebec to a Resolution to amend the Constitution*, [1982] 2 S.C.R. 793, at p. 806.

46 The present appeal is a case in point. The question of whether a parent has a right to state-funded counsel at a custody hearing is undoubtedly of national importance. Similar cases may arise in the future, and the Court has an opportunity to clarify the law and provide guidance to the courts below. This is a particularly important factor, as evidenced by the facts of this case. Although the appellant's motion to be provided with state-funded counsel was brought well over a month before the custody hearing, Athey J. did not have the opportunity to determine the issue prior to the date set for the application, given the difficult constitutional questions raised and the need to quickly decide the custody hearing concerning the best interests of the children. A pre-hearing resolution of this issue is essential, for if no determination can be made prior to the hearing, the moving party is no better off than he or she would have been had the motion not been brought to begin with — he or she will almost invariably have to proceed without the assistance of counsel.

47 While similar cases may arise in the future, they are by nature evasive of review. This is so for two reasons. First, the custody order will ordinarily have expired by the time the matter comes to this Court, rendering the controversy moot. The Court will therefore likely have to decide a moot case if it ever wants to address this issue. An analogy can be drawn to the situation in *Winnipeg Builders' Exchange*, *supra*, where the issue was the validity of an interlocutory injunction prohibiting certain strike action. By the time the case reached this Court, the strike had been settled. Second, it is unlikely that appellants will be able to retain counsel for an appeal if they were unable to retain counsel at the initial hearing. As a result, few cases will ever be appealed to this Court, since the assis-

p. 360, *International Brotherhood of Electrical Workers, Local Union 2085 c. Winnipeg Builders' Exchange*, [1967] R.C.S. 628, et *Renvoi relatif à l'opposition du Québec à une résolution pour modifier la Constitution*, [1982] 2 R.C.S. 793, à la p. 806.

Le présent pourvoi illustre bien cette situation. Le droit du père ou de la mère aux services d'avocats rémunérés par l'État dans une instance relative à la garde des enfants est incontestablement une question d'importance nationale. Des affaires semblables peuvent survenir à nouveau, et la Cour a l'occasion de préciser le droit applicable et de guider les tribunaux. C'est un facteur particulièrement important, comme le démontrent les faits de la présente espèce. Bien que l'appelante ait présenté sa requête visant l'obtention des services d'un avocat rémunéré par l'État plus d'un mois avant l'audition de la demande de garde, le juge Athey n'a pas été en mesure de statuer avant la date fixée pour l'audience, en raison des épineuses questions constitutionnelles soulevées et de la nécessité de trancher rapidement la demande de garde qui concernait l'intérêt supérieur des enfants. Il est essentiel qu'une telle requête soit tranchée avant l'audience, car autrement c'est comme si elle n'avait jamais été présentée, et la partie requérante devra presque invariablement procéder sans l'aide d'un avocat.

Bien que de telles situations puissent se présenter à l'avenir, elles échappent par nature à l'examen des tribunaux. Il y a deux raisons à cela. Premièrement, l'ordonnance de garde aura habituellement pris fin au moment où notre Cour sera saisie de l'affaire, rendant la question théorique. Il faudra donc vraisemblablement que notre Cour se prononce sur une affaire théorique si elle veut statuer un jour sur cette question. On peut faire une analogie avec l'affaire *Winnipeg Builders' Exchange*, précitée, où se posait la question de la validité d'une injonction interlocutoire interdisant certains actes de grève. Quand l'affaire est parvenue devant notre Cour, la grève avait été réglée. Deuxièmement, il est peu probable que les personnes qui n'ont pas les moyens de retenir les services d'un avocat pour l'audience initiale puissent le faire en appel. Il y aura donc très peu d'affaires

tance of counsel is almost invariably required in negotiating the appeal process.

Finally, the Court is not overstepping its institutional role in deciding this case. Unlike *Borowski*, the appellant is not requesting a legal opinion on the interpretation of the *Charter* in the absence of legislation or other governmental action which would otherwise bring the *Charter* into play. While the issue in this case is moot, it is not abstract: see *Borowski*, *supra*, at p. 365.

In light of my conclusion that the Court should address the legal issues that arise in this case notwithstanding its mootness, I will proceed with my analysis on the assumption that the custody hearing had not yet taken place and that the appellant would not have been represented by counsel at the hearing. This is the same approach taken by both the motions judge and the Court of Appeal. I am proceeding in this fashion in order to review the lower court decisions and to determine whether the appellant had a right to state-funded counsel in the circumstances of this case.

In her motion, the appellant sought relief for a prospective s. 7 violation. She argued that the custody hearing would have been unfair were she not represented by counsel, infringing s. 7. She therefore requested that the court order the government to provide her with state-funded counsel pursuant to s. 24(1) of the *Charter*.

This Court has held on a number of occasions that remedies can be ordered in anticipation of future *Charter* violations, notwithstanding the retrospective language of s. 24(1): *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *R. v. Vermette*, [1988] 1 S.C.R. 985; *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. In *Harrer*, McLachlin J., concurring in the result, held at para. 42 that "[s]ection 24(1) applies to prospective breaches, although its wording refers to 'infringe' and 'deny' in the past tense". In *Operation Dismantle*, Dickson J. (as he then was) held at p. 450 that an applicant requesting a remedy for a prospective breach "must at

qui pourront parvenir jusqu'à notre Cour étant donné que le processus d'appel exige presque toujours le concours d'un avocat.

48 Finalement, la Cour n'outrepasse pas son rôle institutionnel en entendant ce pourvoi. Contrairement à l'affaire *Borowski*, l'appelante ne demande pas une opinion juridique sur l'interprétation de la *Charte* en l'absence de loi ou d'acte gouvernemental qui donnerait lieu à l'application de la *Charte*. Si la question en l'espèce est théorique, elle n'est pas abstraite (voir *Borowski*, précité, à la p. 365).

49 Ayant conclu que la Cour doit examiner les questions juridiques posées même si le pourvoi est devenu théorique, je procède à l'analyse comme si l'audience relative à la garde n'avait pas encore eu lieu et en présumant que l'appelante n'y aurait pas été représentée par avocat. C'est de cette façon que le juge des requêtes et la Cour d'appel ont abordé l'affaire, et je fais de même pour examiner leurs décisions et déterminer si, dans les circonstances de l'espèce, l'appelante avait droit à des services d'avocats rémunérés par l'État.

50 Par sa requête, l'appelante demande réparation d'une violation éventuelle de l'art. 7. Elle soutient que l'audience relative à la garde aurait été inéquitable si elle n'avait pas été représentée par avocat et donc contraire à l'art. 7. Par conséquent, elle demande à la cour d'ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de lui fournir des services d'avocats rémunérés par l'État.

51 Notre Cour a statué à quelques reprises qu'il est possible d'ordonner des mesures de réparation en prévision de violations à venir de la *Charte*, malgré la formulation rétrospective du par. 24(1): *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *R. c. Vermette*, [1988] 1 R.C.S. 985; *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Dans l'arrêt *Harrer*, le juge McLachlin, qui souscrit au dispositif, statue, au par. 42, que: «[l]e paragraphe 24(1) s'applique aux violations éventuelles, même si son texte parle au passé de «violation» et de «négation»». Dans l'arrêt *Operation Dismantle*, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) affirme, à la

least be able to establish a threat of violation, if not an actual violation, of their rights under the *Charter*". He also found at p. 458 that courts require proof of "probable future harm" before ordering such a remedy.

52 In disposing of this appeal, the Court must determine whether s. 7 would likely have been infringed had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented and, if so, what the appropriate remedy should have been. Given the approach I will be taking, the constitutional questions must be slightly modified. As they are currently stated, the constitutional questions are retrospective rather than prospective in nature. The first question asks whether, in the circumstances of this case, the failure to provide the appellant with legal aid constituted an infringement of s. 7. Assuming the answer to the first question is yes, the second question asks if the infringement can be saved by s. 1.

53 Since the appellant is arguing that s. 7 would have been violated, not that it had been violated, the constitutional questions should be reformulated as follows:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society

p. 450, que ceux qui demandent réparation d'une violation éventuelle «doivent à tout le moins être à même de démontrer qu'il y a menace de violation, sinon violation réelle, de leurs droits garantis par la *Charte*», ajoutant plus loin que les tribunaux exigent la preuve de la «probabilité du dommage à venir» (p. 458) avant d'accorder une telle réparation.

Pour statuer sur le présent pourvoi, la Cour doit déterminer si la tenue de l'audience relative à la garde sans que l'appelante soit représentée par avocat aurait probablement eu pour effet d'enfreindre l'art. 7 et, le cas échéant, quelle aurait été la réparation appropriée. Ma façon d'aborder l'analyse m'oblige à modifier légèrement les questions constitutionnelles. En effet, leur libellé actuel, dans la version anglaise, leur confère une nature rétrospective plutôt que prospective. La première question demande si, dans les circonstances de l'espèce, l'omission de fournir de l'aide juridique à l'appelante a constitué une atteinte à l'art. 7. Pour le cas où cette question appellerait une réponse affirmative, la seconde question demande si l'atteinte peut se justifier au sens de l'article premier.

Comme l'appelante soutient que l'art. 7 aurait été enfreint, non qu'il l'a été, les questions doivent être reformulées de la façon suivante:

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une

pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

This Court has recently held in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, at para. 50, that constitutional questions can be restated provided that there is no "substantive prejudice . . . caused to attorneys general or anyone else by the wording of the question, or that they would reasonably have made a different decision about exercising their right to intervene". In my opinion, none of the parties are prejudiced by the reformulation of the question, nor would any potential interveners have made a different decision about exercising their right to intervene. As I have already mentioned, both the motions judge and the Court of Appeal approached this case as though a prospective breach of s. 7 was at issue. Consequently, the parties' written and oral arguments in this appeal are equally applicable to the restated constitutional questions as they are to the original questions.

Having explained the approach I will be taking in this appeal, I will state my conclusions at the outset. The Minister's application to extend the original custody order pursuant to Part IV of the *Family Services Act* threatened to restrict the appellant's right to security of the person. This restriction would not have been in accordance with the principles of fundamental justice were the appellant unrepresented by counsel at the custody hearing. Section 7 guarantees every parent the right to a fair hearing when the state seeks to obtain custody of their children. In certain circumstances, which obtain in this case, the parent's right to a fair hearing requires the government to provide the parent with state-funded counsel. To avoid a prospective breach of s. 7, the motions judge, who was under a duty to ensure the fairness of the hearing, should have ordered the government to provide the appellant with state-funded counsel under s. 24(1). I will not be addressing

société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

54 Notre Cour a récemment statué dans l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, au par. 50, qu'il est possible de reformuler des questions constitutionnelles pourvu que: «les procureurs généraux ou quelque autre intéressé [n']aient subi [aucun] préjudice concret en raison du texte de la question, ou qu'ils [n']auraient raisonnablement [pas] pris une décision différente en ce qui concerne leur droit d'intervenir». À mon avis, la reformulation ne cause de préjudice à aucune partie, et aucun intervenant potentiel n'aurait pris non plus de décision différente quant à l'exercice du droit d'intervention. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, le juge des requêtes et la Cour d'appel ont l'une et l'autre abordé la présente espèce comme si elle portait sur une violation éventuelle de l'art. 7. Par conséquent, l'argumentation écrite et orale des parties s'applique aux questions reformulées tout autant qu'aux questions originales.

55 Ayant expliqué dans quelle optique j'entreprends l'examen du présent pourvoi, j'expose tout de suite ma conclusion. La demande du ministre visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale rendue sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille* menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Cette restriction n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale si l'appelante n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde. L'article 7 garantit aux parents le droit à une audience équitable lorsque l'État demande la garde de leurs enfants. Dans certaines circonstances, que l'on retrouve dans la présente affaire, le droit des parents à une audience équitable exige que le gouvernement leur fournisse les services d'un avocat rémunéré par l'État. Pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7, le juge des requêtes, qui avait l'obligation de veiller à ce que l'audience soit équitable, aurait dû ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1), de fournir à l'appelante les services d'un avocat rémunéré par l'État. Il ne sera pas question de

s. 15 of the *Charter*, as it was not argued by either the appellant or the respondents in this Court.

B. *Security of the Person*

56 The appellant argued that the Minister of Health and Community Services' application to extend the order granting the Minister custody of her three children threatened to deprive her of both her s. 7 rights to liberty and security of the person. I believe it is possible to dispose of this appeal by focussing on the appellant's right to security of the person. Since the appeal can be disposed of on this basis and there have been differing views expressed about the scope of the right to liberty in the Court's previous judgments, I will not address the issue of whether the appellant's right to liberty was also engaged in this case.

57 Were the Minister successful in his application, the appellant would have been separated from her children for up to an additional six months. There would also be no guarantee that she would regain custody of her children at the expiry of the order. The separation of parent and child contemplated by the Minister's application would unquestionably have profound effects on both parent and child. For the purposes of this appeal, however, what must be determined is whether relieving a parent of custody of his or her child restricts a parent's right to security of the person.

58 This Court has held on a number of occasions that the right to security of the person protects "both the physical and psychological integrity of the individual": see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 173 (*per* Wilson J.); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at p. 1177; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at pp. 587-88. Although these cases considered the right to security of the person in a criminal law context, I believe that the protection accorded by this right extends beyond the criminal law and can be engaged in child protection proceedings. Before addressing this issue, I will first make some general comments about the nature of

l'art. 15 de la *Charte*, puisque ni l'appelante ni les intimés n'ont abordé ce point devant notre Cour.

B. *La sécurité de la personne*

L'appelante soutient que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance lui conférant la garde de ses trois enfants menaçait de la priver de son droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Je crois qu'un examen centré sur le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne permet de statuer sur le présent pourvoi. Étant donné que le pourvoi peut être tranché sur ce fondement et que des avis différents ont été émis en ce qui concerne la portée du droit à la liberté dans nos jugements, je n'aborde pas la question de savoir si le droit de l'appelante à la liberté entre également en jeu dans la présente affaire.

Si la demande du ministre avait été accueillie, l'appelante aurait été séparée de ses enfants pour une période additionnelle pouvant aller jusqu'à six mois. De plus, il n'y aurait eu aucune garantie de recouvrer la garde des enfants à l'expiration de l'ordonnance. La séparation du parent d'avec son enfant que visait la demande du ministre aurait sans aucun doute eu des répercussions profondes sur l'enfant comme sur le parent. Toutefois, aux fins du présent pourvoi, ce qu'il faut déterminer c'est si le fait de retirer au parent la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne.

Notre Cour a conclu à plusieurs reprises que le droit à la sécurité de la personne protège «à la fois l'intégrité physique et psychologique de la personne»: voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 173, (le juge Wilson); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel*, [1990] 1 R.C.S. 1123, à la p. 1177; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, aux pp. 587 et 588. Bien que ces arrêts examinent le droit à la sécurité de la personne dans le contexte du droit criminel, je crois que la protection accordée par ce droit déborde le cadre du droit criminel et peut jouer dans les instances concernant la protection des enfants. Avant d'aborder la question, je formule quelques

the protection of "psychological integrity" included in the right to security of the person.

Delineating the boundaries protecting the individual's psychological integrity from state interference is an inexact science. Dickson C.J. in *Morgentaler*, *supra*, at p. 56, suggested that security of the person would be restricted through "serious state-imposed psychological stress" (emphasis added). Dickson C.J. was trying to convey something qualitative about the type of state interference that would rise to the level of an infringement of this right. It is clear that the right to security of the person does not protect the individual from the ordinary stresses and anxieties that a person of reasonable sensibility would suffer as a result of government action. If the right were interpreted with such broad sweep, countless government initiatives could be challenged on the ground that they infringe the right to security of the person, massively expanding the scope of judicial review, and, in the process, trivializing what it means for a right to be constitutionally protected. Nor will every violation of a fundamental freedom guaranteed in s. 2 of the *Charter* amount to a restriction of security of the person. I do not believe it can be seriously argued that a law prohibiting certain kinds of commercial expression in violation of s. 2(*b*), for example, will necessarily result in a violation of the psychological integrity of the person. This is not to say, though, that there will never be cases where a violation of s. 2 will also deprive an individual of security of the person.

commentaires généraux sur la nature de la protection de «l'intégrité psychologique» faisant partie du droit à la sécurité de la personne.

59 Tracer les limites de la protection de l'intégrité psychologique de l'individu contre l'ingérence de l'État n'est pas une science exacte. Le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 56, explique que la sécurité de la personne serait restreinte par une «tension psychologique grave causée par l'État» (je souligne). Le juge en chef Dickson tentait d'exprimer en termes qualitatifs le type d'ingérence de l'État susceptible de constituer une atteinte à ce droit. Il est manifeste que le droit à la sécurité de la personne ne protège pas l'individu contre les tensions et les angoisses ordinaires qu'une personne ayant une sensibilité raisonnable éprouverait par suite d'un acte gouvernemental. Si le droit était interprété de manière aussi large, d'innombrables initiatives gouvernementales pourraient être contestées au motif qu'elles violent le droit à la sécurité de la personne, ce qui élargirait considérablement l'étendue du contrôle judiciaire, et partant, banaliserait la protection constitutionnelle des droits. Les atteintes portées à une liberté fondamentale garantie par l'art. 2 de la *Charte* ne donneront pas non plus toutes lieu à une restriction de la sécurité de la personne. Je ne crois pas qu'il soit possible de soutenir sérieusement qu'une loi interdisant un certain genre d'expression commerciale en contravention de l'al. 2*b*), par exemple, entraînera inévitablement une violation de l'intégrité psychologique de la personne. Ce qui ne signifie pas pour autant qu'il n'arrivera jamais qu'une violation de l'art. 2 porte également atteinte à la sécurité de la personne.

For a restriction of security of the person to be made out, then, the impugned state action must have a serious and profound effect on a person's psychological integrity. The effects of the state interference must be assessed objectively, with a view to their impact on the psychological integrity of a person of reasonable sensibility. This need not rise to the level of nervous shock or psychiatric

60 Pour qu'une restriction de la sécurité de la personne soit établie, il faut donc que l'acte de l'État faisant l'objet de la contestation ait des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne. On doit procéder à l'évaluation objective des répercussions de l'ingérence de l'État, en particulier de son incidence sur l'intégrité psychologique d'une personne ayant une

illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety.

sensibilité raisonnable. Il n'est pas nécessaire que l'ingérence de l'État ait entraîné un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais ses répercussions doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires.

61 I have little doubt that state removal of a child from parental custody pursuant to the state's *parens patriae* jurisdiction constitutes a serious interference with the psychological integrity of the parent. The parental interest in raising and caring for a child is, as La Forest J. held in *B. (R.)*, *supra*, at para. 83, "an individual interest of fundamental importance in our society". Besides the obvious distress arising from the loss of companionship of the child, direct state interference with the parent-child relationship, through a procedure in which the relationship is subject to state inspection and review, is a gross intrusion into a private and intimate sphere. Further, the parent is often stigmatized as "unfit" when relieved of custody. As an individual's status as a parent is often fundamental to personal identity, the stigma and distress resulting from a loss of parental status is a particularly serious consequence of the state's conduct.

Je ne doute aucunement que le retrait de la garde par l'État conformément à la compétence *parens patriae* de celui-ci ne porte gravement atteinte à l'intégrité psychologique du parent. Le droit des parents d'élever l'enfant et d'en prendre soin est, comme le juge La Forest l'a conclu dans *B. (R.)*, précité, au par. 83, «un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société». Outre l'affliction évidente causée par la perte de la compagnie de l'enfant, l'ingérence directe de l'État dans le lien parent-enfant, par le biais d'une procédure dans laquelle le lien est examiné et contrôlé par l'État, est une intrusion flagrante dans un domaine privé et intime. De plus, les parents sont souvent marqués comme étant «inaptes» quand on leur retire la garde de leurs enfants. Comme la qualité de parent est souvent fondamentale à l'identité personnelle, la honte et l'affliction résultant de la perte de cette qualité est une conséquence particulièrement grave de la conduite de l'État.

62 In *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at pp. 919-20, a case dealing with the s. 11(*b*) right to be tried within a reasonable time, I found that the combination of stigmatization, loss of privacy, and disruption of family life were sufficient to constitute a restriction of security of the person:

> . . . security of the person is not restricted to physical integrity; rather, it encompasses protection against "overlong subjection to the vexations and vicissitudes of a pending criminal accusation". . . . These include stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

Dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, aux pp. 919 et 920, qui porte sur le droit garanti à l'al. 11*b*) d'être jugé dans un délai raisonnable, je conclus que la stigmatisation et l'atteinte à la vie privée combinée aux perturbations de la vie familiale suffisent pour constituer une restriction de la sécurité de la personne:

> . . . la notion de sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre [TRADUCTION] «un assujettissement trop long aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante» [. . .] Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

As I have noted, these are precisely the same consequences arising from the state's conduct in this case.

Comme je l'ai signalé, il s'agit précisément des conséquences qu'entraîne la conduite de l'État dans la présente affaire.

Not every state action which interferes with the parent-child relationship will restrict a parent's right to security of the person. For example, a parent's security of the person is not restricted when, without more, his or her child is sentenced to jail or conscripted into the army. Nor is it restricted when the child is negligently shot and killed by a police officer: see *Augustus v. Gosset*, [1996] 3 S.C.R. 268.

Les actes par lesquels l'État s'ingère dans le lien parent-enfant ne restreignent pas tous le droit d'un parent à la sécurité de sa personne. Par exemple, ce droit n'est pas restreint du seul fait que l'enfant est condamné à la prison ou enrôlé dans l'armée par conscription. Pas plus qu'il ne l'est lorsque l'enfant est abattu par négligence par un agent de police: *Augustus c. Gosset*, [1996] 3 R.C.S. 268. 63

While the parent may suffer significant stress and anxiety as a result of the interference with the relationship occasioned by these actions, the quality of the "injury" to the parent is distinguishable from that in the present case. In the aforementioned examples, the state is making no pronouncement as to the parent's fitness or parental status, nor is it usurping the parental role or prying into the intimacies of the relationship. In short, the state is not directly interfering with the psychological integrity of the parent *qua* parent. The different effect on the psychological integrity of the parent in the above examples leads me to the conclusion that no constitutional rights of the parent are engaged.

Bien que l'ingérence de l'État puisse constituer une source de tension et d'angoisse importantes pour le parent, la nature du «préjudice» causé au parent par ces actes peut être distinguée de celle qui est visée dans la présente affaire. Dans les exemples susmentionnés, l'État ne se prononce pas sur l'aptitude du père ou de la mère ni sur sa qualité de parent, il n'usurpe pas non plus sur le rôle parental ni ne cherche à s'ingérer dans l'intimité du lien parent-enfant. En résumé, l'État ne porte pas directement atteinte à l'intégrité psychologique du parent en tant que parent. La répercussion différente sur l'intégrité psychologique des parents dans les exemples susmentionnés m'amène à conclure que les droits constitutionnels des parents n'entrent pas en jeu. 64

I now turn to the question of whether the right to security of the person extends beyond the criminal law context. In both *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*, *supra*, and *B. (R.)*, *supra*, I held that the restrictions on liberty and security of the person that s. 7 is concerned with are those that occur as a result of an individual's interaction with the justice system and its administration. In other words, the subject matter of s. 7 is the state's conduct in the course of enforcing and securing compliance with the law, where the state's conduct deprives an individual of his or her right to life, liberty, or security of the person. I hastened to add, however, that s. 7 is not limited solely to purely criminal or penal matters. There are other ways in which the government, in the course of the administration of justice, can deprive a person of their s. 7 rights to liberty and

Je passe maintenant à la question de savoir si le droit à la sécurité de la personne peut s'appliquer hors du contexte du droit criminel. Tant dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel* que dans l'arrêt *B. (R.)*, précités, j'ai statué que les restrictions à la liberté et à la sécurité de la personne qui font jouer l'art. 7 sont celles qui résultent d'une interaction de l'individu avec le système judiciaire et l'administration de la justice. Autrement dit, l'objet de l'art. 7 est le comportement de l'État en tant qu'il fait observer et appliquer la loi, lorsque ce comportement prive un individu de son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Je m'empresse d'ajouter toutefois, que l'art. 7 n'est pas limité aux affaires purement criminelles ou pénales. Dans le cours de l'administration de la justice, il existe d'autres façons par lesquelles l'État peut priver un individu du droit à la liberté et à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, par exemple l'internement dans 65

security of the person, i.e., civil committal to a mental institution: see *B. (R.)*, *supra*, at para. 22.

66 A child custody application is an example of state action which directly engages the justice system and its administration. The *Family Services Act* provides that a judicial hearing must be held in order to determine whether a parent should be relieved of custody of his or her child.

67 I therefore conclude that the Minister of Health and Community Services' application to extend the original custody order threatened to restrict the appellant's right to security of the person. I note that this conclusion is not inconsistent with the position I adopted in *B. (R.)*, where I limited my comments to the issue of the scope of the right to liberty under s. 7 and in particular, whether the right to liberty includes the right of parents to choose medical treatment for their child.

C. *Principles of Fundamental Justice*

68 I now turn to consider whether the potential restriction of the appellant's right to security of the person would have been in accordance with the principles of fundamental justice were she not represented by counsel at the custody hearing.

69 While relieving a parent of custody of his or her child restricts the parent's right to security of the person, this restriction may nevertheless be in accordance with the principles of fundamental justice. The principles of fundamental justice "are to be found in the basic tenets of our legal system": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503. It is a time-honoured principle that the state may relieve a parent of custody when necessary to protect a child's health and safety. Rand J.'s judgment in *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, is the classic statement of this principle in Canadian law. At pp. 607-8, he wrote:

un établissement psychiatrique: voir *B. (R.)*, précité, au par. 22.

Les demandes de garde d'enfants sont un exemple d'acte gouvernemental intéressant directement le système judiciaire et l'administration de la justice. La *Loi sur les services à la famille* prévoit qu'une audience doit être tenue afin de décider s'il faut retirer à un parent la garde de son enfant.

Par conséquent, je conclus que la demande du ministre de la Santé et des Services communautaires visant la prorogation de l'ordonnance de garde initiale menaçait de restreindre le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne. Je fais remarquer que cette conclusion n'est pas incompatible avec le point de vue que j'ai adopté dans l'arrêt *B. (R.)*, dans lequel j'ai limité mes commentaires à la question de la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 et notamment, à la question de savoir si le droit à la liberté englobait le droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant.

C. *Les principes de justice fondamentale*

J'aborde à présent la question de savoir si la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne aurait été conforme aux principes de justice fondamentale si elle n'avait pas été représentée par un avocat à l'audience relative à la garde.

Même si le fait de retirer au père ou à la mère la garde de son enfant restreint le droit du parent à la sécurité de sa personne, cette restriction peut néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale. Les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique»: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503. Le principe que l'État peut retirer à un parent la garde lorsque cela s'avère nécessaire pour protéger la santé et la sécurité d'un enfant est consacré. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, le juge Rand fait l'exposé classique de ce principe en droit canadien, aux pp. 607 et 608:

It is, I think, of the utmost importance that questions involving the custody of infants be approached with a clear view of the governing considerations. That view cannot be less than this: *prima facie* the natural parents are entitled to custody unless by reason of some act, condition or circumstance affecting them it is evident that the welfare of the child requires that that fundamental natural relation be severed. . . .

The view of the child's welfare conceives it to lie, first, within the warmth and security of the home provided by his parents; when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties.

This, in substance, is the rule of law established for centuries and in the light of which the common law Courts and the Court of Chancery, following their differing rules, dealt with custody.

More recently, La Forest J., writing for three others in *B. (R.)* held at para. 88 that

the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure.

Thus, the principles of fundamental justice in child protection proceedings are both substantive and procedural. The state may only relieve a parent of custody when it is necessary to protect the best interests of the child, provided that there is a fair procedure for making this determination.

The appellant did not contest the legitimacy of the principle that the state may relieve a parent of

[TRADUCTION] J'estime primordial d'aborder les questions relatives à la garde des jeunes enfants en ayant clairement à l'esprit les principes applicables. Il faut minimalement tenir compte de ce qui suit: à première vue, les parents naturels ont droit à la garde de leurs enfants à moins que des agissements, des conditions ou des circonstances auxquelles ils sont assujettis ne démontrent clairement que le bien-être de l'enfant exige la rupture de ce lien naturel fondamental . . .

Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents; si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations.

C'est en substance la règle de droit établie depuis des siècles que les tribunaux de common law et les tribunaux d'*equity* ont appliquée, suivant leurs règles distinctes, en matière de garde.

70 Plus récemment dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest, avec l'appui de trois autres juges, conclut, au par. 88:

[L]a common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^me^) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable.

En conséquence, les principes de justice fondamentale dans les instances concernant la protection des enfants intéressent autant le fond que la procédure. L'État ne peut retirer au parent la garde de son enfant que si cela s'avère nécessaire pour protéger l'intérêt supérieur de l'enfant, pourvu que cette décision soit prise selon une procédure équitable.

71 L'appelante n'a pas mis en doute la légitimité du principe voulant que l'État puisse retirer la garde

custody to protect the child's health and safety. Rather, she took issue with the fairness of the procedure in this case.

72 A fair procedure for determining whether a custody order should be extended requires a fair hearing before a neutral and impartial arbiter. The paramount consideration at the hearing should be the child's best interests. This is recognized in s. 53(2) of the *Family Services Act*, which provides:

> When disposing of an application under this Part the court shall at all times place above all other considerations the best interests of the child.

73 For the hearing to be fair, the parent must have an opportunity to present his or her case effectively. Effective parental participation at the hearing is essential for determining the best interests of the child in circumstances where the parent seeks to maintain custody of the child. The best interests of the child are presumed to lie within the parental home. However, when the state makes an application for custody, it does so because there are grounds to believe that is not the case. A judge must then determine whether the parent should retain custody. In order to make this determination, the judge must be presented with evidence of the child's home life and the quality of parenting it has been receiving and is expected to receive. The parent is in a unique position to provide this information to the court. If denied the opportunity to participate effectively at the hearing, the judge may be unable to make an accurate determination of the child's best interests. There is a risk that the parent will lose custody of the child when in actual fact it might have been in the child's best interests to remain in his or her care.

74 The *Family Services Act* allows parents to be present at and participate in the hearing, with or without counsel, hear all the evidence and cross-examine witnesses, and present evidence and make other representations to the court. However, it does not provide for the payment of legal fees incurred by parents with respect to an application by the Minister. Indigent parents must resort to the legal

au père ou à la mère en vue de protéger la santé et la sécurité de l'enfant. Elle a plutôt contesté le caractère équitable de la procédure en l'espèce.

Lorsqu'il s'agit d'une demande de prorogation d'une ordonnance de garde, l'équité procédurale exige une audience équitable devant un arbitre neutre et impartial. À l'audience, l'intérêt supérieur de l'enfant doit être la considération primordiale. La *Loi sur les services à la famille* reconnaît ce principe au par. 53(2):

> Lorsqu'elle statue sur une demande en application de la présente Partie, la cour doit à tout moment placer l'intérêt supérieur de l'enfant au-dessus de toute autre considération.

Pour que l'audience soit équitable, il faut que le parent ait la possibilité de présenter efficacement sa cause. Lorsque le père ou la mère cherche à conserver la garde, la détermination de l'intérêt supérieur de l'enfant exige une participation parentale efficace à l'audience. L'intérêt supérieur de l'enfant est réputé avoir pour site le foyer parental. Toutefois, lorsque l'État demande la garde, il le fait parce qu'il a des motifs de croire que ce n'est pas le cas. Le juge doit alors décider si le parent devrait conserver la garde. Pour statuer, il doit disposer d'éléments de preuve relatifs à la vie que l'enfant mène au foyer ainsi qu'à la qualité de l'attention parentale qu'il reçoit et qu'il est en droit de recevoir. Or, le parent est le mieux placé pour fournir ces renseignements au tribunal. Si on refuse au parent la possibilité de participer efficacement à l'audience, le juge peut se trouver dans l'impossibilité de déterminer avec précision l'intérêt supérieur de l'enfant. Le parent risque de perdre la garde de l'enfant alors qu'en réalité il aurait peut-être mieux valu pour l'enfant qu'il continue à s'en occuper.

La *Loi sur les services à la famille* permet aux parents d'être présents à l'audience, d'y participer, avec ou sans avocat, d'entendre toute la preuve, de contre-interroger les témoins, de présenter des éléments de preuve et de soumettre toute autre observation à la cour. Toutefois, elle ne pourvoit pas au paiement des frais de justice que la demande du ministre occasionne aux parents. Les parents sans

aid scheme, if there is one, as is the case in New Brunswick. If no legal aid is available, as in this case, the parent is forced to participate in the proceedings without the benefit of counsel. The majority of the Court of Appeal nevertheless held that the procedural rights provided by the *Family Services Act*, if complied with, would have been sufficient to "ensure reasonable compliance with constitutional standards" (p. 98).

ressources doivent avoir recours au régime d'aide juridique, s'il en existe un, comme c'est le cas au Nouveau-Brunswick. Si aucune forme d'aide juridique n'est offerte, comme en l'espèce, ils sont forcés de prendre part à l'instance sans l'assistance d'un avocat. La Cour d'appel, à la majorité, a néanmoins conclu que les droits procéduraux prévus par la *Loi sur les services à la famille*, pour peu qu'on les respecte, seraient suffisants pour [TRADUCTION] «se conforme[r] raisonnablement aux normes constitutionnelles» (p. 98).

I respectfully disagree. In the circumstances of this case, the appellant's right to a fair hearing required that she be represented by counsel. I have reached this conclusion through a consideration of the following factors: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the appellant. I will consider each in turn.

75 En toute déférence, je ne puis partager cette opinion. Dans les circonstances de l'espèce, le droit de l'appelante à une audience équitable exigeait qu'elle soit représentée par un avocat. Les facteurs suivants m'ont amené à une telle conclusion: l'importance des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités de l'appelante. Je les examine tour à tour.

The interests at stake in the custody hearing are unquestionably of the highest order. Few state actions can have a more profound effect on the lives of both parent and child. Not only is the parent's right to security of the person at stake, the child's is as well. Since the best interests of the child are presumed to lie with the parent, the child's psychological integrity and well-being may be seriously affected by the interference with the parent-child relationship.

76 Les droits en jeu à l'audience relative à la garde sont sans aucun doute de la plus haute importance. Peu d'actes gouvernementaux peuvent avoir des répercussions plus profondes sur la vie des parents et de l'enfant. Il n'y a pas que le droit du parent à la sécurité de sa personne qui soit en jeu, il y a aussi celui de l'enfant. Comme l'intérêt supérieur de l'enfant est censé reposer sur les parents, l'intégrité psychologique et le bien-être de l'enfant peuvent être gravement compromis par une ingérence dans le lien parent-enfant.

Of particular importance is the fact that the state was seeking to extend a previous custody order by six months. A six-month separation of a parent from three young children is a significant period of time. It is even more significant when considered in light of the fact that the appellant had already been separated from her children for over a year and that generally speaking, the longer the separation of parent from child, the less likely it is that the parent will ever regain custody.

77 Le fait que l'État cherchait à prolonger de six mois la durée d'une ordonnance de garde revêt une importance particulière. Pour un parent et ses trois jeunes enfants, une séparation de six mois, c'est très long. Ça l'est encore plus si l'on tient compte du fait que l'appelante avait déjà été séparée de ses enfants pendant plus d'un an et qu'en général, plus la séparation est longue, moins il est probable que le parent recouvrera la garde un jour.

There is some debate between the parties as to whether child custody proceedings under the *Family Services Act* are more properly classified as adversarial or administrative in nature. In my view, a formalistic classification of the nature of

78 Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir s'il faut qualifier de contradictoires ou d'administratives les instances concernant la garde engagées en vertu de la *Loi sur les services à la famille*. À mon avis, il n'est pas utile de ranger

the proceedings is not helpful in resolving the issue at hand. Child protection proceedings do not admit of easy classification. As Professor Thompson argues, the "unique amalgam of elements — criminal, civil, family, administrative — makes child protection proceedings so hard to characterize": D. A. Rollie Thompson, "Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I" (1988), 7 *Can. J. Fam. L.* 11, at p. 12.

79 At issue in this appeal is whether the custody hearing would have been sufficiently complex, in light of the other two factors, that the assistance of a lawyer would have been necessary to ensure the appellant her right to a fair hearing. I believe that it would have been. Although perhaps more administrative in nature than criminal proceedings, child custody proceedings are effectively adversarial proceedings which occur in a court of law. The parties are responsible for planning and presenting their cases. While the rules of evidence are somewhat relaxed, difficult evidentiary issues are frequently raised. The parent must adduce evidence, cross-examine witnesses, make objections and present legal defences in the context of what is to many a foreign environment, and under significant emotional strain. In this case, all other parties were represented by counsel. The hearing was scheduled to last three days, and counsel for the Minister planned to present 15 affidavits, including two expert reports.

80 In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the legal system in order to effectively present his or her case. There is no evidence in Athey J.'s decision or the record to suggest that the appellant possessed such capacities.

81 In light of these factors, I find that the appellant needed to be represented by counsel for there to

l'instance dans une catégorie formaliste pour trancher le litige en l'espèce. Les instances en matière de protection des enfants ne sont pas faciles à classer. Comme le professeur Thompson le souligne, [TRADUCTION] «l'amalgame unique d'éléments — criminels, civils, familiaux, administratifs — rend les instances en matière de protection des enfants très difficiles à qualifier»: D. A. Rollie Thompson, «Taking Children *and* Facts Seriously: Evidence Law in Child Protection Proceedings — Part I» (1988), 7 *Rev. can. d. fam.* 11, à la p. 12.

Le présent pourvoi soulève la question de savoir si l'audience relative à la garde aurait été suffisamment complexe, compte tenu des deux autres facteurs, pour nécessiter l'assistance d'un avocat afin d'assurer le respect du droit de l'appelante à une audience équitable. Je crois que oui. Bien qu'elles soient peut-être de nature plus administrative que les instances criminelles, les instances relatives à la garde des enfants sont réellement des instances contradictoires ayant lieu devant un tribunal. Les parties sont responsables de la préparation et de la présentation de leur cause. Bien que les règles de preuve soient quelque peu assouplies, des questions de preuve compliquées sont fréquemment soulevées. Les parents, en proie à une tension émotive considérable, doivent soumettre des éléments de preuve, contre-interroger des témoins, formuler des objections et présenter des moyens de défense prévus par la loi dans un contexte qui, la plupart du temps, leur est inconnu. Dans la présente affaire, toutes les autres parties étaient représentées par avocat. L'audience devait durer trois jours, et l'avocat du ministre projetait de présenter 15 affidavits, incluant deux rapports d'experts.

Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause. Ni la décision du juge Athey ni le dossier ne font état d'éléments de preuve indiquant que l'appelante possédait ces attributs.

Compte tenu de ces facteurs, j'estime que la représentation de l'appelante était nécessaire à la

have been a fair determination of the children's best interests. Without the benefit of counsel, the appellant would not have been able to participate effectively at the hearing, creating an unacceptable risk of error in determining the children's best interests and thereby threatening to violate both the appellant's and her children's s. 7 right to security of the person. I say this despite the motions judge's finding to the contrary.

Athey J., in concluding that representation of the appellant by counsel was not essential to a fair hearing, said at p. 205:

> There has been no suggestion that J.G. lacks the capacity to understand the allegations made by the Minister or that she is unable to communicate her position to the court. In these circumstances I am not convinced that she is not able to adequately state her case or that provision of counsel to represent her is essential to a fair trial.

When a trial judge decides that an indigent parent does not need legal representation for there to be a fair custody hearing, the judge's finding should ordinarily be accorded deference by a reviewing court if the reviewing court becomes seized of the matter prior to the commencement of the hearing pursuant to an interlocutory appeal. This is because whether counsel for the parent is necessary to ensure the fairness of the hearing depends on a consideration of the factors I outlined above, and a trial judge is generally better positioned than a reviewing court to make this determination. He or she is better situated to make an accurate assessment of the complexity of the proceedings and, in particular, the parent's capacities. Moreover, the trial judge is under a duty to ensure a fair hearing, and has the ability to assist the parent in the proceedings, within the limits of his or her judicial role. Even if the parent is in need of some assistance, the judge may feel that he or she can intervene sufficiently to ensure the fairness of the hearing. Therefore, an appellate court should be wary of overturning a trial judge's decision, assuming that the appropriate factors are considered.

détermination équitable de l'intérêt supérieur des enfants. Sans avocat, l'appelante n'aurait pu participer efficacement à l'audience, ce qui aurait fait naître un risque inacceptable d'erreur dans la détermination de l'intérêt supérieur des enfants et, en conséquence, aurait menacé de violer le droit à la sécurité de la personne de l'appelante et de ses enfants que garantit l'art. 7, quoi qu'en ait conclu le juge des requêtes.

Le juge Athey a conclu, à la p. 205, qu'il n'était pas essentiel à l'équité de l'audience que l'appelante soit représentée par avocat car 82

> [TRADUCTION] [p]ersonne n'a laissé entendre que [M^me^ G.] n'avait pas la capacité de comprendre les allégations faites par le Ministre ou qu'elle était incapable de communiquer son point de vue à la cour. Dans les présentes circonstances, je ne suis pas convaincue qu'elle soit incapable d'exposer adéquatement sa cause ou que sa représentation par un avocat soit essentielle à la tenue d'un procès équitable.

Le tribunal qui examine la conclusion d'un juge de première instance selon laquelle il n'est pas nécessaire à la tenue d'une audience équitable en matière de garde d'enfants qu'un parent sans ressources soit représenté par avocat, doit normalement faire preuve de retenue s'il est saisi de la question avant le début de l'audience, dans le cadre d'un appel interlocutoire. En effet, la question de savoir s'il faut que le parent ait l'assistance d'un avocat pour que l'audience soit équitable dépend des facteurs que j'ai énumérés plus haut, et le juge de première instance est généralement mieux placé que le tribunal siégeant en révision pour trancher cette question car il est plus à même d'évaluer précisément la complexité de l'instance et, en particulier, les capacités du parent. En outre, le juge de première instance a l'obligation de veiller à l'équité de l'audience de même que la capacité d'aider le parent pendant le déroulement de l'instance, dans la limite de sa fonction juridictionnelle. Même si le parent a besoin d'assistance, le juge peut estimer qu'il est en mesure d'intervenir suffisamment pour préserver le caractère équitable de l'audience. C'est pourquoi le tribunal d'appel doit exercer une grande prudence avant d'infirmer la décision d'un juge de première instance, si les facteurs appropriés ont été pris en considération.

83 In the unusual circumstances of this case, however, I find that little deference should be accorded to the motions judge's conclusion that the appellant was capable of adequately representing herself. First, Athey J., who did not have the benefit of these reasons, referred to the appellant's "capacity to understand the allegations" and ability to "communicate her position to the court" (p. 205). This creates the impression that Athey J. may have assessed whether counsel was necessary for a fair hearing according to the same standard used to determine competence to stand trial on criminal charges. Competence is a necessary but not sufficient condition for determining whether an unrepresented parent will receive a fair custody hearing. Although competent, the parent must be able to participate meaningfully at the hearing, which goes beyond mere ability to understand the case and communicate.

Dans les circonstances inhabituelles de la présente espèce, toutefois, j'estime que la conclusion du juge des requêtes selon laquelle l'appelante était capable de bien se représenter seule n'appelle pas une grande retenue. Premièrement, le juge Athey, qui n'a pas eu l'avantage de pouvoir s'appuyer sur les présents motifs, a mentionné la capacité de l'appelante [TRADUCTION] «de comprendre les allégations» et [TRADUCTION] «de communiquer son point de vue à la cour» (p. 205). Ces mots suggèrent que le juge Athey a pu évaluer la nécessité de la représentation par avocat pour une audience équitable en fonction des normes appliquées pour déterminer si, en matière criminelle, un accusé est apte à subir son procès. Cette aptitude est un élément nécessaire mais non suffisant pour juger de l'équité d'une audience en matière de garde lorsque le parent n'est pas représenté par avocat. Son aptitude reconnue, le parent doit être en mesure de participer efficacement à l'audience, une exigence qui dépasse la simple capacité de comprendre et de communiquer.

84 Second, even assuming that Athey J. applied the correct test and considered the appropriate factors, she decided the motion on the appellant's right to counsel nearly a full year after the custody hearing. More importantly, the appellant was in fact represented by counsel at the hearing. Ordinarily a judge would determine whether representation by counsel is essential for a fair hearing prior to the commencement of the hearing. The fact that the motions judge made her determination after a hearing in which the appellant's case was presented through the assistance of counsel may have had an unduly influential effect on her conclusion. For example, the smoothness with which the proceeding was conducted may well have caused the motions judge to discount its complexity, as well as any limitations in the appellant's ability to communicate effectively in a court of law.

Deuxièmement, même en supposant que le juge Athey a appliqué les critères appropriés et tenu compte des bons facteurs, elle a statué sur la requête concernant le droit de l'appelante à un avocat presque un an après l'audition de la demande de garde et, ce qui est encore plus important, alors que l'appelante avait en fait été représentée par avocat. Ordinairement, c'est avant le commencement de l'audience que le juge détermine s'il est essentiel à l'équité de l'audience qu'une partie soit représentée par avocat. Le fait que le juge des requêtes a rendu sa décision après une audience où l'appelante était représentée par avocat a pu influer indûment sur la conclusion tirée. Par exemple, il est fort possible que le déroulement sans incident de l'instance ait occulté sa complexité aux yeux du juge de même que les limites de la capacité de communication de l'appelante devant une cour de justice.

85 Therefore, attempting to put myself in the position of the motions judge prior to the hearing, when considering the seriousness and complexity of the proceedings and the capacities of the appellant, I disagree with her finding that the appellant

Par conséquent, si je me mets à la place du juge des requêtes avant l'audience et que je prends en considération l'importance et la complexité de l'instance ainsi que les capacités de l'appelante, je ne puis faire mienne sa conclusion selon laquelle

could communicate effectively enough without the assistance of counsel to ensure a fair hearing. I believe this Court may justifiably overturn her decision.

I would like to make it clear that the right to a fair hearing will not always require an individual to be represented by counsel when a decision is made affecting that individual's right to life, liberty, or security of the person. In particular, a parent need not always be represented by counsel in order to ensure a fair custody hearing. The seriousness and complexity of a hearing and the capacities of the parent will vary from case to case. Whether it is necessary for the parent to be represented by counsel is directly proportional to the seriousness and complexity of the proceedings, and inversely proportional to the capacities of the parent.

Although all custody hearings engage serious interests, the seriousness of the interests at stake varies according to the length of the proposed separation of parent from child. For instance, permanent guardianship applications are more serious than temporary custody applications. Therefore, counsel will more likely be necessary in guardianship applications than custody applications. The difference in seriousness between these two types of applications is currently recognized by Legal Aid New Brunswick, which provides legal aid certificates to financially eligible applicants in all guardianship applications but not in all custody applications. There is also a difference in the seriousness of the interests at stake in custody hearings depending on the length of any previous separation.

The complexity of the hearing can vary dramatically from case to case. Some hearings may be very short, involve relatively simple questions of fact and credibility, and have no expert reports. Others might take days and involve complicated evidentiary questions, troublesome points of law, and multiple experts. In the former cases, the assistance of counsel will make little difference to the

l'appelante disposait de capacités de communication suffisantes pour que l'audience soit équitable sans l'assistance d'un avocat. Je crois que notre Cour est justifiée d'infirmer sa décision.

86 Je tiens à souligner que le droit à une audience équitable ne nécessitera pas toujours qu'une personne soit représentée par un avocat lorsque la décision porte sur son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. En particulier, il n'est pas toujours nécessaire qu'un parent soit représenté par avocat pour garantir l'équité d'une audience relative à la garde. L'importance et la complexité de l'audience ainsi que les capacités du parent varient d'une affaire à l'autre. La nécessité de la représentation du parent par avocat est directement proportionnelle à l'importance et à la complexité de l'instance et inversement proportionnelle aux capacités du parent.

87 Bien qu'une audience en matière de garde d'enfants fasse toujours entrer en jeu des intérêts importants, leur importance varie en fonction de la durée prévue de la séparation. Par exemple, les demandes de tutelle permanente sont plus importantes que les demandes de garde temporaire. Vraisemblablement, la nécessité de l'assistance d'un avocat se fera donc davantage sentir à l'égard des demandes de tutelle que des demandes de garde. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick reconnaît actuellement la différence de gravité entre les deux types de demandes puisque des certificats d'aide juridique sont délivrés aux personnes satisfaisant aux conditions financières d'admissibilité à l'égard de toutes les demandes de tutelle, alors que ce n'est pas le cas pour toutes les demandes de garde. La durée de toute séparation antérieure influe également sur le degré de gravité des intérêts en jeu dans une audience en matière de garde.

88 Selon les affaires, la complexité des audiences peut varier énormément. Certaines audiences peuvent être très courtes, soulever des questions de fait ou de crédibilité relativement simples et ne pas comporter de rapports d'experts, tandis que d'autres peuvent s'étirer sur plusieurs jours et mettre en cause des questions de preuve compliquées, des points de droit épineux et faire intervenir de

parent's ability to present his or her view of the child's best interests, whereas in the latter cases, the representation of counsel may be essential to ensure a fair hearing.

89 The parent's capacities are also variable. Some parents may be well educated, familiar with the legal system, and possess above-average communication skills and the composure to advocate effectively in an emotional setting. At the other extreme, some parents may have little education and difficulty communicating, particularly in a court of law. It is unfortunately the case that this is true of a disproportionate number of parents involved in child custody proceedings, who often are members of the least advantaged groups in society. The more serious and complex the proceedings, the more likely it will be that the parent will need to possess exceptional capacities for there to be a fair hearing if the parent is unrepresented.

90 Without commenting on their correctness, I note that there are a number of appellate court cases in Canada which have found that legal representation of an accused may be necessary to ensure a fair trial, pursuant to ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. These cases are noteworthy because the criteria employed by the courts to determine whether counsel was warranted included the seriousness of the interests at stake and the complexity of the proceedings: see *Rowbotham*, *supra*; *R. v. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (Alta. C.A.); *R. v. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (Alta. C.A.).

91 I therefore conclude that the potential restriction of the appellant's right to security of the person would not have been in accordance with the principles of fundamental justice had the custody hearing proceeded with the appellant unrepresented by counsel. The potential s. 7 violation in this case would have been the result of the failure of the Government of New Brunswick to provide the

nombreux experts. Dans le premier cas, l'assistance d'un avocat comptera pour peu dans la capacité du parent de faire valoir son point de vue concernant l'intérêt supérieur de l'enfant, alors que dans le second, il pourra être essentiel que le parent soit représenté par avocat pour que l'audience soit équitable.

Les capacités des parents diffèrent également. Certains auront une solide instruction, connaîtront bien le système judiciaire et posséderont des capacités de communication supérieures ainsi que le sang-froid nécessaire pour faire valoir leurs arguments dans un contexte émotivement chargé, tandis que d'autres pourront être très peu instruits et éprouver des difficultés de communication, en particulier devant une cour de justice. Malheureusement, la deuxième hypothèse se vérifie à l'égard d'un nombre disproportionné de parents parties à des instances en matière de garde d'enfants, lesquels appartiennent souvent aux groupes les plus défavorisés de notre société. Plus une instance est importante et complexe, plus il est probable que le parent devra être doué de capacités exceptionnelles pour que l'audience soit équitable s'il n'est pas représenté par avocat.

Je remarque, sans me prononcer sur le bien-fondé de telles conclusions, que plusieurs cours d'appel au Canada ont conclu qu'il pouvait être nécessaire qu'un accusé soit représenté par avocat pour que le procès soit équitable aux termes de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Ces décisions sont dignes de mention car les critères appliqués par les cours d'appel pour déterminer si la représentation par avocat s'impose comprennent la gravité des intérêts en jeu et la complexité de l'instance: voir *Rowbotham*, précité; *R. c. Robinson* (1989), 63 D.L.R. (4th) 289 (C.A. Alb.); *R. c. Rain* (1998), 130 C.C.C. (3d) 167 (C.A. Alb.).

Je conclus donc que si l'audience en matière de garde s'était tenue sans que l'appelante soit représentée par avocat, la restriction potentielle du droit de l'appelante à la sécurité de sa personne n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale. La contravention potentielle à l'art. 7, en l'espèce, aurait été attribuable à l'omission du gouvernement du Nouveau-Brunswick de fournir à

appellant with state-funded counsel under its Domestic Legal Aid program after initiating proceedings under Part IV of the *Family Services Act*.

In attributing the failure to provide state-funded counsel to the government's administration of the Domestic Legal Aid program, I do not mean to suggest that the Domestic Legal Aid program as it stands is the only way the government could have fulfilled its constitutional obligation in this case. The government has wide latitude in discharging its constitutional duty to provide state-funded counsel in proceedings where that duty arises. It could have done so in any number of ways — under the *Legal Aid Act*, the *Family Services Act*, or a myriad of other legislation or programs. This Court need not and should not tell the Government of New Brunswick what specific delivery system should have been employed.

Nevertheless, notwithstanding the variety of potential delivery options, the government chose to enact a general legal aid scheme with a scope of application encompassing the proceeding at issue in this appeal. It also adopted a specific policy of not providing legal aid to respondents in custody applications. Most importantly, the Attorney General and Ministers of Justice and Health and Community Services' s. 1 arguments seeking to justify the infringement (if one were to be found) of the appellant's s. 7 rights attribute it to the administration of the legal aid scheme. Therefore, it is not unreasonable to find the Domestic Legal Aid program to be the locus of the constitutional violation in this case.

D. *Section 1*

Although this case involves a prospective violation of s. 7, it is still necessary to engage in a s. 1

l'appelante l'assistance d'un avocat rémunéré par l'État en vertu du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, après avoir entamé des procédures sous le régime de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*.

92 J'ai attribué l'omission de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'administration gouvernementale du programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, mais cela ne signifie pas que c'est uniquement au moyen de ce programme, dans son état actuel, que le gouvernement aurait pu s'acquitter de son obligation constitutionnelle en l'espèce. Le gouvernement jouit d'une très grande latitude pour ce qui est de s'acquitter de son obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État dans les instances où cette obligation prend naissance, et il aurait pu le faire de plusieurs façons — en vertu de la *Loi sur l'aide juridique*, de la *Loi sur les services à la famille* ou d'une multitude d'autres lois ou programmes. Notre Cour n'a pas besoin de dicter au gouvernement du Nouveau-Brunswick le mécanisme de prestation de services auquel il aurait fallu recourir, et elle ne doit pas le faire.

93 En dépit de l'arsenal des mécanismes de prestation possibles, le gouvernement a choisi d'établir un régime général d'aide juridique dont le champ d'application englobe l'instance visée par le présent pourvoi. Il a également adopté une ligne de conduite particulière prescrivant de ne pas fournir d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde. De façon plus importante, les arguments que le procureur général de même que le ministre de la Justice et le ministre de la Santé et des Services communautaires ont avancés pour justifier, en vertu de l'article premier, l'atteinte (si atteinte il y a) aux garanties prévues à l'art. 7 l'attribuent à l'administration du régime d'aide juridique. Il n'est donc pas déraisonnable de conclure que la violation constitutionnelle en l'espèce réside dans le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

D. *L'article premier*

94 Même si le présent pourvoi porte sur une violation éventuelle de l'art. 7, il demeure nécessaire de

analysis. For if the prospective s. 7 violation would otherwise have been saved by s. 1, then there would be no need to order a remedy.

95 Section 1 of the *Charter* provides:

1. *The Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court set out the analytical framework for determining whether a law constitutes a reasonable limit on a *Charter* right. Iacobucci J. summarized this framework in *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182:

A limitation to a constitutional guarantee will be sustained once two conditions are met. First, the objective of the legislation must be pressing and substantial. Second, the means chosen to attain this legislative end must be reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. In order to satisfy the second requirement, three criteria must be satisfied: (1) the rights violation must be rationally connected to the aim of the legislation; (2) the impugned provision must minimally impair the *Charter* guarantee; and (3) there must be proportionality between the effect of the measure and its objective so that the attainment of the legislative goal is not outweighed by the abridgement of the right.

96 The appellant quite rightly is not directly challenging the *Legal Aid Act*, but rather administrative decisions made pursuant to it. The *Legal Aid Act* does not expressly or by necessary implication deny state-funded counsel to respondents in custody applications. On the contrary, both Legal Aid New Brunswick, pursuant to s. 12 of the *Legal Aid Act*, and the Minister of Justice, pursuant to s. 24 may provide state-funded counsel in these circumstances.

97 Despite the fact that state-funded legal assistance could have been provided in cases of custody

procéder à une analyse fondée sur l'article premier, car si cette violation peut se justifier sous le régime de l'article premier, il ne sera pas nécessaire de statuer sur la réparation.

L'article premier de la *Charte* est ainsi conçu:

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, notre Cour établit le cadre analytique permettant de déterminer si une loi constitue une limite raisonnable à un droit garanti par la *Charte*. Le juge Iacobucci présente ce cadre sous forme résumée dans l'arrêt *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, au par. 182:

L'atteinte à une garantie constitutionnelle sera validée à deux conditions. Dans un premier temps, l'objectif de la loi doit se rapporter à des préoccupations urgentes et réelles. Dans un deuxième temps, le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif doit être raisonnable et doit pouvoir se justifier dans une société libre et démocratique. Cette seconde condition appelle trois critères: (1) la violation des droits doit avoir un lien rationnel avec l'objectif législatif; (2) la disposition contestée doit porter le moins possible atteinte au droit garanti par la *Charte*, et (3) il doit y avoir proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif de sorte que l'atteinte au droit garanti ne l'emporte pas sur la réalisation de l'objectif législatif.

L'appelante, à juste titre, ne conteste pas directement la *Loi sur l'aide juridique*, mais plutôt les décisions administratives prises sous son régime. Cette loi ne refuse pas expressément ni par implication nécessaire les services d'un avocat rémunéré par l'État aux intimés visés par des demandes de garde. Au contraire, tant le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick, en application de l'art. 12 de la *Loi sur l'aide juridique*, que le ministre de la Justice, en application de l'art. 24, peuvent fournir un avocat rémunéré par l'État dans un tel cas.

Même si les art. 12 et 24 permettaient d'accorder de l'aide juridique sur les deniers publics à

applications pursuant to ss. 12 and 24, it was not. The Minister of Justice's program did not cover either guardianship or custody applications initiated by the Minister of Health and Community Services. This decision was made in order to avoid any potential conflicts of interest for Family Solicitors, who would be forced to act against the government while being paid by the Minister of Justice. As a result, Legal Aid New Brunswick agreed to continue providing legal aid certificates in cases of guardianship applications, but expressly refused to do so for custody applications. This had been Legal Aid New Brunswick's policy prior to 1993, when the Minister of Justice's program was first introduced. In December of 1991, the Council of the Law Society adopted a policy of limiting the provision of legal aid certificates to victims of family violence involved in private family litigation and to respondents to guardianship applications by the Minister of Health and Community Services. This policy was adopted pursuant to s. 12(14) of the Act, which provides that the Law Society may limit the provision of legal aid in certain matters when the Legal Aid Fund is in danger of being depleted. Consequently, the *Charter* infringement in this case is not caused "by the legislation itself, but by the actions of a delegated decision-maker in applying it": see *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 20. See also *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, at p. 1078.

l'égard des demandes d'ordonnance de garde, cette aide n'a pas été fournie. Le programme appliqué par le ministre de la Justice ne couvrait ni les demandes de garde ni les demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette décision a été prise pour éviter toute possibilité de conflits d'intérêts chez les avocats plaidant en matière familiale car, sinon, ces avocats seraient obligés d'agir contre le gouvernement tout en étant rémunérés par le ministre de la Justice. Le programme d'aide juridique du Nouveau-Brunswick a donc accepté de continuer à délivrer des certificats d'aide juridique pour les demandes de tutelle, mais a expressément refusé de le faire pour les demandes de garde. C'était la ligne de conduite appliquée avant 1993, année où le programme du ministre de la Justice a été introduit. En décembre 1991, le conseil du Barreau a adopté une ligne directrice limitant la délivrance des certificats d'aide juridique aux victimes de violence familiale parties à une instance en matière familiale concernant des particuliers et aux intimés visés par des demandes de tutelle présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires. Cette ligne de conduite avait été adoptée initialement sous le régime du par. 12(14) de la *Loi sur l'aide juridique*, lequel prévoit que lorsque le Fonds d'aide juridique risque de s'épuiser, le Barreau peut limiter la fourniture d'aide juridique à l'égard de certaines questions. Par conséquent, la contravention à la *Charte*, en l'espèce, ne découle pas de «la loi elle-même, mais [des] actes d'un décideur à qui on a délégué son application»: voir *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, au par. 20. Voir également *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, à la p. 1078.

Assuming without deciding that the policy of not providing state-funded counsel to respondents in custody applications was a limit prescribed by law, that the objective of this policy — controlling legal aid expenditures — is pressing and substantial, that the policy is rationally connected to that objective, and that it constitutes a minimal impairment of s. 7, I find that the deleterious effects of

98 En supposant, sans toutefois statuer sur la question, que la ligne de conduite consistant à ne pas fournir des services d'avocats rémunérés par l'État aux intimés visés par des demandes de garde est une restriction prévue par une règle de droit, que son objectif — la réduction des dépenses afférentes à l'aide juridique — constitue une préoccupation urgente et réelle, que la ligne de conduite est rationnellement liée à l'objectif et qu'elle porte le moins possible atteinte au droit garanti par l'art. 7,

the policy far outweigh the salutary effects of any potential budgetary savings.

99 Section 7 violations are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, I said:

> Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like.

This is so for two reasons. First, the rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are very significant and cannot ordinarily be overridden by competing social interests. Second, rarely will a violation of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, be upheld as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society.

100 In the circumstances of this case, the Government of New Brunswick argues that the objective of limiting legal aid expenditures is of sufficient importance to deny the appellant a fair hearing. The proposed budgetary savings, however, are minimal. In their factum, Legal Aid New Brunswick and the Law Society of New Brunswick report that the projected annual cost of their new policy, effective September 22, 1997, of issuing legal aid certificates to respondents in custody applications for their first hearing would be under $100,000. Although the present appeal concerns the right to state-funded counsel at a hearing to extend an original custody order, the additional cost of providing state-funded counsel in these circumstances is insufficient to constitute a justification within the meaning of s. 1. Moreover, the government is not under an obligation to provide legal aid to every parent who cannot afford a lawyer. Rather, the obligation only arises in circumstances where the representation of the parent is

je conclus que les effets nocifs de la ligne de conduite excèdent de beaucoup les effets bénéfiques pouvant résulter d'éventuelles économies budgétaires.

Il n'est pas facile de sauver une atteinte à l'art. 7 par application de l'article premier. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, j'écris à la p. 518:

> L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite.

Deux raisons expliquent ceci. D'abord, les intérêts protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — revêtent une grande importance et généralement, des exigences sociales concurrentes ne pourront prendre le pas sur eux. Ensuite, le non-respect des principes de justice fondamentale — et, en particulier, du droit à une audience équitable — sera rarement reconnu comme une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

En l'espèce, le gouvernement du Nouveau-Brunswick soutient que l'objectif de réduction des dépenses relatives à l'aide juridique est suffisamment important pour priver l'appelante d'une audience équitable. Les économies budgétaires projetées, toutefois, sont minimales. Dans leur mémoire, le programme d'aide juridique et le Barreau du Nouveau-Brunswick déclarent que le coût annuel prévu pour la nouvelle ligne de conduite entrée en vigueur le 22 septembre 1997 et consistant à délivrer des certificats d'aide juridique aux intimés visés par des demandes de garde, à l'égard de la première instruction de la demande, est inférieur à 100 000 $. Bien que le présent pourvoi porte sur le droit à des services d'avocats rémunérés par l'État pour une audience relative à la prorogation d'une ordonnance de garde, les coûts supplémentaires qui résulteraient de la prestation de tels services dans ces circonstances ne sont pas suffisants pour constituer une justification au sens de l'article premier. En outre, le gouverne-

essential to ensure a fair hearing where the parent's life, liberty, or security is at stake. In my view, a parent's right to a fair hearing when the state seeks to suspend such parent's custody of his or her child outweighs the relatively modest sums, when considered in light of the government's entire budget, at issue in this appeal.

ment n'est nullement tenu d'octroyer de l'aide juridique à tout parent qui n'a pas les moyens de retenir les services d'un avocat. L'obligation ne prend naissance que pour les affaires où la représentation du parent par avocat est essentielle à l'équité de l'audience, lorsque le droit de ce dernier à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est en cause. À mon avis, lorsque l'État cherche à retirer un parent la garde de son enfant, le droit du parent à une audience équitable l'emporte sur les sommes, relativement modestes en comparaison du budget total du gouvernement, qui sont en jeu en l'espèce.

E. *Remedy*

E. *La réparation*

There are only two possible remedies a judge can order under s. 24(1) to avoid a prospective s. 7 breach in circumstances where the absence of counsel for one of the parties would result in an unfair hearing: an order that the government provide the unrepresented party with state-funded counsel, or a stay of proceedings. A stay of proceedings is clearly inappropriate in this case, as it would result in the return of the children to the appellant's custody. Children should not be returned to their parent's care when there is reason to suspect that they are in need of protection. Indeed, this would run contrary to the purposes of Part IV of the *Family Services Act*. The government must, therefore, provide the appellant with state-funded counsel.

101 Pour éviter une violation éventuelle de l'art. 7 lorsque l'absence d'un avocat pour l'une des parties donnerait lieu à une audience inéquitable, seules deux formes de réparation sont possibles sous le régime du par. 24(1): une ordonnance enjoignant au gouvernement de fournir à la partie non représentée les services d'un avocat rémunéré par l'État ou la suspension de l'instance. La suspension ne convient manifestement pas en l'espèce puisqu'elle entraînerait le retour des enfants à la garde de l'appelante. Or, lorsqu'il y a des raisons de croire que les enfants ont besoin de protection, il ne faut pas les retourner à la garde de leur parent. Cela irait en fait à l'encontre des objectifs poursuivis par la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*. Le gouvernement doit donc fournir à l'appelante les services d'un avocat rémunéré par l'État.

It is unnecessary, however, to direct the Government of New Brunswick to rectify the policy's constitutional infirmities through the adoption of a new policy. Directing the government to design a new policy would run contrary to Sopinka J.'s admonition in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at p. 104, to "refrain from intruding into the legislative sphere beyond what is necessary" in fashioning remedies for *Charter* violations. It is not clear how often the operation of the policy will lead to an unconstitutional hearing. It may be only in rare cases. Accordingly, the least intrusive remedy would be to leave the policy intact, subject to a discretion

102 Il n'est pas nécessaire, toutefois, d'enjoindre au gouvernement du Nouveau-Brunswick d'adopter une nouvelle ligne de conduite pour corriger les lacunes constitutionnelles de celle qu'il applique actuellement. Si la Cour ordonnait au gouvernement d'élaborer une nouvelle ligne de conduite, elle irait à l'encontre de l'admonestation du juge Sopinka, dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, de «ne pas empiéter sur le domaine législatif plus qu'il n'est nécessaire» (à la p. 104) dans l'élaboration des mesures de réparation par suite de contravention à la *Charte*. On ne sait pas si l'application de la ligne de conduite entraînera souvent des audiences

vested in the trial judge to order state-funded counsel on a case-by-case basis when necessary to ensure the fairness of the custody hearing. That having been said, there is nothing preventing the government from amending the policy — for example reading in a discretion — or providing respondents to custody applications with state-funded counsel through means other than the Domestic Legal Aid program.

inconstitutionnelles. Il est possible que cela n'arrive que rarement. La réparation qui empiète le moins consisterait donc à ne pas modifier la ligne de conduite, sous réserve du pouvoir discrétionnaire dévolu au juge de première instance d'ordonner de façon ponctuelle la fourniture des services d'un avocat rémunéré par l'État lorsque cette mesure est nécessaire pour assurer l'équité d'une audience en matière de garde d'enfants. Cela dit, rien n'empêche le gouvernement de modifier la ligne de conduite — en y intégrant, par exemple, un pouvoir discrétionnaire — ou de fournir aux intimés visés par une demande de garde un avocat rémunéré par l'État par d'autres moyens que le programme d'aide juridique en matière de droit de la famille.

103 As similar cases may arise in the future, I will briefly outline the procedure that should be followed when an unrepresented parent in a custody application seeks state-funded counsel. The judge at the hearing should first inquire as to whether the parent applied for legal aid or any other form of state-funded legal assistance offered by the province. If the parent has not exhausted all possible avenues for obtaining state-funded legal assistance, the proceedings should be adjourned to give the parent a reasonable time to make the appropriate applications, provided the best interests of the children are not compromised. It goes without saying that if the parent, whether or not he or she is able to pay for a lawyer, chooses not to have one that there will be no entitlement to state-funded legal assistance: see *Rowbotham*, *supra*, at p. 64. This is because the parent voluntarily assumes the risk of ineffective representation, for which the government cannot be held responsible.

Des affaires semblables pouvant survenir à l'avenir, je souligne brièvement la procédure à suivre lorsqu'un parent non représenté dans une demande de garde cherche à obtenir les services d'un avocat rémunéré par l'État. À l'audience, le juge doit d'abord vérifier si le parent a présenté une demande d'aide juridique ou a demandé une autre forme d'assistance juridique payée par l'État et offerte par la province. Si le parent n'a pas épuisé toutes les possibilités en vue d'obtenir une aide juridique rémunérée par l'État, l'instance devrait être ajournée pour donner au parent suffisamment de temps pour présenter les demandes appropriées, pourvu que l'intérêt supérieur de l'enfant n'en souffre pas. Il va sans dire que si le parent décide de ne pas être représenté par avocat, il n'aura pas droit à l'aide juridique rémunérée par l'État, qu'il ait ou non les moyens de retenir un avocat: voir *Rowbotham*, précité, à la p. 64. En effet, il assume alors volontairement le risque de ne pas être bien représenté et le gouvernement ne peut en être tenu responsable.

104 If the parent wants a lawyer but is unable to afford one, the judge should next consider whether the parent can receive a fair hearing through a consideration of the following criteria: the seriousness of the interests at stake, the complexity of the proceedings, and the capacities of the parent. The judge should also bear in mind his or her ability to assist the parent within the limits of the judicial

Lorsque le parent souhaite être représenté par avocat, mais n'en a pas les moyens, le juge doit ensuite déterminer si le parent peut faire l'objet d'une audience équitable, compte tenu des facteurs suivants: la gravité des intérêts en jeu, la complexité de l'instance et les capacités du parent. Le juge doit également garder à l'esprit qu'il peut aider le parent, dans les limites de sa fonction

role. If, after considering these criteria, the judge is not satisfied that the parent can receive a fair hearing and there is no other way to provide the parent with a lawyer (i.e., pursuant to a statutory power to appoint counsel), the judge should order the government to provide the parent with state-funded counsel under s. 24(1) of the *Charter*. I hasten to add that I am limiting my comments here to child protection proceedings, and need not and should not comment as to other kinds of proceedings.

Having now decided that the government was under a constitutional obligation to provide state-funded counsel to the appellant to ensure the fairness of the custody hearing in this case, I turn to consider a passage from my judgment in *Prosper*, *supra*, which may appear to be in tension with this conclusion.

At issue in *Prosper* was whether s. 10(*b*) of the *Charter* imposed a substantive constitutional obligation on governments to ensure that duty counsel is available upon arrest or detention to provide free and immediate preliminary legal advice upon request. The Court was unanimous in concluding that it did not. In my reasons, I held at pp. 266-67 that:

> [T]here is evidence which shows that the framers of the *Charter* consciously chose not to constitutionalize a right to state-funded counsel under s. 10 of the *Charter*: *Minutes of Proceedings and Evidence of the Special Joint Committee of the Senate and of the House of Commons on the Constitution of Canada* (January 27, 1981). Specifically, a proposed amendment, which would have added the following clause to what is now s. 10 of the *Charter* was considered and rejected (p. 46:127):
>
> > (d) if without sufficient means to pay for counsel and if the interests of justice so require, to be provided with counsel;
>
> . . .
>
> In my opinion, it would be imprudent for this Court not to attribute any significance to the fact that this clause was not adopted. In light of the language of s. 10 of the

juridictionnelle. S'il estime, après l'examen de ces facteurs, que le parent n'aura pas une audience équitable et qu'il n'existe pas d'autres moyens de lui fournir un avocat (c'est-à-dire en application d'un pouvoir prévu par la loi), il doit ordonner au gouvernement, sous le régime du par. 24(1) de la *Charte*, de fournir au parent un avocat rémunéré par l'État. Je m'empresse d'ajouter que je limite mes commentaires ici aux instances concernant la protection des enfants, et qu'il n'est pas nécessaire ni souhaitable que j'aborde d'autres types d'instance.

105 Ayant maintenant conclu que le gouvernement avait l'obligation constitutionnelle de fournir un avocat rémunéré par l'État à l'appelante pour assurer, en l'espèce, une audience équitable en matière de garde, je passe à l'examen d'un extrait des motifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *Prosper*, précité, qui peut paraître contradictoire avec la présente conclusion.

106 L'affaire *Prosper* porte sur la question de savoir si l'al. 10*b*) de la *Charte* impose aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de s'assurer qu'en cas d'arrestation ou de détention, un avocat commis d'office peut fournir, immédiatement et sans frais, des conseils juridiques préliminaires sur demande. La Cour conclut unanimement que non. J'exprime l'opinion suivante dans mes motifs (aux pp. 266 et 267):

> [D]es éléments de preuve montrent que les rédacteurs de la *Charte* ont intentionnellement choisi de ne pas constitutionnaliser un droit à des services d'avocats rémunérés par l'État sous le régime de l'art. 10 de la *Charte*: *Procès-verbaux et témoignages du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes sur la Constitution du Canada* (27 janvier 1981). Plus précisément, le Comité a examiné puis rejeté un projet de modification qui aurait ajouté la disposition suivante à ce qui est maintenant l'art. 10 de la *Charte* (p. 46:127):
>
> > d) d'avoir l'assistance d'un avocat s'il n'a pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige;
>
> . . .
>
> À mon avis, il serait imprudent de n'accorder aucune importance au fait que cette disposition n'a pas été adoptée. Compte tenu de la formulation de l'art. 10 de la

Charter, which on its face does not guarantee any substantive right to legal advice, and the legislative history of s. 10, which reveals that the framers of the *Charter* decided not to incorporate into s. 10 even a relatively limited substantive right to legal assistance (i.e., for those "without sufficient means" and "if the interests of justice so require"), it would be a very big step for this Court to interpret the *Charter* in a manner which imposes a positive constitutional obligation on governments. The fact that such an obligation would almost certainly interfere with governments' allocation of limited resources by requiring them to expend public funds on the provision of a service is, I might add, a further consideration which weighs against this interpretation. [Emphasis in original.]

Charte, qui à première vue ne garantit aucun droit substantiel à des conseils juridiques, et de l'historique législatif de l'art. 10, qui révèle que les rédacteurs de la *Charte* ont choisi de ne pas y incorporer un droit substantiel à l'assistance d'un avocat même relativement limité (c'est-à-dire pour ceux qui n'ont «pas de moyens suffisants et si l'intérêt de la justice l'exige»), notre Cour franchirait un grand pas si elle interprétait la *Charte* d'une façon qui impose une obligation constitutionnelle positive aux gouvernements. Le fait qu'une telle obligation risque presque certainement d'entrer en conflit avec la répartition des ressources limitées des gouvernements en obligeant ces derniers à affecter des fonds publics à la prestation d'un service constitue, devrais-je ajouter, une considération supplémentaire à l'encontre de cette interprétation. [Souligné dans l'original.]

107 The omission of a positive right to state-funded counsel in s. 10, which, as I said in *Prosper*, should be accorded some significance, does not preclude an interpretation of s. 7 that imposes a positive constitutional obligation on governments to provide counsel in those cases when it is necessary to ensure a fair hearing. To hold otherwise would be to suggest that the principles of fundamental justice do not guarantee the right to a fair hearing or, alternatively, that under no circumstances would the requirements of a fair hearing obligate governments to pay for an individual to be represented by counsel. Both of these positions are untenable. In my view, the significance of the omission of a positive right to state-funded counsel under s. 10 is that s. 7 should not be interpreted as providing an absolute right to state-funded counsel at all hearings where an individual's life, liberty, and security is at stake and the individual cannot afford a lawyer. Accordingly, while a blanket right to state-funded counsel does not exist under s. 10, a limited right to state-funded counsel arises under s. 7 to ensure a fair hearing in the circumstances I have outlined above.

L'absence de mention d'un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État à l'art. 10, à laquelle il convient d'accorder une certaine importance ainsi que je l'ai dit dans l'arrêt *Prosper*, n'écarte pas la possibilité d'interpréter l'art. 7 comme imposant aux gouvernements l'obligation constitutionnelle positive de fournir des services d'avocats dans les cas où cela est nécessaire à l'équité de l'audience. Autrement, on se trouverait à affirmer que les principes de justice fondamentale ne garantissent pas le droit à une audience équitable ou bien qu'en aucun cas, ce droit n'oblige les gouvernements à puiser dans leurs fonds pour qu'une personne soit représentée par avocat. Ces positions sont toutes deux indéfendables. À mon avis, l'omission d'inclure un droit positif à des services d'avocats rémunérés par l'État, à l'art. 10, signifie qu'il ne faut pas interpréter l'art. 7 comme prévoyant un droit absolu à ces services dans toutes les audiences où la vie, la liberté et la sécurité d'une personne sont en jeu et que la personne n'a pas les moyens de se payer un avocat. Par conséquent, même si on ne peut conclure à l'existence d'un droit général à des services d'avocats rémunérés par l'État en vertu de l'art. 10, l'art. 7 comprend un droit limité à de tels services pour assurer l'équité de l'audience dans les circonstances décrites plus haut.

108 With respect to the concern in *Prosper* that a positive constitutional obligation to provide state-funded counsel would interfere with governments'

Relativement à la préoccupation soulevée dans l'affaire *Prosper* selon laquelle l'obligation constitutionnelle positive de fournir les services d'un

allocation of limited resources, I note that these fiscal concerns have been addressed under s. 1.

VI. Disposition

The appeal is allowed. The Government of New Brunswick shall pay the appellant her solicitor-client costs, both in this Court and in the courts below, to be determined by the Registrar according to the Legal Aid Tariff in New Brunswick or the tariff applicable to non-governmental lawyers hired by the Government of New Brunswick to handle certain matters in the manner of these proceedings.

I would answer the restated constitutional questions as follows:

Question 1: In the circumstances of this case, would the failure of the *Legal Aid Act*, R.S.N.B. 1973, c. L-2, or the Government of New Brunswick under its Domestic Legal Aid Program, to provide legal aid to respondents in custody applications by the Minister of Health and Community Services under Part IV of the *Family Services Act*, S.N.B. 1980, c. F-2.2, have constituted an infringement of s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* if the appellant had not been represented by counsel at the custody hearing?

Answer: Yes, in the circumstances of this case.

Question 2: If the answer to question 1 is yes, would the infringement have been demonstrably justified in a free and democratic society pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

avocat rémunéré par l'État risque de faire obstacle à la répartition des ressources limitées des gouvernements, je rappelle que ces préoccupations d'ordre fiscal ont été examinées au regard de l'article premier.

VI. Dispositif

Le pourvoi est accueilli. Le gouvernement du Nouveau-Brunswick paiera les dépens de l'appelante, établis par le registraire sur la base procureur-client, devant toutes les cours suivant le tarif de l'aide juridique au Nouveau-Brunswick ou le tarif applicable aux avocats qui ne font pas partie de la fonction publique et dont le gouvernement du Nouveau-Brunswick retient les services pour s'occuper de certaines affaires comme la présente instance. 109

Je suis d'avis de répondre de la façon suivante aux questions constitutionnelles reformulées: 110

Question 1: Dans les circonstances de l'espèce, est-ce qu'aurait constitué une atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* le fait que ni la *Loi sur l'aide juridique*, L.R.N.-B. 1973, ch. L-2, ni le gouvernement du Nouveau-Brunswick, par son programme d'aide juridique en matière de droit de la famille, ne pourvoient au versement d'aide juridique aux intimés dans le cadre des demandes de garde présentées par le ministre de la Santé et des Services communautaires en vertu de la partie IV de la *Loi sur les services à la famille*, L.N.-B. 1980, ch. F-2.2?

Réponse: Oui, dans les circonstances de la présente espèce.

Question 2: Si la réponse à la question 1 est oui, se serait-il agi d'une atteinte dont la justification est démontrée dans le cadre d'une société libre et démocratique au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

111 L'HEUREUX-DUBÉ J. — The appellant is the mother of three children. At the time of the hearing that is the subject of this appeal, the Minister of Health and Community Services had been granted custody of the children for six months, and was seeking to extend the custody order for a further six months. The legal aid programmes in place in the province of New Brunswick at the time did not provide funding for temporary custody applications or extensions of existing orders, but only for permanent guardianship applications. Ms. G. was therefore not able to receive funded counsel at the hearing where the Minister sought the extension of the custody order, and was unable to afford to hire her own counsel. The hearing took place over three days, and the Minister, along with all other interested parties, was represented by counsel. Fifteen witnesses were called, including expert witnesses, and several expert reports were presented. Although Ms. G. received the voluntary assistance of counsel, this appeal requires the Court to decide whether the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* were engaged, and, if so, whether the procedures adopted would have complied with the principles of fundamental justice had she not received counsel. I have read the reasons of the Chief Justice and I agree with him that this child protection hearing implicated the appellant's right to security of the person, and that in this case the procedure that threatened to deprive her of that right would not have been in accordance with the principles of fundamental justice because of the lack of funded counsel. However, I wish to set out my own views on the constitutional rights implicated and the appropriate test for determining when the failure to accord counsel to a parent would result in a procedure that is not in accordance with fundamental justice.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — L'appelante est mère de trois enfants. Au moment de l'audience qui fait l'objet du présent pourvoi, le ministre de la Santé et des Services communautaires s'était fait confier leur garde pour une période de six mois et il demandait la prolongation de l'ordonnance de garde pour une période supplémentaire de six mois. Les programmes d'aide juridique en place à l'époque dans la province du Nouveau-Brunswick ne prévoyaient aucun soutien financier pour les demandes de garde temporaire ni pour la prolongation des ordonnances existantes, mais seulement pour les demandes de garde permanente. Madame G. n'a donc pas pu bénéficier des services d'un avocat rémunéré par l'État lors de l'audition de la demande de prolongation de l'ordonnance de garde présentée par le ministre, et elle ne pouvait se permettre d'engager son propre avocat. L'audience a duré trois jours, et le ministre, comme toutes les autres parties intéressées, était représenté par avocat. Quinze témoins ont été appelés à la barre, notamment des témoins-experts, et plusieurs rapports d'experts ont été déposés. Bien que M^me^ G. ait reçu l'aide bénévole d'un avocat, le présent pourvoi oblige notre Cour à décider si les droits garantis à l'appelante par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et des libertés* entraient en jeu et, dans l'affirmative, si les procédures adoptées pouvaient alors être conformes aux principes de justice fondamentale si M^me^ G. ne bénéficiait pas des services d'un avocat. J'ai lu les motifs du Juge en chef et je partage son avis que cette audition en matière de protection des enfants mettait en cause le droit de l'appelante à la sécurité de sa personne et, qu'en l'espèce, la procédure qui menaçait de la priver de ce droit n'aurait pas été conforme aux principes de justice fondamentale vu l'absence d'un avocat rémunéré par l'État. Je souhaite, toutefois, exposer mon point de vue quant aux droits constitutionnels en cause et au test approprié pour déterminer quand l'omission de procurer un avocat à un parent peut donner lieu à une procédure non conforme à la justice fondamentale.

I. The *Charter* Rights Implicated

A. *Equality*

Before turning to the analysis of the s. 7 rights implicated and the principles of fundamental justice, I would emphasize that this case also implicates issues of equality, guaranteed by s. 15 of the *Charter*. These equality interests should be considered in interpreting the scope and content of the interpretation of the rights guaranteed by s. 7. This Court has recognized the important influence of the equality guarantee on the other rights in the *Charter*. As McIntyre J. wrote in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 185:

> The section 15(1) guarantee is the broadest of all guarantees. It applies to and supports all other rights guaranteed by the *Charter*.

All *Charter* rights strengthen and support each other (see, for example, *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 326; *R. v. Tran*, [1994] 2 S.C.R. 951, at p. 976) and s. 15 plays a particularly important role in that process. The interpretive lens of the equality guarantee should therefore influence the interpretation of other constitutional rights where applicable, and in my opinion, principles of equality, guaranteed by both s. 15 and s. 28, are a significant influence on interpreting the scope of protection offered by s. 7.

This case raises issues of gender equality because women, and especially single mothers, are disproportionately and particularly affected by child protection proceedings: see, for example, M. Callahan, "Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare", in B. Wharf, ed., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. The fact that this appeal relates to legal representation in the family context for those whose economic circumstances are such that they are unable to afford such representation is significant. As I wrote in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, at p. 853, "In Canada, the feminization of poverty is an entrenched social phenomenon." The patterns of relationships within marriage disproportionately lead to women taking

I. Les droits garantis par la *Charte* mis en cause

A. *L'égalité*

Avant d'aborder l'analyse des droits garantis par l'art. 7 mis en cause ainsi que les principes de justice fondamentale, j'aimerais souligner que la présente affaire comporte également des questions relatives à l'égalité garantie par l'art. 15 de la *Charte*. Il faut tenir compte de ces droits en matière d'égalité dans le cadre de l'interprétation de la portée et du contenu des droits garantis par l'art. 7. Notre Cour a reconnu la grande influence de la garantie d'égalité sur les autres droits visés par la *Charte*. Comme le juge McIntyre l'a écrit dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 185: 112

> La garantie offerte par le par. 15(1) est la plus générale de toutes. Elle s'applique et sert d'appui à tous les autres droits garantis par la *Charte*.

Tous les droits garantis par la *Charte* se renforcent et s'appuient mutuellement (voir, par exemple, *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 326; *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951, à la p. 976), et l'art. 15 joue un rôle particulièrement important dans ce processus. Le prisme interprétatif que constitue la garantie d'égalité doit donc guider l'interprétation des autres droits garantis par la Constitution, s'il y a lieu, et j'estime que les principes d'égalité, garantis tant par l'art. 15 que par l'art. 28, influencent l'interprétation de la portée de la protection offerte par l'art. 7.

La présente affaire soulève des questions relatives à l'égalité des sexes, car les femmes, notamment les mères célibataires, sont touchées, de façon disproportionnée et particulière, par les procédures relatives à la protection des enfants: voir, par exemple, M. Callahan, «Feminist Approaches: Women Recreate Child Welfare», dans B. Wharf, éd., *Rethinking Child Welfare in Canada* (1993), 172. Le présent pourvoi traite de la question importante de la représentation par avocat dans le contexte familial pour ceux et celles qui n'ont pas les ressources financières suffisantes pour se permettre cette représentation. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, à la p. 853, «Au Canada, la féminisation de la 113

responsibility for child care, foregoing economic opportunities in the workforce, and suffering economic deprivation as a result: *Moge*, *supra*, at p. 861. Issues involving parents who are poor necessarily disproportionately affect women and therefore raise equality concerns and the need to consider women's perspectives.

pauvreté est un phénomène social bien établi.» La tendance des relations vécues dans le cadre des liens du mariage veut que les femmes assument, de façon disproportionnée, le soin des enfants, qu'elles renoncent à des possibilités d'avancement, sur le plan financier, dans le marché du travail et qu'elles souffrent de dénuement économique, par voie de conséquence: *Moge*, précité, à la p. 861. Les questions qui concernent les parents pauvres touchent nécessairement les femmes de façon disproportionnée, de sorte qu'elles soulèvent des soucis d'égalité et la nécessité d'examiner leur point de vue.

114 As well as affecting women in particular, issues of fairness in child protection hearings also have particular importance for the interests of women and men who are members of other disadvantaged and vulnerable groups, particularly visible minorities, Aboriginal people, and the disabled. As noted by the United States Supreme Court in *Santosky v. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), at p. 763:

Outre le fait qu'elles touchent davantage les femmes, les questions relatives à l'équité dans le cadre des audiences en matière de protection des enfants revêtent également une importance particulière quant aux droits des femmes et des hommes qui sont membres d'autres groupes défavorisés et vulnérables, notamment les minorités visibles, les Autochtones et les personnes handicapées. Comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Santosky c. Kramer*, 455 U.S. 745 (1982), à la p. 763:

> Because parents subject to termination proceedings are often poor, uneducated, or members of minority groups. . . such proceedings are often vulnerable to judgments based on cultural or class bias.

> [TRADUCTION] Parce que les parents qui font l'objet de procédures visant à leur retirer l'autorité parentale sont souvent pauvres, non instruits ou membres d'une minorité [. . .] ces procédures sont souvent susceptibles de donner lieu à des jugements fondés sur des préjugés culturels ou de classe.

Similarly, Professors Cossman and Rogerson note that "The parents in child protection cases are typically the most disadvantaged and vulnerable within the family law system . . . .": "Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law", in *Report of the Ontario Legal Aid Review: A Blueprint of Publicly Funded Legal Services* (1997), 773, at p. 787.

De la même manière, les professeurs Cossman et Rogerson font remarquer que: [TRADUCTION] «Dans les affaires portant sur la protection des enfants, les parents sont, de façon générale, les plus défavorisés et les plus vulnérables dans le cadre du système de droit de la famille . . .»: «Case Study in the Provision of Legal Aid: Family Law», dans *Rapport de l'examen du Régime d'aide juridique de l'Ontario: Plan d'action pour des services juridiques publics subventionnés* (1997), 773, à la 787.

115 Thus, in considering the s. 7 rights at issue, and the principles of fundamental justice that apply in this situation, it is important to ensure that the analysis takes into account the principles and purposes of the equality guarantee in promoting the

Par conséquent, lorsqu'on examine les droits garantis par l'art. 7 en cause ainsi que les principes de justice fondamentale qui s'appliquent dans ce cas, il est important de s'assurer que l'analyse tienne compte des principes et des objets de la

equal benefit of the law and ensuring that the law responds to the needs of those disadvantaged individuals and groups whose protection is at the heart of s. 15. The rights in s. 7 must be interpreted through the lens of ss. 15 and 28, to recognize the importance of ensuring that our interpretation of the Constitution responds to the realities and needs of all members of society.

B. *Security of the Person*

Turning to the s. 7 rights engaged, I agree with the Chief Justice, for the reasons that he states, that the appellant's security of the person was implicated when the government instituted proceedings to extend the existing custody order. As he discusses, the importance of one's identity as a parent, and the serious stigma and psychological stress that will occur if the child is removed from the home because of the removal of the parent's power to care for him or her mean that the parent's security of the person will be violated if the child is removed from the home.

C. *Liberty*

I also agree with Bastarache J.A. (as he then was), who dissented in the Court of Appeal, that the right to liberty within s. 7 is triggered. In *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, La Forest J., writing on behalf of four members of the Court, held that the liberty interest must be interpreted broadly, in accordance with the principles and values of the *Charter* as a whole. He wrote, at para. 80:

On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom. . . . Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or

garantie d'égalité en favorisant le bénéfice égal de la protection de la loi et en s'assurant que la loi réponde aux besoins des personnes et des groupes défavorisés que l'art. 15 vise à protéger. Les droits garantis par l'art. 7 doivent être interprétés à travers le prisme des art. 15 et 28 afin que l'importance d'une interprétation de la Constitution qui tienne compte des réalités et des besoins de tous les membres de la société soit reconnue.

B. *La sécurité de la personne*

116 Concernant l'application des droits garantis par l'art. 7, je partage l'avis du Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que la sécurité de l'appelante a été mise en cause lorsque le gouvernement a institué des procédures visant la prolongation de l'ordonnance de garde existante. Comme il le mentionne, l'importance de l'identité d'une personne en tant que parent et le stigmate ainsi que le stress psychologique grave causés par le retrait de l'enfant du domicile en raison de l'élimination du pouvoir du parent d'en prendre soin font qu'il sera porté atteinte à la sécurité du parent si l'enfant est retiré du domicile.

C. *La liberté*

117 Je suis également d'accord avec le juge Bastarache (maintenant juge de notre Cour), dissident en Cour d'appel, que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 entre en jeu. Dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, le juge La Forest, au nom de quatre membres de notre Cour, a conclu que le droit à la liberté devait être interprété de façon large, conformément aux principes et aux valeurs que contient la *Charte* dans son ensemble. Il écrit, au par. 80:

D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [. . .] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocra-

her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [Emphasis added.]

tique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. [Je souligne.]

Similar principles were articulated in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 166, *per* Wilson J.; and *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, at para. 66, *per* La Forest J. I continue to agree with these statements, and I note that they were not rejected by a majority of the Court in either of the above cases.

Des principes semblables ont été formulés dans les arrêts *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, à la p. 166, le juge Wilson; et *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, au par. 66, le juge La Forest. Je suis toujours d'accord avec ces principes, et je souligne qu'ils n'ont pas été rejetés par notre Cour, à la majorité, dans les deux arrêts susmentionnés.

118 Applying these principles to the context of the family in *B. (R.)*, La Forest J. held that parental decision-making and other attributes of custody are protected under the liberty interest. He wrote, at paras. 83 and 85:

Appliquant ces principes au contexte de la famille dans l'arrêt *B. (R.)*, le juge La Forest a conclu que le processus de prise de décisions des parents ainsi que les autres attributs de la garde étaient protégés au nom du droit à la liberté. Il écrit, aux par. 83 et 85:

. . . I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent.

. . . j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent.

. . .

. . .

[The parental] role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*. [Emphasis added.]

Ce rôle [parental] se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*. [Je souligne.]

Wardship proceedings, in my view, implicate these fundamental liberty interests of parents. The result of the proceeding may be that the parent is deprived of the right to make decisions on behalf of children and guide their upbringing, which is protected by s. 7. Though the state may intervene

J'estime que les procédures en matière de garde d'enfants mettent en cause ces libertés fondamentales des parents. L'instance peut entraîner la perte du droit de prendre des décisions au nom des enfants et de guider leur éducation, lequel est protégé par l'art. 7. Bien que l'État puisse intervenir

when necessary, liberty interests are engaged of which the parent can only be deprived in accordance with the principles of fundamental justice. Interpreting the interests here as protected under s. 7 also reflects the equality values set out above.

II. The Principles of Fundamental Justice

I agree with the Chief Justice, for the reasons he sets out, that the principles of fundamental justice require that a parent be able to participate in the hearing adequately and effectively, and that it is the obligation of the trial judge to exercise his or her discretion in determining when a lack of counsel will interfere with the ability of the parent to present his or her case. I also agree with him that this discretion was not properly exercised here. The trial judge was in error in not adequately considering the values of meaningful participation in the hearing affecting the rights of the child or the complexity of this case and the difficulty the appellant would face in presenting her case.

As to the criteria for determining when the provision of counsel will be necessary to ensure a fair hearing if the parent cannot otherwise afford a lawyer, first, I agree with the Chief Justice that a trial judge, in determining whether a parent will be able to participate effectively in the hearing, must consider the seriousness of the interests, the complexity of the proceedings, and the characteristics of the parent affected. I would view these interests broadly, and would therefore find that the right to funded counsel in child protection hearings, when a parent cannot afford a lawyer and the parent is not covered by the legal aid scheme, will not infrequently be invoked.

On the issue of the seriousness of the interests at stake, I agree with my colleague that child protection hearings will have varying degrees of seriousness. Under the legislation of different provinces, varying types of orders may be made, including

lorsque c'est nécessaire, le droit à la liberté dont le parent ne peut être privé qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale entre en jeu. Interpréter les droits visés en l'espèce comme étant protégés en vertu de l'art. 7 reflète également les valeurs d'égalité susmentionnées.

II. Les principes de justice fondamentale

119 Je suis d'accord avec le Juge en chef, pour les motifs qu'il expose, que les principes de justice fondamentale exigent qu'un parent soit capable de participer de façon adéquate et efficace à l'audience, et que le juge de première instance est tenu d'exercer son pouvoir discrétionnaire pour déterminer quand l'absence d'avocat empêche le parent de présenter sa cause. Je partage également son avis que ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé correctement en l'espèce. Le juge de première instance a commis une erreur en ne tenant pas suffisamment compte des valeurs relatives à la participation valable à l'audience touchant les droits de l'enfant ni de la complexité de la présente affaire et des problèmes que rencontrerait l'appelante dans la présentation de sa cause.

120 Relativement au test visant à déterminer dans quels cas il sera nécessaire de fournir un avocat à un parent pour assurer le caractère équitable de l'audience lorsque ce parent n'a pas les moyens d'en engager un, premièrement, je suis d'accord avec le Juge en chef que lorsqu'il détermine si un parent est capable de participer de façon efficace à l'audience, le juge de première instance doit examiner l'importance des droits, la complexité des procédures et les caractéristiques du parent qui est touché. J'interpréterais ces droits de façon large, et en conséquence, dans les cas où un parent ne peut pas se permettre d'engager un avocat et n'est pas couvert par le régime d'aide juridique, le droit à un avocat rémunéré par l'État lors d'auditions relatives à la protection des enfants ne sera pas que rarement invoqué.

121 En ce qui a trait à l'importance des intérêts en jeu, je partage l'avis de mon collègue que les instances en matière de garde n'ont pas toutes le même caractère de gravité. En vertu des lois des différentes provinces, divers types d'ordonnances

orders that the child be placed with the parent subject to supervision, or temporary or permanent orders depriving the parent of custody. The seriousness of the order requested will play a role in the balancing of interests that takes place when determining whether counsel is necessary to ensure effective participation in the proceedings. However, in my view, whether the application is temporary or permanent should not have a significant effect on whether the parent will be granted a right to counsel. When considering this factor, trial judges should be attentive to the fact that temporary applications are often part of a process that leads to permanent ones, and it is necessary to consider the seriousness of the proceeding in relation to both the short-term and long-term interests of the parents affected. As noted by George Thomson (then a judge of the Ontario Provincial Court (Family Division)):

peuvent être rendues, y compris des ordonnances prévoyant que l'enfant soit confié au parent sous supervision ainsi que des ordonnances temporaires ou permanentes retirant la garde au parent. La sévérité de l'ordonnance demandée jouera un rôle lorsque ces intérêts seront soupesés afin de déterminer si la présence d'un avocat est nécessaire pour assurer une participation efficace aux procédures. J'estime, cependant, que le fait que la demande vise une ordonnance temporaire ou permanente ne doit pas avoir d'effet important sur la question de savoir si le droit à un avocat sera accordé au parent. Lorsqu'il examine ce facteur, le juge de première instance doit tenir compte du fait que les demandes d'ordonnances temporaires font souvent partie d'un processus qui mène à des ordonnances permanentes, de sorte qu'il faut examiner l'importance de l'instance tant en ce qui a trait aux droits à court terme du parent touché qu'en ce qui a trait à ses droits à long terme. Comme l'a souligné George Thomson (alors juge de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille)):

> Yet [the judge] must deal with the realization that a temporary order is often the first step in a fairly inexorable march to permanent wardship, and that there is a fairly unequal relationship between the protection agency and those parents with whom it works. [Emphasis added.]
>
> (G. M. Thomson, "Judging Judiciously in Child Protection Cases", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, at p. 233.)

> [TRADUCTION] Cela n'empêche pas que [le juge] doive reconnaître qu'une ordonnance temporaire est souvent le premier pas d'une marche relativement inexorable vers la tutelle permanente, et qu'il existe un rapport relativement inégal entre l'organisme de protection et les parents visés par son action. [Je souligne.]
>
> (G. M. Thomson, «Judging Judiciously in Child Protection Cases», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, éd., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), 213, à la p. 233.)

Judges must be cognizant of this reality when evaluating this factor in the circumstances of each particular case. Determining the seriousness of the matter must take into account the overall context and the serious effects of losing the ability to care for and guide the development of one's children.

Les juges doivent être au courant de cette réalité lorsqu'ils évaluent ce facteur au regard des faits de chaque affaire particulière. La détermination de la gravité de l'affaire doit être faite à la lumière du contexte global et des effets lourds de conséquences, pour une personne, de la perte de la possibilité de prendre soin de ses propres enfants et d'en guider le développement.

122 Second, as my colleague points out, the complexity of the proceedings is also an important factor in evaluating whether a hearing without counsel proceeded in accordance with the principles of fundamental justice. The more complex the pro-

Deuxièmement, comme mon collègue le souligne, la complexité des procédures constitue également un facteur important pour les fins de la question de savoir si une audience en l'absence d'avocat a eu lieu conformément aux principes de

ceedings are, the more difficult it will be for the parent to participate effectively without assistance. As eloquently noted by Bastarache J.A., the complexity of the proceedings in the present case placed the appellant at a significant disadvantage:

> All other parties are represented. Ms. G. must be able to adduce evidence and cross-examine witnesses. There were 15 witnesses. Proceedings consumed three days. The interpretation of the legislation and of the powers of the Minister were in issue. The rules of evidence were at play.
>
> ((1997), 187 N.B.R. (2d) 81, at p. 139)

The length of the proceedings, the type of evidence that is presented, the number of witnesses and the complexity and technicality of the proceedings must be important considerations in evaluating this factor.

As regards the third factor discussed by the Chief Justice, in articulating and interpreting this criterion, courts must be particularly careful to avoid including factors in the test for funded counsel that may make it more difficult for the parent when presenting her case on the merits: see P. Hughes, "New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*" (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, at p. 250. The parent should not be placed in the Catch-22 situation of having to present himself or herself, in order to be granted the right to funded counsel, in a manner that makes it more likely that decisions will be made against him or her at the hearing itself. Nor should the parent face the disadvantage of the trial judge having already made findings of fact, at the right to counsel stage, that will be adverse to her or his interests at the stage of determining the best interests of the child. I agree with the Chief Justice that: "In proceedings as serious and complex as these, an unrepresented parent will ordinarily need to possess superior intelligence or education, communication skills, composure, and familiarity with the

justice fondamentale. Plus les procédures sont complexes, plus il sera difficile pour le parent de participer à l'audience de façon efficace sans aide. Comme l'a fait remarquer de façon éloquente le juge Bastarache, la complexité des procédures en l'espèce a mis l'appelante dans une situation fortement défavorisée:

> [TRADUCTION] Toutes les autres parties sont représentées. Madame G. doit pouvoir introduire une preuve et contre-interroger des témoins. Quinze témoins ont comparu. Les procédures ont pris trois jours entiers. Le litige appelait une interprétation de la loi et des pouvoirs du Ministre. Les règles de preuve entraient en jeu.
>
> ((1997), 187 R.N.-B. (2e) 81, à la p. 139)

La durée de l'instance, le genre de preuve présentée, le nombre de témoins ainsi que la complexité et le caractère technique des procédures doivent constituer des considérations importantes dans le cadre de l'évaluation de ce facteur.

123 Relativement au troisième facteur mentionné par le Juge en chef, les tribunaux doivent prendre un soin particulier, lorsqu'ils le formulent et l'interprètent afin d'éviter d'inclure dans le test des facteurs susceptibles de rendre plus ardue la tâche du parent de présenter sa cause au fond: voir P. Hughes, «New Brunswick's Domestic Legal Aid System: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. J.G.*» (1998), 16 *Windsor Y.B. Access Just.* 240, à la p. 250. Le parent ne doit pas être mis dans la situation sans issue où, pour obtenir le droit à un avocat rémunéré par l'État, il doive se représenter lui-même d'une manière qui rende plus probable la prise de décision défavorable à l'audience même. Le parent ne doit pas non plus se retrouver dans la position désavantageuse où, à l'étape de l'examen du droit à un avocat, le juge de première instance ait déjà tiré des conclusions de fait qui nuiront au parent lorsque viendra le temps de déterminer ce qui est dans le meilleur intérêt de l'enfant. Je suis d'accord avec le Juge en chef que: «Dans des instances aussi importantes et complexes, le parent non représenté devra, en général, être très intelligent ou très instruit, posséder d'excellentes capacités de communication ainsi que beaucoup de sang-froid

legal system in order to effectively present his or her case" (para. 80).

124 In considering this factor, the focus should be on the parent's education level, linguistic abilities, facility in communicating, age, and similar indicators. These characteristics will vary among those whose liberty and security interests are affected by child protection proceedings, but none of them will have considerable effects on the determination of the ultimate result of the Minister's application.

125 Taking into account all these factors, it is likely that the situations in which counsel will be required will not necessarily be rare. Proceedings will in many cases be complex, and the consequences, when the child may be removed from the home, are generally serious. Funded counsel must be ordered whenever a fair hearing will not take place without representation. The determination of this question must take into account the important value of meaningful participation in the hearing, taking into account the rights affected, and the powerlessness that a reasonable person in the position of the claimant may legitimately feel when faced with the formal procedures and practices of the justice system. The trial judge's duty to ensure a fair trial may therefore, when necessary, involve an order that the parent be provided with legal counsel, and trial judges should not, in my view, consider the issue from the starting point that counsel will be necessary to ensure a fair hearing only in rare cases.

126 In the result, I would dispose of the appeal as proposed by the Chief Justice.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Christie & Associates, Fredericton.

et bien connaître le système judiciaire pour pouvoir présenter efficacement sa cause» (par. 80).

Dans le cadre de l'examen de ce facteur, il faut mettre l'accent sur le niveau d'instruction du parent, ses aptitudes linguistiques, sa facilité de communication, son âge ainsi que d'autres indicateurs du même genre. Ces caractéristiques varieront selon les personnes dont le droit à la liberté et à la sécurité est touché par les procédures en matière de protection des enfants, mais aucune d'elles n'aura d'effets importants sur le résultat ultime de la demande du ministre.

Si on tient compte de tous ces facteurs, il est probable que les cas où la présence d'un avocat sera requise ne seront pas nécessairement rares. Les procédures sont complexes dans plusieurs cas, et, dans celles où l'enfant est susceptible d'être retiré du domicile, les conséquences sont généralement importantes. Il y aura lieu d'ordonner la présence d'un avocat rémunéré par l'État chaque fois qu'une audition équitable n'est pas possible sans représentation. Pour trancher cette question, il faut tenir compte de la grande valeur d'une participation valable à l'audience à la lumière des droits touchés et du sentiment d'impuissance que peut légitimement ressentir une personne raisonnable se trouvant dans la situation d'un demandeur et faisant face aux procédures et aux pratiques formelles du système judiciaire. L'obligation du juge de première instance d'assurer le caractère équitable du procès comporte donc, lorsque cela est nécessaire, le prononcé d'une ordonnance prévoyant que les services d'un avocat soient fournis au parent, et j'estime que le juge de première instance ne doit pas examiner cette question en tenant pour acquis, dès le départ, que la présence d'un avocat ne sera nécessaire pour assurer le caractère équitable du procès que dans de rares cas.

En conséquence, je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le Juge en chef.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Christie & Associates, Fredericton.

Solicitor for the respondents the Minister of Health and Community Services, the Attorney General for New Brunswick and the Minister of Justice: The Department of Justice, Fredericton.

Procureur des intimés le ministre de la Santé et des Services communautaires, le procureur général du Nouveau-Brunswick et le ministre de la Justice: Le ministère de la Justice, Fredericton.

Solicitors for the respondents the Law Society of New Brunswick and Legal Aid New Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, Fredericton.

Procureurs des intimés le Barreau du Nouveau-Brunswick et l'Aide juridique du Nouveau-Brunswick: Cox, Hanson, O'Reilly, Matheson, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le ministère de la Justice, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Alberta Justice, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Justice Alberta, Edmonton.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: Monk, Goodwin, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: The Public Interest Centre, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Le Public Interest Centre, Winnipeg.

Solicitors for the interveners the Women's Legal Education and Action Fund, the National Association of Women and the Law, and the Disabled Women's Network Canada: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Procureurs des intervenants le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association nationale de la femme et du droit et le Réseau d'action des femmes handicapées: Carole Curtis, Toronto; Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitors for the intervener the Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

Procureurs de l'intervenante la Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Georgetown, Ontario.

TAB 18

Jacques Chaoulli and George Zeliotis *Appellants*

v.

Attorney General of Quebec and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of New Brunswick, Attorney General for Saskatchewan, Augustin Roy, Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche, Canadian Medical Association and Canadian Orthopaedic Association, Canadian Labour Congress, Charter Committee on Poverty Issues and Canadian Health Coalition, Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association and British Columbia Anesthesiologists Society *Interveners*

Indexed as: Chaoulli *v.* Quebec (Attorney General)

Neutral citation: 2005 SCC 35.

File No.: 29272.

Jacques Chaoulli et George Zeliotis *Appelants*

c.

Procureur général du Québec et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Saskatchewan, Augustin Roy, Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche, Association médicale canadienne et Association canadienne d'orthopédie, Congrès du travail du Canada, Comité de la Charte et des questions de pauvreté et Coalition canadienne de la santé, Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society *Intervenants*

Répertorié : Chaoulli *c.* Québec (Procureur général)

Référence neutre : 2005 CSC 35.

N° du greffe : 29272.

2004: June 8; 2005: June 9.*

Present: McLachlin C.J. and Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps and Fish JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Human rights — Right to life and to personal inviolability — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition infringing rights to life and to personal inviolability guaranteed by s. 1 of Charter of Human Rights and Freedoms — If so, whether infringement can be justified under s. 9.1 of Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1, 9.1 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Waiting times in public health system — Provincial legislation prohibiting Quebec residents from taking out insurance to obtain in private sector health care services already available under Quebec's public health care plan — Prohibition depriving Quebec residents of access to private health care services not coming with waiting times inherent in public system — Whether prohibition constituting deprivation of rights to life, liberty and security of person guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms and, if so, whether deprivation in accordance with principles of fundamental justice — If there violation, whether it can be justified under s. 1 of Charter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7 — Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, s. 15 — Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, s. 11.

Over the years, Z experienced a number of health problems that prompted him to speak out against waiting times in Quebec's public health care system. C is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-

* On August 4, 2005, the Court stayed the judgment for a period of 12 months from the date of the judgment.

2004 : 8 juin; 2005 : 9 juin*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Major, Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps et Fish.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droits de la personne — Droit à la vie et à l'intégrité de la personne — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne garantis par l'art. 1 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiable au regard de l'art. 9.1 de la Charte? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1, 9.1 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Délais d'attente du système de santé public — Dispositions provinciales prohibant aux résidents du Québec de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services de santé déjà dispensés par le régime de santé public québécois — Prohibition empêchant les résidents du Québec d'avoir accès à des soins de santé privés qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public — La prohibition porte-t-elle atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et liberté et, dans l'affirmative, cette atteinte est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — S'il y a contravention, est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7 — Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 15 — Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 11.

Z souffre, au fil des ans, de plusieurs problèmes de santé qui l'amènent à dénoncer les délais du système de santé public québécois. C est médecin et tente sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à

* Le 4 août 2005, la Cour a suspendu le jugement pour une période de 12 mois à compter de la date du jugement.

delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. By means of a motion for a declaratory judgment, the appellants, Z and C, contested the validity of the prohibition on private health insurance provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act* ("*HEIA*") and s. 11 of the *Hospital Insurance Act* ("*HOIA*"). They contended that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the waiting times inherent in the public system. They claimed, *inter alia*, that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* violate their rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment. In the court's view, even though the appellants had demonstrated a deprivation of the rights to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter*, this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. The Court of Appeal affirmed that decision.

Held (Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting): The appeal should be allowed. Section 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* are inconsistent with the *Quebec Charter*.

Per Deschamps J.: In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters produce cumulative effects, but where the rules are not identical. Given the absence in s. 1 of the *Quebec Charter* of the reference to the principles of fundamental justice found in s. 7 of the *Canadian Charter*, the scope of the *Quebec Charter* is potentially broader than that of the *Canadian Charter*, and this characteristic should not be disregarded. What is more, it is clear that the protection of s. 1 of the *Quebec Charter* is not limited to situations involving the administration of justice. [26-33]

In the instant case, the trial judge's conclusion that s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* constitute a deprivation of the rights to life and security of the person protected by s. 7 of the *Canadian Charter* applies in full to the rights to life and to personal inviolability protected by s. 1 of the *Quebec Charter*. The evidence shows that, in the case of certain surgical procedures, the delays that are the necessary result of waiting lists increase the patient's risk of mortality or the risk that his or her injuries will become irreparable. The evidence also shows that many patients on non-urgent waiting lists are in pain and cannot fully enjoy any real quality of life. The right to life and to personal inviolability is therefore affected by the waiting times. [38-43]

domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Par requête en jugement déclaratoire, les appelants Z et C contestent la validité de la prohibition de l'assurance maladie privée que prévoient les art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie* (« *LAM* ») et 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* (« *LAH* »). Ils font valoir que cette prohibition les prive de soins de santé qui ne sont pas assujettis aux délais d'attente inhérents au régime public. Ils estiment notamment que les art. 15 *LAM* et 11 *LAH* portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire. La cour est d'avis que, même si les appelants ont démontré l'existence d'une atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne*, cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. La Cour d'appel confirme cette décision.

Arrêt (les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli. Les articles 15 *LAM* et 11 *LAH* sont incompatibles avec la *Charte québécoise*.

La juge Deschamps : En cas de contestation d'une loi québécoise, il convient de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Vu l'absence à l'art. 1 de la *Charte québécoise* de la mention des principes de justice fondamentale incluse à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la portée de la *Charte québécoise* est potentiellement plus large que celle de la *Charte canadienne* et cette caractéristique ne devrait pas être éludée. En outre, il est clair que la protection de l'art. 1 de la *Charte québécoise* ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice. [26-33]

En l'espèce, les conclusions de la juge de première instance, selon lesquelles les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* portent atteinte aux droits à la vie et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne*, s'appliquent intégralement aux droits à la vie et à l'intégrité de la personne protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*. La preuve révèle que, pour certaines chirurgies, les délais inhérents aux listes d'attente augmentent le risque de mortalité du patient ou d'irrémédiabilité de ses blessures. La preuve révèle également que les patients inscrits sur les listes d'attente non urgente sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas profiter pleinement d'une véritable qualité de vie. Le droit à la vie et à l'intégrité de la personne est donc touché par les délais d'attente. [38-43]

The infringement of the rights protected by s. 1 is not justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The general objective of the *HOIA* and the *HEIA* is to promote health care of the highest possible quality for all Quebeckers regardless of their ability to pay. The purpose of the prohibition on private insurance in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to preserve the integrity of the public health care system. Preservation of the public plan is a pressing and substantial objective, but there is no proportionality between the measure adopted to attain the objective and the objective itself. While an absolute prohibition on private insurance does have a rational connection with the objective of preserving the public plan, the Attorney General of Quebec has not demonstrated that this measure meets the minimal impairment test. It cannot be concluded from the evidence concerning the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems of various OECD countries that an absolute prohibition on private insurance is necessary to protect the integrity of the public plan. There are a wide range of measures that are less drastic and also less intrusive in relation to the protected rights. [49-58] [68] [83-84]

This is not a case in which the Court must show deference to the government's choice of measure. The courts have a duty to rise above political debate. When, as in the case at bar, the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of a violation of Quebeckers' right to security. Inertia cannot be used as an argument to justify deference. [87-89] [97]

Per McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ.: The conclusion of Deschamps J. that the prohibition on private health insurance violates s. 1 of the *Quebec Charter* and is not justifiable under s. 9.1 is agreed with. The prohibition also violates s. 7 of the *Canadian Charter* and is not justifiable under s. 1. [102]

While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, must comply with the *Canadian Charter*. Here, it is common ground that the effect of the prohibition on private health insurance set out in s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to allow only the very rich, who can afford private health care without need of insurance, to secure private care in order to avoid

L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 n'est pas justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. L'objectif général de la *LAH* et de la *LAM* est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. La prohibition de l'assurance privée que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* vise à préserver l'intégrité du régime de santé public. La préservation du régime public est un objectif urgent et réel, mais la mesure choisie pour y parvenir n'est pas proportionnée à cet objectif. Même si la prohibition absolue des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public, le procureur général du Québec n'a pas démontré que cette mesure satisfait au critère de l'atteinte minimale. Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes de plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que la prohibition absolue des assurances privées est nécessaire pour protéger l'intégrité du régime public. Il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes et moins attentatoires aux droits protégés. [49-58] [68] [83-84]

Il ne s'agit pas d'une affaire où la Cour doit faire montre de déférence à l'égard de la mesure choisie par le gouvernement. Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Lorsque, comme en l'espèce, les tribunaux disposent des outils nécessaires pour prendre une décision, ils ne doivent pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence. [87-89] [97]

La juge en chef McLachlin et les juges Major et Bastarache : Il y a accord avec la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle la prohibition de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte québécoise* et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. La prohibition contrevient également à l'art. 7 de la *Charte canadienne* et n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. [102]

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit doit, comme toutes les règles de droit, être conforme à la *Charte canadienne*. En l'espèce, il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance que prévoient les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance, ont accès à des soins

any delays in the public system. Given the prohibition, most Quebeckers have no choice but to accept any delays in the public health regime and the consequences this entails. [104-111] [119]

The evidence in this case shows that delays in the public health care system are widespread, and that, in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. The evidence also demonstrates that the prohibition against private health insurance and its consequence of denying people vital health care result in physical and psychological suffering that meets a threshold test of seriousness. [112] [123]

Where lack of timely health care can result in death, the s. 7 protection of life is engaged; where it can result in serious psychological and physical suffering, the s. 7 protection of security of the person is triggered. In this case, the government has prohibited private health insurance that would permit ordinary Quebeckers to access private health care while failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death. In so doing, it has interfered with the interests protected by s. 7 of the *Canadian Charter.* [123-124]

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* are arbitrary, and the consequent deprivation of the interests protected by s. 7 is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice. In order not to be arbitrary, a limit on life, liberty or security of the person requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. Here, the evidence on the experience of other western democracies with public health care systems that permit access to private health care refutes the government's theory that a prohibition on private health insurance is connected to maintaining quality public health care. It does not appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. [126-131] [139] [149-150]

The breach of s. 7 is not justified under s. 1 of the *Canadian Charter.* The government undeniably has an interest in protecting the public health regime but, given that the evidence falls short of demonstrating

de santé privés leur permettant d'éviter les délais du système public. À cause de la prohibition, la plupart des Québécois n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système public de santé et les conséquences s'y rattachant. [104-111] [119]

En l'espèce, la preuve démontre que les délais du système public sont répandus et que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d'attente pour la prestation de soins de santé publics. La preuve établit également que la prohibition de souscrire une assurance maladie privée — et le fait que des personnes soient en conséquence de celle-ci privées de soins vitaux — entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à un critère de sériosité. [112] [123]

Lorsque l'impossibilité d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d'entraîner le décès d'une personne, la protection de la vie prévue à l'art. 7 entre en jeu; lorsqu'elle risque d'entraîner des souffrances physiques et psychologiques, c'est la protection de la sécurité de la personne prévue au même article qui intervient. Dans la présente affaire, le gouvernement prohibe l'achat d'assurances maladie privées qui permettraient aux Québécois ordinaires d'obtenir des soins de santé privés, mais omet d'offrir un accès raisonnable à des soins de santé, accroissant ainsi les risques de complications et de mortalité. Ce faisant, il porte atteinte aux droits que protège l'art. 7 de la *Charte canadienne*. [123-124]

Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont un caractère arbitraire et l'atteinte causée par ces dispositions aux droits protégés par l'art. 7 n'est en conséquence pas conforme aux principes de justice fondamentale. Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Les tribunaux appelés à trancher les questions relatives à l'art. 7 doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. En l'espèce, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales, où le système de santé public permet l'accès aux soins privés, réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité. La participation du secteur privé ne paraît pas entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. [126-131] [139] [149-150]

La contravention de l'art. 7 de la *Charte canadienne* n'est pas justifiée au regard de l'article premier de ce texte. Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence

that the prohibition on private health insurance protects the public health care system, a rational connection between the prohibition on private health insurance and the legislative objective is not made out. In addition, on the evidence, the prohibition goes further than would be necessary to protect the public system and is thus not minimally impairing. Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh its deleterious effects. The physical and psychological suffering and risk of death that may result from the prohibition on private health insurance outweigh whatever benefit — and none has been demonstrated here — there may be to the system as a whole. [154-157]

Per Binnie, LeBel and Fish JJ. (dissenting): The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. This issue has been the subject of protracted debate in Quebec and across Canada through several provincial and federal elections. The debate cannot be resolved as a matter of constitutional law by judges. [161]

Canadian Charter interests under s. 7 are enumerated as life, liberty and security of the person. The trial judge found that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established "principle of fundamental justice". That is not the case here. [164] [200]

The public policy objective of "health care of a reasonable standard within a reasonable time" is not a legal principle of fundamental justice. There is no "societal consensus" about what this non-legal standard means or how to achieve it. It will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when judges will think its provisions cross the line from what is "reasonable" into the forbidden territory of what is "unreasonable". [209]

A deprivation of a right will be arbitrary, and will thus infringe s. 7, if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation. Quebec's legislative objective is to provide high-quality health care, at a reasonable cost, for as many people as

de preuve que la prohibition des assurances maladie privées protège le système de santé public, le lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif visé par la loi n'est pas établi. En outre, compte tenu de la preuve, la prohibition va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public et ne constitue donc pas une atteinte minimale. Enfin, les avantages de la prohibition ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent découler de la prohibition des assurances santé privées l'emportent sur tout avantage (dont l'existence ne nous a pas été démontrée en l'espèce) susceptible de résulter pour l'ensemble du système. [154-157]

Les juges Binnie, LeBel et Fish (dissidents) : Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d'un secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d'assurance maladie privée. Cette question a longuement été débattue partout au Québec et ailleurs au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Le débat ne peut pas être tranché par la voie judiciaire, comme s'il s'agissait d'un simple problème de droit constitutionnel. [161]

L'article 7 de la *Charte canadienne* garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. La juge de première instance a conclu que l'état actuel du système de santé québécois, lié à l'interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins. Les tribunaux ne peuvent recourir à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Ce n'est pas le cas en l'espèce. [164] [200]

L'objectif de politique générale d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n'est pas un principe juridique de justice fondamentale. Aucun « consensus dans la société » n'existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l'atteindre. Les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d'énormes difficultés à prévoir dans quels cas les juges décideront que ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit de ce qui est « déraisonnable ». [209]

L'atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l'art. 7 lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou lorsqu'elle est incompatible avec cet intérêt. L'objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le

possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. An overbuilt health system is no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. [232-236]

The Quebec health plan shares the policy objectives of the *Canada Health Act*, and the means adopted by Quebec to implement these objectives are not arbitrary. In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. To accomplish this objective, Quebec seeks to discourage the growth of private sector delivery of "insured" services based on wealth and insurability. The prohibition is thus rationally connected to Quebec's objective and is not inconsistent with it. In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system. [237-240]

The view of the evidence taken by the trial judge supports that belief. She found that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system. The evidence indicates that a parallel private system will not reduce, and may worsen, the public waiting lists and will likely result in a decrease in government funding for the public system. In light of these findings, it cannot be said that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" the preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status. Prohibition of private insurance is not "inconsistent" with the State interest; still less is it "unrelated" to it. People are free to dispute Quebec's strategy, but it cannot be said that the province's version of a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect that system, is a legislative choice that has been adopted "arbitrarily" by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence. [235-248] [256-258]

The limits on legislative action fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants' case than are those fixed by the *Canadian Charter*.

plus grand nombre possible de gens aient accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d'une manière conforme aux principes d'efficacité, d'équité et de responsabilité financière. Un système de santé surdimensionné n'est pas plus dans l'intérêt public général qu'un système qui se trouve parfois dans l'incapacité d'offrir les services escomptés. [232-236]

Le régime de santé québécois partage les objectifs de politique générale de la *Loi canadienne sur la santé*, et les moyens que le Québec a choisis pour les réaliser ne sont pas arbitraires. En principe, le Québec veut que l'accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Pour réaliser cet objectif, le Québec tente d'empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l'assurabilité. L'interdiction a donc un lien rationnel avec l'objectif du Québec et elle n'est pas incompatible avec cet objectif. En pratique, le Québec fonde l'interdiction sur l'opinion selon laquelle la présence de l'assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu'elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public. [237-240]

La perception que la juge de première instance avait de la preuve étaye cette opinion. La juge a conclu que l'accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public. La preuve indique que, au lieu de contribuer à diminuer les listes d'attente du système public, un système privé parallèle risque de les aggraver et entraînera vraisemblablement une réduction du financement du système public par l'État. Compte tenu de ces conclusions, on ne saurait prétendre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d'un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. L'interdiction de souscrire une assurance privée n'est pas « incompatible » avec l'intérêt de l'État. On peut encore moins lui reprocher de n'avoir « aucun lien » avec cet intérêt. Tous sont libres de contester la stratégie du Québec, mais on ne saurait dire que le modèle de système de santé unique de la province, assorti d'une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à protéger ce système, constitue un choix législatif que l'Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu'à maintenant. [235-248] [256-258]

Les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*.

Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the principles of fundamental justice. Here, the prohibition against private insurance is justifiable under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, which requires rights to be exercised with "proper regard" to "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". On the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have proper regard for "democratic values" or "public order", as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the "general well-being of the citizens of Québec", who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebeckers. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter*: the objectives are compelling; a rational connection between the measure and the objective has been demonstrated, and the choice made by the National Assembly is within the range of options that are justifiable under s. 9.1. In respect of questions of social and economic policy, the minimal impairment test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society remains a challenging task and calls for difficult choices. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise outcome. [179] [271-276]

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely manner is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. [264]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; **referred to:** *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Singh v. Minister of Employment and*

Essentiellement, l'art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l'art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les principes de justice fondamentale. En l'espèce, l'interdiction de souscrire une assurance privée est justifiable au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, qui exige que les droits s'exercent « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Selon la preuve, l'exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu'ils revendiquent pour contrer l'interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l'ordre public », étant donné que l'avenir d'un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L'exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés. La preuve étaye amplement la validité de l'interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise* : les objectifs sont impérieux; l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et son objectif est démontrée; le choix fait par l'Assemblée nationale compte parmi la gamme d'options justifiables au regard de l'art. 9.1. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, le critère de l'atteinte minimale laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux. [179] [271-276]

La soupape (si imparfaite soit-elle) de l'autorisation donnée à des résidents québécois d'aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu'ils sont incapables d'obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. [264]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêts appliqués : *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; **arrêts mentionnés :** *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Singh c.*

Immigration, [1985] 1 S.C.R. 177; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441; *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199.

By McLachlin C.J. and Major J.

Applied: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

By Binnie and LeBel JJ. (dissenting)

Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General), [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236; *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44; *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co.*

Ministre de l'Emploi et de l'Immigration, [1985] 1 R.C.S. 177; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441; *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199.

Citée par la juge en chef McLachlin et le juge Major

Arrêts appliqués : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêts mentionnés :** *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Citée par les juges Binnie et LeBel (dissidents)

Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général), [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236; *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44; *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48; *Renvoi : Motor Vehicle Act*

v. Parrish, 300 U.S. 379 (1937); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4; *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting health services and social services, R.S.Q., c. S-4.2, ss. 5, 316, 346, 347 to 349, 350, 351, 352 to 370, 376 to 385, 437.

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1).

Canada Health Act, R.S.C. 1985, c. C-6, s. 3.

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1985, App. III.

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8 to 14, 12, 15, 24.

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, preamble, ss. 1, 9.1, 52.

Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1417, 1457, 1458.

Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 55.

Constitution Act, 1867, ss. 91(11), 92(7), (13), (16).

Constitution Act, 1982, s. 52.

General Regulation — Medical Services Payment Act, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, s. (*n.1*).

Health Care Accessibility Act, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2.

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29, ss. 1(*d*), (*e*), (*f*), 3, 10, 15, 22, 30.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2).

Health Services Insurance Act, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1, 14.1.

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28, ss. 2, 11.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, s. 3.

Medical Services Payment Act, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(*a*).

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2).

Regulation respecting the application of the Health Insurance Act, R.R.Q. 1981, c. A-29, ss. 23.1, 23.2.

de la C.-B., [1985] 2 R.C.S. 486; *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905); *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4; *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416; *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561.

Lois et règlements cités

Alberta Health Care Insurance Act, R.S.A. 2000, ch. A-20, art. 9(1).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8 à 14, 12, 15, 24.

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, préambule, art. 1, 9.1, 52.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1417, 1457, 1458.

Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 55.

Déclaration canadienne des droits, L.R.C. 1985, app. III.

Health Services and Insurance Act, R.S.N.S. 1989, ch. 197, art. 29(2).

Health Services Payment Act, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1, 14.1.

Loi canadienne sur la santé, L.R.C. 1985, ch. C-6, art. 3.

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(11), 92(7), (13), (16).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Loi sur l'accessibilité aux services de santé, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2.

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28, art. 2, 11.

Loi sur l'assurance-maladie, L.R.M. 1987, ch. H35, art. 95(1).

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29, art. 1*d*), *e*), *f*), 3, 10, 15, 22, 30.

Loi sur le paiement des services médicaux, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, art. 2.01*a*).

Loi sur les services de santé et les services sociaux, L.R.Q., ch. S-4.2, art. 5, 316, 346, 347 à 349, 350, 351, 352 à 370, 376 à 385, 437.

Medical Care Insurance Act, 1999, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, art. 10(5).

Medical Care Insurance Insured Services Regulations, C.N.L.R. 21/96, art. 3.

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1).

Authors Cited

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft*. Edmonton: Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié*. Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission on the Future of Health Care in Canada. *Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report*. Ottawa: The Commission, 2002.

Canada. Department of Finance. *Federal Support for Health Care: The Facts*. Ottawa: Department of Finance, September 2004.

Canada. Health Canada. *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* Ottawa: Health Canada, 1998.

Canada. National Advisory Council on Aging. *The NACA Position on the Privatization of Health Care*. Ottawa: NACA, 1997.

Canada. Royal Commission on Health Services. *Voluntary Medical Insurance and Prepayment*. Ottawa: Queen's Printer, 1965.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role*. Final Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2002.

Canada. Senate. *The Health of Canadians — The Federal Role*. Interim Report of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology. Ottawa: The Senate, 2001-2002.

Canada. Statistics Canada. Health Analysis and Measurement Group. *Access to Health Care Services in Canada, 2001*. By Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot and Kathleen White. Ottawa: Statistics Canada, 2002.

Canadian Health Services Research Foundation. *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system*. Ottawa: Canadian Health Services Research Foundation, 2001.

Medicare Protection Act, R.S.B.C. 1996, ch. 286, art. 18(2).

Règlement d'application de la Loi sur l'assurance maladie, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1, 23.2.

Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, art. *n.1*).

Saskatchewan Medical Care Insurance Act, R.S.S. 1978, ch. S-29, art. 18(1.1).

Doctrine citée

Armstrong, Wendy. *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta : Canada's Canary in the Mine Shaft*. Edmonton : Consumers' Association of Canada (Alberta), 2000.

Bergman, Howard. *Expertise déposée par Howard Bergman*, novembre 1998.

Brunelle, Yvon. *Aspects critiques d'un rationnement planifié*. Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, Direction de l'Évaluation, novembre 1993.

Canada. Commission royale d'enquête sur les services de santé. *Assurance médicale privée et paiement par anticipation*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada. Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada. *Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final*. Ottawa : La Commission, 2002.

Canada. Conseil consultatif national sur le troisième âge. *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé*. Ottawa : CCNTA, 1997.

Canada. Ministère des Finances. *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits*. Ottawa : Ministère des Finances, septembre 2004.

Canada. Santé Canada. *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* Ottawa : Santé Canada, 1998.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*. Rapport final du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2002.

Canada. Sénat. *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*. Rapport intérimaire du Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie. Ottawa : Le Sénat, 2001-2002.

Canada. Statistique Canada. Groupe d'analyse et de mesure de la santé. *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001*. Par Claudia Sanmartin, Christian Houle, Jean-Marie Berthelot et Kathleen White. Ottawa : Statistique Canada, 2002.

Choudhry, Sujit, and Robert Howse. « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.

Canadian Institute for Information. *National Health Expenditure Trends, 1975-2003*. Ottawa: The Institute, 2003, Figure 13.

Choudhry, Sujit, and Robert Howse. "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143.

Davidov, Guy. "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133.

DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update*. Winnipeg: Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.

DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003*. U.S. Census Bureau, Washington: U.S. Government Printing Office, 2004.

Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé*. Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux "Notre système de santé, peut-on se le permettre?", septembre 1998.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).

Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada*. Canberra: Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.

Laberge, A., P. M. Bernard and P. A. Lamarche. "Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death" (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.

Lajoie, Andrée. "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*. Montréal: Thémis, 1988, 163.

Laverdière, Marco. "Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117.

Lewis, Steven, et al. "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297.

Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, November 1998.

Mayo, Nancy E., et al. "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.

Davidov, Guy. « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133.

DeCoster, Carolyn, Leonard MacWilliam and Randy Walld. *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update*. Winnipeg : Manitoba Centre for Health Policy and Evaluation, University of Manitoba, 2000.

DeNavas-Walt, Carmen, Bernadette D. Proctor and Robert J. Mills. *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States : 2003*. U.S. Census Bureau, Washington : U.S. Government Printing Office, 2004.

Denis, Jean-Louis. *Un avenir pour le système public de santé*. Conférence régionale de l'Institut canadien de la retraite et des avantages sociaux « Notre système de santé, peut-on se le permettre? », septembre 1998.

Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé. *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public*. Ottawa : Fondation canadienne de la recherche sur les services de santé, 2001.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 1, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Carswell, 1997 (updated 2004, release 1).

Hurley, Jeremiah, et al. *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada*. Canberra : Centre for Economic Policy Research, Research School of Social Sciences, Australian National University, 2002.

Institut canadien d'information sur la santé. *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003*. Ottawa : Institut, 2003, Figure 13.

Laberge, A., P. M. Bernard et P. A. Lamarche. « Relation entre le délai pré-opératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5.

Lajoie, Andrée. « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech*. Montréal : Thémis, 1988, 163.

Laverdière, Marco. « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117.

Lewis, Steven, et al. « Ending waiting-list mismanagement : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297.

Marmor, Theodore R. *Expert Witness Report*, novembre 1998.

Morel, André. "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.

Quebec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Emerging Solutions: Report and Recommendations*. Québec: La Commission, 2001.

Quebec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport: Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*. Québec: Conseil de la santé et du bien-être, 2003.

Quebec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*. Québec: Gouvernement du Québec, 1999.

Quebec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail*. Québec: Gouvernement du Québec, 1999.

Quebec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable*. Québec: Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.

Quebec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States*. Québec: Publications du Québec, 1998.

Quebec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*. Québec: Publications du Québec, 1988.

Quebec. *Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation*. Quebec: Government of Quebec, 1970.

Roach, Kent. "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.

Sanmartin, Claudia, et al. "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York: Foundation Press, 2000.

Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada*. Laval: Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.

World Health Organization. *The World Health Report 1999: Making a Difference*. WHO, 1999.

Mayo, Nancy E., et al. « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.

Morel, André. « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49.

Organisation mondiale de la Santé. *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement*. OMS, 1999.

Québec. Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux. *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations*. Québec : La Commission, 2000.

Québec. Conseil de la santé et du bien-être. *Rapport : Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*. Québec : Conseil de la santé et du bien-être, 2003.

Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Constats et recommandations sur les pistes à explorer : Synthèse*. Québec : Gouvernement du Québec, 1999.

Québec. *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail*. Québec : Gouvernement du Québec, 1999.

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux. *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable*. Québec : Ministère de la Santé et des Services sociaux, 2001.

Québec. Ministère de la Santé et des Services sociaux du Québec et ministère de l'Emploi et de la Solidarité de la France. *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni*. Québec : Publications du Québec, 1998.

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle*. Québec : Gouvernement du Québec, 1970.

Québec. *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*. Québec : Publications du Québec, 1988.

Roach, Kent. « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49.

Sanmartin, Claudia, et al. « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305.

Tribe, Laurence H. *American Constitutional Law*, vol. 1, 3rd ed. New York : Foundation Press, 2000.

Tuohy, Carolyn Hughes, Colleen M. Flood and Mark Stabile. « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359.

Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services*. Report prepared for the Department of Justice, Canada, October 1998.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal (Brossard, Delisle and Forget JJ.A.), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] Q.J. No. 759 (QL) and [2002] Q.J. No. 763 (QL), affirming a decision of Piché J., [2000] R.J.Q. 786, [2000] Q.J. No. 479 (QL). Appeal allowed, Binnie, LeBel and Fish JJ. dissenting.

Jacques Chaoulli, on his own behalf.

Bruce W. Johnston and *Philippe H. Trudel*, for the appellant George Zeliotis.

Patrice Claude, *Robert Monette*, *Dominique A. Jobin*, *Ariel G. Boileau* and *Manon Des Ormeaux*, for the respondent the Attorney General of Quebec.

Jean-Marc Aubry, *Q.C.*, and *René LeBlanc*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Janet E. Minor, *Shaun Nakatsuru* and *Laurel Montrose*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Written submissions only by *Gabriel Bourgeois*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Written submissions only by *Graeme G. Mitchell*, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by the intervener Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, *Q.C.*, *Stanley H. Hartt*, *Q.C.*, *Patrick J. Monahan* and *Valerie D. Wise*, for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie

Turcotte, Fernand. *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada*. Laval : Faculté de médecine, Université Laval, novembre 1998.
Wright, Charles J. *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services*. Rapport préparé pour le ministère de la Justice, Canada, octobre 1998.

POURVOI contre des arrêts de la Cour d'appel du Québec (les juges Brossard, Delisle et Forget), [2002] R.J.Q. 1205, [2002] J.Q. nº 759 (QL) et [2002] J.Q. nº 763 (QL), qui ont confirmé un jugement de la juge Piché, [2000] R.J.Q. 786, [2000] J.Q. nº 479 (QL). Pourvoi accueilli, les juges Binnie, LeBel et Fish sont dissidents.

Jacques Chaoulli, en personne.

Bruce W. Johnston et *Philippe H. Trudel*, pour l'appelant George Zeliotis.

Patrice Claude, *Robert Monette*, *Dominique A. Jobin*, *Ariel G. Boileau* et *Manon Des Ormeaux*, pour l'intimé le procureur général du Québec.

Jean-Marc Aubry, *c.r.*, et *René LeBlanc*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Janet E. Minor, *Shaun Nakatsuru* et *Laurel Montrose*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Argumentation écrite seulement par *Gabriel Bourgeois*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Argumentation écrite seulement par *Graeme G. Mitchell*, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par l'intervenant Augustin Roy.

Earl A. Cherniak, *c.r.*, *Stanley H. Hartt*, *c.r.*, *Patrick J. Monahan* et *Valerie D. Wise*, pour les intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie

Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche.

Guy J. Pratte, *Freya Kristjanson*, *Carole Lucock* and *Jean Nelson*, for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association.

Written submissions only by *Steven Barrett*, *Steven Shrybman*, *Ethan Poskanzer* and *Vanessa Payne*, for the intervener the Canadian Labour Congress.

Martha Jackman, for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition.

Marvin R. V. Storrow, *Q.C.*, and *Peter W. Hogg*, *Q.C.*, for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society.

English version of the reasons delivered by

DESCHAMPS J. — Quebeckers are prohibited from taking out insurance to obtain in the private sector services that are available under Quebec's public health care plan. Is this prohibition justified by the need to preserve the integrity of the plan?

As we enter the 21st century, health care is a constant concern. The public health care system, once a source of national pride, has become the subject of frequent and sometimes bitter criticism. This appeal does not question the appropriateness of the state making health care available to all Quebeckers. On the contrary, all the parties stated that they support this kind of role for the government. Only the state can make available to all Quebeckers the social safety net consisting of universal and accessible health care. The demand for health care is constantly

Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche.

Guy J. Pratte, *Freya Kristjanson*, *Carole Lucock* et *Jean Nelson*, pour les intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie.

Argumentation écrite seulement par *Steven Barrett*, *Steven Shrybman*, *Ethan Poskanzer* et *Vanessa Payne*, pour l'intervenant le Congrès du travail du Canada.

Martha Jackman, pour les intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé.

Marvin R. V. Storrow, *c.r.*, et *Peter W. Hogg*, *c.r.*, pour les intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society.

Les motifs suivants ont été rendus par

LA JUGE DESCHAMPS — Il est interdit aux Québécois de s'assurer pour obtenir du secteur privé des services dispensés par le régime de santé public québécois. Cette prohibition est-elle justifiée par le besoin de préserver l'intégrité de ce régime? 1

En ce début de 21e siècle, la santé est une préoccupation constante. Auparavant source de fierté nationale, le système de santé public est devenu l'objet de critiques, parfois acerbes. Le présent pourvoi ne met nullement en cause l'opportunité pour l'État de rendre les soins de santé accessibles à tous les Québécois. Au contraire, toutes les parties se sont déclarées en faveur d'une telle intervention gouvernementale. Seul l'État peut mettre à la disposition de tous les Québécois le filet de sécurité sociale que représentent les soins de santé universels et 2

increasing, and one of the tools used by governments to control this increase has been the management of waiting lists. The choice of waiting lists as a management tool falls within the authority of the state and not of the courts. The appellants do not claim to have a solution that will eliminate waiting lists. Rather, they submit that the delays resulting from waiting lists violate their rights under the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 ("*Quebec Charter*"), and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*"). They contest the validity of the prohibition in Quebec, as provided for in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29 ("*HEIA*"), and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 ("*HOIA*"), on private insurance for health care services that are available in the public system. The appellants contend that the prohibition deprives them of access to health care services that do not come with the wait they face in the public system.

3 The two sections in issue read as follows:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

4 In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly

accessibles. Par ailleurs, comme la demande pour les soins de santé est en progression constante, l'un des outils utilisés par les pouvoirs publics pour contrôler cette progression est la gestion des listes d'attente. Ce choix relève de l'État et non des tribunaux. Les appelants ne prétendent pas proposer une solution pour éliminer les listes d'attente. Ils font plutôt valoir que les délais inhérents aux listes d'attente portent atteinte aux droits qui leur sont garantis par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »), et par la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* »). Ils contestent la validité de la prohibition, au Québec, de l'assurance privée pour des soins de santé offerts par le système public — prohibition prévue aux art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29 (« *LAM* »), et 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (« *LAH* »). Les appelants plaident que la prohibition les empêche d'avoir accès à des soins de santé qui ne sont pas assujettis à l'attente qu'ils doivent subir dans le régime public.

Les deux articles en litige prévoient :

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison

prevented from doing so by the state. For the reasons that follow, I find that the prohibition infringes the right to personal inviolability and that it is not justified by a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec.

The validity of the prohibition is contested by the appellants, George Zeliotis and Jacques Chaoulli. Over the years, Mr. Zeliotis has experienced a number of health problems and has used medical services that were available in the public system, including heart surgery and a number of operations on his hip. The difficulties he encountered prompted him to speak out against waiting times in the public health care system. Mr. Chaoulli is a physician who has tried unsuccessfully to have his home-delivered medical activities recognized and to obtain a licence to operate an independent private hospital. Mr. Zeliotis and Mr. Chaoulli joined forces to apply to the court by way of motion for a declaration that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* are unconstitutional and invalid. Mr. Chaoulli argues, first, that the prohibition is within the federal government's legislative jurisdiction in relation to criminal law and, second, that the prohibition violates the rights to life and to personal security, inviolability and freedom protected by s. 1 of the *Quebec Charter* and ss. 7, 12 and 15 of the *Canadian Charter*. The respondents contested the motion both in the Superior Court and in the Court of Appeal.

The Superior Court dismissed the motion for a declaratory judgment: [2000] R.J.Q. 786. With respect to the province's power to enact s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, Piché J. found that the purpose of the prohibition is to discourage the development of parallel private health care services and that it is not a criminal law matter.

On the subject of s. 7 of the *Canadian Charter*, she noted that according to this Court, its scope may include certain economic rights that are intimately connected with the right to life, liberty and security of the person. She found that the appellants had demonstrated a deprivation of the right to life,

des listes d'attente peuvent validement être empêchés de le faire par l'État. Pour les motifs qui suivent, je conclus que la prohibition porte atteinte à l'intégrité de la personne et qu'elle n'est pas justifiée par le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public ou par le bien-être général des citoyens du Québec.

5 La validité de la prohibition est contestée par les appelants George Zeliotis et Jacques Chaoulli. Monsieur Zeliotis a, au cours des années, souffert de plusieurs problèmes de santé et il a eu recours à des services médicaux offerts par le système public, dont une chirurgie cardiaque et plusieurs interventions chirurgicales à la hanche. Les difficultés qu'il a éprouvées l'ont amené à dénoncer les délais du système de santé public. De son côté, M. Chaoulli est un médecin qui a tenté sans succès de faire reconnaître ses activités de médecine à domicile et d'obtenir un permis pour exploiter un hôpital privé indépendant. Messieurs Zeliotis et Chaoulli ont uni leurs efforts et demandé au tribunal, par requête, de déclarer inconstitutionnels et invalides les art. 15 *LAM* et 11 *LAH*. Monsieur Chaoulli prétend, d'une part, que la prohibition relève de la compétence législative du gouvernement fédéral en matière de droit criminel et, d'autre part, que cette prohibition porte atteinte aux droits à la vie, à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de la personne protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise* et par les art. 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne*. Les intimés ont contesté la requête, tant en Cour supérieure qu'en Cour d'appel.

6 La Cour supérieure rejette la requête en jugement déclaratoire : [2000] R.J.Q. 786. Au sujet du pouvoir de la province d'adopter les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, la juge Piché conclut que la prohibition a pour but de décourager le développement de services de santé privés parallèles et ne relève pas du droit criminel.

7 Concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, elle souligne que, selon notre Cour, cette disposition peut inclure certains droits de nature économique se rapportant intimement au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Elle estime que les appelants ont démontré l'existence d'une atteinte au droit

liberty and security of the person within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. Piché J. then considered whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. She was of the opinion that the purpose of the *HOIA* and the *HEIA* is to establish a public health system that is available to all residents of Quebec. The purpose of s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is to guarantee that virtually all of Quebec's existing health care resources will be available to all residents of Quebec. In her opinion, the enactment of these provisions was motivated by considerations of equality and human dignity. She found no conflict with the general values expressed in the *Canadian Charter* or in the *Quebec Charter*. She did find that waiting lists are long and the health care system must be improved and transformed. In her opinion, however, the expert testimony could not serve to establish with certainty that a parallel health care system would solve all the current problems of waiting times and access.

8 In light of her conclusion regarding s. 7 of the *Canadian Charter*, Piché J. did not address the question of justification pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter*. However, she did express the opinion that the s. 1 analysis would show that the impugned provisions constitute a reasonable limit in a free and democratic society. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were raised formally and expressly argued, and although this ground was mentioned at the start of the judgment, Piché J. did not address them in her analysis.

9 With respect to s. 12 of the *Canadian Charter*, Piché J. found that the state's role with regard to the prohibitions is not sufficiently active for the prohibitions to be considered a "treatment" within the meaning of the *Canadian Charter*.

10 The argument based on s. 15 of the *Canadian Charter* relates to place of residence. The prohibition does not apply to non-residents but does apply to residents. Piché J. found that in the circumstances of this case, place of residence is not used to devalue certain individuals or to perpetuate stereotypes. She found that the guarantee of protection against discrimination had not been violated.

à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne selon l'art. 7 de la *Charte canadienne*. La juge Piché analyse ensuite la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Elle est d'avis que la *LAH* et la *LAM* visent à établir un régime de santé public accessible à tous les résidents du Québec. Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* ont, eux, pour but de garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient mises à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Selon elle, l'adoption de ces articles a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine. Il n'y aurait pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la *Charte canadienne* ou par la *Charte québécoise*. Elle retient que les listes d'attente sont longues et que le système de santé doit être amélioré et transformé. À son avis, les témoignages des experts n'ont cependant pas permis d'établir avec certitude que le système de santé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès.

Compte tenu de sa conclusion concernant l'art. 7 de la *Charte canadienne*, la juge Piché n'aborde pas la question de la justification en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne*. Elle émet toutefois l'opinion que l'analyse prévue par l'article premier démontrerait que les dispositions attaquées constituent une limite raisonnable dans une société libre et démocratique. Quoique les arguments fondés sur la *Charte québécoise* aient été soulevés formellement et plaidés explicitement, et qu'il soit fait mention de ce moyen au début du jugement, la juge Piché n'en traite pas dans le corps de son analyse.

Au sujet de l'art. 12 de la *Charte canadienne*, la juge Piché estime que les prohibitions ne constituent pas une intervention suffisamment active de l'État pour être considérées comme un « traitement » au sens de la *Charte canadienne*.

L'argument fondé sur l'art. 15 de la *Charte canadienne* est lié au lieu de résidence. Les non-résidents ne sont pas assujettis à la prohibition alors que les résidents le sont. La juge Piché conclut que, dans les circonstances de l'affaire, le lieu de résidence ne sert pas à dévaloriser certains individus ou à perpétuer des stéréotypes. Elle estime qu'il n'y a pas de violation de la protection contre la discrimination.

The Court of Appeal dismissed the appeal: [2002] R.J.Q. 1205. The three judges wrote separate reasons. Delisle J.A. considered all the arguments addressed by the Superior Court. He disagreed with Piché J. regarding s. 7 of the *Canadian Charter*. According to Delisle J.A., the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* is an economic right and is not fundamental to an individual's life. In addition, in his opinion, the appellants had not demonstrated a real, imminent or foreseeable deprivation. He was also of the view that s. 7 of the *Canadian Charter* may not be raised to challenge a societal choice in court. Forget J.A. essentially agreed with the Superior Court judge. Like Piché J., he found that the appellants had demonstrated a deprivation of their rights under s. 7 of the *Canadian Charter*, but that this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Brossard J.A. agreed with Delisle J.A. regarding the economic nature of the right affected by s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*. However, he felt that a risk to life or security resulting from a delay in obtaining medical services would constitute a deprivation within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. He declined to express an opinion as to whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice. Although the arguments based on the *Quebec Charter* were mentioned in the notice of appeal and in Delisle J.A.'s statement of the grounds of appeal, none of the Court of Appeal judges addressed them.

11 La Cour d'appel rejette le pourvoi : [2002] R.J.Q. 1205. Les trois juges rédigent des motifs distincts. Le juge Delisle analyse tous les arguments dont la Cour supérieure traite. Il se dit en désaccord avec elle relativement à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il est d'avis que le droit mis en jeu par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM* est économique et n'est pas fondamental à la vie de la personne. De plus, selon lui, les appelants n'ont pas établi l'existence d'une atteinte réelle, imminente ou prévisible. Il estime aussi que l'art. 7 de la *Charte canadienne* ne peut être invoqué pour remettre en question, devant les tribunaux, un choix de société. Le juge Forget, quant à lui, partage en substance les vues de la juge de la Cour supérieure. Comme elle, il conclut que les appelants ont démontré une atteinte aux droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne*, mais que cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Brossard se dit d'accord avec le juge Delisle sur la nature économique du droit touché par les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*. Il estime cependant qu'un risque pour la vie ou la sécurité découlant d'un délai dans l'obtention de services médicaux constituerait une atteinte visée à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Il s'abstient de se prononcer sur la conformité de l'atteinte aux principes de justice fondamentale. Bien que les arguments fondés sur la *Charte québécoise* soient mentionnés dans l'avis d'appel et notés dans l'exposé des moyens d'appel fait par le juge Delisle, aucun des juges de la Cour d'appel n'en traite.

The arguments based on the *Quebec Charter* were expressly raised before this Court.

12 Le moyen fondé sur la *Charte québécoise* est explicitement soulevé devant notre Cour.

Given that I have had the opportunity to read the reasons of Binnie and LeBel JJ., I think it would be appropriate to highlight the main points on which we agree and disagree before addressing the issues raised by the appellants.

13 Avant d'aborder les questions soulevées par les appelants, comme j'ai eu l'occasion de prendre connaissance de l'opinion des juges Binnie et LeBel, je crois utile de préciser les principaux points sur lesquels nous nous entendons et ceux sur lesquels nous sommes en désaccord.

As I mentioned at the beginning of my reasons, no one questions the need to preserve a sound public health care system. The central question raised by the appeal is whether the prohibition is justified by the need to preserve the integrity of the public system. In this regard, when my colleagues ask whether

14 Comme je le mentionne au début de mes motifs, personne ne conteste le besoin de préserver un système de santé public solide. D'ailleurs, la question centrale soulevée par le pourvoi est de savoir si la prohibition est justifiée par le besoin de préserver l'intégrité du système public. En ce sens, lorsque

Quebec has the power under the Constitution to discourage the establishment of a parallel health care system, I can only agree with them that it does. But that is not the issue in the appeal. The appellants do not contend that they have a constitutional right to private insurance. Rather, they contend that the waiting times violate their rights to life and security. It is the measure chosen by the government that is in issue, not Quebeckers' need for a public health care system.

15 To put the problem in context, the legislative framework of the impugned provisions must first be explained. Considering the provisions in their legislative context will make it possible to address the division of powers argument. I will then explain why, in my opinion, the case must first be considered from the standpoint of the *Quebec Charter*. Next, I will examine the appeal from the standpoint of s. 1 of the *Quebec Charter* before considering whether the prohibition is justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Because I conclude that the *Quebec Charter* has been violated, it will not be necessary for me to consider the arguments based on the *Canadian Charter*.

I. Legislative Context

16 Although the federal government has express jurisdiction over certain matters relating to health, such as quarantine, and the establishment and maintenance of marine hospitals (s. 91(11) of the *Constitution Act, 1867*), it is in practice that it imposes its views on the provincial governments in the health care sphere by means of its spending power: *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, at para. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. v. Brown*, [1989] 1 S.C.R. 1532, at p. 1548; see also: P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (looseleaf ed.), vol. 1, at p. 6-15; A. Lajoie, "L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser", in *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, at pp. 164 *et seq.* In order to receive federal funds, a provincial plan must conform to the principles set out in the *Canada Health Act*, R.S.C.

mes collègues se demandent si le Québec a compétence, en vertu de la Constitution, pour décourager l'établissement d'un système de santé parallèle, je ne peux, comme eux, que répondre par l'affirmative. Mais ce n'est pas la question soulevée par le pourvoi. Les appelants ne prétendent pas disposer d'un droit constitutionnel à une assurance privée. Ils affirment plutôt que les délais d'attente violent leurs droits à la vie et à la sécurité. C'est la mesure gouvernementale choisie par le gouvernement qui est en cause, non le besoin des Québécois de bénéficier d'un système public de soins de santé.

Pour bien cerner le problème, il convient de situer les dispositions contestées dans leur contexte législatif. Cette mise en perspective permettra de traiter de l'argument fondé sur le partage des compétences. J'expliquerai par la suite pourquoi, selon moi, le dossier doit d'abord être étudié sous l'angle de la *Charte québécoise*. J'étudierai ensuite le dossier sous l'angle de l'art. 1 de la *Charte québécoise* avant de me demander si la prohibition est justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme je conclus à la violation de la *Charte québécoise*, il ne me sera pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur la *Charte canadienne*.

I. Le contexte législatif

Quoique doté d'une compétence explicite sur certaines matières touchant la santé, comme la quarantaine, ainsi que l'établissement et l'entretien des hôpitaux de marine (par. 91(11) de la *Loi constitutionnelle de 1867*), c'est, en pratique, par le recours à son pouvoir de dépenser que le gouvernement fédéral impose ses vues aux gouvernements provinciaux en matière de santé : *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 25; *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532, p. 1548; voir aussi : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 1, p. 6-15; A. Lajoie, « L'impact des Accords du Lac Meech sur le pouvoir de dépenser », dans *L'adhésion du Québec à l'Accord du Lac Meech* (1988), 163, p. 164 et suiv. Pour pouvoir bénéficier des fonds fédéraux, les régimes provinciaux doivent respecter les

1985, c. C-6: it must be administered publicly, it must be comprehensive and universal, it must provide for portability from one province to another and it must be accessible to everyone. These broad principles have become the hallmarks of Canadian identity. Any measure that might be perceived as compromising them has a polarizing effect on public opinion. The debate about the effectiveness of public health care has become an emotional one. The Romanow Report stated that the *Canada Health Act* has achieved an iconic status that makes it untouchable by politicians (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002) (Romanow Report), at p. 60). The tone adopted by my colleagues Binnie and LeBel JJ. is indicative of this type of emotional reaction. It leads them to characterize the debate as pitting rich against poor when the case is really about determining whether a specific measure is justified under either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter*. I believe that it is essential to take a step back and consider these various reactions objectively. The *Canada Health Act* does not prohibit private health care services, nor does it provide benchmarks for the length of waiting times that might be regarded as consistent with the principles it lays down, and in particular with the principle of real accessibility.

In reality, a large proportion of health care is delivered by the private sector. First, there are health care services in respect of which the private sector acts, in a sense, as a subcontractor and is paid by the state. There are also many services that are not delivered by the state, such as home care or care provided by professionals other than physicians. In 2001, private sector services not paid for by the state accounted for nearly 30 percent of total health care spending (Canadian Institute for Health Information, *National Health Expenditure Trends, 1975-2003* (2003), at p. 16, Figure 13, "Public and Private Shares of Total Health Expenditure, by Use of Funds, Canada, 2001"). In the case of private sector services that are not covered by the public plan, Quebeckers may take out private insurance without the spectre of the two-tier system being evoked. The *Canada Health Act* is

principes énoncés à la *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6 : le régime doit être géré par une administration publique, il doit être intégral et universel, il doit prévoir la transférabilité d'une province à une autre et doit être accessible à tous. Ces grands principes sont devenus des porte-étendards de l'identité canadienne. Toute mesure qui pourrait être perçue comme ayant pour effet de les compromettre est source de polarisation de l'opinion publique. Le débat entourant l'efficacité des régimes publics est devenu émotif. Le rapport Romanow commente d'ailleurs que la *Loi canadienne sur la santé* a acquis un statut d'icône la mettant hors de portée des politiciens (*Guidé par nos valeurs : l'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002) (Rapport Romanow), p. 64). Le ton utilisé par mes collègues les juges Binnie et LeBel laisse transparaître une telle réaction émotive. C'est ainsi qu'ils sont entraînés dans une qualification erronée du débat comme étant une confrontation entre les riches et les pauvres, alors qu'il s'agit d'un contrôle de la validité d'une mesure au regard de la *Charte québécoise* ou de la *Charte canadienne*. Je crois, quant à moi, qu'il est indispensable de prendre du recul par rapport à ces diverses réactions. La *Loi canadienne sur la santé* ne prohibe pas les services de santé privés, pas plus qu'elle ne fixe de balises quant à la durée de l'attente susceptible d'être jugée compatible avec les principes qu'elle énonce, particulièrement celui de l'accessibilité réelle.

17

En réalité, une grande partie des soins de santé relève du secteur privé. Il y a d'abord les services de santé pour lesquels le secteur privé agit, en quelque sorte, comme un sous-traitant et est rémunéré par l'État. Il y a aussi tous les services non dispensés par l'État, par exemple les soins à domicile ou les soins fournis par des professionnels autres que des médecins. En 2001, le secteur privé non rémunéré par l'État comptait à lui seul pour près de 30 pour 100 des dépenses totales de santé (Institut canadien d'information sur la santé, *Tendances des dépenses nationales de santé, 1975-2003* (2003), p. 16, figure 13, « Parts publique et privée du total des dépenses de santé, par affection de fonds, Canada, 2001 »). Pour les services privés non couverts par le régime public, les Québécois peuvent souscrire une assurance privée sans qu'on évoque le spectre

therefore only a general framework that leaves considerable latitude to the provinces. In analysing the justification for the prohibition, I will have occasion to briefly review some of the provisions of Canada's provincial plans. The range of measures shows that there are many ways to deal with the public sector/private sector dynamic without resorting to a ban.

du système à deux vitesses. La *Loi canadienne sur la santé* ne constitue donc qu'un cadre général, qui laisse une large marge de manœuvre aux provinces. Dans l'analyse de la justification de la prohibition, j'aurai d'ailleurs l'occasion de passer brièvement en revue certaines des dispositions des régimes en vigueur dans les provinces canadiennes. La diversité des mesures illustre qu'il existe plusieurs façons d'aborder la dynamique secteur public/secteur privé sans recourir à une prohibition.

18 The basis for provincial jurisdiction over health care is more clear. The *Constitution Act, 1867* provides that the provinces have jurisdiction over matters of a local or private nature (s. 92(16)), property and civil rights (s. 92(13)), and the establishment of hospitals, asylums, charities and eleemosynary institutions (s. 92(7)). In Quebec, health care services are delivered pursuant to the *Act respecting health services and social services*, R.S.Q., c. S-4.2 ("*AHSSS*"). The *AHSSS* regulates the institutions where health care services are delivered and sets out the principles that guide the delivery of such services in Quebec. For example, under s. 5 *AHSSS*, Quebeckers are "entitled to receive, with continuity and in a personalized and safe manner, health services and social services which are scientifically, humanly and socially appropriate".

La compétence des provinces sur la santé est plus clairement établie. La *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit que les provinces ont compétence sur les matières de nature locale ou privée (par. 92(16)), sur la propriété et les droits civils (par. 92(13)) et sur l'établissement des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité (par. 92(7)). Au Québec, les services de santé sont dispensés en application de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q., ch. S-4.2 (« *LSSSS* »). Cette loi réglemente les établissements où les soins de santé sont dispensés et énonce les principes guidant la prestation des soins de santé au Québec. Ainsi, selon l'art. 5 *LSSSS*, les Québécois ont « droit de recevoir des services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée et sécuritaire ».

19 The other two main legislative instruments that govern the health care system in Quebec are the *HOIA* and the *HEIA*. The *HOIA* establishes access to hospital services in Quebec; it also regulates hospitals. The purpose of the *HEIA* is to ensure that Quebeckers have access to certain medical services that they need for health reasons.

Les deux autres principaux outils législatifs encadrant le système de santé québécois sont la *LAH* et la *LAM*. La première vise à établir l'accès à des services hospitaliers au Québec; elle a aussi pour objet de réglementer les hôpitaux. Quant à la seconde, elle vise à assurer aux Québécois l'accès à certains services médicaux requis par leur état de santé.

20 Before discussing the effect of waiting times on human rights, I will address the question of whether the province has the power to impose a prohibition on private insurance.

Avant de discuter de l'effet des délais d'attente sur les droits de la personne, il convient de traiter du pouvoir de la province d'imposer la prohibition de l'assurance privée.

II. Validity of the Prohibition in Relation to Provincial Jurisdiction

II. Validité de la prohibition au regard de la compétence provinciale

21 The appellant Chaoulli argues that the prohibition is a criminal law matter. In his submission, it was adopted because the provincial government of

L'appelant Chaoulli plaide que la prohibition relève du droit criminel. Selon lui, elle découle de la volonté du gouvernement provincial de

the time wished to impose an egalitarian system and to eliminate the opportunity for profit in the provision of health care services. He contends that the operation of a health care service for profit was regarded at that time as socially undesirable.

If the Court is to accept this argument, it must find, first, that the effect of the prohibition on private insurance is to exclude the private sector and, second, that the main purpose of excluding the private sector, as distinct from the overall purpose of the *HOIA* and the *HEIA*, is to avert criminal conduct.

The Superior Court judge found that the purpose of the prohibition is to ensure that health care is available [TRANSLATION] "by significantly limiting access to, and the profitability of, the private system in Quebec" (p. 812). I will review later in these reasons the evidence accepted by the Superior Court judge in finding that the prohibition is useful having regard to the intended purpose, and so for the moment I reserve comment on this point. It is sufficient, at the stage of identification of the intended purpose, to determine whether ensuring access to health care services by limiting access to the private system is a valid objective for the provincial government. On this point, and based on the division of powers analysis in the preceding section, it is indisputable that the provincial government has jurisdiction over health care and can put mechanisms in place to ensure that all Quebeckers have access to health care.

It is difficult to see the argument that the provision of parallel private sector services was perceived as being socially undesirable as an independent objective, unconnected with the social policy pursued by the government in the area of health care. The appellants were alone in contending that the purpose of the prohibition was to eliminate morally reprehensible conduct. The Attorney General of Quebec argued that the prohibition resulted from a desire to pool the financial resources available for health care. This explanation coincides with the objective identified by the Superior Court judge, which is not, strictly speaking, a criminal law objective. Rather, it is a social objective that the provincial legislature

l'époque d'imposer un régime égalitaire et d'éliminer la possibilité de profit dans la fourniture de services de santé. L'exploitation d'un service de santé dans un but lucratif était alors considérée, de dire M. Chaoulli, comme socialement indésirable.

22 Pour retenir cet argument, il faut d'abord conclure que la prohibition des assurances privées a pour effet d'éliminer le secteur privé et, ensuite, que l'élimination du secteur privé a pour but principal — distinct de celui de l'ensemble de la *LAH* et de la *LAM* — de prévenir un comportement criminel.

23 La juge de la Cour supérieure a conclu que la prohibition vise à assurer la disponibilité des soins de santé « en limitant de façon considérable l'accessibilité et la rentabilité du système privé au Québec » (p. 812). Je vais examiner plus loin la preuve retenue par la juge de la Cour supérieure pour conclure à l'utilité de la prohibition au regard du but visé et je réserve donc pour l'instant mes commentaires à cet égard. Il suffit, au stade de l'identification du but visé, de déterminer si l'objectif, soit assurer l'accessibilité des services de santé en limitant le recours au système privé, peut validement être poursuivi par le gouvernement provincial. À ce sujet, et suivant l'analyse du partage des compétences faite dans la section qui précède, il est indiscutable que le gouvernement provincial a compétence en matière de santé et peut mettre en place des mécanismes destinés à assurer à tous les Québécois l'accès à des soins de santé.

24 L'argument suivant lequel l'exploitation de services privés parallèles était perçue comme socialement indésirable peut difficilement être considéré comme un but autonome, dissocié de la politique sociale poursuivie par le gouvernement en matière de santé. En fait, seuls les appelants ont prétendu que la prohibition avait pour but d'enrayer une conduite moralement répréhensible. Le procureur général du Québec a prétendu que la prohibition était le fruit de la volonté de mettre en commun les ressources financières en matière de santé. Cette formulation rejoint l'objectif identifié par la juge de la Cour supérieure et il ne s'agit pas, à proprement parler, d'un objectif relevant du droit criminel, mais plutôt d'un objectif

may pursue in accordance with the powers conferred on it by s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. In my opinion, the argument that the provincial government has trenched on the federal criminal law power cannot succeed.

III. Priority Given to Arguments Based on the *Quebec Charter*

25 The *Canadian Charter* is neither an ordinary statute nor an extraordinary statute like the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1985, App. III. It is a part of the Constitution: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at p. 365. As a result, the *Canadian Charter* is different from the *Quebec Charter* in that the *Quebec Charter* is the product of the legislative will of Quebec's National Assembly. In addition, while the *Quebec Charter* has no constitutional dimension, it is also different from ordinary statutes by virtue of its considerably broader purpose: to guarantee respect for human beings (see A. Morel, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). The *Quebec Charter* protects not only the fundamental rights and freedoms, but also certain civil, political, economic and social rights. By virtue of s. 52, Quebec courts have the power to review legislation to determine whether it is consistent with the rules set out in the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has an identity that is independent of the statutes of Quebec.

26 In the case of a challenge to a Quebec statute, it is appropriate to look first to the rules that apply specifically in Quebec before turning to the *Canadian Charter*, especially where the provisions of the two charters are susceptible of producing cumulative effects, but where the rules are not identical. This is the approach suggested by Beetz J. in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 224:

> Thus, the *Canadian Bill of Rights* retains all its force and effect, together with the various provincial charters of rights. Because these constitutional or quasi-constitutional instruments are drafted differently, they

social, que le législateur provincial peut poursuivre en conformité avec les pouvoirs qui lui sont conférés par l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. L'argument voulant que le gouvernement provincial empiète sur le pouvoir fédéral de régir le droit criminel ne peut, à mon avis, être retenu.

III. Caractère prioritaire des arguments fondés sur la *Charte québécoise*

La *Charte canadienne* n'est ni une loi ordinaire, ni une loi exceptionnelle comme la *Déclaration canadienne des droits*, L.R.C. 1985, app. III. Il s'agit d'une partie de la Constitution : *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, p. 365. En ce sens, la *Charte canadienne* se distingue de la *Charte québécoise* qui est le fruit de la volonté législative de l'Assemblée nationale du Québec. Par ailleurs, sans avoir une dimension constitutionnelle, la *Charte québécoise* se distingue aussi des lois ordinaires par son objet considérablement plus vaste, à savoir assurer le respect de l'être humain (voir A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49). La *Charte québécoise* protège non seulement les libertés et les droits fondamentaux, mais aussi certains droits civils, politiques, économiques et sociaux. Les tribunaux québécois disposent, en raison de l'art. 52, du pouvoir de contrôler les lois pour vérifier leur conformité avec les règles prévues par la *Charte québécoise*. La *Charte québécoise* possède une identité autonome par rapport aux lois québécoises.

En cas de contestation d'une loi québécoise, il est approprié de faire appel d'abord aux règles spécifiquement québécoises avant d'avoir recours à la *Charte canadienne*, surtout lorsque les dispositions des deux chartes sont susceptibles de produire des effets cumulatifs mais que les règles ne sont pas identiques. Cette démarche est d'ailleurs celle suggérée par le juge Beetz dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 224 :

> Ainsi, la *Déclaration canadienne des droits* conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces instruments constitutionnels ou quasi constitutionnels ont été rédigés

are susceptible of producing cumulative effects for the better protection of rights and freedoms. But this beneficial result will be lost if these instruments fall into neglect.

In the instant case, s. 7 of the *Canadian Charter* and s. 1 of the *Quebec Charter* have numerous points in common:

Canadian Charter

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Quebec Charter

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

The similarities between these two provisions probably explain in part why the Superior Court and the Court of Appeal considered only the *Canadian Charter* in their decisions. With regard to certain aspects of the two charters, the law is the same. For example, the wording of the right to life and liberty is identical. It is thus appropriate to consider the two together. Distinctions must be made, however, and I believe that it is important to begin by considering the specific protection afforded by the *Quebec Charter* for the reason that it is not identical to the protection afforded by the *Canadian Charter.*

The most obvious distinction is the absence of any reference to the principles of fundamental justice in s. 1 of the *Quebec Charter.* The analysis dictated by s. 7 of the *Canadian Charter* is twofold. Under the approach that is generally taken, the claimant must prove, first, that a deprivation of the right to life, liberty and security of the person has occurred and, second, that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice (*Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at para. 205, *per* Bastarache J.). If this is proved, the state must show under s. 1 of the *Canadian Charter* that the deprivation is justified in a free and democratic society.

de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et des libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude.

27 En l'occurrence, les art. 7 de la *Charte canadienne* et 1 de la *Charte québécoise* ont beaucoup de points communs :

Charte canadienne

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

Charte québécoise

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

28 Les similarités entre ces deux dispositions expliquent probablement en partie le fait que le dossier ait été examiné exclusivement au regard de la *Charte canadienne* par la Cour supérieure et la Cour d'appel. En ce qui concerne certains aspects des deux chartes, le droit est le même. Par exemple, la formulation de la protection du droit à la vie et à la liberté est identique. Un rapprochement est alors indiqué. Des distinctions s'imposent cependant et j'estime qu'il est important d'examiner d'abord la protection particulière offerte par la *Charte québécoise*, parce qu'elle n'est pas identique à celle offerte par la *Charte canadienne.*

29 La distinction la plus évidente est l'absence, à l'art. 1 de la *Charte québécoise*, de mention des principes de justice fondamentale. L'analyse requise aux termes de l'art. 7 de la *Charte canadienne* est double. Selon l'approche généralement suivie pour cette disposition, le demandeur doit prouver, dans un premier temps, une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, et, dans un deuxième temps, que l'atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale (*Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 205, le juge Bastarache). Si cette preuve est faite, l'État doit alors démontrer, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne*, que l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique.

30 According to established principles, the onus is on the claimant to prove a violation of constitutional rights: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265, and *Rio Hotel Ltd. v. New Brunswick (Liquor Licensing Board)*, [1987] 2 S.C.R. 59; see also Hogg, at p. 44-3. Under s. 7 of the *Canadian Charter*, the claimant would thus have a dual burden. The effect of placing this burden of proof on the claimant is that it makes his or her task more onerous. There is no such dual burden of proof under the *Quebec Charter* because the principles of fundamental justice are not incorporated into s. 1 of the *Quebec Charter*. For this reason, the *Quebec Charter* has a scope that is potentially broader. This characteristic should not be disregarded.

31 Ruling on the points in issue by applying the *Quebec Charter* enhances an instrument that is specific to Quebec; this approach is also justified by the rules of Canadian constitutional law.

32 Before getting into the heart of the debate regarding s. 1 of the *Quebec Charter*, I must address three preliminary arguments raised by the respondent Attorney General of Quebec: (a) that the protection of the right to freedom and life is limited to situations involving the administration of justice, (b) that the right asserted is economic and is not a fundamental right, and (c) that the appellants do not have standing.

IV. Preliminary Objections

A. *Scope of Section 1 of the Quebec Charter*

33 The trial judge adopted a liberal approach to applying the protection afforded by s. 7 of the *Canadian Charter*. She expressed the opinion that the protection is not limited to situations involving the administration of justice. This Court has not yet achieved a consensus regarding the scope of this protection. In *Gosselin*, at paras. 78 and 83, McLachlin C.J. did not consider it necessary to answer the question definitively. In my opinion, the same question of law does not arise in the context of the *Quebec Charter*. The *Quebec Charter* has a very broad scope of application. It extends to relationships between individuals

Conformément aux principes reconnus, il appartient au demandeur de prouver qu'il y a eu atteinte à ses droits constitutionnels : *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265, et *Rio Hotel Ltd. c. Nouveau-Brunswick (Commission des licences et permis d'alcool)*, [1987] 2 R.C.S. 59; voir aussi Hogg, p. 44-3. En vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, le fardeau du demandeur serait donc double. L'imposition de ce fardeau de preuve au demandeur a pour effet d'alourdir sa tâche. Le double fardeau de preuve ne se pose pas dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de l'absence d'incorporation des principes de justice fondamentale à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Celle-ci a donc une portée potentiellement plus large et cette caractéristique ne devrait pas être éludée.

Décider sur les questions en litige en ayant recours à la *Charte québécoise* permet donc de valoriser un instrument propre au Québec, en plus d'être justifié par les règles du droit constitutionnel canadien.

Avant de plonger dans le cœur du débat sur l'art. 1 de la *Charte québécoise*, il y a lieu de traiter de trois arguments préliminaires soulevés par l'intimé, le procureur général du Québec, soit : a) que la protection du droit à la liberté et à la vie est limitée au contexte de l'administration de la justice, b) que le droit invoqué est de nature économique et non fondamental, et c) que les appelants n'auraient pas l'intérêt requis pour agir.

IV. Moyens préliminaires

A. *Portée de l'art. 1 de la Charte québécoise*

La juge de première instance a adopté une approche libérale relativement à l'application de la protection de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Elle a exprimé l'avis que cette protection ne se limite pas au contexte de l'administration de la justice. Cette portée ne fait pas encore consensus à la Cour. Dans *Gosselin*, par. 78 et 83, la juge en chef McLachlin n'a pas jugé nécessaire de se prononcer définitivement sur la question. À mon avis, le contexte de la *Charte québécoise* ne soulève pas la même question de droit. En effet, la *Charte québécoise* possède un très vaste champ d'application, qui englobe tant les

and relationships between individuals and the state. Limiting the scope of s. 1 of the *Quebec Charter* to matters connected with the administration of justice is not justified in light of the general scope of this quasi-constitutional instrument.

B. *Economic Right or Fundamental Right*

Delisle J.A. accepted the argument of the Attorney General of Quebec and declined to apply s. 7 of the *Canadian Charter* on the basis that the right in issue, which in his opinion is an economic right, is not protected by the *Canadian Charter*. This appeal does not require the Court to establish a general rule including or excluding economic rights in or from the scope of s. 1 of the *Quebec Charter*. The Superior Court judge made the following observation in this regard (at pp. 822-23):

[TRANSLATION] . . . the economic barriers . . . are closely related to the possibility of gaining access to health care. Having regard to the costs involved, access to private care without the rights in question is illusory. Accordingly, those provisions are an impediment to access to health care services and therefore potentially infringe the right to life, liberty and security of the person. [Emphasis deleted.]

Piché J.'s analysis is correct. Limits on access to health care can infringe the right to personal inviolability. The prohibition cannot be characterized as an infringement of an economic right.

C. *Standing*

Clearly, a challenge based on a charter, whether it be the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter*, must have an actual basis in fact: *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441. However, the question is not whether the appellants are able to show that they are personally affected by an infringement. The issues in the instant case are of public interest and the test from *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, applies. The issue must be serious, the claimants must be directly affected or have a genuine interest as citizens and there must be no other effective means available

relations entre particuliers que les relations des personnes avec l'État. Restreindre la portée de l'art. 1 de la *Charte québécoise* aux problèmes d'administration de la justice n'est pas justifié vu la portée générale de cet instrument quasi constitutionnel.

B. *Droit de nature économique ou droit fondamental*

34 Le juge Delisle de la Cour d'appel a retenu l'argument du procureur général du Québec et écarté l'application de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, au motif que le droit invoqué — un droit économique selon lui — ne serait pas protégé par la *Charte canadienne*. Le présent dossier ne requiert pas l'établissement d'une règle générale incluant les droits économiques dans le champ d'application de l'art. 1 de la *Charte québécoise* ou les en excluant. En effet, comme le note la juge de la Cour supérieure (p. 822-823) :

. . . les barrières économiques [. . .] sont intimement liées à la possibilité d'accès à des soins de santé. Sans ces droits, compte tenu des coûts impliqués, l'accès aux soins privés est illusoire. Dans ce sens, ces dispositions sont une entrave à l'accès à des services de santé et sont donc susceptibles de porter atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. [Italiques omis.]

L'analyse de la juge Piché est juste. L'accessibilité limitée aux soins de santé est susceptible de porter atteinte à l'intégrité de la personne, et la prohibition ne peut être qualifiée d'atteinte à un droit économique.

C. *Intérêt pour agir*

35 Il est clair qu'une contestation fondée sur une charte, qu'il s'agisse de la *Charte canadienne* ou de la *Charte québécoise*, doit reposer sur un fondement factuel concret : *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441. La question n'est pas de déterminer si les appelants peuvent invoquer une atteinte qui leur est propre. Les questions soulevées touchent à l'intérêt public, et le test établi dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, s'applique. La question doit être sérieuse, les demandeurs doivent être touchés directement ou avoir un intérêt véritable en tant que

to them. These conditions have been met. The issue of the validity of the prohibition is serious. Chaoulli is a physician and Zeliotis is a patient who has suffered as a result of waiting lists. They have a genuine interest in the legal proceedings. Finally, there is no effective way to challenge the validity of the provisions other than by recourse to the courts.

36 The three preliminary objections are therefore dismissed. I will now turn to the analysis of the infringement of the rights protected by s. 1 of the *Quebec Charter.*

V. Infringement of the Rights Protected by Section 1 of the *Quebec Charter*

37 The appellant Zeliotis argues that the prohibition infringes Quebeckers' right to life. Some patients die as a result of long waits for treatment in the public system when they could have gained prompt access to care in the private sector. Were it not for s. 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA*, they could buy private insurance and receive care in the private sector.

38 The Superior Court judge stated [TRANSLATION] "that there [are] serious problems in certain sectors of the health care system" (p. 823). The evidence supports that assertion. After meticulously analysing the evidence, she found that the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* had been infringed. As I mentioned above, the right to life and liberty protected by the *Quebec Charter* is the same as the right protected by the *Canadian Charter.* Quebec society is no different from Canadian society when it comes to respect for these two fundamental rights. Accordingly, the trial judge's findings of fact concerning the infringement of the right to life and liberty protected by s. 7 of the *Canadian Charter* apply to the right protected by s. 1 of the *Quebec Charter.*

39 Not only is it common knowledge that health care in Quebec is subject to waiting times, but a number of witnesses acknowledged that the demand for health

citoyens et il ne doit pas exister d'autre moyen efficace à leur disposition. Ces conditions sont remplies. La question de la validité de la prohibition est sérieuse. Chaoulli est médecin, et Zeliotis est un patient qui a souffert en raison des listes d'attente. Ils ont un intérêt véritable dans le débat judiciaire. Enfin, il n'y a pas d'autre moyen efficace pour soulever la validité des dispositions que le recours aux tribunaux.

Les trois moyens préliminaires sont donc rejetés. Je passe maintenant à l'analyse de l'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise.*

V. L'atteinte aux droits protégés par l'art. 1 de la *Charte québécoise*

L'appelant Zeliotis plaide que la prohibition porte atteinte au droit des Québécois à la vie. Certains patients meurent parce qu'ils doivent attendre pendant de longs délais pour être traités dans le système public alors qu'ils pourraient avoir promptement accès à des soins dans le secteur privé. Sans les art. 11 *LAH* et 15 *LAM*, ils pourraient souscrire une assurance privée et bénéficier de soins dispensés dans le secteur privé.

La juge de la Cour supérieure affirme « qu'il y [a] de graves problèmes dans certains secteurs de la santé » (p. 823). La preuve justifie cette affirmation. Après une minutieuse analyse de la preuve, elle conclut à l'existence d'une atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne*. J'ai mentionné plus tôt que le droit à la vie et à la liberté protégé par la *Charte québécoise* est le même que celui garanti par la *Charte canadienne*. La société québécoise ne se distingue pas de la société canadienne pour ce qui est du respect de ces deux droits fondamentaux. En ce sens, les conclusions de fait de la juge de première instance concernant l'atteinte au droit à la vie et à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte canadienne* s'appliquent au droit protégé par l'art. 1 de la *Charte québécoise*.

Outre le fait qu'il est notoire que les soins de santé sont, au Québec, assujettis à des délais d'attente, plusieurs témoins ont reconnu que la demande

care is potentially unlimited and that waiting lists are a more or less implicit form of rationing (report by J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), at p. 13; report by Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), at p. 21). Waiting lists are therefore real and intentional. The witnesses also commented on the consequences of waiting times.

Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon, testified that when a person is diagnosed with cardiovascular disease, he or she is [TRANSLATION] "always sitting on a bomb" and can die at any moment. In such cases, it is inevitable that some patients will die if they have to wait for an operation. Dr. Doyle testified that the risk of mortality rises by 0.45 percent per month. The right to life is therefore affected by the delays that are the necessary result of waiting lists.

The *Quebec Charter* also protects the right to personal inviolability. This is a very broad right. The meaning of "inviolability" is broader than the meaning of the word "security" used in s. 7 of the *Canadian Charter.* In civil liability cases, it has long been recognized in Quebec that personal inviolability includes both physical inviolability and mental or psychological inviolability. This was stated clearly in *Quebec (Public Curator) v. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 S.C.R. 211, at para. 95:

> Section 1 of the *Charter* guarantees the right to personal "inviolability". The majority of the Court of Appeal was of the opinion, contrary to the trial judge's interpretation, that the protection afforded by s. 1 of the *Charter* extends beyond physical inviolability. I agree. The statutory amendment enacted in 1982 (see *An Act to amend the Charter of Human Rights and Freedoms*, S.Q. 1982, c. 61, in force at the time this cause of action arose) which, *inter alia*, deleted the adjective "*physique*", in the French version, which had previously qualified the expression "*intégrité*" (inviolability), clearly indicates that s. 1 refers inclusively to physical, psychological, moral and social inviolability.

Furthermore, arts. 1457 and 1458 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, refer expressly to "moral" injury.

de soins est potentiellement illimitée et que les listes d'attente constituent une forme plus ou moins implicite de rationnement (rapport de J.-L. Denis, *Un avenir pour le système public de santé* (1998), p. 13; rapport de Y. Brunelle, *Aspects critiques d'un rationnement planifié* (1993), p. 21). Les listes d'attente sont donc réelles et voulues. Mais les témoins ont aussi commenté les conséquences des délais d'attente.

40 Le D^r^ Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire, a témoigné que, lorsqu'un diagnostic de maladie cardiovasculaire est posé, la personne est « toujours assis[e] sur une bombe » et peut mourir à n'importe quel moment. Dans ces cas, il est inévitable que certains patients meurent s'ils doivent attendre pour être opérés. Selon ce témoin, le risque de mortalité augmente de 0,45 pour 100 par mois. Le droit à la vie est donc touché par les délais inhérents aux listes d'attente.

41 La *Charte québécoise* protège aussi le droit à l'intégrité de la personne. Ce droit est très vaste. Le terme « intégrité » a une portée plus large que le mot « sécurité » utilisé à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Dans le domaine de la responsabilité civile, il est depuis longtemps reconnu au Québec que l'intégrité de la personne inclut tant l'intégrité physique que l'intégrité morale ou psychologique. L'arrêt *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1996] 3 R.C.S. 211, par. 95, le précise clairement :

> L'article 1 de la *Charte* garantit le droit à l'« intégrité » de la personne. La majorité de la Cour d'appel a été d'avis, contrairement à l'interprétation du premier juge, que la protection de l'art. 1 de la *Charte* s'étend au-delà de l'intégrité physique. Je suis d'accord. En effet, la modification législative effectuée en 1982 (voir la *Loi modifiant la Charte des droits et libertés de la personne*, L.Q. 1982, ch. 61, en vigueur lors du présent litige), qui a, *inter alia*, supprimé l'adjectif « physique » qui qualifiait auparavant le terme « intégrité », indique clairement que l'art. 1 vise à la fois l'intégrité physique, psychologique, morale et sociale.

Les articles 1457 et 1458 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, mentionnent d'ailleurs explicitement le préjudice moral.

42 In the instant case, Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the usual waiting time of one year for patients who require orthopaedic surgery increases the risk that their injuries will become irreparable. Clearly, not everyone on a waiting list is in danger of dying before being treated. According to Dr. Edwin Coffey, people may face a wide variety of problems while waiting. For example, a person with chronic arthritis who is waiting for a hip replacement may experience considerable pain. Dr. Lenczner also stated that many patients on non-urgent waiting lists for orthopaedic surgery are in pain and cannot walk or enjoy any real quality of life.

En l'espèce, le D^r^ Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, a témoigné que le délai usuel d'une année imposé aux patients requérant une chirurgie orthopédique augmente le risque que leurs blessures deviennent irréparables. Il est clair que toutes les personnes en attente ne risquent pas de mourir avant d'être traitées. Selon le D^r^ Edwin Coffey, les personnes en attente peuvent éprouver des problèmes très variés. Par exemple, la personne en attente de remplacement d'une hanche en raison d'arthrite chronique peut ressentir des douleurs considérables. De même, le D^r^ Lenczner a affirmé que les patients inscrits sur les listes d'attente non urgente en chirurgie orthopédique sont souvent des personnes qui souffrent et qui ne peuvent pas marcher ou profiter d'une véritable qualité de vie.

43 Canadian jurisprudence shows support for interpreting the right to security of the person generously in relation to delays. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 59, Dickson C.J. found, based on the consequences of delays, that the procedure then provided for in s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, jeopardized the right to security of the person. Beetz J., at pp. 105-6, with Estey J. concurring, was of the opinion that the delay created an additional risk to health and constituted a violation of the right to security of the person. Likewise, in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 589, Sopinka J. found that the suffering imposed by the state impinged on the right to security of the person. See also *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, and *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, with respect to mental suffering. If the evidence establishes that the right to security of the person has been infringed, it supports, *a fortiori*, the finding that the right to the inviolability of the person has been infringed.

La jurisprudence canadienne soutient déjà la reconnaissance d'une interprétation généreuse du droit à la sécurité de la personne en matière de délais. Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson s'est fondé sur les conséquences des délais pour conclure que la procédure alors prévue par l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mettait en jeu le droit à la sécurité de la personne. Le juge Beetz, p. 105-106, avec l'accord du juge Estey, était d'avis que le délai créait un risque additionnel pour la santé et constituait une violation du droit à la sécurité de la personne. De même, dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 589, le juge Sopinka a estimé que les souffrances imposées par l'État constituent une atteinte au droit à la sécurité de la personne. Voir aussi *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, et *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, pour ce qui est des souffrances psychologiques. Si la preuve démontre l'existence d'une atteinte au droit à la sécurité de la personne, à plus forte raison, elle justifie de conclure à une atteinte au droit à l'intégrité de la personne.

44 In the opinion of my colleagues Binnie and LeBel JJ., there is an internal mechanism that safeguards the public health system. According to them, Quebeckers may go outside the province for

Mes collègues les juges Binnie et LeBel considèrent qu'il existe un mécanisme interne qui sauvegarde le système de santé public. Selon eux, les Québécois peuvent se faire traiter à l'extérieur du

treatment where services are not available in Quebec. This possibility is clearly not a solution for the system's deficiencies. The evidence did not bring to light any administrative mechanism that would permit Quebeckers suffering as a result of waiting times to obtain care outside the province. The possibility of obtaining care outside Quebec is case-specific and is limited to crisis situations.

I find that the trial judge did not err in finding that the prohibition on insurance for health care already insured by the state constitutes an infringement of the right to life and security. This finding is no less true in the context of s. 1 of the *Quebec Charter*. Quebeckers are denied a solution that would permit them to avoid waiting lists, which are used as a tool to manage the public plan. I will now consider the justification advanced under s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

VI. Justification for the Prohibition

Section 9.1 of the *Quebec Charter* sets out the standard for justification. It reads as follows:

9.1. In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

The Court had occasion to consider the scope of this provision in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712. In its view, in the context of the relationship between citizens and the state, the provision is of the same nature as s. 1 of the *Canadian Charter* (at pp. 769-71):

It was suggested in argument that because of its quite different wording s. 9.1 was not a justificatory provision similar to s. 1 but merely a provision indicating that the fundamental freedoms and rights guaranteed by the Quebec *Charter* are not absolute but relative and must be construed and exercised in a manner consistent with the values, interests and considerations indicated in s. 9.1 — "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec." In the case at bar the Superior Court and

Québec lorsque les soins ne sont pas disponibles au Québec. Cette possibilité n'est certainement pas la solution aux maux du système. La preuve n'a mis en lumière aucun mécanisme administratif permettant d'obtenir des soins à l'étranger lorsque les Québécois souffrent par suite des délais d'attente. Le recours aux soins à l'étranger est ponctuel et limité à des situations de crise.

45 J'en conclus que la juge de première instance n'a pas commis d'erreur en concluant que la prohibition de l'assurance pour des soins déjà assurés par l'État constitue une atteinte au droit à la vie et à la sécurité. Cette conclusion s'applique intégralement à l'art. 1 de la *Charte québécoise*. Les Québécois sont privés de l'accès à une solution qui leur permettrait d'éviter les listes d'attente, qui sont un outil de gestion du régime public. Il reste à examiner la justification présentée en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

VI. Justification de la prohibition

46 L'article 9.1 de la *Charte québécoise* énonce la norme de justification. Il prévoit ce qui suit :

9.1. Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

47 La Cour a eu l'occasion d'examiner la portée de cette disposition dans l'affaire *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712. Elle y a vu, pour ce qui est des relations des citoyens avec l'État, une disposition de même nature que l'article premier de la *Charte canadienne* (p. 769-771) :

On a soutenu à l'audience qu'en raison de son libellé tout à fait différent, l'art. 9.1 n'est pas une disposition justificative analogue à l'article premier, mais simplement une disposition indiquant que les libertés et droits fondamentaux garantis par la *Charte* québécoise ne sont pas absolus mais relatifs et doivent donc s'interpréter et s'exercer d'une manière compatible avec les valeurs, les intérêts et les considérations mentionnées à l'art. 9.1, soit les « valeurs démocratiques », « l'ordre public » et le « bien-être général des citoyens du Québec ».

the Court of Appeal held that s. 9.1 was a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it was subject, in its application, to a similar test of rational connection and proportionality. This Court agrees with that conclusion. The first paragraph of s. 9.1 speaks of the manner in which a person must exercise his fundamental freedoms and rights. That is not a limit on the authority of government but rather does suggest the manner in which the scope of the fundamental freedoms and rights is to be interpreted. The second paragraph of s. 9.1, however — "In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law" — does refer to legislative authority to impose limits on the fundamental freedoms and rights. The words "In this respect" refer to the words "maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". Read as a whole, s. 9.1 provides that limits to the scope and exercise of the fundamental freedoms and rights guaranteed may be fixed by law for the purpose of maintaining a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Quebec. That was the view taken of s. 9.1 in both the Superior Court and the Court of Appeal. As for the applicable test under s. 9.1, Boudreault J. in the Superior Court quoted with approval from a paper delivered by Raynold Langlois, Q.C., entitled "Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve", and published in *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986), in which the author expressed the view that under s. 9.1 the government must show that the restrictive law is neither irrational nor arbitrary and that the means chosen are proportionate to the end to be served. In the Court of Appeal, Bisson J.A. adopted essentially the same test. He said that under s. 9.1 the government has the onus of demonstrating on a balance of probabilities that the impugned means are proportional to the object sought. He also spoke of the necessity that the government show the absence of an irrational or arbitrary character in the limit imposed by law and that there is a rational link between the means and the end pursued. We are in general agreement with this approach. . . . [I]t is an implication of the requirement that a limit serve one of these ends that the limit should be rationally connected to the legislative purpose and that the legislative means be proportionate to the end to be served. That is implicit in a provision that prescribes that certain values or legislative purposes may prevail in particular circumstances over a fundamental freedom or right. That necessarily implies a balancing exercise and the appropriate test for such balancing is one of

En l'espèce, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que l'art. 9.1 était une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et que son application était soumise à un critère semblable de proportionnalité et de lien rationnel. La Cour souscrit à cette conclusion. Le premier alinéa de l'art. 9.1 parle de la façon dont une personne doit exercer des libertés et des droits fondamentaux. Ce n'est pas une limitation du pouvoir du gouvernement, mais plutôt une indication de la manière d'interpréter l'étendue de ces libertés et droits fondamentaux. Toutefois, le second alinéa de l'art. 9.1 (« La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice. ») traite bien du pouvoir du législateur d'imposer des limites aux libertés et droits fondamentaux. L'expression « à cet égard » renvoie au membre de phrase « dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Pris dans son ensemble, l'art. 9.1 prévoit que la loi peut fixer des limites à l'étendue et à l'exercice des libertés et droits fondamentaux garantis pour assurer le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec. C'est ainsi que la Cour supérieure et la Cour d'appel ont envisagé l'art. 9.1. Pour ce qui est du critère à appliquer aux fins de l'art. 9.1, le juge Boudreault de la Cour supérieure a cité et approuvé des extraits d'une étude présentée par M^e^ Raynold Langlois, c.r., intitulée « Les clauses limitatives des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés et le fardeau de la preuve » publiée dans *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne* (1986). Dans cette étude, l'auteur exprime l'avis que, pour se prévaloir de l'art. 9.1, le gouvernement doit démontrer que la loi restrictive n'est ni irrationnelle ni arbitraire et que les moyens choisis sont proportionnés au but visé. En Cour d'appel, le juge Bisson a retenu essentiellement le même critère. Selon lui, il incombe au gouvernement, en vertu de l'art. 9.1, de prouver selon la prépondérance des probabilités que les moyens attaqués sont proportionnels à l'objet qu'on veut atteindre. Il a parlé en outre de l'obligation qu'a le gouvernement d'établir l'absence d'un caractère irrationnel ou arbitraire dans la restriction imposée par la loi ainsi que l'existence d'un lien rationnel entre les moyens employés et la fin poursuivie. D'une manière générale, nous approuvons cette façon d'aborder la question. [. . .] Il s'agit [. . .] de l'exigence que la restriction serve un de ces buts, qu'elle ait un lien rationnel avec l'objet législatif et que les moyens employés par le législateur soient proportionnés au but visé. Une telle exigence est implicite dans une disposition prescrivant que certaines valeurs ou certains objets législatifs peuvent dans des circonstances précises prévaloir sur une liberté ou un droit fondamentaux. Cela implique nécessairement la recherche d'un juste équilibre et le critère à

rational connection and proportionality. [Emphasis in original.]

The interpretation adopted by the Court in that decision still applies today, and the analytical approach developed in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, must be followed. This approach is well known. First, the court must determine whether the objective of the legislation is pressing and substantial. Next, it must determine whether the means chosen to attain this legislative end are reasonable and demonstrably justifiable in a free and democratic society. For this second part of the analysis, three tests must be met: (1) the existence of a rational connection between the measure and the aim of the legislation; (2) minimal impairment of the protected right by the measure; and (3) proportionality between the effect of the measure and its objective (*Egan v. Canada*, [1995] 2 S.C.R. 513, at para. 182). It is the minimal impairment analysis that has proven to be the most delicate stage in the instant case. The other stages cannot, however, be bypassed.

A. *Purpose of the Statute*

The prohibitions are set out in the *HOIA* and the *HEIA*. The general objective of these statutes is to promote health care of the highest possible quality for all Quebeckers regardless of their ability to pay. Quality of care and equality of access are two inseparable objectives under the statutes. At trial, Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health at the time when the *HEIA* was enacted, testified regarding the legislation's objectives:

[TRANSLATION] . . . we wanted to ensure that everyone would have access to health care, regardless of their ability to pay. Also, because the Health Insurance Act was part of a whole — there was Bill 65 respecting health services — we wanted a thorough reform. We wanted access to health care to be as equal as possible everywhere in Quebec, regardless of place of residence, regardless of financial circumstances . . . .

The quality objective is not formally stated, but it seems clear that a health care service that does not attain an acceptable level of quality of care cannot be regarded as a genuine health care service. Low-quality services can threaten the lives of users. The

suivre pour y parvenir consiste à se demander s'il existe un lien rationnel et s'il y a proportionnalité. [Souligné dans l'original.]

48 L'interprétation ainsi adoptée par la Cour prévaut depuis, et la grille d'analyse tracée dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, s'impose. La démarche est bien connue. D'abord, le tribunal doit vérifier si l'objectif de la loi est urgent et réel. Ensuite, il se demande si le moyen utilisé pour atteindre l'objectif législatif est raisonnable et s'il peut se justifier dans une société libre et démocratique. Pour cette deuxième partie de l'analyse, trois critères sont utilisés : (1) Existe-t-il un lien rationnel entre la mesure et l'objectif législatif? (2) La mesure porte-t-elle atteinte le moins possible au droit garanti? (3) Y a-t-il proportionnalité entre l'effet de la mesure et son objectif? (*Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513, par. 182). C'est l'étape de l'analyse de l'atteinte minimale qui se révèle la plus délicate en l'espèce. Les autres étapes ne peuvent cependant pas être escamotées.

A. *But de la loi*

49 Les prohibitions sont prévues par la *LAH* et la *LAM*. L'objectif général de ces lois est de promouvoir, pour tous les Québécois, des soins de santé de la meilleure qualité possible, sans égard à leur capacité de payer. Qualité de soins et égalité d'accès sont, aux termes de ces lois, deux objectifs indissociables. Au procès, Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec à l'époque de l'adoption de la *LAM*, a témoigné des objectifs poursuivis :

. . . nous voulions faire en sorte que tous aient accès aux soins, sans égard aux moyens financiers des individus. Nous voulions aussi, parce que la Loi sur l'assurance-maladie faisait partie d'un ensemble, il y a eu la Loi 65 sur les services de santé, une réforme en profondeur, nous voulions que l'accès aux soins soit aussi égal que possible partout au Québec, sans égard au lieu de résidence, sans égard à la situation financière . . .

50 L'objectif de qualité n'est pas formellement mentionné, mais il paraît évident qu'un service de santé qui ne fournit pas une qualité de soins acceptable ne saurait être considéré comme un véritable service de santé. Des services de mauvaise qualité peuvent

legislature accordingly required that there be supervision of health care. That supervision is essential to guarantee not only the quality of care, but also public safety.

51 To ensure supervision of these services, the *AHSSS* provides for program planning (s. 346), organization of services (ss. 347 to 349), allocation of financial resources (ss. 350 and 351), coordination of health services and social services (ss. 352 to 370), and management of human, material and financial resources (ss. 376 to 385). An institution that provides services may be private and may receive government funding, in which case it is referred to as a "private institution under agreement". In such cases, the state delegates its responsibilities to a private sector service provider. The services of public institutions and private institutions under agreement relate, on the whole, to a single offer of services, namely the one established by the government. If a legal or natural person wishes to provide health services or social services contemplated by the *AHSSS* from an institution, the person must obtain a permit to operate an institution (ss. 316 and 437). Because private institutions are not prohibited by the *AHSSS*, the Minister may not refuse to issue a permit solely because he or she wishes to slow down the development of private institutions that are not under agreement (*Charles Bentley Nursing Home Inc. v. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (see M. Laverdière, "Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*" (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117).

52 The *HOIA* and the *HEIA* provide that, within the framework they establish, the state is responsible for the provision and funding of health services. The *HEIA* provides (s. 3) that the state is to pay the cost of services rendered by a physician that are medically required as well as certain other services provided by, *inter alia*, dentists, pharmacists and optometrists. The insured services are funded by the state out of public moneys. The only contribution made by recipients of services toward the cost is through their income tax, if they are liable to pay

porter atteinte à la vie des usagers. Aussi, le législateur a-t-il prévu que les soins de santé devaient être contrôlés. Ce contrôle est indispensable pour assurer non seulement la qualité des soins, mais aussi la sécurité du public.

Afin d'assurer le contrôle des services, la *LSSSS* prévoit la programmation (art. 346), l'organisation des services (art. 347 à 349), l'allocation des ressources financières (art. 350 et 351), la coordination des services de santé et des services sociaux (art. 352 à 370), ainsi que la gestion des ressources humaines, matérielles et financières (art. 376 à 385). Un établissement fournissant des services peut être privé et peut recevoir des fonds de l'État. L'établissement est alors dit conventionné. Il s'agit là de cas où l'État délègue ses responsabilités à un prestataire de services privé. Les services des établissements publics et privés conventionnés ne relèvent, globalement, que d'une seule offre de services, soit celle prévue par l'administration publique. Si une personne — morale ou physique — désire fournir des services sociosanitaires prévus par la *LSSSS* à partir d'un établissement, elle doit obtenir un permis d'établissement (art. 316 et 437). Comme les établissements privés ne sont pas prohibés par la *LSSSS*, le ministre ne peut refuser un permis au seul motif qu'il veut freiner les projets de développement d'établissements privés non conventionnés (*Charles Bentley Nursing Home Inc. c. Ministre des Affaires sociales*, [1978] C.S. 30) (voir M. Laverdière, « Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement parallèle de services privés de santé et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* » (1998-1999), 29 *R.D.U.S.* 117).

La *LAH* et la *LAM* prévoient la prise en charge par l'État, dans le cadre qui y est défini, de la fourniture des services de santé et de leur financement. La *LAM* prévoit (art. 3) le paiement par l'État du coût des services que rend un médecin et qui sont médicalement requis ainsi que certains autres soins comme des services dentaires, pharmaceutiques et optométriques. Les services assurés sont financés par l'État sur les fonds publics. Le bénéficiaire des soins ne contribue au paiement des services que par ses impôts, lorsqu'il en paie. Les services couverts

income tax. The services covered must be provided by participating professionals or by professionals "who have withdrawn", although these professionals may not receive any fees in addition to those paid by the state (s. 22). The purpose of the *HOIA* is to ensure that hospital care is provided free of charge. The Act provides that hospital services are insured where they are medically required so that Quebeckers receive hospital services without charge and upon uniform terms and conditions (s. 2).

It can be seen from this brief review of the legislation governing health services that such services are controlled almost entirely by the state.

Although there are, at first glance, no provisions that prohibit the delivery of services by an individual or a legal person established for a private interest, a number of constraints are readily apparent. In addition to the restrictions relating to the remuneration of professionals, the requirement that a permit be obtained to provide hospital services creates a serious obstacle in practice. This constraint would not be problematic if the prevailing approach favoured the provision of private services. However, that is not the case. Not only are the restrictions real (Laverdière, at p. 170), but Mr. Chaoulli's situation shows clearly that they are. Here again, the executive branch is implementing the intention of the Quebec legislature to limit the provision of private services outside the public plan. That intention is evident in the preliminary texts tabled in the National Assembly, in the debate concerning those texts and, finally, in the written submissions filed by the Attorney General of Quebec in the instant case.

Section 11 *HOIA* and s. 15 *HEIA* convey this intention clearly. They render any proposal to develop private professional services almost illusory. The prohibition on private insurance creates an obstacle that is practically insurmountable for people with average incomes. Only the very wealthy can reasonably afford to pay for entirely private services. Assuming that a permit were issued, the operation of an institution that is not under agreement is the exception in Quebec. In fact, the trial judge found that the effect of the prohibition was to "significantly" limit the

doivent être fournis par des professionnels participants ou désengagés, qui ne peuvent toutefois recevoir d'honoraires autres que ceux payés par l'État (art. 22). La *LAH* a pour objet d'assurer la gratuité des soins hospitaliers. La loi établit que les services hospitaliers sont assurés dans la mesure où ils sont requis du point de vue médical afin que les Québécois reçoivent, sans frais, des services hospitaliers selon des modalités uniformes (art. 2).

53 Cet examen sommaire des lois encadrant les services de santé permet de constater que ceux-ci sont contrôlés presque totalement par l'État.

54 Si, à première vue, aucune disposition n'interdit la fourniture de services par un particulier ou une personne morale de droit privé, plusieurs contraintes ressortent rapidement. Au-delà des restrictions liées à la rémunération des professionnels, l'obligation d'obtenir un permis pour dispenser des services hospitaliers n'est pas sans créer un obstacle pratique important. Cette contrainte ne poserait pas de problème si une approche favorable à la fourniture de services privés prévalait. Tel n'est cependant pas le cas. Non seulement les restrictions sont-elles réelles (Laverdière, p. 170), mais le cas de M. Chaoulli l'illustre clairement. Le pouvoir exécutif met là aussi en action la volonté du législateur québécois de limiter la fourniture de services privés en dehors du contexte du régime public. Cette volonté ressort des textes préliminaires déposés à l'Assemblée nationale, des débats sur ces textes et finalement des déclarations écrites du procureur général du Québec figurant dans le mémoire déposé dans le présent dossier.

55 Les articles 11 *LAH* et 15 *LAM* traduisent d'ailleurs clairement cette volonté. Ils rendent quasi illusoire tout projet de développement de services professionnels privés. La prohibition des assurances privées crée un obstacle pratiquement insurmontable pour les personnes à revenu moyen. Seules les personnes très fortunées peuvent raisonnablement se permettre d'avoir recours à des services entièrement privés. L'exploitation au Québec d'un établissement non conventionné, en supposant qu'un permis soit délivré, relève du cas d'exception. La juge de

private provision of services that are already available under the public plan (p. 812). This observation relates to the effects of the prohibition. These effects must not be confused with the objective of the legislation. According to the Attorney General of Quebec, the purpose of the prohibition is to preserve the integrity of the public health care system. From this perspective, the objective appears at first glance to be pressing and substantial. Its pressing and substantial nature can be confirmed by considering the historical context.

56 Government involvement in health care came about gradually. Initially limited to extreme cases, such as epidemics or infectious diseases, the government's role has expanded to become a safety net that ensures that the poorest people have access to basic health care services. The enactment of the first legislation providing for universal health care was a response to a need for social justice. According to Dr. Fernand Turcotte, [TRANSLATION] "it was recognized [during the 1920s] that illness had become the primary cause of impoverishment for Canadians, owing to the loss of work that almost always results from serious illness and the loss of family assets, which were inevitably swallowed up to pay for health care" (report by F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), at p. 4). Since the government passed legislation based on its view that it had to be the principal actor in the health care sphere, it is easy to understand its distrust of the private sector. At the stage of analysis of the objective of the legislation, I believe that preserving the public plan is a pressing and substantial purpose.

B. *Proportionality*

(1) Rational Connection

57 The next question is whether the prohibition on private insurance has a rational connection with the objective of preserving the public plan. Does this measure assist the state in implementing a public plan that provides high-quality health care services that are accessible to all residents of Quebec?

première instance a d'ailleurs conclu que la prohibition avait pour effet de limiter « de façon considérable » la fourniture privée de services de même nature que ceux déjà offerts par le régime public (p. 812). Cette observation concerne les effets de la prohibition. Ces effets ne doivent pas être confondus avec l'objectif législatif. Selon le procureur général du Québec, la prohibition a pour but de préserver l'intégrité du régime public de soins de santé. Présenté ainsi, il semble qu'il s'agisse, a priori, d'un objectif urgent et réel. Considéré dans une perspective historique, l'énoncé peut être confirmé.

L'intervention des gouvernements dans le domaine de la santé s'est faite graduellement. Initialement limitée aux cas extrêmes d'épidémies ou de maladies infectieuses, l'intervention de l'État s'est élargie pour devenir un filet de sécurité assurant que les plus pauvres aient accès à des soins minimaux. L'adoption des premières lois établissant des services de santé universels répondait à un besoin de justice sociale. Selon le D^r^ Fernand Turcotte, pendant les années 20, « on reconnaissait que la maladie était devenue la principale cause d'appauvrissement des Canadiens par le chômage auquel contraint presque toujours la maladie grave et par l'engloutissement du patrimoine familial qu'entraînait inéluctablement, le paiement des soins » (rapport de F. Turcotte, *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998), p. 4). Comme le gouvernement a légiféré parce qu'il estimait nécessaire d'être le principal acteur en matière de santé, il est facile de comprendre sa méfiance envers le secteur privé. À l'étape de l'évaluation de l'objectif législatif, j'estime que la volonté de préserver le régime public constitue un but réel et pressant.

B. *La proportionnalité*

(1) Le lien rationnel

La question qui se pose est de savoir si la prohibition des assurances privées a un lien rationnel avec l'objectif de préservation du régime public. Cette mesure aide-t-elle l'État à mettre en œuvre un régime public de soins de qualité accessibles à tous les résidents du Québec?

According to the trial judge, the effect of the measure adopted by the state is to "significantly" limit private health care. Although the effect of a measure is not always indicative of a rational connection between the measure and its objective, in the instant case the consequences show an undeniable connection between the objective and the measure. The public plan is preserved because it has a quasi-monopoly.

(2) Minimal Impairment

The trial judge made certain assertions that suggest she found that the measure met the minimal impairment test. However, her approach was not appropriate to s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Her comments must therefore be considered in their context, not only because she failed to address the *Quebec Charter*, but also because she appears to have placed the onus on the appellants to prove that private insurance would provide a solution to the problem of waiting lists (at p. 796):

[TRANSLATION] The Court further finds that although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants' proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question.

The burden of proof does not rest on the appellants. Under s. 9.1 of the *Quebec Charter*, the onus was on the Attorney General of Quebec to prove that the prohibition is justified. He had to show that the measure met the minimal impairment test. The trial judge did not consider the evidence on the basis that there was a burden on the Attorney General of Quebec.

To determine whether the Attorney General of Quebec has discharged this burden, I will begin by analysing the expert evidence submitted to the Superior Court. I will then examine the situations in the other provinces of Canada and in certain countries of the Organization for Economic Cooperation

58 Selon la juge de première instance, la mesure décrétée par l'État a pour effet de limiter « de façon considérable » les soins privés. Bien que l'effet d'une mesure ne témoigne pas toujours de l'existence d'un lien rationnel entre la mesure et son objectif, dans le cas présent, les conséquences démontrent indéniablement un rapport entre l'objectif et la mesure choisie. Le régime public est préservé parce qu'il est placé en situation de quasi-monopole.

(2) L'atteinte minimale

59 La juge de première instance a fait certaines affirmations tendant à indiquer qu'elle aurait conclu que la mesure satisfaisait le critère de l'atteinte minimale. Elle n'a cependant pas suivi une grille d'analyse propre à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Ses commentaires doivent donc être situés dans leur contexte non seulement parce qu'elle n'a pas examiné la *Charte québécoise*, mais aussi parce qu'elle semble avoir imposé aux appelants le fardeau de prouver que l'assurance privée permettrait de résoudre le problème des listes d'attente (p. 796) :

Par ailleurs, le Tribunal constate que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilité de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile.

60 Le fardeau de la preuve n'incombait pas aux appelants. Suivant l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, il revenait au procureur général du Québec de prouver que la prohibition est justifiée. Il devait démontrer que la mesure choisie satisfaisait au critère de l'atteinte minimale. La juge de première instance n'a pas analysé la preuve en fonction d'un fardeau reposant sur le procureur général du Québec.

61 Pour vérifier si le procureur général du Québec s'est acquitté de ce fardeau, j'analyserai d'abord la preuve d'expert présentée devant la Cour supérieure. Par la suite, j'examinerai l'état de la situation dans les autres provinces du Canada ainsi que dans certains pays de l'Organisation de coopération et de

and Development ("OECD"). Finally, I will address the deference the Court must show where the government has chosen among a number of measures that may impair protected rights.

(a) *The Experts Who Testified at Trial and Whose Evidence Was Accepted by the Superior Court Judge*

62 As can be seen from the evidence, the arguments made in support of the position that the integrity of the public system could be jeopardized by abolishing the prohibition can be divided into two groups. The first group of arguments relates to human reactions of the various people affected by the public plan, while the second group relates to the consequences for the plan itself.

(i) Human Reactions

63
1. Some witnesses asserted that the emergence of the private sector would lead to a reduction in popular support in the long term because the people who had private insurance would no longer see any utility for the public plan. Dr. Howard Bergman cited an article in his expert report. Dr. Theodore R. Marmor supported this argument but conceded that he had no way to verify it.

2. Some witnesses were of the opinion that the quality of care in the public plan would decline because the most influential people would no longer have any incentive to bring pressure for improvements to the plan. Dr. Bergman cited a study by the World Bank in support of his expert report. Dr. Marmor relied on this argument but confirmed that there is no direct evidence to support this view.

3. There would be a reduction in human resources in the public plan because many physicians and other health care professionals would leave the plan out of a motive for profit: Dr. Charles J. Wright cited a study done in the United Kingdom, but admitted that he had read only a summary and not the study itself. Although Dr. Marmor supported the assertion, he testified

développement économiques (« OCDE »). Je m'interrogerai enfin sur la déférence dont la Cour doit faire preuve lorsque le gouvernement choisit entre plusieurs mesures qui sont susceptibles de porter atteinte aux droits protégés.

a) *Les experts entendus au procès et dont le témoignage a été retenu par la juge de la Cour supérieure*

L'examen de la preuve permet de regrouper en deux blocs les arguments avancés pour soutenir que l'intégrité du système public pourrait être menacée par l'abolition de la prohibition. Le premier bloc comprend les réactions humaines des différentes personnes touchées par le régime public, alors que le deuxième groupe d'arguments a trait aux conséquences sur le régime lui-même.

(i) Réactions humaines

1. Certains témoins ont avancé que l'émergence du secteur privé entraînerait une réduction du support populaire à long terme parce que les personnes bénéficiant d'une assurance privée ne verraient plus l'utilité du régime public. Un article est invoqué par le D[r] Howard Bergman dans son rapport d'expertise. Le D[r] Theodore R. Marmor soutient cette thèse mais admet qu'il n'a pas de moyen de la confirmer.

2. Certains témoins ont exprimé l'avis que la qualité des soins dans le régime public diminuerait, parce que les personnes les plus influentes ne seraient plus incitées à faire pression pour améliorer le régime. Une étude menée par la Banque mondiale est invoquée par le D[r] Bergman au soutien de son rapport d'expertise. D[r] Marmor se fonde sur cet argument, mais confirme qu'il n'y a pas de preuve directe de ce point de vue.

3. Il y aurait réduction des ressources humaines dans le régime public parce que plusieurs médecins et autres professionnels de la santé quitteraient le régime dans un esprit de profit : une étude menée au Royaume-Uni est invoquée par le D[r] Charles J. Wright, mais le témoin admet qu'il n'a jamais lu l'étude, seulement un résumé. Le D[r] Marmor, même s'il supporte

that there is really no way to confirm it empirically. In his opinion, it is simply a matter of common sense.

4. An increase in the use of private health care would contribute to an increase in the supply of care for profit and lead to a decline in the professionalism and ethics of physicians working in hospitals. No study was cited in support of this opinion that seems to be based only on the witnesses' common sense.

It is apparent from this summary that for each threat mentioned, no study was produced or discussed in the Superior Court. While it is true that scientific or empirical evidence is not always necessary, witnesses in a case in which the arguments are supposedly based on logic or common sense should be able to cite specific facts in support of their conclusions. The human reactions described by the experts, many of whom came from outside Quebec, do not appear to me to be very convincing, particularly in the context of Quebec legislation. Participation in the public plan is mandatory and there is no risk that the Quebec public will abandon the public plan. The state's role is not being called into question. As well, the *HEIA* contains a clear provision authorizing the Minister of Health to ensure that the public plan is not jeopardized by having too many physicians opt for the private system (s. 30 *HEIA*). The evidence that the existence of the health care system would be jeopardized by human reactions to the emergence of a private system carries little weight.

(ii) Impact on the Public Plan

1. There would be an increase in overall health expenditures: the alleged increase would come primarily from the additional expenditures incurred by individuals who decide to take out private insurance; the rest of the increase in costs would be attributable to the cost of management of the private system by the state.

l'affirmation, témoigne qu'il n'y a pas vraiment de moyen empirique de la confirmer. Il s'agit, selon lui, simplement d'une question de bon sens.

4. L'augmentation du recours aux soins privés contribuerait à une augmentation de la fourniture de soins dictée par le profit et entraînerait une diminution du professionnalisme et de l'éthique des médecins dans les hôpitaux. Aucune étude n'a été citée à l'appui de cette opinion, qui ne paraît fondée que sur le sens commun des témoins.

64 Il ressort de cette synthèse que, pour chaque menace décrite, aucune étude n'a été produite ou analysée devant la Cour supérieure. Il est vrai qu'une preuve scientifique ou empirique n'est pas toujours nécessaire, mais dans un cas où les arguments sont censés être fondés sur la logique ou le bon sens, les témoins devraient être en mesure de faire appel à des faits caractéristiques justifiant leur conclusion. Les réactions humaines décrites par les experts, dont plusieurs sont de l'extérieur du Québec, ne me paraissent pas très convaincantes, surtout dans le contexte de la législation québécoise. La participation au régime public est obligatoire; il n'y a pas de risque que la population québécoise abandonne le régime public. L'intervention de l'État n'est pas remise en question. De plus, la *LAM* contient une disposition claire permettant au ministre de la Santé de s'assurer que le régime public ne soit pas mis en péril par la décision d'un trop grand nombre de médecins d'opter pour le régime privé (art. 30 *LAM*). La preuve que l'existence du système de santé serait menacée par des réactions humaines à l'émergence d'un réseau privé a peu de poids.

(ii) Impact sur le régime public

65 1. Il y aurait augmentation des dépenses globales en matière de santé : l'augmentation alléguée viendrait principalement des dépenses additionnelles faites par les personnes décidant de souscrire une assurance privée. L'autre partie de l'augmentation des coûts serait attribuable au coût de gestion du régime privé par l'État.

2. Insurers would reject the most acute patients, leaving the most serious cases to be covered by the public plan.

3. In a private system, physicians would tend to lengthen waiting times in the public sector in order to direct patients to the private sector from which they would derive a profit.

66 Once again, I am of the opinion that the reaction some witnesses described is highly unlikely in the Quebec context. First, if the increase in overall costs is primarily attributable to the individual cost of insurance, it would be difficult for the state to prevent individuals who wished to pay such costs from choosing how to manage their own finances. Furthermore, because the public plan already handles all the serious cases, I do not see how the situation could be exacerbated if that plan were relieved of the clientele with less serious health problems. Finally, because of s. 1(*e*), non-participating physicians may not practise as participants; they will not therefore be faced with the conflict of interest described by certain witnesses. As for physicians who have withdrawn (s. 1(*d*) *HEIA*), the state controls their conditions of practice by way of the agreements (s. 1(*f*) *HEIA*) they are required to sign. Thus, the state can establish a framework of practice for physicians who offer private services.

67 The trial judge's assessment of the evidence was founded on the idea that the appellants had to prove that abolishing the prohibition would improve the public plan. She also analysed the case from the perspective of s. 7 of the *Canadian Charter*, which placed the burden on the appellants rather than on the Attorney General of Quebec. Furthermore, a number of witnesses failed to consider the legislation specific to Quebec. The combination of these three oversights or errors means that the findings must be qualified and adapted to s. 9.1 of the *Quebec Charter*.

68 Upon completing her analysis, the trial judge drew the following conclusion (at p. 827):

2. Les assureurs refuseraient les patients les plus lourds, laissant au régime public les cas les plus graves.

3. Dans un régime privé, les médecins auraient tendance à provoquer une augmentation des listes d'attente du secteur public pour orienter les patients vers un secteur privé dont ils tireraient profit.

Une fois de plus, je suis d'avis que, dans le contexte québécois, la réaction décrite par certains témoins est peu probable. D'abord, si l'augmentation des dépenses globales est principalement attribuable aux dépenses individuelles d'assurance, l'État peut difficilement empêcher les particuliers qui veulent assumer de tels coûts de choisir la façon de gérer leurs finances personnelles. De plus, puisque le régime public s'occupe déjà de tous les cas lourds, je ne vois pas comment la situation pourrait s'aggraver si ce régime était soulagé de la clientèle ayant des problèmes de santé moins graves. Enfin, en raison de l'al. 1*e*) les médecins non participants ne peuvent pratiquer comme participants. Ils ne peuvent donc pas se trouver dans la situation de conflit d'intérêts décrite par quelques témoins. Pour ce qui est des médecins désengagés (al. 1*d*) *LAM*), l'État contrôle les conditions de pratique par les ententes (al. 1*f*) *LAM*) auxquelles ils doivent adhérer. L'État peut donc prévoir le cadre d'exercice des médecins qui offrent des services privés.

La juge de première instance a évalué la preuve en ayant à l'esprit que les appelants devaient prouver que l'abolition de la prohibition améliorerait le régime public. De plus, elle a analysé le dossier au regard de l'art. 7 de la *Charte canadienne* qui impose le fardeau de la preuve aux appelants plutôt qu'au procureur général du Québec. Au surplus, plusieurs témoins n'ont pas tenu compte de la législation particulière du Québec. La combinaison de ces trois lacunes ou erreurs fait en sorte que les conclusions doivent être nuancées pour être adaptées à l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*.

En fait, après avoir complété son analyse, la juge a tiré la conclusion suivante (p. 827) :

[TRANSLATION] These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. [Emphasis added.]

Thus, the judge's finding that the appellants had failed to show that the scope of the prohibition was excessive and that the principles of fundamental justice had not been violated was based solely on the "fear" of an erosion of resources or a [TRANSLATION] "threat [to] the integrity" of the system (p. 827 (emphasis deleted)). But the appellants did not have the burden of disproving every fear or every threat. The onus was on the Attorney General of Quebec to justify the prohibition. Binnie and LeBel JJ. rely on a similar test in asserting that private health care would likely have an impact on the public plan. This standard does not meet the requirement of preponderance under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. It can be seen from the evidence that the Attorney General of Quebec failed to discharge his burden of proving that a total prohibition on private insurance met the minimal impairment test.

There is other evidence in the record that might be of assistance in the justification analysis. In this regard, it is useful to observe the approaches of the other Canadian provinces because they also operate within the financial framework established by the *Canada Health Act*.

(b) *Overview of Other Provincial Plans*

The approach to the role of the private sector taken by the other nine provinces of Canada is by no means uniform. In addition to Quebec, six other provinces have adopted measures to discourage people from turning to the private sector. The other three, in practice, give their residents free access to the private sector.

Ontario (*Health Care Accessibility Act*, R.S.O. 1990, c. H.3, s. 2), Nova Scotia (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, c. 197, s. 29(2)) and Manitoba (*Health Services Insurance Act*, R.S.M. 1987, c. H35, s. 95(1)) prohibit non-participating physicians from charging their

À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. [Je souligne.]

C'est donc seulement en raison d'une « crainte » d'érosion des ressources ou d'une « menac[e à] l'intégrité » du système (p. 827 (soulignement omis)) que la juge conclut que les appelants n'ont pas démontré que la prohibition a une portée excessive, et donc que les principes de justice fondamentale ne sont pas enfreints. Les appelants n'avaient cependant pas le fardeau d'écarter toute crainte ou toute menace. Il revenait au procureur général du Québec de justifier la prohibition. Les juges Binnie et LeBel s'appuient sur un critère analogue lorsqu'ils affirment que les soins privés sont susceptibles d'affecter le régime public. Cette norme ne satisfait pas à l'exigence de prépondérance de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il ressort de l'examen de la preuve que le procureur général du Québec ne s'est pas acquitté de son fardeau de prouver que la prohibition totale des assurances privées satisfaisait au critère de l'atteinte minimale.

69 Le dossier comporte d'autres éléments qui peuvent être utiles dans l'analyse de la justification. À cet égard, il est intéressant d'observer ce que font les autres provinces canadiennes, puisqu'elles évoluent aussi dans le cadre financier établi par la *Loi canadienne sur la santé*.

b) *Aperçu des régimes des autres provinces*

70 L'approche adoptée par les neuf autres provinces canadiennes en ce qui concerne le rôle du secteur privé est loin d'être uniforme. En plus du Québec, six autres provinces sont dotées de mesures qui découragent le recours au secteur privé. Les trois autres laissent à leurs résidents pratiquement libre accès au secteur privé.

71 L'Ontario (*Loi sur l'accessibilité aux services de santé*, L.R.O. 1990, ch. H.3, art. 2), la Nouvelle-Écosse (*Health Services and Insurance Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 197, par. 29(2)) et le Manitoba (*Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.M. 1987, ch. H35, par. 95(1)) interdisent aux médecins non

patients more than what physicians receive from the public plan. In practice, there is no financial incentive to opt for the private sector. It is worth noting that Nova Scotia does not prohibit insurance contracts to cover health care obtained in the private sector. Ontario and Manitoba prohibit insurance contracts but refund amounts paid by patients to non-participating physicians.

72 Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, c. A-20, s. 9(1)), British Columbia (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, c. 286, s. 18(2)) and Prince Edward Island (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. H-2, ss. 10, 10.1 and 14.1) have adopted a very different approach. In those provinces, non-participating physicians are free to set the amount of their fees, but the cost of the services is not refunded and contracts for insurance to cover services offered by the public plan are prohibited. This is the same policy as has been adopted by Quebec.

73 Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, c. S-29, s. 18(1.1)), New Brunswick (*Medical Services Payment Act*, R.S.N.B. 1973, c. M-7, s. 2.01(*a*), and *General Regulation — Medical Services Payment Act*, N.B. Reg. 84-20, Sch. 2, para. (*n.1*)), and Newfoundland and Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, c. M-5.1, s. 10(5), and *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, s. 3) are open to the private sector. New Brunswick allows physicians to set their own fees. In Saskatchewan, this right is limited to non-participating physicians. The cost is not refunded by the public plan, but patients may purchase insurance to cover those costs. Newfoundland and Labrador agrees to reimburse patients, up to the amount covered by the public plan, for fees paid to non-participating physicians. In Newfoundland and Labrador, patients may subscribe to private insurance to cover the difference.

participants d'exiger de leurs patients plus que ce que les médecins reçoivent du régime public. En pratique, les médecins n'ont pas d'avantage pécuniaire à opter pour le secteur privé. Il est intéressant de constater que la Nouvelle-Écosse ne prohibe pas la conclusion de contrats d'assurance à l'égard des soins obtenus dans le secteur privé alors que l'Ontario et le Manitoba prohibent de tels contrats, mais remboursent aux patients le coût des services payés à un médecin non participant.

L'Alberta (*Alberta Health Care Insurance Act*, R.S.A. 2000, ch. A-20, par. 9(1)), la Colombie-Britannique (*Medicare Protection Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 286, par. 18(2)) et l'Île-du-Prince-Édouard (*Health Services Payment Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. H-2, art. 10, 10.1 et 14.1) ont adopté une approche très différente. Dans ces provinces, les médecins non participants sont libres de fixer le montant de leurs honoraires, mais le coût des services n'est pas remboursé et il n'est pas permis de conclure des contrats pour s'assurer pour les services offerts par le régime public. Cette politique est celle choisie par le Québec.

La Saskatchewan (*Saskatchewan Medical Care Insurance Act*, R.S.S. 1978, ch. S-29, par. 18(1.1)), le Nouveau-Brunswick (*Loi sur le paiement des services médicaux*, L.R.N.-B. 1973, ch. M-7, al. 2.01*a*), et *Règlement général — Loi sur le paiement des services médicaux*, Règl. du N.-B. 84-20, ann. 2, al. *n.1*)) et Terre-Neuve-et-Labrador (*Medical Care Insurance Act, 1999*, S.N.L. 1999, ch. M-5.1, par. 10(5), et *Medical Care Insurance Insured Services Regulations*, C.N.L.R. 21/96, art. 3) se montrent ouverts au secteur privé. Le Nouveau-Brunswick permet aux médecins de fixer eux-mêmes leurs honoraires. En Saskatchewan, ce droit est limité aux médecins non participants. Le coût n'est pas remboursé par le régime public, mais les patients peuvent s'assurer pour ces coûts. Pour sa part, Terre-Neuve-et-Labrador accepte de rembourser aux patients les frais payés au médecin non participant jusqu'à concurrence de la somme couverte par le régime public. À Terre-Neuve-et-Labrador, les patients peuvent souscrire une assurance privée pour couvrir la différence.

Even if it were assumed that the prohibition on private insurance could contribute to preserving the integrity of the system, the variety of measures implemented by different provinces shows that prohibiting insurance contracts is by no means the only measure a state can adopt to protect the system's integrity. In fact, because there is no indication that the public plans of the three provinces that are open to the private sector suffer from deficiencies that are not present in the plans of the other provinces, it must be deduced that the effectiveness of the measure in protecting the integrity of the system has not been proved. The example illustrated by a number of other Canadian provinces casts doubt on the argument that the integrity of the public plan depends on the prohibition against private insurance. Obviously, since Quebec's public plan is in a quasi-monopoly position, its predominance is assured. Also, the regimes of the provinces where a private system is authorized demonstrate that public health services are not threatened by private insurance. It can therefore be concluded that the prohibition is not necessary to guarantee the integrity of the public plan.

74 Même si on tenait pour acquis que la prohibition des assurances privées peut contribuer à préserver l'intégrité du système, la variété des mesures mises en place par les différentes provinces démontre qu'une telle mesure est loin d'être la seule à laquelle un État peut recourir. En fait, comme rien n'indique que le régime public des trois provinces sympathiques au secteur privé souffre de tares dont sont exempts les régimes des autres provinces, il faut en déduire que l'efficacité de la mesure n'est pas démontrée. L'exemple de plusieurs provinces canadiennes fait donc douter de la validité de l'argument suivant lequel l'intégrité du régime public dépend de la prohibition des assurances privées. Certes, comme le régime public québécois est dans une position quasi monopolistique, sa prédominance est assurée. Les régimes en vigueur dans les provinces où un système privé est autorisé démontrent également que les services de santé publics ne sont pas menacés par l'assurance privée. Il est donc permis d'inférer que la prohibition n'est pas nécessaire pour assurer l'intégrité du régime public.

In the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*, I must conclude that a comparison with the plans of the other Canadian provinces does not support the position of the Attorney General of Quebec.

75 Dans le contexte de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, force est de constater que la comparaison avec les régimes des autres provinces canadiennes n'appuie pas la position du procureur général du Québec.

There are also many reports in the record on which to base an overview of current practices in several OECD countries.

76 De nombreux rapports produits au dossier permettent aussi de faire un survol des pratiques ayant cours dans plusieurs pays de l'OCDE.

(c) *Overview of Practices in Certain OECD Countries*

c) *Survol des pratiques dans quelques pays de l'OCDE*

Mr. Chaoulli, echoed by at least one of the witnesses (Dr. Coffey), argued that Canada is the only OECD country to prohibit insurance for health care provided by non-participating physicians. This assertion must be clarified as it relates to Canada: it is true of only six provinces. It must also be qualified in the international context: while no such prohibition is found in any other OECD country, it should nonetheless be mentioned that measures to protect the public plan have been implemented in a number of countries, even some of the countries whose health

77 Monsieur Chaoulli avance, argument qui est repris par au moins un témoin (D[r] Coffey), que le Canada est le seul pays de l'OCDE à prohiber les assurances pour les soins dispensés par les médecins non participants. Cette affirmation doit être située dans le contexte canadien : elle n'est fondée que pour six provinces. De plus, dans le contexte international, elle doit être nuancée. En effet, si une telle prohibition n'existe dans aucun autre pays de l'OCDE, il convient tout de même de signaler que, dans plusieurs pays, des mesures sont mises en

care plans have been provided as models. There is no single model; the approach in Europe is no more uniform than in Canada.

78 In a number of European countries, there is no insurance paid for directly out of public funds. In Austria, services are funded through decentralized agencies that collect the necessary funds from salaries. People who want to obtain health care in the private sector in addition to the services covered by the mandatory social insurance are free to do so, but private insurance may cover no more than 80 percent of the cost billed by professionals practising in the public sector. The same type of plan exists in Germany and the Netherlands, but people who opt for private insurance are not required to pay for the public plan. Only nine percent of Germans opt for private insurance.

79 Australia's public system is funded in a manner similar to the Quebec system. However, Australia's system is different in that the private and public sectors coexist, and insurance covering private sector health care is not prohibited. The government attempts to balance access to the two sectors by allowing taxpayers to deduct 30 percent of the cost of private insurance. Insurance rates are regulated to prevent insurers from charging higher premiums for higher-risk individuals (C. H. Tuohy, C. M. Flood and M. Stabile, "How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations" (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

80 The United Kingdom does not restrict access to private insurance for health care (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002), at p. 38). Nor does the United Kingdom limit a physician's ability to withdraw from the public plan. However, physicians working full-time in public hospitals are limited in the amounts that they may bill in the private sector to supplement

œuvre pour protéger le régime public, et ce, même dans certains des pays où les régimes de santé sont présentés comme des modèles à suivre. Il n'existe cependant pas de modèle unique. En effet, pas plus en Europe qu'au Canada ne retrouve-t-on une approche uniforme.

Plusieurs pays d'Europe n'ont pas recours à une assurance payée directement sur les fonds publics. En Autriche, les services sont financés par l'intermédiaire d'organismes décentralisés qui perçoivent les fonds requis sur les salaires. Les personnes qui veulent obtenir des soins du secteur privé, en sus de ceux payés par l'assurance sociale obligatoire, sont libres de le faire, mais l'assurance privée ne peut couvrir plus de 80 pour 100 du coût facturé par les professionnels œuvrant dans le secteur public. En Allemagne et aux Pays-Bas, le même type de régime est en place, mais les personnes qui optent pour l'assurance privée n'ont pas à débourser pour le régime public. Seulement 9 pour 100 des Allemands optent pour l'assurance privée.

Le financement du régime public australien est similaire au financement du régime québécois. Le régime australien se distingue cependant en ce que les secteurs privé et public cohabitent, et l'assurance pour couvrir les soins de santé offerts par le secteur privé n'est pas prohibée. Le gouvernement tente d'équilibrer l'accès aux deux secteurs en autorisant les contribuables à déduire 30 pour 100 du coût de l'assurance privée. Les taux d'assurances sont réglementés, afin d'éviter que les assureurs exigent des primes plus élevées des personnes présentant plus de risques (C. H. Tuohy, C. M. Flood et M. Stabile, « How Does Private Finance Affect Public Health Care Systems? Marshaling the Evidence from OECD Nations » (2004), 29 *J. Health Pol.* 359).

Le Royaume-Uni ne restreint pas l'accès à l'assurance privée pour les soins de santé (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, Rapport intérimaire (2002), p. 36). Il ne limite pas non plus la possibilité pour un médecin de se désengager du régime public. Les médecins travaillant à temps plein dans des hôpitaux publics sont assujettis à des limites quant aux sommes qu'ils peuvent

income earned in the public sector (p. 40). Only 11.5 percent of Britons had taken out private insurance in 1998 (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 374), and only 8 percent of hospital beds in the United Kingdom are private (Quebec and France, *Health Indicators: International Comparisons: 15 years of Evolution: Canada, France, Germany, Québec, United Kingdom, United States* (1998), at p. 55). New Zealand has a plan similar to that of the United Kingdom with the difference that 40 percent of New Zealanders have private insurance (Tuohy, Flood and Stabile, at p. 363).

Sweden does not prohibit private insurance, and the state does not refund the cost of health care paid for in the private sector. Private insurance accounts for only two percent of total health care expenditures and there are only nine private hospitals (*The Health of Canadians — The Federal Role*, at pp. 31-33).

It can be seen from the systems in these various OECD countries that a number of governments have taken measures to protect their public plans from abuse. The measures vary from country to country depending on the nature of their specific systems. For example, in the United Kingdom, there are limits on the amounts physicians may earn in the private sector in addition to what they receive from the public plan. Australia has opted to regulate insurance premiums, but it is alone in this respect.

As can be seen from the evolution of public plans in the few OECD countries that have been examined in studies produced in the record, there are a wide range of measures that are less drastic, and also less intrusive in relation to the protected rights. The Quebec context is a singular one, not only because of the distinction between participating physicians, non-participating physicians and physicians who have withdrawn (s. 1 *HEIA*), but also because the Minister may require non-participating physicians to provide health services if he or she considers it likely that the services will not be provided under uniform conditions throughout Quebec or in a particular region (s. 30 *HEIA*). A measure as drastic as

facturer au secteur privé pour compléter les revenus gagnés dans le secteur public (p. 38). Seulement 11,5 pour 100 des Britanniques avaient contracté une assurance privée en 1998 (Tuohy, Flood et Stabile, p. 374), et seulement 8 pour 100 des lits d'hôpitaux du Royaume-Uni sont privés (Québec et France, *Indicateurs sociosanitaires : comparaisons internationales : évolution 1980-1994 : Allemagne, Canada, États-Unis, France, Québec, Royaume-Uni* (1998), p. 55). La Nouvelle-Zélande a un régime qui s'apparente à celui du Royaume-Uni, sauf que 40 pour 100 des Néo-Zélandais se dotent d'assurances privées (Tuohy, Flood et Stabile, p. 363).

81 La Suède ne prohibe pas l'assurance privée et l'État ne rembourse pas les soins payés au secteur privé. L'assurance privée compte pour seulement 2 pour 100 des dépenses totales des soins de santé et on y retrouve seulement neuf hôpitaux privés (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, p. 29-31).

82 L'examen des régimes en vigueur dans ces quelques pays de l'OCDE permet de constater que plusieurs gouvernements ont pris des mesures pour protéger leur régime public contre les abus. Ces mesures sont fonction du régime particulier de chaque pays. Par exemple, au Royaume-Uni, les médecins sont assujettis à des limites quant à la rémunération additionnelle qu'ils peuvent gagner dans le secteur privé, en sus de ce qu'ils reçoivent du régime public. L'Australie a opté pour la réglementation des primes d'assurance, mais elle fait cavalier seul.

83 L'évolution des régimes publics dans quelques pays de l'OCDE, au sujet desquels des études ont été produites au dossier, fait voir qu'il existe toute une gamme de mesures moins draconiennes, et moins attentatoires aux droits protégés. Le contexte québécois est singulier, non seulement en raison de la distinction entre médecins participants, médecins non participants et médecins désengagés (art. 1 *LAM*), mais aussi parce que le ministre peut forcer un médecin non participant à fournir des services s'il est d'avis que les services de santé sont susceptibles de ne pas être offerts selon des conditions uniformes dans l'ensemble du Québec ou dans une région donnée (art. 30 *LAM*). Une mesure aussi

prohibiting private insurance contracts appears to be neither essential nor determinative.

84 It cannot therefore be concluded from the evidence relating to the Quebec plan or the plans of the other provinces of Canada, or from the evolution of the systems in place in various OECD countries, that the Attorney General of Quebec has discharged his burden of proof under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. A number of measures are available to him to protect the integrity of Quebec's health care plan. The choice of prohibiting private insurance contracts is not justified by the evidence. However, is this a case in which the Court should show deference?

(d) *Level of Deference Required*

85 In the past, the Court has considered the question of the basis of its power of judicial review (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, at p. 155; *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, at para. 56; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, at para. 98), and it is not necessary to retrace the source of the powers deriving from s. 52 of the *Constitution Act, 1982* and s. 52 of the *Quebec Charter*. Section 52 of the *Quebec Charter* reads as follows:

52. No provision of any Act, even subsequent to the Charter, may derogate from sections 1 to 38, except so far as provided by those sections, unless such Act expressly states that it applies despite the Charter.

However, as can be seen from the large number of interveners in this appeal, differences of views over the emergence of a private health care plan have a polarizing effect on the debate, and the question of the deference owed to the government by the courts must be addressed. Some of the interveners urge the courts to step in, while others argue that this is the role of the state. It must be possible to base the criteria for judicial intervention on legal principles and not on a socio-political discourse that is disconnected from reality.

86 Under the charters, the government is responsible for justifying measures it imposes that impair rights. The courts can consider evidence concerning

draconienne que la prohibition ne paraît ni indispensable ni déterminante.

Ni l'examen de la preuve concernant le régime québécois ou ceux en vigueur dans les autres provinces canadiennes, ni l'évolution des systèmes en place dans plusieurs pays de l'OCDE ne permettent de conclure que le procureur général du Québec a satisfait au fardeau de preuve qui lui incombe pour l'application de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Il dispose de plusieurs moyens pour protéger l'intégrité du régime québécois de soins de santé. Le choix de la prohibition n'est pas justifié par la preuve. S'agit-il cependant d'un cas où la Cour devrait faire preuve de déférence?

d) *Niveau de déférence requis*

La Cour s'est, dans le passé, interrogée sur le fondement de son pouvoir de révision judiciaire (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, p. 155; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 56; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217, par. 98), et il n'est pas nécessaire de refaire ici la genèse des pouvoirs liés à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et à l'art. 52 de la *Charte québécoise*. Ce dernier article prévoit :

52. Aucune disposition d'une loi, même postérieure à la Charte, ne peut déroger aux articles 1 à 38, sauf dans la mesure prévue par ces articles, à moins que cette loi n'énonce expressément que cette disposition s'applique malgré la Charte.

Cependant, comme en font foi les nombreuses interventions présentées à la Cour, les opinions divergentes émises quant à l'émergence d'un régime privé de soins de santé sont source de polarisation du débat et la question de la déférence due par les tribunaux au gouvernement est soulevée. Certains intervenants pressent les tribunaux d'intervenir; d'autres font valoir qu'un tel rôle revient à l'État. Les critères d'intervention des tribunaux doivent pouvoir être fondés sur des principes juridiques, non sur un discours politico-social décroché de la réalité.

En vertu des chartes, le gouvernement a la responsabilité de justifier les mesures attentatoires qu'il impose. Les tribunaux peuvent recevoir de la preuve

the historical, social and economic aspects, or any other evidence that may be material.

It cannot be said that the government lacks the necessary resources to show that its legislative action is motivated by a reasonable objective connected with the problem it has undertaken to remedy. The courts are an appropriate forum for a serious and complete debate. As G. Davidov said in "The Paradox of Judicial Deference" (2000-2001), 12 *N.J.C.L.* 133, at p. 143, "[c]ourts do not have to define goals, choose means or come up with ideas. They do not have to create social policies; they just have to understand what the other branches have created. No special expertise is required for such an understanding." In fact, if a court is satisfied that all the evidence has been presented, there is nothing that would justify it in refusing to perform its role on the ground that it should merely defer to the government's position. When the courts are given the tools they need to make a decision, they should not hesitate to assume their responsibilities. Deference cannot lead the judicial branch to abdicate its role in favour of the legislative branch or the executive branch.

The question submitted by the appellants has a factual content that was analysed by the trial judge. One part of her findings must be adapted to the context of s. 9.1 of the *Quebec Charter*. The other findings remain unchanged. The questions of law are not complex.

The courts have a duty to rise above political debate. They leave it to the legislatures to develop social policy. But when such social policies infringe rights that are protected by the charters, the courts cannot shy away from considering them. The judicial branch plays a role that is not played by the legislative branch. Professor Roach described the complementary role of the courts *vis-à-vis* the legislature as follows (K. Roach, "Dialogic Judicial Review and its Critics" (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, at pp. 69-71):

portant sur les aspects historiques, sociaux et économiques ou toute autre preuve qui peut s'avérer pertinente.

87 Nul ne pourrait dire que le gouvernement ne dispose pas des ressources nécessaires pour démontrer que son intervention législative est motivée par un objectif raisonnable ayant un lien avec le problème qu'il s'est donné pour mission de corriger. Les tribunaux constituent un lieu approprié pour un débat posé et complet. Comme le dit G. Davidov, dans « The Paradox of Judicial Deference » (2000-2001), 12 *R.N.D.C.* 133, p. 143 : [TRADUCTION] « [l]es tribunaux n'ont pas à fixer des objectifs, à choisir des moyens ou à trouver des idées. Ils n'ont pas à établir des politiques sociales; il leur suffit seulement de comprendre ce qu'ont établi les autres branches du gouvernement. Pour ce faire, aucune expertise spéciale n'est requise. » En fait, si un tribunal est convaincu que toute la preuve a été présentée, rien ne le justifie de refuser d'exercer son rôle au motif qu'il devrait simplement s'en remettre à l'opinion du gouvernement. Lorsqu'ils disposent des outils nécessaires à la prise d'une décision, les tribunaux ne devraient pas hésiter à assumer leurs responsabilités. La déférence ne saurait entraîner l'abdication par le pouvoir judiciaire de son rôle devant le pouvoir législatif ou exécutif.

88 La question soumise par les appelants a un contenu factuel qui a été analysé par la juge de première instance. Une partie de ses conclusions doit être adaptée à la lumière du contexte de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Les autres conclusions demeurent intactes. Les questions de droit ne sont pas complexes.

89 Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique. Ils laissent au législateur le soin d'intervenir pour concevoir les politiques sociales. Mais lorsque celles-ci violent les droits protégés par les chartes, ils ne peuvent s'esquiver. Le pouvoir judiciaire joue un rôle que ne joue pas le pouvoir législatif. Le professeur Roach décrit ainsi le rôle complémentaire des tribunaux par rapport au législateur (K. Roach, « Dialogic Judicial Review and its Critics » (2004), 23 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 49, p. 69-71 :

[Some] unique attributes of courts include their commitment to allowing structured and guaranteed participation from aggrieved parties; their independence from the executive, and their commitment to giving reasons for their decisions. In addition, courts have a special commitment to make sense of legal texts that were democratically enacted as foundational documents.

. . . The pleader in court has a guaranteed right of participation and a right to a reasoned decision that addresses the arguments made in court, as well as the relevant text of the democratically enacted law. . . .

Judges can add value to societal debates about justice by listening to claims of injustice and by promoting values and perspectives that may not otherwise be taken seriously in the legislative process.

[TRADUCTION] Les tribunaux ont des attributs qui leurs sont propres, notamment la volonté d'offrir à toutes les parties lésées de participer de façon ordonnée au débat, l'indépendance par rapport au pouvoir exécutif et le devoir de motiver leurs décisions. En outre, les tribunaux sont spécialement chargés d'expliquer les textes juridiques fondamentaux adoptés de façon démocratique.

. . . Le tribunal garantit au plaideur le droit de participer au débat et le droit à une décision motivée en fonction des arguments présentés et des textes de loi pertinents adoptés de façon démocratique. . .

Les juges peuvent ajouter une valeur aux débats de société au sujet de la justice en écoutant les demandes de réparation pour injustice et en proposant des valeurs et des points de vue qui, autrement, peuvent ne pas être envisagés sérieusement dans le cadre de la démarche législative.

90 From this perspective, it is through the combined action of legislatures and courts that democratic objectives can be achieved. In their analysis of the Quebec secession reference, Choudhry and Howse describe this division of constitutional responsibilities accurately (S. Choudhry and R. Howse, "Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference*" (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, at pp. 160-61):

Selon ce point de vue, c'est l'action combinée des législatures et des tribunaux qui permettra de réaliser les objectifs démocratiques. Dans leur analyse du renvoi sur la sécession du Québec, les auteurs Choudhry et Howse décrivent bien ce partage des responsabilités constitutionnelles (S. Choudhry et R. Howse, « Constitutional Theory and The *Quebec Secession Reference* » (2000), 13 *Can. J. L. & Jur.* 143, p. 160-161) :

[I]nterpretive responsibility for particular constitutional norms is both shared and divided. It is shared to the extent that courts are responsible for articulating constitutional norms in their conceptually abstract form. But interpretive responsibility is divided because beyond the limits of doctrine, constitutional interpretation is left to the political organs. The image which emerges is one of "judicial and legislative cooperation in the molding of concrete standards through which elusive and complex constitutional norms . . . come to be applied."

[TRADUCTION] [L]a charge d'interpréter des normes constitutionnelles est à la fois partagée et séparée. Elle est partagée dans la mesure où il appartient aux tribunaux de formuler des normes constitutionnelles dans leur forme conceptuelle abstraite. Mais cette charge est séparée parce qu'au-delà des limites de la doctrine, l'interprétation constitutionnelle est laissée aux organes politiques. L'image qui apparaît alors est celle d'une « collaboration du pouvoir judiciaire avec le pouvoir législatif en vue de façonner des règles concrètes grâce auxquelles des normes constitutionnelles élusives et complexes [. . .] en viennent à s'appliquer. »

91 To refuse to exercise the power set out in s. 52 of the *Quebec Charter* would be to deny that provision its real meaning and to deprive Quebeckers of the protection to which they are entitled.

Ce serait nier à l'art. 52 de la *Charte québécoise* sa portée véritable que de refuser d'exercer le pouvoir qui y est prévu. Ce serait priver les Québécois de la protection à laquelle ils ont droit.

92 In a given case, a court may find that evidence could not be presented for reasons that it considers valid, be it due to the complexity of the evidence or to some other factor. However, the government cannot argue that the evidence is too complex

Dans un dossier donné, un tribunal peut constater que la preuve n'a pas pu être présentée pour des motifs qu'il estime justifiables, que ce soit en raison de sa complexité ou pour toute autre raison. Le gouvernement ne pourrait cependant pas faire valoir

without explaining why it cannot be presented. If such an explanation is given, the court may show greater deference to the government. Based on the extent of the impairment and the complexity of the evidence considered to be necessary, the court can determine whether the government has discharged its burden of proof.

que la preuve est trop complexe sans expliquer les motifs pour lesquels elle ne peut être apportée. Si une telle explication est donnée, le tribunal peut alors accorder aux gouvernements une plus grande déférence. Le tribunal peut évaluer, selon l'importance de l'atteinte et la complexité de la preuve jugée nécessaire, si le gouvernement s'acquitte de son fardeau de preuve.

The court's reasons for showing deference must always reflect the two guiding principles of justification: the measure must be consistent with democratic values and it must be necessary in order to maintain public order and the general well-being of citizens. The variety of circumstances that may be presented to a court is not conducive to the rigidity of an exhaustive list.

93 Les motifs qui justifient les tribunaux de faire montre de déférence doivent toujours faire écho aux deux principes directeurs de la justification : la mesure doit être conforme aux valeurs démocratiques, et elle doit être nécessaire pour le maintien de l'ordre public et le bien-être général des citoyens. La variété des circonstances qui sont susceptibles d'être soumises à un tribunal n'est pas compatible avec le carcan d'une liste limitative.

In past cases, the Court has discussed a number of situations in which courts must show deference, namely situations in which the government is required to mediate between competing interests and to choose between a number of legislative priorities (*Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at pp. 993-94). It is also possible to imagine situations in which a government might lack time to implement programs or amend legislation following the emergence of new social, economic or political conditions. The same is true of an ongoing situation in which the government makes strategic choices with future consequences that a court is not in a position to evaluate.

94 La Cour a déjà exposé plusieurs circonstances dans lesquelles les tribunaux doivent faire preuve de déférence. Il s'agit des cas où le gouvernement doit arbitrer entre des intérêts divergents, choisir entre plusieurs priorités législatives (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 993-994). On peut aussi imaginer le cas où un gouvernement n'aurait pas eu le temps de mettre en œuvre un programme ou de modifier sa législation à la suite de nouvelles conditions sociales, économiques ou politiques. Il en va de même lorsqu'il s'agit d'une situation en cours et que le gouvernement fait des choix stratégiques qui ont des conséquences futures qu'un tribunal n'est pas en mesure d'évaluer.

In short, a court must show deference where the evidence establishes that the government has assigned proper weight to each of the competing interests. Certain factors favour greater deference, such as the prospective nature of the decision, the impact on public finances, the multiplicity of competing interests, the difficulty of presenting scientific evidence and the limited time available to the state. This list is certainly not exhaustive. It serves primarily to highlight the facts that it is up to the government to choose the measure, that the decision is often complex and difficult, and that the government must have the necessary time and resources to

95 En somme, le tribunal doit faire montre de déférence lorsque la preuve démontre que le gouvernement a accordé son juste poids à chaque intérêt en jeu. Certains facteurs militent en faveur d'une plus grande déférence, tels l'aspect prospectif de la décision, l'incidence sur les finances publiques, la multiplicité des intérêts divergents, la difficulté d'apporter une preuve scientifique et le court délai dont a bénéficié l'État. Cette énumération n'est évidemment pas exhaustive. Elle sert surtout à mettre en relief le fait que le choix de la mesure revient au gouvernement, que la décision est souvent complexe et difficile et qu'il doit disposer des moyens et du temps

respond. However, as McLachlin J. (as she then was) said in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 136, ". . . care must be taken not to extend the notion of deference too far".

96 The instant case is a good example of a case in which the courts have all the necessary tools to evaluate the government's measure. Ample evidence was presented. The government had plenty of time to act. Numerous commissions have been established (Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Quebec) (Clair Commission), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d'un régime universel public d'assurance médicaments (Quebec) (Montmarquette Committee), 2001; Commission on the Future of Health Care in Canada (Canada) (Romanow Commission), 2002), and special or independent committees have published reports (Quebec, *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) (Clair Report); Quebec, *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable* (2001) (Montmarquette Report); Canada, *The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 6, *Recommendations for Reform*, Final Report (2002) (Kirby Report); Canada, *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998)). Governments have promised on numerous occasions to find a solution to the problem of waiting lists. Given the tendency to focus the debate on a sociopolitical philosophy, it seems that governments have lost sight of the urgency of taking concrete action. The courts are therefore the last line of defence for citizens.

97 For many years, the government has failed to act; the situation continues to deteriorate. This is not a case in which missing scientific data would allow for a more informed decision to be made. The principle of prudence that is so popular in matters relating to the environment and to medical research cannot be transposed to this case. Under the Quebec plan, the government can control its human resources in various ways, whether by using the time of professionals who have already reached the maximum for

nécessaires pour réagir. Mais, comme le disait la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dans *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 136, « . . . il faut prendre soin de ne pas pousser trop loin la notion du respect ».

Le présent dossier constitue un bon exemple de cas où les tribunaux disposent de tous les outils nécessaires à l'évaluation de la mesure gouvernementale. Une preuve abondante a été présentée. Le gouvernement a bénéficié de beaucoup de temps pour agir. De nombreuses commissions ont été créées (Commission d'étude sur les services de santé et les services sociaux (Québec) (Commission Clair), 2000; Comité sur la pertinence et la faisabilité d'un régime universel public d'assurance médicaments (Québec) (Comité Montmarquette), 2001; Commission sur l'avenir des soins de santé au Canada (Canada) (Commission Romanow), 2002) et des comités spéciaux ou indépendants ont fait rapport (Québec, *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (rapport Clair); Québec, *Pour un régime d'assurance médicaments équitable et viable* (2001) (rapport Montmarquette); Canada, *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 6, *Recommandations en vue d'une réforme*, Rapport final (2002) (rapport Kirby); Canada, *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* (1998)). Les gouvernements ont à maintes reprises promis de trouver une solution au problème des listes d'attente. Il semble cependant que la cristallisation du débat autour d'une philosophie socio-politique fasse perdre de vue l'urgence d'agir concrètement. Le dernier rempart des citoyens demeure alors les tribunaux.

Le gouvernement tarde à agir depuis de nombreuses années et la situation ne cesse de se détériorer. Il ne s'agit pourtant pas d'un cas où des données scientifiques manquantes pourraient permettre de prendre une décision plus éclairée. Le principe de prudence, si populaire en matière d'environnement et de recherche médicale, ne peut être transposé en l'espèce. Le régime québécois permet au gouvernement de contrôler ses effectifs à plus d'un niveau, que ce soit par l'utilisation du temps des

payment by the state, by applying the provision that authorizes it to compel even non-participating physicians to provide services (s. 30 *HEIA*) or by implementing less restrictive measures, like those adopted in the four Canadian provinces that do not prohibit private insurance or in the other OECD countries. While the government has the power to decide what measures to adopt, it cannot choose to do nothing in the face of the violation of Quebeckers' right to security. The government has not given reasons for its failure to act. Inertia cannot be used as an argument to justify deference.

In the instant case, the effectiveness of the prohibition has by no means been established. The government has not proved, by the evidence in the record, that the measure minimally impairs the protected rights. Moreover, the evidence shows that a wide variety of measures are available to governments, as can be seen from the plans of other provinces and other countries.

(3) Proportionality

Having found that s. 15 *HEIA* and s. 11 *HOIA* do not meet the minimal impairment test, I do not need to consider proportionality. If the prohibition is not minimally impairing, it obviously cannot be regarded as a measure that sufficiently addresses the effect of the measure on the protected rights.

VII. Conclusion

The relief sought by the appellants does not necessarily provide a complete response to the complex problem of waiting lists. However, it was not up to the appellants to find a way to remedy a problem that has persisted for a number of years and for which the solution must come from the state itself. Their only burden was to prove that their right to life and to personal inviolability had been infringed. They have succeeded in proving this. The Attorney General of Quebec, on the other hand, has not proved that the impugned measure, the prohibition

professionnels après que ceux-ci ont atteint le maximum de la rémunération par l'État, par le recours à la disposition permettant de forcer un médecin à fournir des services même s'il n'est pas participant (art. 30 *LAM*), ou encore par la mise en œuvre de mesures moins contraignantes, comme celles prises dans les quatre provinces canadiennes qui ne prohibent pas l'assurance privée ou dans les autres pays de l'OCDE. Le gouvernement a certes le choix des moyens, mais il n'a pas celui de ne pas réagir devant la violation du droit à la sécurité des Québécois. Le gouvernement n'a pas motivé son inaction. L'inertie ne peut servir d'argument pour justifier la déférence.

98 En l'espèce, l'efficacité de la prohibition est loin d'être démontrée. Le gouvernement n'a pas démontré, par la preuve produite au dossier, que la mesure porte minimalement atteinte aux droits protégés. Par ailleurs, la preuve démontre que les pouvoirs publics disposent d'une grande variété de moyens, comme en font foi les régimes en vigueur dans d'autres provinces et d'autres pays.

(3) La proportionnalité

99 Ayant conclu que les art. 15 *LAM* et 11 *LAH* ne satisfont pas au critère de l'atteinte minimale, l'examen de la proportionnalité n'est pas nécessaire. Il est en effet évident que, si la prohibition ne constitue pas une atteinte minimale, elle ne peut être considérée comme une mesure qui tient suffisamment compte de l'effet de la mesure sur les droits protégés.

VII. Conclusion

100 La conclusion recherchée par les appelants n'apporte pas nécessairement une réponse au problème complexe des listes d'attente. Il ne revenait cependant pas aux appelants de trouver le moyen de corriger un problème qui perdure depuis plusieurs années et pour lequel la solution doit venir de l'État lui-même. Il leur incombait seulement de prouver que leur droit à la vie et à l'intégrité de leur personne était violé. Ils ont réussi à faire cette démonstration. Le procureur général du Québec, pour sa part, n'a pas réussi à prouver que

on private insurance, was justified under s. 9.1 of the *Quebec Charter*. Given that this finding is sufficient to dispose of the appeal, it is not necessary to answer the other constitutional questions.

101 For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and would answer the questions relating to the *Quebec Charter* as follows:

Question 1: Does s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 2: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

Question 3: Does s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, infringe the rights guaranteed by s. 1 of the *Quebec Charter*?

Answer: Yes.

Question 4: If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 9.1 of the *Quebec Charter*?

Answer: No.

The reasons of McLachlin C.J. and Major and Bastarache JJ. were delivered by

la mesure attaquée, la prohibition des assurances privées, était justifiée au regard de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Comme cette conclusion suffit pour disposer du pourvoi, il n'est pas nécessaire de répondre aux autres questions constitutionnelles.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir l'appel avec dépens devant toutes les cours et de répondre ainsi aux questions fondées sur la *Charte québécoise* :

Question 1 : L'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 2 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Question 3 : L'article 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, porte-t-il atteinte aux droits garantis par l'art. 1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Oui.

Question 4 : Dans l'affirmative, cette atteinte constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*?

Réponse : Non.

Version française des motifs de la juge en chef McLachlin et des juges Major et Bastarache rendus par

THE CHIEF JUSTICE AND MAJOR J. — We concur in the conclusion of our colleague Deschamps J. that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and is not justifiable under s. 9.1. On the argument that the anti-insurance provision also violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*"), we conclude that the provision impermissibly limits the right to life, liberty and security of the person protected by s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter.*

102 LA JUGE EN CHEF ET LE JUGE MAJOR — Nous souscrivons à la conclusion de notre collègue la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. En ce qui concerne l'argument voulant que la disposition interdisant l'assurance contrevienne également à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* »), nous concluons que cette disposition restreint de manière inacceptable le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte*, et que sa justification comme limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte* n'a pas été démontrée.

The appellants do not seek an order that the government spend more money on health care, nor do they seek an order that waiting times for treatment under the public health care scheme be reduced. They only seek a ruling that because delays in the public system place their health and security at risk, they should be allowed to take out insurance to permit them to access private services.

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

The *Charter* does not confer a freestanding constitutional right to health care. However, where the government puts in place a scheme to provide health care, that scheme must comply with the *Charter.* We are of the view that the prohibition on medical insurance in s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28 (see Appendix), violates s. 7 of the *Charter* because it impinges on the right to life, liberty and security of the person in an arbitrary fashion that fails to conform to the principles of fundamental justice.

104 La *Charte* ne confère aucun droit constitutionnel distinct à des soins de santé. Cependant, lorsque le gouvernement établit un régime de soins de santé, ce régime doit respecter la *Charte*. Nous estimons que l'interdiction de souscrire une assurance médicale que prévoient l'art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l'art. 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28 (voir l'annexe), contrevient à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'elle porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière arbitraire, non conforme aux principes de justice fondamentale.

The primary objective of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, is "to protect, promote and restore the physical and mental well-being of residents of Canada and to facilitate reasonable access to health services without financial or other

105 La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, a pour objectif premier « de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre

barriers" (s. 3). By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the *Charter.*

106 The *Canada Health Act*, the *Health Insurance Act*, and the *Hospital Insurance Act* do not expressly prohibit private health services. However, they limit access to private health services by removing the ability to contract for private health care insurance to cover the same services covered by public insurance. The result is a virtual monopoly for the public health scheme. The state has effectively limited access to private health care except for the very rich, who can afford private care without need of insurance. This virtual monopoly, on the evidence, results in delays in treatment that adversely affect the citizen's security of the person. Where a law adversely affects life, liberty or security of the person, it must conform to the principles of fundamental justice. This law, in our view, fails to do so.

107 While the decision about the type of health care system Quebec should adopt falls to the Legislature of that province, the resulting legislation, like all laws, is subject to constitutional limits, including those imposed by s. 7 of the *Charter.* The fact that the matter is complex, contentious or laden with social values does not mean that the courts can abdicate the responsibility vested in them by our Constitution to review legislation for *Charter* compliance when citizens challenge it. As this Court has said on a number of occasions, "it is the high duty of this Court to insure that the Legislatures do not transgress the limits of their constitutional mandate and engage in the illegal exercise of power": *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 497, *per* Lamer J. (as he then was), quoting *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, at p. 590, *per* Dickson J. (as he then was).

financier ou autre » (art. 3). En imposant l'exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte.*

La *Loi canadienne sur la santé*, la *Loi sur l'assurance maladie* et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* n'interdisent pas expressément les services de santé privés. Toutefois, elles limitent l'accès à ces services en empêchant de souscrire une assurance maladie privée couvrant les mêmes services que l'assurance publique. Cela a pour effet d'assurer un quasi-monopole au régime de santé public. L'État a, en réalité, limité l'accès aux soins de santé privés sauf en ce qui concerne les gens très riches qui peuvent se les offrir sans avoir besoin d'une assurance. Selon la preuve, ce quasi-monopole donne lieu à des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de la personne des citoyens. La règle de droit qui compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne doit respecter les principes de justice fondamentale. Nous estimons que la règle de droit dont il est question en l'espèce ne respecte pas les principes de justice fondamentale.

Bien qu'il appartienne au législateur québécois de décider du genre de système de santé qui doit être adopté au Québec, la mesure législative qui s'ensuit est, comme toutes les règles de droit, assujettie à des limites constitutionnelles, y compris celles imposées par l'art. 7 de la *Charte*. Le fait que la question soit complexe ou controversée ou encore qu'elle mette en cause des valeurs sociales ne signifie pas pour autant que les tribunaux peuvent renoncer à exercer leur responsabilité constitutionnelle de vérifier la conformité à la *Charte* d'une mesure législative contestée par des citoyens. Comme notre Cour l'a affirmé à un certain nombre de reprises, « une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs » (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, p. 497, le juge Lamer (plus tard Juge en chef), citant les propos du juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, p. 590).

The government defends the prohibition on medical insurance on the ground that the existing system is the only approach to adequate universal health care for all Canadians. The question in this case, however, is not whether single-tier health care is preferable to two-tier health care. Even if one accepts the government's goal, the legal question raised by the appellants must be addressed: is it a violation of s. 7 of the *Charter* to prohibit private insurance for health care, when the result is to subject Canadians to long delays with resultant risk of physical and psychological harm? The mere fact that this question may have policy ramifications does not permit us to avoid answering it.

I. Section 7 of the *Charter*

Section 7 of the *Charter* guarantees that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice." The disposition of this appeal therefore requires us to consider (1) whether the impugned provisions deprive individuals of their life, liberty or security of the person; and (2) if so, whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice: see, e.g., *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 83.

A. *Deprivation of Life, Liberty or Security of the Person*

The issue at this stage is whether the prohibition on insurance for private medical care deprives individuals of their life, liberty or security of the person protected by s. 7 of the *Charter.*

The appellants have established that many Quebec residents face delays in treatment that adversely affect their security of the person and that they would not sustain but for the prohibition on medical insurance. It is common ground that the effect of the prohibition on insurance is to allow only the very rich, who do not need insurance, to secure private health care in order to avoid the delays in

108 Le gouvernement justifie l'interdiction par le fait que le système existant est le seul moyen de garantir l'universalité de soins de santé satisfaisants au Canada. En l'espèce, toutefois, la question n'est pas de savoir si un système de santé unique est préférable à un système à deux vitesses. Même si on souscrit à l'objectif du gouvernement, il faut aborder la question de droit soulevée par les appelants : est-il contraire à l'art. 7 de la *Charte* d'interdire l'assurance maladie privée lorsque cela a pour effet d'exposer la population canadienne à de longs délais auxquels se rattache un risque de préjudice physique et psychologique? Nous ne pouvons pas éviter de répondre à cette question simplement en raison des changements d'orientation qu'elle peut entraîner.

I. L'article 7 de la *Charte*

109 L'article 7 de la *Charte* prévoit que « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne [et qu']il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. » Pour trancher le présent pourvoi, nous devons donc nous demander si les dispositions contestées portent atteinte au droit des particuliers à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale : voir, p. ex., l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 83.

A. *Atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne*

110 À ce stade, la question est de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance médicale privée compromet la vie, la liberté ou la sécurité de la personne de certains particuliers, qui sont protégées par l'art. 7 de la *Charte*.

111 Les appelants ont établi que de nombreux résidents québécois doivent composer avec des délais d'attente pour un traitement qui compromettent la sécurité de leur personne et qui pourraient être évités n'était-ce l'interdiction de souscrire une assurance médicale. Il est reconnu que l'interdiction de souscrire une assurance fait en sorte que seuls les gens très riches, qui n'ont pas besoin d'assurance,

the public system. Given the ban on insurance, most Quebeckers have no choice but to accept delays in the medical system and their adverse physical and psychological consequences.

112 Delays in the public system are widespread and have serious, sometimes grave, consequences. There was no dispute that there is a waiting list for cardiovascular surgery for life-threatening problems. Dr. Daniel Doyle, a cardiovascular surgeon who teaches and practises in Quebec City, testified that a person with coronary disease is [TRANSLATION] "sitting on a bomb" and can die at any moment. He confirmed, without challenge, that patients die while on waiting lists: A.R., at p. 461. Inevitably, where patients have life-threatening conditions, some will die because of undue delay in awaiting surgery.

113 The same applies to other health problems. In a study of 200 subjects aged 65 and older with hip fractures, the relationship between pre-operative delay and post-operative complications and risk of death was examined. While the study found no relationship between pre-operative delay and post-operative complications, it concluded that the risk of death within six months after surgery increased significantly, by 5 percent, with the length of pre-operative delay: A. Laberge, P. M. Bernard and P. A. Lamarche, "Relationships between the delay before surgery for a hip fracture, postoperative complications and risk of death" (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, at p. 9.

114 Dr. Eric Lenczner, an orthopaedic surgeon, testified that the one-year delay commonly incurred by patients requiring ligament reconstruction surgery increases the risk that their injuries will become irreparable (A.R., at p. 334). Dr. Lenczner also testified that 95 percent of patients in Canada wait well over a year, and many two years, for knee replacements. While a knee replacement may seem trivial

ont accès à des soins de santé privés leur permettant d'éviter les délais du système public. À cause de l'interdiction de souscrire une assurance, la plupart des Québécois n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système de santé ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent.

Les délais du système public sont répandus et ont des conséquences sérieuses et parfois graves. Personne ne conteste l'existence d'une liste d'attente pour les chirurgies cardiovasculaires majeures. Si l'on se fie au témoignage du D^r^ Daniel Doyle, chirurgien cardiovasculaire qui enseigne et pratique à Québec, une personne souffrant d'une maladie coronarienne est « assis[e] sur une bombe » et peut mourir à tout moment. Il a confirmé, ce qui n'a pas été contesté, que des patients meurent alors qu'ils sont inscrits sur une liste d'attente (d.a., p. 461). Certains patients dont la vie est en danger et qui doivent subir une chirurgie mourront immanquablement à cause des délais d'attente injustifiés.

On peut en dire autant d'autres problèmes de santé. Dans une étude réalisée auprès de 200 sujets âgés de 65 ans et plus, qui souffraient d'une fracture de la hanche, des chercheurs ont examiné la relation entre les délais préopératoires, les complications postopératoires et le risque de mortalité. Bien qu'elle ne constate aucun lien entre les délais préopératoires et les complications postopératoires, l'étude conclut que le risque de mortalité au cours des six mois suivant la chirurgie augmente de façon appréciable, c'est-à-dire de 5 pour 100, avec l'importance du délai préopératoire : A. Laberge, P. M. Bernard et P. A. Lamarche, « Relation entre le délai préopératoire pour une fracture de hanche, les complications post-opératoires et le risque de décès » (1997), 45 *Rev. Epidém. et Santé Publ.* 5, p. 9.

D'après le témoignage du D^r^ Eric Lenczner, chirurgien orthopédiste, le délai d'attente d'un an qui s'applique généralement aux patients qui doivent subir une chirurgie de reconstruction de ligament accroît le risque d'irrémédiabilité de leurs blessures (d.a., p. 334). Le D^r^ Lenczner a également témoigné qu'au Canada 95 pour 100 des candidats à une intervention de remplacement du genou doivent

compared to the risk of death for wait-listed coronary surgery patients, which increases by 0.5 percent per month (A.R., at p. 450), the harm suffered by patients awaiting replacement knees and hips is significant. Even though death may not be an issue for them, these patients "are in pain", "would not go a day without discomfort" and are "limited in their ability to get around", some being confined to wheelchairs or house bound (A.R., at pp. 327-28).

attendre plus d'un an — et, dans maints cas, deux ans — avant de subir l'intervention en question. Bien que le remplacement du genou puisse sembler banal comparativement au risque de mortalité auquel sont exposés les patients inscrits sur les listes d'attente des chirurgies coronariennes, lequel augmente de 0,5 pour 100 par mois (d.a., p. 450), les patients en attente d'une chirurgie de remplacement du genou ou de la hanche subissent un préjudice important. Même si leur vie n'est pas nécessairement en danger, ces patients [TRADUCTION] « souffrent », « éprouvent des malaises tous les jours » et ont une « capacité limitée de se déplacer », certains étant confinés à un fauteuil roulant ou encore incapables de quitter leur domicile (d.a., p. 327-328).

Both the individual members of the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology who intervened in this appeal and the Canadian Medical Association cited a Statistics Canada study demonstrating that over one in five Canadians who needed health care for themselves or a family member in 2001 encountered some form of difficulty, from getting an appointment to experiencing lengthy waiting times: C. Sanmartin et al., *Access to Health Care Services in Canada, 2001* (June 2002), at p. 17. Thirty-seven percent of those patients reported pain.

115 Tant les membres du Comité sénatorial permanent des affaires sociales, des sciences et de la technologie qui sont intervenus dans le présent pourvoi que l'Association médicale canadienne ont cité la même étude de Statistique Canada qui démontre que, parmi les Canadiens qui, en 2001, nécessitaient des soins de santé personnellement ou pour un membre de leur famille, plus d'une personne sur cinq a éprouvé une forme quelconque de difficulté, que ce soit pour obtenir un rendez-vous ou en raison d'un long délai d'attente : C. Sanmartin et autres, *Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001* (juin 2002), p. 19. Trente-sept pour cent de ces patients ont dit avoir souffert.

In addition to threatening the life and the physical security of the person, waiting for critical care may have significant adverse psychological effects. Serious psychological effects may engage s. 7 protection for security of the person. These "need not rise to the level of nervous shock or psychiatric illness, but must be greater than ordinary stress or anxiety": *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 60.

116 En plus de compromettre la vie et la sécurité physique de la personne, l'attente de soins cruciaux peut avoir d'importantes conséquences psychologiques néfastes. Les conséquences psychologiques sérieuses peuvent faire intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7. Il « n'est pas nécessaire [qu'elles consistent en] un choc nerveux ou un trouble psychiatrique, mais [elles] doivent être plus importantes qu'une tension ou une angoisse ordinaires » (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 60).

Studies confirm that patients with serious illnesses often experience significant anxiety and depression while on waiting lists. A 2001 study concluded that roughly 18 percent of the estimated

117 Des études confirment que les patients atteints d'une maladie grave qui sont inscrits sur une liste d'attente sont souvent très angoissés et déprimés. Une étude effectuée en 2001 conclut qu'environ

five million people who visited specialists for a new illness or condition reported that waiting for care adversely affected their lives. The majority suffered worry, anxiety or stress as a result. This adverse psychological impact can have a serious and profound effect on a person's psychological integrity, and is a violation of security of the person (*Access to Health Care Services in Canada, 2001*, at p. 20).

118 The jurisprudence of this Court holds that delays in obtaining medical treatment which affect patients physically and psychologically trigger the protection of s. 7 of the *Charter*. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Dickson C.J. concluded that the delay in obtaining therapeutic abortions, which increased the risk of complications and mortality due to mandatory procedures imposed by the state, was sufficient to trigger the physical aspect of the woman's right to security of the person: *Morgentaler*, at p. 59. He found that the psychological impact on women awaiting abortions constituted an infringement of security of the person. Beetz J. agreed with Dickson C.J. that "[t]he delays mean therefore that the state has intervened in such a manner as to create an additional risk to health, and consequently this intervention constitutes a violation of the woman's security of the person": see *Morgentaler*, at pp. 105-6.

119 In this appeal, delays in treatment giving rise to psychological and physical suffering engage the s. 7 protection of security of the person just as they did in *Morgentaler*. In *Morgentaler*, as in this case, the problem arises from a legislative scheme that offers health services. In *Morgentaler*, as in this case, the legislative scheme denies people the right to access alternative health care. (That the sanction in *Morgentaler* was criminal prosecution while the sanction here is administrative prohibition and penalties is irrelevant. The important point is that in both cases, care outside the legislatively provided system is effectively prohibited.) In *Morgentaler* the result of the monopolistic scheme was delay in

18 pour 100 des quelque cinq millions de personnes ayant consulté un spécialiste pour un diagnostic ou un nouveau problème de santé ont déclaré que l'attente pour l'obtention de soins avait eu des conséquences néfastes sur leur vie. L'attente a été source d'inquiétude, d'angoisse ou de stress dans la majorité des cas. Ces conséquences psychologiques néfastes peuvent avoir des répercussions graves et profondes sur l'intégrité psychologique d'une personne, et constituent une atteinte à la sécurité de la personne (*Accès aux services de soins de santé au Canada, 2001*, p. 22).

Selon la jurisprudence de notre Cour, les délais d'attente pour un traitement médical qui ont une incidence physique et psychologique sur des patients déclenchent la protection de l'art. 7 de la *Charte*. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 59, le juge en chef Dickson a conclu que tout retard à obtenir un avortement thérapeutique, résultant de la procédure prescrite par l'État et contribuant à augmenter les risques de complications et de mortalité, suffisait pour mettre en cause l'aspect physique du droit de la femme à la sécurité de sa personne. Il a décidé que l'effet psychologique sur les femmes en attente d'un avortement constituait une atteinte à la sécurité de leur personne. Le juge Beetz a souscrit à l'opinion du juge en chef Dickson, selon laquelle « [c]es délais signifient donc que l'État est intervenu de manière à créer un risque additionnel pour la santé et, par conséquent, cette intervention constitue une violation de la sécurité de la personne de la femme » : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 105-106.

Dans le présent pourvoi, les délais d'attente pour un traitement — délais qui causaient des souffrances physiques et psychologiques — font intervenir la protection de la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 tout comme les délais dans l'affaire *Morgentaler*. Dans cette affaire, tout comme en l'espèce, le problème émane d'un régime législatif qui offre des services de santé. Dans cette affaire, comme en l'espèce, le régime législatif interdit aux gens l'accès à des soins de santé parallèles. (Il n'importe pas que, dans l'affaire *Morgentaler*, la sanction ait consisté en des poursuites criminelles, alors qu'en l'espèce il est question d'interdiction administrative et de peines. L'important est que, dans les

treatment with attendant physical risk and psychological suffering. In *Morgentaler*, as here, people in urgent need of care face the same prospect: unless they fall within the wealthy few who can pay for private care, typically outside the country, they have no choice but to accept the delays imposed by the legislative scheme and the adverse physical and psychological consequences this entails. As in *Morgentaler*, the result is interference with security of the person under s. 7 of the *Charter.*

deux cas, l'accès à des soins en dehors du système établi par le législateur est effectivement interdit.) Dans l'affaire *Morgentaler*, le monopole entraînait des délais d'attente pour un traitement auxquels se greffaient des risques physiques et des souffrances psychologiques. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, les gens qui nécessitent des soins de façon pressante connaissent le même sort : à moins de faire partie des quelques rares privilégiés qui peuvent s'offrir des soins privés, généralement à l'extérieur du pays, ils n'ont d'autre choix que d'accepter les délais du système établi par le législateur ainsi que les conséquences physiques et psychologiques néfastes qui s'y rattachent. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, il en résulte une atteinte à la sécurité de la personne garantie par l'art. 7 de la *Charte*.

In *Morgentaler*, Dickson C.J. and Wilson J. found a deprivation of security of the person because the legislative scheme resulted in the loss of control by a woman over the termination of her pregnancy: see *Morgentaler*, at pp. 56 and 173.

120 Dans l'arrêt *Morgentaler*, le juge en chef Dickson et la juge Wilson ont conclu qu'il y avait atteinte à la sécurité de la personne parce que le régime législatif dépouillait la femme de la capacité de décider elle-même de mettre fin à sa grossesse : voir l'arrêt *Morgentaler*, p. 56 et 173.

The issue in *Morgentaler* was whether a system for obtaining approval for abortions (as an exception to a prohibition) that in practice imposed significant delays in obtaining medical treatment unjustifiably violated s. 7 of the *Charter.* Parliament had established a mandatory system for obtaining medical care in the termination of pregnancy. The sanction by which the mandatory public system was maintained differed: criminal in *Morgentaler*, "administrative" in the case at bar. Yet the consequences for the individuals in both cases are serious. In *Morgentaler*, as here, the system left the individual facing a lack of critical care with no choice but to travel outside the country to obtain the required medical care at her own expense. It was this constraint on s. 7 security, taken from the perspective of the woman facing the health care system, and not the criminal sanction, that drove the majority analysis in *Morgentaler.* We therefore conclude that the decision provides guidance in the case at bar.

121 Dans l'affaire *Morgentaler*, la question était de savoir si un système d'approbation d'avortements (à titre d'exception à une interdiction), qui, en pratique, entraînait de longs délais d'attente pour un traitement médical, contrevenait de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte*. Le législateur avait établi un système obligatoire d'obtention de soins médicaux destinés à mettre fin à une grossesse. La sanction qui permettait de préserver le système public obligatoire était différente : alors qu'elle était criminelle dans l'affaire *Morgentaler*, elle est de nature « administrative » en l'espèce. Pourtant, les conséquences pour les particuliers sont sérieuses dans les deux cas. Dans l'affaire *Morgentaler*, comme en l'espèce, le système ne laissait à la personne qui n'avait pas accès à des soins cruciaux d'autre choix que de se rendre à l'étranger pour obtenir, à ses propres frais, les soins médicaux requis. C'est cette atteinte à la sécurité garantie par l'art. 7, considérée du point de vue de la femme qui est aux prises avec le système de santé, et non la sanction criminelle, qui sous-tendait l'analyse des juges majoritaires dans l'arrêt *Morgentaler.* Nous concluons donc que cette décision peut nous guider en l'espèce.

122 In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J., writing for the majority, held that security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving, at the very least, control over one's bodily integrity free from state interference and freedom from state-imposed psychological and emotional stress" (pp. 587-88). The prohibition against private insurance in this case results in psychological and emotional stress and a loss of control by an individual over her own health.

Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a décidé que la sécurité de la personne inclut « une notion d'autonomie personnelle qui comprend, au moins, la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État et l'absence de toute tension psychologique et émotionnelle imposée par l'État » (p. 588). L'interdiction de souscrire une assurance privée en l'espèce engendre, chez les gens, une tension psychologique et émotionnelle ainsi qu'une perte de contrôle de leur propre santé.

123 Not every difficulty rises to the level of adverse impact on security of the person under s. 7. The impact, whether psychological or physical, must be serious. However, because patients may be denied timely health care for a condition that is clinically significant to their current and future health, s. 7 protection of security of the person is engaged. Access to a waiting list is not access to health care. As we noted above, there is unchallenged evidence that in some serious cases, patients die as a result of waiting lists for public health care. Where lack of timely health care can result in death, s. 7 protection of life itself is engaged. The evidence here demonstrates that the prohibition on health insurance results in physical and psychological suffering that meets this threshold requirement of seriousness.

Les difficultés n'ont pas toutes des conséquences néfastes sur la sécurité de la personne garantie par l'art. 7. Peu importe qu'elles soient psychologiques ou physiques, ces conséquences doivent être sérieuses. Toutefois, en raison de la possibilité que des patients n'aient pas accès en temps opportun à des soins de santé pour traiter un état cliniquement lourd de conséquences pour leur santé actuelle et future, la protection de la sécurité de la personne prévue à l'art. 7 intervient. L'accès à une liste d'attente n'est pas l'accès à des soins de santé. Comme nous l'avons déjà souligné, il existe, dans la présente affaire, une preuve incontestée que, dans des cas graves, des patients meurent en raison de listes d'attente pour la prestation de soins de santé publics. La protection de la vie elle-même prévue à l'art. 7 entre en jeu dans le cas où l'impossibilité d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux risque d'entraîner le décès d'une personne. En l'espèce, la preuve démontre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie entraîne des souffrances physiques et psychologiques qui satisfont à ce critère de sériosité.

124 We conclude, based on the evidence, that prohibiting health insurance that would permit ordinary Canadians to access health care, in circumstances where the government is failing to deliver health care in a reasonable manner, thereby increasing the risk of complications and death, interferes with life and security of the person as protected by s. 7 of the *Charter.*

Compte tenu de la preuve, nous considérons que, dans le cas où l'omission du gouvernement d'assurer un accès raisonnable à des soins de santé entraîne un accroissement des risques de complications et de mortalité, l'interdiction de souscrire une assurance maladie qui permettrait aux Canadiens ordinaires d'obtenir des soins de santé porte atteinte à la vie et à la sécurité de la personne que protège l'art. 7 de la *Charte*.

The remaining question is whether this inference is in accordance with the principles of fundamental justice. "[I]f the state [interferes] with security of the person, the *Charter* requires such interference to conform with the principles of fundamental justice": *Morgentaler*, at p. 54, *per* Dickson C.J.

B. *Deprivation in Accordance with the Principles of Fundamental Justice*

Having concluded that the ban on private medical insurance constitutes a deprivation of life and security of the person, we now consider whether that deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. Our colleagues Binnie and LeBel JJ. argue that the record here provides no ground for finding that the deprivation violates the principles of fundamental justice. With respect, we cannot agree.

In *Rodriguez*, at pp. 590-91 and 607, Sopinka J. for a majority of this Court defined the principles of fundamental justice as legal principles that are capable of being identified with some precision and are fundamental in that they have general acceptance among reasonable people.

The principle of fundamental justice implicated in this case is that laws that affect the life, liberty or security of the person shall not be arbitrary. We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

(1) Laws Shall Not Be Arbitrary: A Principle of Fundamental Justice

It is a well-recognized principle of fundamental justice that laws should not be arbitrary: see, e.g., *Malmo-Levine*, at para. 135; *Rodriguez*, at p. 594. The state is not entitled to arbitrarily limit its citizens' rights to life, liberty and security of the person.

125 Il reste à répondre à la question de savoir si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. « [S]i l'État touche [. . .] à la sécurité de la personne, la *Charte* impose que cette ingérence soit conforme aux principes de justice fondamentale » : *Morgentaler*, p. 54, le juge en chef Dickson.

B. *L'atteinte conforme aux principes de justice fondamentale*

126 Après avoir conclu que l'interdiction de souscrire une assurance médicale privée constitue une atteinte à la vie et à la sécurité de la personne, nous allons maintenant examiner si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale. Selon nos collègues les juges Binnie et LeBel, le dossier en l'espèce ne permet pas de conclure que cette atteinte viole les principes de justice fondamentale. En toute déférence, nous ne pouvons souscrire à cette opinion.

127 Dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 590-591 et 607, le juge Sopinka, s'exprimant au nom des juges majoritaires, a défini les principes de justice fondamentale comme étant des principes juridiques qui peuvent être identifiés avec une certaine précision et qui sont fondamentaux en ce sens qu'ils sont généralement acceptés parmi des personnes raisonnables.

128 Selon le principe de justice fondamentale en cause dans la présente affaire, les règles de droit qui touchent la vie, la liberté ou la sécurité de la personne ne doivent pas être arbitraires. Nous sommes d'avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : principe de justice fondamentale

129 Selon un principe de justice fondamentale bien établi, les règles de droit ne doivent pas être arbitraires : voir, p. ex., les arrêts *Malmo-Levine*, par. 135, et *Rodriguez*, p. 594. L'État ne peut pas restreindre arbitrairement le droit de ses citoyens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne.

130 A law is arbitrary where "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [it]". To determine whether this is the case, it is necessary to consider the state interest and societal concerns that the provision is meant to reflect: *Rodriguez*, at pp. 594-95.

131 In order not to be arbitrary, the limit on life, liberty and security requires not only a theoretical connection between the limit and the legislative goal, but a real connection on the facts. The onus of showing lack of connection in this sense rests with the claimant. The question in every case is whether the measure is arbitrary in the sense of bearing no real relation to the goal and hence being manifestly unfair. The more serious the impingement on the person's liberty and security, the more clear must be the connection. Where the individual's very life may be at stake, the reasonable person would expect a clear connection, in theory and in fact, between the measure that puts life at risk and the legislative goals.

132 In *Morgentaler*, Beetz J., Estey J. concurring, found that the limits on security of the person caused by rules that endangered health were "manifestly unfair" and did not conform to the principles of fundamental justice, in reasons that invoke arbitrariness. Some of the limitations bore no connection to Parliament's objectives, in his view, while others were unnecessary to assure that those objectives were met (p. 110).

133 While cloaked in the language of manifest unfairness, this reasoning evokes the principle of fundamental justice that laws must not be arbitrary, and was so read in *Rodriguez*, at p. 594. Beetz J.'s concurring reasons in *Morgentaler* thus serve as an example of how the rule against arbitrariness may be implicated in the particular context of access to health care. The fact that Dickson C.J., Lamer J. concurring, found that the scheme offended a different principle of fundamental justice, namely that defences to criminal charges must not be illusory, does not detract from the proposition adopted by

Une règle de droit est arbitraire si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif » qu'elle vise. Pour se prononcer à ce sujet, il faut considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles la disposition en cause est censée répondre : *Rodriguez*, p. 594-595.

Pour ne pas être arbitraire, la restriction apportée à la vie, à la liberté et à la sécurité requiert l'existence non seulement d'un lien théorique entre elle et l'objectif du législateur, mais encore d'un lien véritable d'après les faits. Il appartient au demandeur de démontrer l'absence de lien dans ce sens. Dans chaque cas, il faut se demander si la mesure est arbitraire au sens de n'avoir aucun lien véritable avec l'objectif visé et d'être, de ce fait, manifestement injuste. Plus l'atteinte à la liberté et à la sécurité de la personne est grave, plus le lien doit être clair. Lorsque c'est la vie même de quelqu'un qui est compromise, la personne raisonnable s'attendrait à ce qu'il existe, en théorie et en fait, un lien clair entre la mesure qui met la vie en danger et les objectifs du législateur.

Dans les motifs évoquant le caractère arbitraire qu'il a rédigés dans l'affaire *Morgentaler*, le juge Beetz, avec l'appui du juge Estey, a conclu que les restrictions apportées à la sécurité de la personne par des règles qui mettaient en danger la santé étaient « nettement injustes » et non conformes aux principes de justice fondamentale. Parmi ces restrictions, certaines n'avaient aucun rapport avec les objectifs poursuivis par le législateur, alors que d'autres n'étaient pas nécessaires pour assurer la réalisation de ces objectifs (p. 110).

Bien qu'il soit enveloppé dans la rhétorique de l'injustice manifeste, ce raisonnement évoque le principe de justice fondamentale selon lequel les règles de droit ne doivent pas être arbitraires, et c'est la façon dont il a été interprété dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 594. Les motifs concordants du juge Beetz, dans l'affaire *Morgentaler*, illustrent donc comment la règle interdisant le caractère arbitraire peut être en cause dans le contexte particulier de l'accès aux soins de santé. Le fait que le juge en chef Dickson, avec l'appui du juge Lamer, a conclu que le régime contrevenait à un principe de justice

Beetz J. that rules that endanger health arbitrarily do not comply with the principles of fundamental justice.

(2) Whether the Prohibition on Private Medical Insurance is Arbitrary

As discussed above, interference with life, liberty and security of the person is impermissibly arbitrary if the interference lacks a real connection on the facts to the purpose the interference is said to serve.

The government argues that the interference with security of the person caused by denying people the right to purchase private health insurance is necessary to providing effective health care under the public health system. It argues that if people can purchase private health insurance, they will seek treatment from private doctors and hospitals, which are not banned under the Act. According to the government's argument, this will divert resources from the public health system into private health facilities, ultimately reducing the quality of public care.

In support of this contention, the government called experts in health administration and policy. Their conclusions were based on the "common sense" proposition that the improvement of health services depends on exclusivity (R.R., at p. 591). They did not profess expertise in waiting times for treatment. Nor did they present economic studies or rely on the experience of other countries. They simply assumed, as a matter of apparent logic, that insurance would make private health services more accessible and that this in turn would undermine the quality of services provided by the public health care system.

The appellants, relying on other health experts, disagreed and offered their own conflicting

fondamental différent — à savoir que les moyens de défense opposés à des accusations criminelles ne doivent pas être illusoires — ne déroge aucunement à la proposition, adoptée par le juge Beetz, voulant que les règles qui mettent en danger la santé arbitrairement ne soient pas conformes aux principes de justice fondamentale.

(2) L'interdiction de souscrire une assurance médicale privée est-elle arbitraire?

134 Comme nous l'avons vu plus haut, l'atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne revêt un caractère arbitraire inacceptable si, d'après les faits, elle n'a aucun lien véritable avec l'objectif qu'elle est censée viser.

135 Le gouvernement prétend que l'atteinte à la sécurité de la personne qui résulte de la négation du droit de souscrire une assurance maladie privée est nécessaire pour que le système de santé public puisse offrir des soins de santé efficaces. Il ajoute que, s'ils peuvent souscrire une assurance maladie privée, les gens iront se faire traiter par des médecins et dans des hôpitaux du secteur privé, qui ne sont pas interdits par la Loi. Selon l'argument du gouvernement, il en résultera un détournement des ressources du système de santé public vers les établissements de santé privés, et, en fin de compte, une détérioration de la qualité des soins publics.

136 Pour étayer cet argument, le gouvernement a fait témoigner des experts en administration et politiques de la santé. Leurs conclusions reposaient sur la proposition « sensée » voulant que l'amélioration des services de santé passe par l'exclusivité (d.i., p. 591). Ils ne prétendaient pas être des experts en matière de délais d'attente pour un traitement. De plus, ils n'ont pas soumis d'études économiques ni invoqué la situation dans d'autres pays. Ils ont simplement présumé, apparemment en toute logique, que l'assurance accroîtrait l'accessibilité aux services de santé privés et que cela contribuerait à détériorer la qualité des services offerts par le système de santé public.

137 Se fondant sur l'avis d'autres experts du domaine de la santé, les appelants ont exprimé leur désaccord

"common sense" argument for the proposition that prohibiting private health insurance is neither necessary nor related to maintaining high quality in the public health care system. Quality public care, they argue, depends not on a monopoly, but on money and management. They testified that permitting people to buy private insurance would make alternative medical care more accessible and reduce the burden on the public system. The result, they assert, would be better care for all. The appellants reinforce this argument by pointing out that disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing additional care, while permitting it for the wealthy who can afford to travel abroad or pay for private care in Canada.

et ont avancé leur propre argument contraire, fondé sur le « bon sens », pour étayer la proposition voulant que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée n'ait rien à voir avec le maintien d'un système de santé public de grande qualité, et ne soit pas nécessaire à cet égard. Selon eux, les soins publics de qualité ne sont pas subordonnés à l'existence d'un monopole, mais sont plutôt une question d'argent et de gestion. Ils ont témoigné qu'autoriser les gens à souscrire une assurance privée accroîtrait l'accessibilité aux soins médicaux parallèles et allégerait le fardeau du système public. Il en résulterait, d'après eux, une amélioration des soins offerts à l'ensemble de la population. Les appelants renforcent cet argument en soulignant qu'interdire l'assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d'avoir accès à des soins supplémentaires, tout en accordant cet accès aux gens riches qui ont les moyens d'aller à l'étranger ou de s'offrir des soins privés au Canada.

138 To this point, we are confronted with competing but unproven "common sense" arguments, amounting to little more than assertions of belief. We are in the realm of theory. But as discussed above, a theoretically defensible limitation may be arbitrary if in fact the limit lacks a connection to the goal.

À ce stade, nous sommes aux prises avec des arguments opposés, mais non prouvés, qui sont fondés sur le « bon sens » et qui ne représentent rien de plus que des opinions. Nous nageons ici dans la théorie. Cependant, comme nous l'avons vu, une restriction théoriquement justifiable peut être arbitraire si, en fait, elle n'a aucun lien avec l'objectif visé.

139 This brings us to the evidence called by the appellants at trial on the experience of other developed countries with public health care systems which permit access to private health care. The experience of these countries suggests that there is no real connection in fact between prohibition of health insurance and the goal of a quality public health system.

Cela nous amène à la preuve que les appelants ont présentée au procès au sujet de la situation qui existe dans d'autres pays développés où le système de santé public permet l'accès aux soins privés. La situation dans ces pays indique qu'en fait il n'existe aucun lien véritable entre l'interdiction de souscrire une assurance maladie et l'objectif de maintien d'un système de santé public de qualité.

140 The evidence adduced at trial establishes that many western democracies that do not impose a monopoly on the delivery of health care have successfully delivered to their citizens medical services that are superior to and more affordable than the services that are presently available in Canada. This demonstrates that a monopoly is not necessary or even related to the provision of quality public health care.

La preuve présentée au procès établit que maintes démocraties occidentales qui n'imposent pas un monopole en matière de prestation de soins de santé réussissent à fournir à leurs citoyens des services médicaux meilleurs et à prix plus abordable que ceux actuellement offerts au Canada. Cela démontre qu'un monopole n'est pas nécessaire ni même lié à la prestation de soins de santé publics de qualité.

In its report *The Health of Canadians — The Federal Role*, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology discussed in detail the situations in several countries, including Sweden, Germany and the United Kingdom. The following discussion of the health care systems in these three countries is drawn directly from the findings in volume 3 of that report (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 3, *Health Care Systems in Other Countries*, Interim Report (2002) ("Kirby Report")).

141 Dans son rapport intitulé *La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a procédé à une analyse détaillée de la situation de plusieurs pays dont la Suède, l'Allemagne et le Royaume-Uni. L'analyse suivante du système de santé de ces trois pays est tirée directement des conclusions du troisième volume de ce rapport (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 3, *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, Rapport intérimaire (2002) (« rapport Kirby »)).

In Sweden, as in Canada, access to public health care is universal. The public health care system is financed predominantly by the public sector through a combination of general taxation and social insurance (i.e., employer/employee contributions) and employs a user fee mechanism. Unlike in Canada, private health care insurance that covers the same benefits as public insurance is "legal" in Sweden. However, only a small minority of the population purchase private insurance. The result is a system of public health care coverage that provides quality care on a broader basis than in Canada and encompasses physicians, hospital services, drugs and dental care: Kirby Report, vol. 3, at pp. 29-36. In Sweden, the availability of private health care insurance appears not to have harmed the public health care system.

142 En Suède, comme au Canada, l'universalité des soins de santé publics est garantie. Le financement du système de santé public est, en majeure partie, assuré par le secteur public grâce à un mélange de taxation générale et d'assurance sociale (c'est-à-dire les cotisations de l'employeur et de l'employé) et comporte un mécanisme de perception de frais modérateurs. Contrairement à ce qui se passe au Canada, toute assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que l'assurance publique est « légale » en Suède. Cependant, seule une infime partie de la population souscrit une assurance privée. Il s'ensuit que le système de santé public offre une gamme de soins de qualité plus étendue qu'au Canada et s'applique aux médecins, aux services hospitaliers, aux médicaments et aux soins dentaires : rapport Kirby, vol. 3, p. 27-34. En Suède, la possibilité de souscrire une assurance maladie privée ne paraît pas avoir nui au système de santé public.

In Germany, public health care insurance is administered by 453 Sickness Funds — private non-profit organizations structured on a regional task or occupational basis. Sickness Fund membership is compulsory for employees with gross incomes lower than approximately $63,000 Canadian, and voluntary for those with gross incomes above that level. Although all Sickness Funds are regulated at the federal level through what is known as the "Social Code Book", they are essentially run by representatives of employees and employers. As in Sweden, public health care coverage is broader in Germany than in Canada, including physician services, hospitals, prescription drugs, diagnostic services, dental care, rehabilitative care, medical devices,

143 En Allemagne, le régime public d'assurance maladie est administré par 453 caisses-maladie, qui sont des organismes privés sans but lucratif à clientèle régionale ou professionnelle. L'affiliation à une caisse est obligatoire pour les salariés qui touchent un revenu brut inférieur à environ 63 000 $CAN, et facultative pour ceux qui touchent davantage. Bien qu'elles soient toutes régies par un « code social » au niveau fédéral, les caisses-maladie sont essentiellement dirigées par des représentants syndicaux et patronaux. Comme en Suède, la protection offerte par le système de santé public est plus étendue en Allemagne qu'au Canada et vise notamment les services médicaux, les services hospitaliers, les médicaments d'ordonnance, les services de diagnostic,

psychotherapists, nursing care at home, medical services by non-physicians (physiotherapists, speech therapists, occupational therapists, etc.) and income support during sick leave: Kirby Report, vol. 3, at p. 14.

144 In Germany, as in Sweden, private health insurance is available to individuals at a certain income level who may voluntarily opt out of the Sickness Funds. Private coverage is currently offered by 52 private insurance companies that are obliged to offer an insurance policy with the same benefits as the Sickness Funds at a premium that is no higher than the average maximum contribution to the Sickness Funds. Private health care coverage is also available to self-employed people who are excluded from the Sickness Funds and public servants who are *de facto* excluded from participating in Sickness Funds as their health care bills are reimbursed at the rate of 50 percent by the federal government. Private insurance covers the remainder: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

145 Despite the availability of alternatives, 88 percent of the German population are covered by the public Sickness Funds: this includes 14 percent to whom private insurance is available. Of the remaining 12 percent, only 9 percent are covered by private insurance and less than 1 percent have no health insurance at all. The remaining 2 percent are covered by government insurance for military and other personnel: Kirby Report, vol. 3, at p. 15.

146 The United Kingdom offers a comprehensive public health care system — the National Health Service (NHS) — while also allowing for private insurance. Unlike Canada, the United Kingdom allows people to purchase private health care insurance that covers the same benefits as the NHS if these services are supplied by providers working outside of the NHS. Despite the existence of private insurance, only 11.5 percent of the population have purchased it: Kirby Report, vol. 3, at pp. 37-44. Again, it appears that the public system has not

les soins dentaires, les soins de réadaptation, les appareils médicaux, la psychothérapie, les soins infirmiers à domicile, les soins médicaux offerts par des non-médecins (physiothérapie, orthophonie, ergothérapie, etc.) et le soutien au revenu durant les congés de maladie : rapport Kirby, vol. 3, p. 14.

En Allemagne, comme en Suède, l'assurance maladie privée peut être souscrite par les personnes qui touchent un certain revenu et qui peuvent se retirer volontairement de la caisse-maladie. À l'heure actuelle, l'assurance maladie privée peut être souscrite auprès de 52 compagnies privées — tenues d'offrir les mêmes avantages que la caisse-maladie — pour une prime qui n'est pas supérieure à la contribution maximale moyenne à la caisse. L'assurance maladie privée peut également être souscrite par les travailleurs autonomes exclus des caisses-maladie et par les fonctionnaires exclus *de facto* de la participation aux caisses-maladie étant donné que la moitié de leurs frais de soins de santé est remboursée par l'État fédéral. L'assurance privée couvre le solde : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Malgré l'existence d'autres possibilités, 88 pour 100 de la population allemande est protégée par les caisses-maladie publiques, ce qui inclut le 14 pour 100 qui peut souscrire une assurance privée. Du 12 pour 100 restant, seulement 9 pour 100 de la population est protégée par une assurance privée et moins de 1 pour 100 ne bénéficie d'aucune assurance maladie. L'autre 2 pour 100 de la population est assurée par l'État grâce à une assurance destinée aux militaires et autres employés : rapport Kirby, vol. 3, p. 15.

Le Royaume-Uni offre un système de santé public complet — le National Health Service (NHS) — tout en autorisant l'assurance privée. Contrairement au Canada, le Royaume-Uni permet aux gens de souscrire une assurance maladie privée qui offre les mêmes avantages que le NHS, si ces services sont offerts par des fournisseurs non affiliés au NHS. Malgré l'existence de l'assurance privée, seulement 11,5 pour 100 de la population a souscrit ce type d'assurance : rapport Kirby, vol. 3, p. 35-42. Là encore, la possibilité de

suffered as a result of the existence of private alternatives.

After reviewing a number of public health care systems, the Standing Senate Committee on Social Affairs, Science and Technology concluded in the Kirby Report that far from undermining public health care, private contributions and insurance improve the breadth and quality of health care for all citizens, and it ultimately concluded, at p. 66:

> The evidence suggests that a contribution of direct payments by patients, allowing private insurance to cover some services, even in publicly funded hospitals, and an expanded role for the private sector in the delivery of health services are the factors which have enabled countries to achieve broader coverage of health services for all their citizens. Some countries like Australia and Singapore openly encourage private sector participation as a means to ensure affordable and sustainable health services.

Nor does it appear that private participation leads to the eventual demise of public health care. It is compelling to note that not one of the countries referred to relies exclusively on either private insurance or the public system to provide health care coverage to its citizens. Even in the United States, where the private sector is a dominant participant in the field of health care insurance, public funding accounts for 45 percent of total health care spending: Kirby Report, vol. 3, at p. 66.

In summary, the evidence on the experience of other western democracies refutes the government's theoretical contention that a prohibition on private insurance is linked to maintaining quality public health care.

Binnie and LeBel JJ. suggest that the experience of other countries is of little assistance. With respect, we cannot agree. This evidence was properly placed before the trial judge and, unless discredited, stands as the best guide with respect to the question of whether a ban on private insurance is necessary

souscrire une assurance privée ne paraît pas avoir nui au système public.

147 Après avoir examiné un certain nombre de systèmes de santé publics, le Comité sénatorial permanent des Affaires sociales, des sciences et de la technologie a conclu, dans le rapport Kirby, que, loin d'entraîner une détérioration des soins de santé publics, l'apport financier et l'assurance privés contribuent à élargir l'éventail des soins de santé dispensés à l'ensemble de la population, ainsi qu'à améliorer la qualité de ces soins. Le comité finit par conclure ceci (p. 64) :

> D'après nos observations, ce sont l'apport financier direct des malades, le fait que les assureurs privés soient autorisés à couvrir certains services, même dans les hôpitaux publics, et la participation du secteur privé à la prestation des services qui permettent à certains pays d'offrir à l'ensemble de leur population une gamme élargie de services de santé assurés. À cet égard, l'Australie et Singapour encouragent ouvertement le secteur privé à participer au régime dans le but avoué de préserver le caractère abordable des services médicaux et d'en assurer la pérennité.

148 La participation du secteur privé ne paraît pas non plus entraîner, en fin de compte, la disparition des soins de santé publics. Il faut souligner qu'aucun pays mentionné ne s'en remet exclusivement soit à l'assurance privée soit au système public pour assurer la couverture des soins de santé de ses citoyens. Même aux États-Unis, où le secteur privé joue un rôle de premier plan dans le domaine de l'assurance maladie, l'État assume 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé : rapport Kirby, vol. 3, p. 64.

149 En résumé, la preuve concernant la situation dans d'autres démocraties occidentales réfute la théorie du gouvernement voulant que l'interdiction de souscrire une assurance privée soit liée au maintien de soins de santé publics de qualité.

150 Les juges Binnie et LeBel laissent entendre que la situation dans d'autres pays n'est pas d'un grand secours. En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. Cette preuve a été soumise à bon droit à la juge de première instance et, à moins d'être discréditée, c'est elle qui nous éclaire le mieux pour

and relevant to the goal of providing quality public health care. The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. This is supported by our jurisprudence, according to which the experience of other western democracies may be relevant in assessing alleged arbitrariness. In *Rodriguez*, the majority of this Court relied on evidence from other western democracies, concluding that the fact that assisted suicide was heavily regulated in other countries suggested that Canada's prohibition was not arbitrary: pp. 601-5.

trancher la question de savoir si l'interdiction de souscrire une assurance privée est liée et nécessaire à la réalisation de l'objectif d'accès à des soins de santé publics de qualité. Pour trancher les questions relatives à l'art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. Cela est étayé par notre jurisprudence, selon laquelle la situation dans d'autres démocraties occidentales peut être utile pour apprécier une allégation de caractère arbitraire. Dans l'arrêt *Rodriguez*, les juges majoritaires de notre Cour se sont fondés sur la preuve émanant d'autres démocraties occidentales pour conclure que la réglementation très stricte de l'aide au suicide dans d'autres pays indiquait que l'interdiction canadienne n'était pas arbitraire : p. 601-605.

151 Binnie and LeBel JJ. also suggest that the government's continued commitment to a monopoly on the provision of health insurance cannot be arbitrary because it is rooted in reliance on "a series of authoritative reports [that analysed] health care in this country and in other countries" (para. 258); they are referring here to the reports of Commissioner Romanow (*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002)), and Senator Kirby. We observe in passing that the import of these reports, which differ in many of their conclusions, is a matter of some debate, as attested by our earlier reference to the Kirby Report. But the conclusions of other bodies on other material cannot be determinative of this litigation. They cannot relieve the courts of their obligation to review government action for consistency with the *Charter* on the evidence before them.

Les juges Binnie et LeBel laissent également entendre que l'engagement soutenu du gouvernement à maintenir un monopole en matière d'assurance maladie ne saurait être arbitraire parce qu'il s'appuie sur « une série de rapports fiables sur l'état du système de santé du Canada et d'autres pays » (par. 258); on renvoie ici aux rapports du commissaire Romanow (*Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002)) et du sénateur Kirby. Nous remarquons, en passant, que la portée de ces rapports, dont maintes conclusions divergent, suscite une certaine controverse, comme en témoigne notre mention antérieure du rapport Kirby. Cependant, les conclusions d'autres organismes portant sur d'autres sujets ne sauraient être déterminantes en l'espèce. Elles ne peuvent pas dégager les tribunaux de leur obligation de déterminer si une mesure gouvernementale respecte la *Charte* selon la preuve qui leur a été soumise.

152 When we look to the evidence rather than to assumptions, the connection between prohibiting private insurance and maintaining quality public health care vanishes. The evidence before us establishes that where the public system fails to deliver adequate care, the denial of private insurance subjects people to long waiting lists and negatively affects their health and security of the person. The government contends that this is necessary in order

Lorsque nous examinons la preuve plutôt que des suppositions, le lien entre l'interdiction de souscrire une assurance privée et le maintien de soins de santé publics de qualité disparaît. La preuve qui nous a été soumise établit que, dans le cas où le système public ne donne pas accès à des soins satisfaisants, l'interdiction de souscrire une assurance privée expose les gens à de longues listes d'attente et compromet leur santé et la sécurité de leur personne. Le

to preserve the public health system. The evidence, however, belies that contention.

We conclude that on the evidence adduced in this case, the appellants have established that in the face of delays in treatment that cause psychological and physical suffering, the prohibition on private insurance jeopardizes the right to life, liberty and security of the person of Canadians in an arbitrary manner, and is therefore not in accordance with the principles of fundamental justice.

II. Section 1 of the *Charter*

Having concluded that the prohibition on private health insurance constitutes a breach of s. 7, we must now consider whether that breach can be justified under s. 1 of the *Charter* as a reasonable limit demonstrably justified in a free and democratic society. The evidence called in this case falls short of demonstrating such justification.

The government undeniably has an interest in protecting the public health regime. However, given the absence of evidence that the prohibition on the purchase and sale of private health insurance protects the health care system, the rational connection between the prohibition and the objective is not made out. Indeed, we question whether an arbitrary provision, which by reason of its arbitrariness cannot further its stated objective, will ever meet the rational connection test under *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

In addition, the resulting denial of access to timely and effective medical care to those who need it is not proportionate to the beneficial effects of the prohibition on private insurance to the health system as a whole. On the evidence here and for the reasons discussed above, the prohibition goes further than necessary to protect the public system: it is not minimally impairing.

gouvernement soutient que cela est nécessaire pour préserver le système de santé public. Toutefois, la preuve réfute cet argument.

153 Nous concluons que, d'après la preuve soumise en l'espèce, les appelants ont établi que, en raison des délais d'attente pour un traitement qui causent des souffrances physiques et psychologiques, l'interdiction de souscrire une assurance privée compromet arbitrairement le droit des Canadiens à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne et n'est donc pas conforme aux principes de justice fondamentale.

II. L'article premier de la *Charte*

154 Après avoir conclu que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 7, il reste à examiner si, au regard de l'article premier de la *Charte*, cette contravention est une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. La preuve soumise en l'espèce ne démontre pas cette justification.

155 Il est indéniable que le gouvernement a intérêt à protéger le régime de santé public. Toutefois, en l'absence de preuve que l'interdiction de souscrire ou de vendre une assurance maladie privée protège le système de santé, le lien rationnel entre l'interdiction et l'objectif visé n'est pas établi. En fait, nous nous demandons si une disposition arbitraire qui, en raison de son caractère arbitraire, ne peut pas réaliser son objectif déclaré pourra jamais satisfaire au critère du lien rationnel établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

156 En outre, l'impossibilité, qui s'ensuit pour les gens qui en ont besoin, d'avoir accès en temps opportun à des soins médicaux efficaces n'est pas proportionnelle aux effets bénéfiques que l'interdiction de souscrire une assurance privée a sur l'ensemble du système de santé. Compte tenu de la preuve soumise en l'espèce et pour les raisons analysées précédemment, l'interdiction va au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger le système public : elle ne constitue pas une atteinte minimale.

157 Finally, the benefits of the prohibition do not outweigh the deleterious effects. Prohibiting citizens from obtaining private health care insurance may, as discussed, leave people no choice but to accept excessive delays in the public health system. The physical and psychological suffering and risk of death that may result outweigh whatever benefit (and none has been demonstrated to us here) there may be to the system as a whole.

158 In sum, the prohibition on obtaining private health insurance, while it might be constitutional in circumstances where health care services are reasonable as to both quality and timeliness, is not constitutional where the public system fails to deliver reasonable services. Life, liberty and security of the person must prevail. To paraphrase Dickson C.J. in *Morgentaler*, at p. 73, if the government chooses to act, it must do so properly.

159 We agree with Deschamps J.'s conclusion that the prohibition against contracting for private health insurance violates s. 1 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and is not justifiable under s. 9.1. We also conclude that this prohibition violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and cannot be saved under s. 1.

160 We would allow the appeal, with costs to the appellants throughout.

The reasons of Binnie, LeBel and Fish JJ. were delivered by

BINNIE AND LEBEL JJ. (dissenting) —

I. Introduction

161 The question in this appeal is whether the province of Quebec not only has the constitutional authority to establish a comprehensive single-tier health plan, but to discourage a second (private) tier

Enfin, les avantages de l'interdiction ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables. Interdire l'assurance maladie privée à la population risque, comme nous l'avons vu, de ne laisser aux gens d'autre choix que d'accepter les délais excessifs du système de santé public. Les souffrances physiques et psychologiques et le risque de mortalité qui peuvent s'ensuivre l'emportent sur tout avantage (dont l'existence ne nous a pas été démontrée en l'espèce) susceptible de résulter pour l'ensemble du système.

Somme toute, bien qu'elle puisse être constitutionnelle dans des circonstances où les services de santé sont raisonnables tant sur le plan de la qualité que sur celui de l'accès en temps opportun, l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée ne l'est pas lorsque le système public n'offre pas des services raisonnables. La vie, la liberté et la sécurité de la personne doivent primer. Pour paraphraser le juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, p. 73, si le gouvernement choisit d'agir, il doit le faire de façon appropriée.

Nous souscrivons à la conclusion de la juge Deschamps selon laquelle l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée contrevient à l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et n'est pas justifiable au regard de l'art. 9.1. Nous concluons également que cette interdiction contrevient à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne peut être sauvegardée en application de l'article premier.

Nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens en faveur des appelants devant toutes les cours.

Version française des motifs des juges Binnie, LeBel et Fish rendus par

LES JUGES BINNIE ET LEBEL (dissidents) —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour doit décider si la Constitution habilite la province de Québec non seulement à établir un régime de santé complet unique, mais également à empêcher la création d'un

health sector by prohibiting the purchase and sale of private health insurance. The appellants argue that timely access to needed medical service is not being provided in the publicly funded system and that the province cannot therefore deny to those Quebeckers (who can qualify) the right to purchase private insurance to pay for medical services whenever and wherever such services can be obtained for a fee, i.e., in the private sector. This issue has been the subject of protracted debate across Canada through several provincial and federal elections. We are unable to agree with our four colleagues who would allow the appeal that such a debate can or should be resolved as a matter of law by judges. We find that, on the legal issues raised, the appeal should be dismissed.

secteur de la santé parallèle (privé) en interdisant la souscription et la vente d'assurance maladie privée. Les appelants prétendent que le système public ne donne pas accès en temps opportun aux services médicaux requis par la population. À leur avis, la province ne peut pas alors refuser aux Québécois (admissibles) le droit de souscrire des assurances privées. Celles-ci leur permettraient, en effet, d'obtenir de cette façon des services médicaux dans tous les cas et là où ces services sont offerts à titre onéreux, c'est-à-dire dans le secteur privé. Cette question a longuement été débattue partout au Canada durant plusieurs campagnes électorales fédérales et provinciales. Contrairement à nos quatre collègues qui sont d'avis d'accueillir le pourvoi, nous sommes incapables d'admettre qu'un tel débat soit tranché par la voie judiciaire, comme s'il s'agissait d'un simple problème de droit. Nous estimons que, compte tenu de la nature des questions de droit en jeu, le pourvoi devrait être rejeté.

Our colleagues the Chief Justice and Major J. state at para. 105:

> By imposing exclusivity and then failing to provide public health care of a reasonable standard within a reasonable time, the government creates circumstances that trigger the application of s. 7 of the [*Canadian*] *Charter*. [Emphasis added.]

162 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 105 :

> En imposant l'exclusivité et en ne donnant pas ensuite accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable, le gouvernement crée une situation qui entraîne l'application de l'art. 7 de la *Charte* [*canadienne*]. [Nous soulignons.]

The Court recently held in *Auton (Guardian ad litem of) v. British Columbia (Attorney General)*, [2004] 3 S.C.R. 657, 2004 SCC 78, that the government was not required to fund the treatment of autistic children. It did not on that occasion address in constitutional terms the scope and nature of "reasonable" health services. Courts will now have to make that determination. What, then, are constitutionally required "reasonable health services"? What is treatment "within a reasonable time"? What are the benchmarks? How short a waiting list is short enough? How many MRIs does the Constitution require? The majority does not tell us. The majority lays down no manageable constitutional standard. The public cannot know, nor can judges or governments know, how much health care is "reasonable" enough to satisfy s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Canadian Charter*") and s. 1 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*,

163 Dans l'arrêt *Auton (Tutrice à l'instance de) c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [2004] 3 R.C.S. 657, 2004 CSC 78, notre Cour statuait récemment que l'État n'était pas tenu de financer le traitement des enfants autistes. À cette occasion, elle n'a pas examiné, du point de vue constitutionnel, la nature et l'étendue des services de santé « raisonnables ». Les tribunaux devront maintenant se prononcer sur ces problèmes. En quoi consistent alors les « services de santé raisonnables » exigés par la Constitution? Qu'entend-on par traitement « dans un délai raisonnable »? Quels critères s'appliquent? À quel point une liste d'attente devient-elle suffisamment courte? Combien d'IRM la Constitution prescrit-elle? Les juges majoritaires ne nous en disent rien. Ils n'établissent aucune norme constitutionnelle fonctionnelle. Les juges ou les gouvernements ne sont pas plus en mesure que la population de déterminer quel niveau de soins de santé sera

R.S.Q. c. C-12 ("*Quebec Charter*"). It is to be hoped that we will know it when we see it.

164 The policy of the *Canada Health Act*, R.S.C. 1985, c. C-6, and its provincial counterparts is to provide health care based on need rather than on wealth or status. The evidence certainly established that the public health care system put in place to implement this policy has serious and persistent problems. This does not mean that the courts are well placed to perform the required surgery. The resolution of such a complex fact-laden policy debate does not fit easily within the institutional competence or procedures of courts of law. The courts can use s. 7 of the *Canadian Charter* to pre-empt the ongoing public debate only if the current health plan violates an established "principle of fundamental justice". Our colleagues McLachlin C.J. and Major J. argue that Quebec's enforcement of a single-tier health plan meets this legal test because it is "arbitrary". In our view, with respect, the prohibition against private health insurance is a rational consequence of Quebec's commitment to the goals and objectives of the *Canada Health Act*.

165 Our colleague Deschamps J. states at para. 4:

> In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state. [Emphasis added.]

This is so, but of course it must be recognized that the liberty and security of Quebeckers who do not have the money to afford private health insurance, who cannot qualify for it, or who are not employed by establishments that provide it, are not

jugé assez « raisonnable » pour respecter l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte canadienne* ») et l'art. 1 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (« *Charte québécoise* »). Il ne nous reste plus qu'à espérer l'apprendre lorsque la situation se présentera.

La *Loi canadienne sur la santé*, L.R.C. 1985, ch. C-6, et les lois provinciales équivalentes reposent sur une politique d'accès aux soins de santé fondée sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Certes, la preuve démontre que le système de santé public établi pour mettre en œuvre cette politique connaît des difficultés graves et persistantes. Cela ne signifie pas pour autant que les tribunaux sont bien placés pour remédier à la situation. La résolution d'un débat d'orientation aussi factuel et complexe ne s'enferme pas aisément dans le cadre que définissent la compétence et les procédures institutionnelles des cours de justice. Les tribunaux ne peuvent recourir à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, pour court-circuiter les débats publics sur la question, que si le régime de santé actuel viole un « principe de justice fondamentale » reconnu. Nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major estiment que la mise en œuvre, par le Québec, d'un régime de santé unique satisfait à ce critère juridique, en raison de son « caractère arbitraire ». En toute déférence, nous estimons que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée est une conséquence logique de l'engagement du Québec à réaliser les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé.*

Notre collègue la juge Deschamps affirme, au par. 4 :

> Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d'attente peuvent validement être empêchés de le faire par l'État. [Nous soulignons.]

Cela est vrai, mais il est évident qu'il faut reconnaître que l'absence d'un « niveau supérieur » de soins de santé ne compromet pas la liberté et la sécurité de la personne des Québécois qui n'ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée ou qui

put at risk by the absence of "upper tier" health care. It is Quebeckers who have the money to afford private medical insurance and can qualify for it who will be the beneficiaries of the appellants' constitutional challenge.

The Quebec government views the prohibition against private insurance as essential to preventing the current single-tier health system from disintegrating into a *de facto* two-tier system. The trial judge found, and the evidence demonstrated, that there is good reason for this fear. The trial judge concluded that a private health sector fuelled by private insurance would frustrate achievement of the objectives of the *Canada Health Act*. She thus found no legal basis to intervene, and declined to do so. This raises the issue of *who* it is that *should* resolve these important and contentious issues. Commissioner Roy Romanow makes the following observation in his Report:

> Some have described it as a perversion of Canadian values that they cannot use their money to purchase faster treatment from a private provider for their loved ones. I believe it is a far greater perversion of Canadian values to accept a system where money, rather than need, determines who gets access to care.

(*Building on Values: The Future of Health Care in Canada: Final Report* (2002) ("Romanow Report"), at p. xx)

Whether or not one endorses this assessment, his premise is that the debate is about social values. It is not about constitutional law. We agree.

We believe our colleagues the Chief Justice and Major J. have extended too far the strands of interpretation under the *Canadian Charter* laid down in some of the earlier cases, in particular the ruling on abortion in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30 (which involved criminal liability, not public health

n'y sont pas admissibles, ou encore qui ne sont pas assurés dans le cadre de l'emploi qu'ils occupent. La contestation constitutionnelle des appelants profitera aux Québécois qui sont assez à l'aise pour souscrire une assurance médicale privée et qui y sont admissibles.

166 Le gouvernement québécois considère que l'interdiction de souscrire une assurance privée est essentielle pour éviter que le système de santé unique actuel s'effrite pour devenir, en fait, un système à deux vitesses. La juge de première instance a conclu — ce que la preuve a démontré — à l'existence de bonnes raisons de redouter une telle évolution du régime public. Selon elle, la présence d'un secteur de la santé privé alimenté par l'assurance privée compromettrait la réalisation des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*. Elle a donc décidé qu'aucun motif juridique d'intervenir n'avait été établi, et a refusé de le faire. Cela soulève alors le problème de déterminer *à qui revient la responsabilité* de résoudre ces questions importantes et controversées. Le commissaire Roy Romanow fait cette remarque dans son rapport :

> Certains estiment que ne pas pouvoir acheter des services ou des traitements plus rapides fournis par l'entreprise privée pour aider leurs proches est une perversion des valeurs canadiennes. À mon avis, ce serait pervertir encore plus les valeurs canadiennes que d'accepter un système où l'argent plutôt que le besoin détermine qui a accès aux soins de santé.

(*Guidé par nos valeurs : L'avenir des soins de santé au Canada : Rapport final* (2002) (« rapport Romanow »), p. xxii)

Qu'on s'entende ou non avec le commissaire Romanow sur ce point, son opinion repose sur le principe que le débat porte sur des valeurs sociales et ne relève pas du droit constitutionnel. Nous sommes d'accord.

167 Nous croyons que nos collègues la Juge en chef et le juge Major ont poussé trop loin la portée des courants d'interprétation de la *Charte canadienne* qui se sont développés à partir de quelques arrêts antérieurs, en particulier celui relatif à l'avortement *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 (qui portait sur

policy). We cannot find in the constitutional law of Canada a "principle of fundamental justice" dispositive of the problems of waiting lists in the Quebec health system. In our view, the appellants' case does not rest on constitutional law but on their disagreement with the Quebec government on aspects of its social policy. The proper forum to determine the social policy of Quebec in this matter is the National Assembly.

168 Our colleagues the Chief Justice and Major J. write:

> The task of the courts, on s. 7 issues as on others, is to evaluate the issue in the light, not just of common sense or theory, but of the evidence. [para. 150]

This, of course, is precisely what the learned trial judge did after weeks of listening to expert testimony and argument. In general, we agree with her conclusions. There is nothing in the evidence to justify our colleagues' disagreement with her conclusion that the general availability of health insurance will lead to a significant expansion of the private health sector to the detriment of the public health sector. While no one doubts that the Quebec health plan is under sustained and heavy criticism, and that at least some of the criticisms were supported by the trial judge on the basis of the evidence, the trial judge rejected the appellants' contention (now accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J.) that the prohibition on private insurance is contrary to the principles of fundamental justice. The trial judge's conclusion was endorsed by Justice Forget of the Quebec Court of Appeal. As a matter of law, we see no reason to interfere with their collective and unanimous judgment on this point. Whatever else it might be, the prohibition is not arbitrary.

169 We can all support the vague objective of "public health care of a reasonable standard within a reasonable time". Most people have opinions, many of

la responsabilité criminelle, mais non sur les politiques de santé publique). Nous ne pouvons retrouver dans le droit constitutionnel canadien un « principe de justice fondamentale » déterminant à l'égard des problèmes de listes d'attente du système de santé québécois. À notre avis, la thèse des appelants repose non pas sur le droit constitutionnel mais sur leur désaccord avec le gouvernement québécois au sujet d'aspects particuliers de sa politique sociale. C'est à l'Assemblée nationale qu'il appartient de discuter et d'établir la politique sociale du Québec.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major écrivent :

> Pour trancher les questions relatives à l'art. 7, les tribunaux doivent, comme pour toute autre question, procéder à une évaluation fondée sur la preuve et non seulement sur le bon sens ou des théories. [par. 150]

C'est exactement ce que la juge de première instance a fait après avoir entendu, pendant des semaines, les témoignages d'expert et l'argumentation des parties. En général, nous sommes d'accord avec ses conclusions. Rien dans la preuve ne justifie le désaccord de nos collègues avec la conclusion de la juge de la Cour supérieure selon laquelle l'accessibilité générale à l'assurance maladie entraînera une forte croissance du secteur de la santé privé au détriment du secteur de la santé public. Bien que personne ne doute que le régime de santé québécois fait constamment l'objet de critiques sévères et que la juge de première instance a, à la lumière de la preuve, reconnu le bien-fondé d'au moins une partie d'entre elles, il reste qu'elle a rejeté l'argument des appelants (que retiennent maintenant nos collègues la Juge en chef et le juge Major) selon lequel l'interdiction de souscrire une assurance privée serait contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Forget de la Cour d'appel du Québec a confirmé la conclusion de la juge de première instance. Nous ne voyons aucun motif juridique de modifier leur jugement collectif et unanime sur ce point. On peut sans doute porter des jugements très divers sur cette interdiction, mais elle n'est pas arbitraire.

Tous peuvent certes appuyer l'objectif imprécis de l'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable ». La plupart des

them conflicting, about how to achieve it. A legislative policy is not "arbitrary" just because we may disagree with it. As our colleagues the Chief Justice and Major J. fully recognize, the legal test of "arbitrariness" is quite well established in the earlier case law. In our view that test is not met in this case, for reasons we will develop in some detail. Suffice it to say at this point that in our view, the appellants' argument about "arbitrariness" is based largely on generalizations about the public system drawn from fragmentary experience, an overly optimistic view of the benefits offered by private health insurance, an oversimplified view of the adverse effects on the public health system of permitting private sector health services to flourish and an overly interventionist view of the role the courts should play in trying to supply a "fix" to the failings, real or perceived, of major social programs.

gens entretiennent des opinions, souvent divergentes, sur la façon de réaliser cet objectif. Cependant, une politique législative ne devient pas « arbitraire » du seul fait qu'on puisse être en désaccord avec elle. Comme nos collègues la Juge en chef et le juge Major le reconnaissent parfaitement, la jurisprudence a très bien explicité le critère juridique du « caractère arbitraire ». Pour les raisons que nous allons exposer de façon assez détaillée, nous estimons que ce critère n'est pas respecté en l'espèce. Pour l'instant, qu'il suffise de dire que nous considérons que l'argumentation des appelants relative au « caractère arbitraire » repose, dans une large mesure, sur des généralisations relatives au système public. Celles-ci découlent elles-mêmes d'événements isolés, d'une perception trop optimiste des avantages de l'assurance maladie privée, d'une conception simpliste des effets néfastes qu'aurait sur le système de santé public l'autorisation de l'accès aux services de santé du secteur privé et d'une vue trop interventionniste du rôle que les tribunaux devraient jouer, en les incitant à « remédier » aux faiblesses, réelles ou appréhendées, d'importants programmes sociaux.

A. *The Argument About Adding an "Upper Tier" to the Quebec Health Plan*

The nature of a two-tier system is explained as follows:

> In the broad sense, a two-tier system refers to two coexisting health care systems: a publicly funded system and a privately funded system. This definition implies that there is a differential access to health services based on one's ability to pay, rather than according to need. In other words, those who can afford it may either obtain access to better quality care or to quicker care in the privately funded system, while the rest of the population continues to access health care only through the publicly funded system. [Emphasis added.]
>
> (*The Health of Canadians — The Federal Role*, vol. 4, *Issues and Options*, Interim Report (2001) ("Kirby Report"), at p. 67)

It is evident, of course, that neither Quebec nor any of the other provinces has a "pure" single-tier system. In the area of uninsured medical services, for example, the private sector is the dominant supplier. In other cases, the private sector may perform

A. *L'argument de l'ajout d'un « niveau supérieur » au régime de santé québécois*

On explique ainsi la nature du système à deux vitesses : 170

> Il s'agit en fait d'un régime où cohabitent deux systèmes : un système public financé par l'État et un système financé par des sources privées. Cette définition suppose que l'accès aux services de santé est déterminé par la capacité de payer et non pas par le besoin. Autrement dit, les personnes qui en ont les moyens peuvent obtenir des soins de meilleure qualité ou être soignées plus rapidement dans le système privé et le reste de la population continue de recevoir des soins dans la mesure des possibilités du système public. [Nous soulignons.]
>
> (*La santé des Canadiens — Le rôle du gouvernement fédéral*, vol. 4, *Questions et options*, Rapport intermédiaire (2001) (« rapport Kirby »), p. 72)

Il est évident, bien sûr, que ni le Québec ni aucune des autres provinces ne possède un système unique « pur ». Par exemple, le secteur privé représente le principal fournisseur de services médicaux non assurés. Dans d'autres cas, le secteur privé

the service but is paid by the state. The issue here, as it is so often in social policy debates, is where to draw the line. One can rarely say in such matters that one side of a line is "right" and the other side of a line is "wrong". Still less can we say that the boundaries of the Quebec health plan are dictated by the Constitution. Drawing the line around social programs properly falls within the legitimate exercise of the democratic mandates of people elected for such purposes, preferably after a public debate.

fournit un service dont l'État assume le coût. Comme cela se produit fréquemment dans les débats sur l'orientation de la société, la question, en l'espèce, consiste à situer la ligne de démarcation. On peut rarement affirmer, dans ces cas, qu'un côté de la ligne est « bon » et que l'autre est « mauvais ». On peut encore moins soutenir que la Constitution prescrit le cadre du régime de santé québécois. La définition des programmes sociaux relève, à juste titre, de l'exercice légitime des mandats démocratiques confiés aux politiciens élus à cette fin, de préférence à la suite d'un débat public.

B. *Background to the Health Policy Debate*

B. *Contexte du débat d'orientation en matière de santé*

171 Prior to 1961, only 53 percent of Canadians were covered by some form of health insurance, leaving approximately 8 million Canadians without insurance coverage (*Voluntary Medical Insurance and Prepayment* (1965) ("Berry Commission"), at pp. 177-78). At that time, health care costs were the number one cause of personal bankruptcy in Canada.

Avant 1961, seulement 53 pour 100 de la population canadienne bénéficiait d'une protection quelconque d'assurance maladie. Ceci veut dire qu'environ huit millions de Canadiens ne détenaient pas d'assurance (*Assurance médicale privée et paiement par anticipation* (1966) (« Commission Berry »), p. 179-180). À l'époque, le coût des soins de santé représentait la première cause de faillite personnelle au Canada.

172 In these circumstances, the people of Quebec, through their elected representatives, opted for a need-based, rather than a wealth-based, health care system. In the Castonguay-Nepveu Report, said to be the foundation of the public health care system in Quebec, it was stated:

> The maintenance of the people's health more and more is accepted as a collective responsibility. This is not surprising since it must be admitted that without vigorous State action, the right to health would remain a purely theoretical notion, without any real content. [Emphasis added.]
>
> (*Report of the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare*, vol. IV, *Health*, t. 1, *The Present Situation* (1970) ("Castonguay-Nepveu Report"), at p. 30)

Dans ces circonstances, la population québécoise a, par l'entremise de ses représentants élus, opté pour un système de soins de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer. Le rapport Castonguay-Nepveu, considéré comme la pierre angulaire du système de santé public au Québec, précise d'ailleurs :

> Le maintien de la santé de la population étant de plus en plus accepté comme une responsabilité collective, cela ne surprend guère, d'autant moins qu'il faut admettre que, sans une action vigoureuse de l'État, le droit à la santé demeurera une notion purement théorique, sans aucun contenu réel. [Nous soulignons.]
>
> (*Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social*, vol. IV, *La santé*, t. 1, *La situation actuelle* (1970) (« rapport Castonguay-Nepveu »), p. 34)

173 The Kirby Report noted in 2001 that "Canadians' attachment to a sense of collective responsibility for the provision of health care has remained largely intact despite a shift towards more

En 2001, le rapport Kirby soulignait que « [l]'importance accordée au Canada à la responsabilité collective en ce qui concerne la prestation de soins de santé est demeurée pratiquement

individualistic values" (vol. 4, at p. 137); see also *Emerging Solutions: Report and Recommendations* (2001) ("Clair Report"), at p. 243; *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec: Rapport du groupe de travail* (1999) ("Arpin Report"), at p. 34. Both the Kirby Report and the Romanow Report contained extensive investigations into the operations and problems of the current public health systems across Canada. They acknowledged that the financing of health care is putting a growing stress on public finances and national resources. For fiscal year 2004-2005, federal/provincial/territorial spending on health care is estimated to be about $88 billion (Finance Canada, *Federal Support for Health Care: The Facts* (September 2004)). Whether this growing level of expenditure is sustainable, justified or wise is a matter on which we all have opinions. In the absence of a violation of a recognized "principle of fundamental justice", the opinions that prevail should be those of the legislatures.

inchangée, malgré le progrès des valeurs individualistes » (vol. 4, p. 147); voir également *Les solutions émergentes : Rapport et recommandations* (2000) (« rapport Clair »), p. 243, ainsi que *La complémentarité du secteur privé dans la poursuite des objectifs fondamentaux du système public de santé au Québec : Rapport du groupe de travail* (1999) (« rapport Arpin »), p. 34. Les rapports Kirby et Romanow ont tous deux étudié en profondeur les activités et les problèmes courants des systèmes de santé publics au Canada. Ils reconnaissent que les coûts des soins de santé exercent une pression de plus en plus forte sur les finances publiques et les ressources nationales. On prévoit que les dépenses fédérales, provinciales et territoriales en matière de santé s'élèveront à environ 88 milliards de dollars au cours de l'année financière 2004-2005 (Ministère des Finances Canada, *Participation fédérale au financement des soins de santé : les faits* (septembre 2004)). Nous possédons tous nos propres vues sur la sagesse, la justification ou la viabilité de cet accroissement des dépenses de santé. En l'absence de violation d'un « principe de justice fondamentale » reconnu, l'opinion du législateur doit l'emporter.

Not all Canadian provinces prohibit private health insurance, but all of them (with the arguable exception of Newfoundland) take steps to protect the public health system by discouraging the private sector, whether by prohibiting private insurance (Quebec, Ontario, Manitoba, British Columbia, Alberta and Prince Edward Island) or by prohibiting doctors who opt out of the public sector, from billing their private patients more than the public sector tariff, thereby dulling the incentive to opt out (Ontario, Manitoba and Nova Scotia), or eliminating any form of cross-subsidy from the public to the private sector (Quebec, British Columbia, Alberta, Prince Edward Island, Saskatchewan and New Brunswick). The mixture of deterrents differs from province to province, but the underlying policies flow from the *Canada Health Act* and are the same: i.e., as a matter of *principle*, health care should be based on need, not wealth, and as a matter of *practicality* the provinces judge that growth of the private sector will undermine the strength of the public sector and

174

Les provinces canadiennes n'interdisent pas toutes l'assurance maladie privée, mais (à l'exception discutable de Terre-Neuve) elles prennent toutes des mesures pour protéger le système de santé public et empêcher la participation du secteur privé, soit en prohibant l'assurance privée (Québec, Ontario, Manitoba, Colombie-Britannique, Alberta et Île-du-Prince-Édouard), soit en interdisant aux médecins qui se désengagent du secteur public de facturer à leurs patients des honoraires supérieurs à ceux qu'autorise le régime public. Ces mesures diminuent l'attrait du secteur privé (Ontario, Manitoba et Nouvelle-Écosse) ou éliminent toute forme de financement du secteur privé par le secteur public (Québec, Colombie-Britannique, Alberta, Île-du-Prince-Édouard, Saskatchewan et Nouveau-Brunswick). Le mélange d'éléments dissuasifs varie d'une province à l'autre. Cependant, les politiques qui structurent le régime découlent toujours de la *Loi canadienne sur la santé* et restent : *en principe*, l'accès aux soins de santé doit reposer sur le besoin et non sur la capacité de payer, mais *en pratique*, les

its ability to achieve the objectives of the *Canada Health Act*.

175 The argument for a "two-tier system" is that it will enable "ordinary" Canadians to access private health care. Indeed, this is the view taken by our colleagues the Chief Justice and Major J. who quote the appellants' argument that "disallowing private insurance precludes the vast majority of Canadians (middle-income and low-income earners) from accessing" private health care (para. 137). This way of putting the argument suggests that the Court has a mandate to save middle-income and low-income Quebeckers from themselves, because both the Romanow Report and the Kirby Report found that the vast majority of "ordinary" Canadians want a publicly financed single-tier (more or less) health plan to which access is governed by need rather than wealth and where the availability of coverage is not contingent on personal insurability. Our colleagues rely in part on the experience in the United States (para. 148) and the fact that public funding in that country accounts for only 45 percent of total health care spending. But if we look at the practical reality of the U.S. system, the fact is that 15.6 percent of the American population (i.e., about 45 million people) had no health insurance coverage at all in 2003, including about 8.4 million children. As to making health care available to medium and low-income families, the effect of "two-tier" health coverage in the U.S. is much worse for minority groups than for the majority. Hispanics had an uninsured rate of 32.7 percent, and African Americans had an uninsured rate of 19.4 percent. For 45 million Americans, as for those "ordinary" Quebeckers who cannot afford private medical insurance or cannot obtain it because they are deemed to be "bad risks", it is a matter of public health care or no care at all (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor and R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States: 2003* (2004), at pp. 56-59).

provinces jugent que la croissance du secteur privé affaiblira le secteur public et réduira sa capacité d'atteindre les objectifs de la *Loi canadienne sur la santé.*

L'argument au soutien d'un « système à deux vitesses » est qu'un tel système permettra aux Canadiens « ordinaires » d'avoir accès à des soins de santé privés. En fait, nos collègues la Juge en chef et le juge Major adoptent une opinion de cette nature lorsqu'ils citent l'argument des appelants selon lequel « interdire l'assurance privée empêche la vaste majorité des Canadiens (à revenu moyen ou faible) d'avoir accès » à des soins de santé privés (par. 137). Cette façon de présenter l'argument en question laisse entendre que la Cour a pour mission de protéger contre eux-mêmes les Québécois à revenu moyen ou faible, car les rapports Romanow et Kirby ont conclu que la vaste majorité des Canadiens « ordinaires » veulent un régime de santé public (plus ou moins) unique fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer et dans lequel la protection offerte n'est pas subordonnée à l'assurabilité personnelle. Nos collègues se fondent en partie sur la situation aux États-Unis (par. 148) et sur le fait que, dans ce pays, l'État n'assume que 45 pour 100 des dépenses totales de soins de santé. En pratique, toutefois, la réalité est qu'aux États-Unis 15,6 pour 100 de la population (soit environ 45 millions de personnes) ne bénéficiait d'aucune assurance en 2003, dont environ 8,4 millions d'enfants. Le problème d'accessibilité des familles à revenu moyen ou faible aux soins de santé dans le système de santé « à deux vitesses » des États-Unis touche plus durement les groupes minoritaires que la majorité de la population. 32,7 pour 100 des Hispaniques et 19,4 pour 100 des Afro-américains se trouvaient dépourvus de couverture d'assurance. L'accès aux soins de santé publics demeure le seul choix ouvert à 45 millions d'Américains, comme aux Québécois « ordinaires » qui n'ont pas les moyens de s'offrir une assurance médicale privée ou qui ne peuvent pas l'obtenir parce qu'on juge qu'ils présentent des « risques aggravés » (C. DeNavas-Walt, B. D. Proctor et R. J. Mills, *Income, Poverty, and Health Insurance Coverage in the United States : 2003* (2004), p. 56-59).

It would be open to Quebec to adopt a U.S.-style health care system. No one suggests that there is anything in our Constitution to prevent it. But to do so would be contrary to the policy of the Quebec National Assembly, and its policy in that respect is shared by the other provinces and the federal Parliament. As stated, Quebec further takes the view that significant growth in the private health care system (which the appellants advocate) would inevitably damage the public system. Our colleagues the Chief Justice and Major J. disagree with this assessment, but governments are entitled to act on a reasonable apprehension of risk of such damage. As noted by the majority in *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 133:

Members of Parliament are elected to make these sorts of decisions, and have access to a broader range of information, more points of view, and a more flexible investigative process than courts do.

While the existence of waiting times is undoubted, and their management a matter of serious public concern, the proposed constitutional right to a two-tier health system for those who can afford private medical insurance would precipitate a seismic shift in health policy for Quebec. We do not believe that such a seismic shift is compelled by either the *Quebec Charter* or the *Canadian Charter.*

II. Analysis

The appellants' principal argument is that the existence of waiting lists in Quebec and the concurrent prohibition on private health insurance violate s. 7 of the *Canadian Charter*, which guarantees everyone the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The *legal* question raised by our colleagues the Chief Justice and Major J. under the *Canadian Charter* is whether or not the Quebec health plan

176 Le Québec pourrait choisir un système de santé semblable à celui des Américains. Personne ne laisse entendre que la Constitution l'interdirait. Toutefois, une telle mesure contredirait la politique de l'Assemblée nationale du Québec qui, à cet égard, reste identique à celle des autres provinces et du Parlement fédéral. Comme nous l'avons vu, le Québec considère, en outre, qu'une forte croissance du système de santé privé (comme celle préconisée par les appelants) entraînerait inévitablement une détérioration du système public. Nos collègues la Juge en chef et le juge Major ne partagent pas cet avis, mais les gouvernements ont le droit de prendre des mesures fondées sur la crainte raisonnable d'une telle détérioration. Comme le soulignent les juges majoritaires dans l'arrêt *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 133 :

Les députés sont élus pour prendre de telles décisions et ils ont accès à un plus large éventail de données, à un plus grand nombre de points de vue et à des moyens d'enquête plus souples que les tribunaux.

En dépit de l'existence indéniable de délais d'attente et du grave problème d'intérêt public posé par leur gestion, le droit constitutionnel à un système de santé à deux vitesses qu'auraient les gens ayant les moyens de souscrire une assurance médicale privée provoquerait un changement radical de la politique québécoise en matière de santé. Ni la *Charte québécoise* ni la *Charte canadienne* ne commande un tel changement.

II. Analyse

177 Les appelants soutiennent principalement que l'existence de listes d'attente au Québec et l'interdiction concomitante de souscrire une assurance maladie privée contreviennent à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui protège le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et dispose qu'on ne peut porter atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

178 La question *de droit* que nos collègues la Juge en chef et le juge Major soulèvent au regard de la *Charte canadienne* consiste à déterminer si le

violates a *principle of fundamental justice* and, if so, whether the plan can nevertheless be saved under s. 1.

179 The reasons of our colleague Deschamps J., on the other hand, are limited to s. 1 of the *Quebec Charter* which protects the right of every human being to life and to personal security, inviolability and freedom. The *Quebec Charter* does not talk explicitly about "principles of fundamental justice". Nevertheless, in our view, the legislative limits fixed by the *Quebec Charter* are no more favourable to the appellants' case than are those fixed by the *Canadian Charter*. Rights under the *Quebec Charter* are to be exercised with "proper" regard to "democratic" values (including those of the electorate) "public order and the general well-being of the citizens of Québec" (including those who cannot afford, or may not qualify for, private health insurance coverage). We address this issue below starting at para. 266.

180 Our colleagues the Chief Justice and Major J. agree with the appellants that there is a violation of s. 7 of the *Canadian Charter*. As mentioned earlier, their opinion rests in substantial part on observations made by various members of this Court in *Morgentaler*. At issue in that case was the criminal liability of doctors and their patients under s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, for performing abortions. The nub of the legal challenge was that in creating the abortion offence Parliament had qualified the charge with a "therapeutic abortion" defence, but the defence was not working. The factual and legal issues raised in that criminal law problem are, we think, far removed from the debate over a two-tiered health system. *Morgentaler* applied a "manifest unfairness" test which has never been adopted by the Court outside the criminal law, and certainly not in the context of the design of social programs. The *Morgentaler* judgment fastened on internal inconsistencies in s. 251 of the *Code*, which find no counterpart here. In our view, with respect, *Morgentaler* provides no

régime de santé québécois viole un *principe de justice fondamentale* et, dans l'affirmative, si ce régime peut néanmoins être sauvegardé en application de l'article premier.

Par contre, les motifs de notre collègue la juge Deschamps traitent seulement de l'art. 1 de la *Charte québécoise*, qui garantit à tout être humain le droit à la vie, ainsi qu'à la sûreté, à l'intégrité et à la liberté de sa personne. La *Charte québécoise* ne mentionne pas explicitement les « principes de justice fondamentale ». Néanmoins, nous sommes d'avis que les limites législatives fixées par la *Charte québécoise* ne sont pas plus favorables à la thèse des appelants que celles prévues par la *Charte canadienne*. En effet, les droits garantis par la *Charte québécoise* doivent s'exercer « dans le respect » des valeurs « démocratiques » (y compris celles de l'électorat), « de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec » (y compris ceux qui n'ont pas les moyens de souscrire une assurance maladie privée, ou qui n'y sont pas admissibles). Nous abordons cette question plus loin à partir du par. 266.

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major partagent l'opinion des appelants selon laquelle il y a contravention à l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Comme nous l'avons souligné, leur opinion repose en grande partie sur des commentaires de différents juges de notre Cour dans l'arrêt *Morgentaler*. Cette affaire portait sur le régime de responsabilité criminelle en matière d'avortement applicable aux médecins et à leurs patientes en vertu de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. En substance, la contestation constitutionnelle de cette disposition faisait essentiellement valoir devant les tribunaux que le législateur avait théoriquement restreint l'application de l'acte criminel par la reconnaissance d'un moyen de défense fondé sur le caractère thérapeutique de l'avortement, mais que ce moyen de défense n'avait aucune valeur pratique. Les questions de fait et de droit que soulevait ce problème de droit criminel demeurent, croyons-nous, très éloignées du débat portant sur un système de santé à deux vitesses. Dans l'arrêt *Morgentaler*, la Cour a appliqué un critère d'« injustice manifeste » qu'elle n'a jamais adopté en dehors du droit criminel

support for the appellants in this case, as we discuss commencing at para. 259.

As stated, we accept the finding of the courts below that a two-tier health care system would likely have a negative impact on the integrity, functioning and viability of the public system: [2000] R.J.Q. 786, at p. 827; reasons of Forget J.A., [2002] R.J.Q. 1205, at p. 1215. Although this finding is disputed by our colleagues the Chief Justice and Major J. (a point to which we will return), it cannot be contested that as a matter of *principle*, access to private health care based on wealth rather than need contradicts one of the key social policy objectives expressed in the *Canada Health Act*. The state has established its interest in promoting the equal treatment of its citizens in terms of health care. The issue of arbitrariness relates only to the validity of the *means* adopted to achieve that policy objective. Counsel for the appellant Zeliotis was not oblivious to the potential danger posed by the re-allocation of health resources to the private sector. In opening his oral submissions to the Court, he acknowledged the need as a matter of social policy to protect the public health system:

[TRANSLATION] May a person use his or her own resources to obtain medical care outside the public system if the public system is unable to provide medical care within an acceptable time and if doing so *would not deprive the public system of the resources it needs*? . . .

. . . we recognize that it is perfectly legitimate for the state to make sure that the public system has on a priority basis all the resources it needs to function. *Thus, we concede that, if this were in fact impossible, our appeal should fail.* [Emphasis added.]

(Oral Transcript, Mr. Trudel, at p. 25)

et sûrement pas dans le contexte de la conception de programmes sociaux. L'arrêt *Morgentaler* portait sur des contradictions internes de l'art. 251 du *Code*, qui n'ont aucun équivalent dans la présente affaire. En toute déférence, nous estimons que l'arrêt *Morgentaler* n'est d'aucun secours aux appelants en l'espèce, comme nous l'expliquons à partir du par. 259.

181 Nous répétons que nous acceptons la conclusion des tribunaux d'instance inférieure selon laquelle un système de soins de santé à deux vitesses aurait probablement une incidence négative sur l'intégrité, le bon fonctionnement et la viabilité du système public : [2000] R.J.Q. 786, p. 827; motifs du juge Forget de la Cour d'appel, [2002] R.J.Q. 1205, p. 1215. Bien que nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'acceptent pas cette conclusion (un point sur lequel nous reviendrons), on ne saurait contester qu'en *principe* un régime d'accès aux soins de santé privés fondé sur la capacité de payer plutôt que sur le besoin va à l'encontre de l'un des principaux objectifs de politique sociale énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. L'État a prouvé qu'il a intérêt à favoriser un traitement égal de ses citoyens en matière de soins de santé. Le problème du caractère arbitraire des dispositions législatives ne concerne que la validité des *moyens* choisis pour réaliser cet objectif de politique générale. L'avocat de l'appelant M. Zeliotis se montrait d'ailleurs conscient du risque posé par la nouvelle attribution de ressources en matière de santé au secteur privé. Au début de sa plaidoirie devant la Cour, il a reconnu la nécessité, sur le plan de la politique sociale, de protéger le système de santé public :

Peut-on utiliser ses propres ressources pour se procurer des soins médicaux à l'extérieur du régime public si ce dernier n'est pas en mesure de nous donner ces soins médicaux dans un délai acceptable et si, en ce faisant, *on ne prive pas le système public des ressources dont il a besoin*? . . .

. . . nous reconnaissons qu'il est tout à fait légitime pour l'État de s'assurer que le régime public dispose en priorité de toutes les ressources dont il a besoin pour fonctionner. *Or, nous le concédons, si ce n'est pas possible effectivement, nous ne devrions pas gagner cet appel.* [Italiques ajoutés.]

(Transcription, propos de M^e^ Trudel, p. 25)

While Quebec does not outlaw private health care, which is therefore accessible to those with cash on hand, it wishes to discourage its growth. Failure to stop the few people with ready cash does not pose a structural threat to the Quebec health plan. Failure to stop private health insurance will, as the trial judge found, do so. Private insurance is a condition precedent to, and aims at promoting, a flourishing parallel private health care sector. For Dr. Chaoulli in particular, that is the whole point of this proceeding.

Bien qu'il n'interdise pas les soins de santé privés, qui sont donc accessibles à ceux qui ont les moyens de se les offrir, le Québec souhaite en décourager la multiplication. Le défaut d'édicter une interdiction absolue touchant les quelques personnes capables de payer ne constitue pas une menace structurelle pour le régime de santé québécois. Toutefois, comme l'a conclu la juge de première instance, l'absence d'interdiction de l'assurance maladie privée représentera une telle menace. La possibilité de souscrire une assurance privée constitue un préalable incontournable au développement et à la vitalité économique d'un secteur de soins de santé privé parallèle. Pour le D^r^ Chaoulli en particulier, cette question se situe au cœur de la présente instance.

A. *Preliminary Objections*

A. *Objections préliminaires*

182 The Attorneys General made two preliminary objections: first, that the claims raised on this appeal are not properly justiciable; and second, that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis has standing to bring their claim. These objections should be rejected.

Les procureurs généraux ont soulevé deux objections préliminaires : premièrement, ils ont fait valoir que les demandes en l'espèce soulèvent des questions que les tribunaux ne sauraient régler et, deuxièmement, que ni le D^r^ Chaoulli ni M. Zeliotis n'a qualité pour agir à cet égard. Ces objections doivent être rejetées.

(1) Justiciability

(1) La justiciabilité

183 The Attorneys General of Canada and Quebec argue that the claims advanced by the appellants are inherently political and, therefore, not properly justiciable by the courts. We do not agree. Section 52 of the *Constitution Act, 1982* affirms the constitutional power and *obligation* of courts to declare laws of no force or effect to the extent of their inconsistency with the Constitution. Where a violation stems from a *Canadian Charter* breach, the court may also order whatever remedy is "appropriate and just" in the circumstances under s. 24. There is nothing in our constitutional arrangement to exclude "political questions" from judicial review where the Constitution itself is alleged to be violated.

Les procureurs généraux du Canada et du Québec prétendent que le caractère intrinsèquement politique des demandes présentées par les appelants les soustrait à la compétence des tribunaux. Nous ne partageons pas cette opinion. L'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* confirme le pouvoir et *l'obligation* constitutionnels des tribunaux de déclarer inopérantes les dispositions de toute règle de droit qui sont incompatibles avec la Constitution. Lorsqu'une atteinte émane d'une contravention à la *Charte canadienne*, le tribunal peut, en vertu de l'art. 24, ordonner toute réparation qu'il estime « convenable et juste » eu égard aux circonstances. Rien dans notre régime constitutionnel ne soustrait les « questions politiques » au contrôle judiciaire devant une allégation de violation de la Constitution elle-même.

184 Nevertheless, a correct balance must be struck between the judiciary and the other branches of

Il convient néanmoins d'établir un juste équilibre entre le pouvoir judiciaire et les autres organes

government. Each branch must respect the limits of its institutional role. As stated in *Vriend v. Alberta*, [1998] 1 S.C.R. 493, "the courts are to uphold the Constitution and have been expressly invited to perform that role by the Constitution itself. But respect by the courts for the legislature and executive role is as important as ensuring that the other branches respect each others' role and the role of the courts" (para. 136).

In the present case, the appellants are challenging the legality of Quebec's prohibition against private health insurance. While the issue raises "political questions" of a high order, the alleged *Canadian Charter* violation framed by the appellants is in its nature justiciable, and the Court should deal with it.

(2) Standing of Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis

Article 55 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25, requires that the party bringing an action have a "sufficient interest" in the litigation. In our view, for the reasons given by the trial judge, as previously mentioned, Mr. Zeliotis has not demonstrated that systemic waiting lists were the cause of his delayed treatment.

Dr. Chaoulli's situation is different. He offers himself as an advocate for private health insurance. He is a medically trained individual who has a history of conflict with the Quebec health authorities and of disobedience to their rules governing medical practice. The trial judge found Dr. Chaoulli's motives to be questionable:

[TRANSLATION] At first, Dr. Chaoulli was supposed to complete his initial contract in a remote region. He did not do so but returned to Montréal and, contrary to what he was entitled to do, began practising on the South Shore. He then obstinately insisted on practising medicine as he pleased, disregarding the regional board's decisions. Dr. Chaoulli never testified that he

de gouvernement. Chaque organe de gouvernement doit respecter les limites de son rôle institutionnel. Comme le précise l'arrêt *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, « [i]l incombe [. . .] aux tribunaux de faire respecter la Constitution, et c'est la Constitution elle-même qui leur confère expressément ce rôle. Toutefois, il est tout aussi important, pour les tribunaux, de respecter eux-mêmes les fonctions du pouvoir législatif et de l'exécutif que de veiller au respect, par ces pouvoirs, de leur rôle respectif et de celui des tribunaux » (par. 136).

185 En l'espèce, les appelants contestent la légalité de l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée au Québec. Bien que la question soulève des « questions politiques » d'importance capitale, la contravention à la *Charte canadienne* alléguée par les appelants relève, de par sa nature, de la compétence des tribunaux, et notre Cour doit l'examiner.

(2) Qualité pour agir du D^r^ Chaoulli et de M. Zeliotis

186 L'article 55 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25, exige que la partie qui forme une demande en justice ait un « intérêt suffisant ». À notre avis, pour les raisons déjà mentionnées qui ont été exposées par la juge de première instance, M. Zeliotis n'a pas démontré que l'existence de listes d'attente systémiques était à l'origine de son délai d'attente pour un traitement.

187 La situation du D^r^ Chaoulli diffère. Il se présente comme le défenseur de l'assurance maladie privée. Doté d'une formation médicale, il a, à maintes reprises, été en conflit avec les autorités sanitaires québécoises et contrevenu à leurs règles sur la pratique médicale. La juge de première instance a mis en doute la nature réelle des motivations du D^r^ Chaoulli :

Au départ, D^r^ Chaoulli devait compléter son contrat initial en région. Il ne le fait pas, revient à Montréal et, contrairement à ce qu'il a le droit de faire, commence à exercer sur la Rive-Sud. Il s'obstine ensuite à exercer la médecine comme il le veut, sans respecter ce que la Régie régionale décide. D^r^ Chaoulli n'a jamais témoigné non plus à l'effet qu'il avait reçu des soins

had received inadequate care or that the system had not responded to his personal health needs. He still faces substantial penalties at the Régie de l'assurance-maladie du Québec. He was released from his obligations, returned to the public system, and is still not satisfied. All this leads the Court to question Dr. Chaoulli's real motives in this dispute. It is impossible not to be struck by the contradictions in his testimony and by the impression that Dr. Chaoulli has embarked on a crusade that now raises questions transcending his own personal case. [p. 795]

188 Nevertheless, we accept that the appellants have a sufficient interest in the constitutional questions to be given public interest standing. In *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598, Martland J. wrote that to qualify in that regard, a person must satisfy three requirements:

> [T]o establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

See also *Canadian Council of Churches v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 236.

189 All three of these conditions are met in the present case. First, there is a serious challenge to the invalidity of the impugned provisions. Access to medical care is a concern of all Quebec residents. Second, Dr. Chaoulli and Mr. Zeliotis are both Quebec residents and are therefore directly affected by the provisions barring access to private health insurance. Third, the appellants advance the broad claim that the Quebec health plan is unconstitutional for *systemic* reasons. They do not limit themselves to the circumstances of any particular patient. Their argument is not limited to a case-by-case consideration. They make the generic argument that Quebec's chronic waiting lists destroy Quebec's legislative authority to draw the line against private health insurance. From a practical point of view, while individual patients could be expected to bring their own cases to court if

inadéquats ou que le système n'avait pas répondu à ses besoins personnels de santé. Il a des pénalités importantes encore en jeu avec la Régie de l'assurance-maladie du Québec. Il a été désengagé, est revenu dans le système public, n'est toujours pas satisfait. Tout ceci amène le Tribunal à se poser des questions sur les véritables motivations du D[r] Chaoulli dans le présent débat. On ne peut qu'être frappé par les contradictions dans le témoignage et l'impression que le D[r] Chaoulli s'est embarqué dans une croisade dont les enjeux lui échappent aujourd'hui. [p. 795]

Néanmoins, nous reconnaissons que l'intérêt des appelants dans les questions constitutionnelles suffit pour leur donner qualité pour agir dans l'intérêt public. Dans l'arrêt *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, p. 598, le juge Martland a rappelé qu'une personne devait remplir trois conditions pour avoir qualité à ces fins :

> [P]our établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

Voir également l'arrêt *Conseil canadien des Églises c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 236.

Ces trois conditions sont remplies en l'espèce. Premièrement, la validité des dispositions en cause est sérieusement contestée. L'accès aux soins médicaux constitue aujourd'hui un souci commun à l'ensemble des résidents québécois. Deuxièmement, le D[r] Chaoulli et M. Zeliotis résident tous les deux au Québec. Les dispositions interdisant l'accès à l'assurance maladie privée les touchent donc directement. Troisièmement, les appelants plaident, de manière générale, l'inconstitutionnalité du régime de santé québécois pour des raisons *systémiques*. Ils ne s'en tiennent pas à la situation d'un patient en particulier. Leur argument ne se limite pas à un examen ponctuel. Ils avancent l'argument général selon lequel le Québec perd le pouvoir de légiférer pour interdire l'accès à l'assurance maladie privée en raison des listes d'attente chroniques avec lesquelles il

they wished to do so, it would be unreasonable to expect a seriously ailing person to bring a systemic challenge to the whole health plan, as was done here. The material, physical and emotional resources of individuals who are ill, and quite possibly dying, are likely to be focussed on their own circumstances. In this sense, there is no other class of persons that is more directly affected and that could be expected to undertake the lengthy and no doubt costly systemic challenge to single-tier medicine. Consequently, we agree that the appellants in this case were rightly granted public interest standing. However, the corollary to this ruling is that failure by the appellants in their systemic challenge would not foreclose constitutional relief to an individual based on, and limited to, his or her particular circumstances.

est aux prises. D'un point de vue pratique, même si on pouvait s'attendre à ce que des patients — qui souhaitent le faire — recourent aux tribunaux, il serait déraisonnable de s'attendre à ce qu'une personne gravement malade s'engage dans une contestation systémique de l'ensemble du régime de santé, comme cela a été fait en l'espèce. Les personnes malades, voire mourantes, consacreront plutôt leurs ressources matérielles, physiques et affectives à leur propre situation. En ce sens, aucune autre catégorie de personnes n'est plus directement touchée ni mieux placée pour entamer une longue et indubitablement coûteuse contestation systémique du régime de médecine unique. Nous convenons donc que les appelants en l'espèce se sont vu reconnaître, à juste titre, la qualité pour agir dans l'intérêt public. En conséquence, toutefois, l'échec de la contestation systémique des appelants ne priverait pas une personne d'un recours constitutionnel fondé exclusivement sur sa situation particulière.

B. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

The Chief Justice and Major J. would strike down the Quebec legislation on the basis of s. 7 of the *Canadian Charter*, which provides:

> **7.** Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Like our colleagues McLachlin C.J. and Major J., we accept the trial judge's conclusion that in *some* circumstances *some* Quebeckers may have their life or "security of the person" put at risk by the prohibition against private health insurance. However, unlike our colleagues, we agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that this situation, however deplorable, is not capable of resolution as a matter of constitutional law. At the same time, we reject some of the constraints that the Attorney General of Quebec would place on the Court's analysis.

B. *Charte canadienne des droits et libertés*

190 La Juge en chef et le juge Major sont d'avis d'invalider la mesure législative québécoise en raison de l'art. 7 de la *Charte canadienne*, qui prévoit :

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

191 À l'instar de nos collègues la juge en chef McLachlin et le juge Major, nous acceptons la conclusion de la juge de première instance voulant que, dans *certaines* circonstances, *certains* Québécois peuvent voir leur vie ou la « sécurité de leur personne » compromise par l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée. Cependant, contrairement à nos collègues, nous partageons l'avis de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon lequel cette situation, si déplorable soit-elle, ne se prête pas à une solution fondée sur le droit constitutionnel. En même temps, nous rejetons certaines restrictions auxquelles le procureur général du Québec souhaiterait assujettir l'analyse de notre Cour.

(1) The Application of Section 7 to Matters Not Falling Within the Administration of Justice

192 The Attorney General of Quebec argues that s. 7 does not protect economic rights. This is true, but is somewhat beside the point. The appellants seek access to a two-tier health system. The fact it will cost money to the people in the "upper tier" is an incidental (although important) aspect of their challenge, which is principled in nature.

193 Section 7 gives rise to some of the most difficult issues in *Canadian Charter* litigation. Because s. 7 protects the most basic interests of human beings — life, liberty and security — claimants call on the courts to adjudicate many difficult moral and ethical issues. It is therefore prudent, in our view, to proceed cautiously and incrementally in applying s. 7, particularly in distilling those principles that are so vital to our society's conception of "principles of fundamental justice" as to be constitutionally entrenched.

194 At first blush, s. 15 of the *Health Insurance Act*, R.S.Q., c. A-29, and s. 11 of the *Hospital Insurance Act*, R.S.Q., c. A-28, seem far removed from the usual concerns of s. 7 of the *Canadian Charter*. The provisions sought to be invalidated provide:

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(1) L'application de l'art. 7 aux questions ne relevant pas de l'administration de la justice

Le procureur général du Québec soutient que l'art. 7 ne protège pas les droits économiques. L'exactitude de cette prétention n'a toutefois aucun rapport avec la question qui se pose. Les appelants sollicitent l'accès à un système de santé à deux vitesses. Le fait que les gens du « niveau supérieur » seront appelés à débourser représente un aspect secondaire (quoique important) d'une contestation toujours fondée sur des principes, par sa nature même.

L'article 7 soulève certaines questions parmi les plus difficiles dans les litiges rattachés à l'application de la *Charte canadienne*. La protection accordée par l'art. 7 aux droits les plus fondamentaux de l'être humain — la vie, la liberté et la sécurité —, appelle les tribunaux à trancher plusieurs questions morales et éthiques complexes. Nous estimons donc qu'il est sage d'appliquer l'art. 7 prudemment et progressivement et, en particulier, de dégager ces principes si essentiels à la conception que notre société se forme des « principes de justice fondamentale » que notre Constitution doit les consacrer.

De prime abord, l'art. 15 de la *Loi sur l'assurance maladie*, L.R.Q., ch. A-29, et l'art. 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., ch. A-28, semblent très éloignés des domaines d'application habituels de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. Le texte des dispositions attaquées se lit ainsi :

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputé résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

The present challenge does not arise out of an adjudicative context or one involving the administration of justice. Sections 11 and 15 are plainly not adjudicative provisions. Nor are they administrative provisions in the sense of being part of the administrative scheme for the provision of health services, though they do form part of the regulatory health regime. Section 11 is a *civil* prohibition against the making or renewing of a contract for insurance for "insured services" and against the payment under such a contract for "insured services". Any contract entered into in contravention of s. 11 and s. 15 would be absolutely null and unenforceable because it is contrary to the general interest: art. 1417 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64. Although small fines may be imposed for the breach of these provisions, we think that regulations providing for such fines, which are wholly incidental to the regulatory purpose, would not create a sufficient nexus with the adjudicative context to ground the application of s. 7 on that basis.

It will likely be a rare case where s. 7 will apply in circumstances entirely unrelated to adjudicative or administrative proceedings. That said, the Court has consistently left open the possibility that s. 7 may apply outside the context of the administration of justice: *Gosselin v. Quebec (Attorney General)*, [2002] 4 S.C.R. 429, 2002 SCC 84, at paras. 78-80 and 414.

The Court has been moving away from a narrow approach to s. 7, which restricted the scope of the section to legal rights to be interpreted in light of the rights enumerated in ss. 8 to 14: see, e.g., *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), at pp. 1171-74. In *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, [2000] 2 S.C.R. 307, 2000 SCC 44, the majority held that s. 7 can apply outside of the criminal context. Further,

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

195 La présente contestation ne découle pas d'un contexte juridictionnel ni d'une situation rattachée à l'administration de la justice. Manifestement, les art. 11 et 15 n'ont pas de caractère juridictionnel. Ils ne représentent pas non plus des dispositions de nature administrative appartenant au régime administratif applicable à la prestation de services de santé, bien qu'ils constituent une partie du régime réglementaire de la santé. L'article 11 constitue une interdiction *civile* de souscrire ou de renouveler un contrat d'assurance pour des « services assurés », et de payer, en vertu d'un tel contrat, pour des « services assurés ». Tout contrat conclu en contravention des art. 11 et 15 serait alors frappé de nullité absolue et inexécutoire parce que contraire à l'intérêt général : art. 1417 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64. Bien que de faibles amendes puissent sanctionner les contraventions à ces dispositions, l'existence d'un règlement prescrivant ces amendes, entièrement liées à l'objectif de réglementation, ne créerait pas avec le contexte juridictionnel un lien suffisant pour fonder l'application de l'art. 7.

196 En toute probabilité, l'art. 7 s'appliquera rarement dans des circonstances sans rapport avec des procédures décisionnelles ou administratives. Cependant, notre Cour n'a jamais écarté toute possibilité d'application de l'art. 7 en dehors du contexte de l'administration de la justice : *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429, 2002 CSC 84, par. 78-80 et 414.

197 En effet, notre Cour a délaissé progressivement l'interprétation restrictive de l'art. 7, qui en limitait la portée aux garanties juridiques devant être interprétées à la lumière des droits énumérés aux art. 8 à 14 : voir, p. ex., le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), p. 1171-1174. Dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, [2000] 2 R.C.S. 307, 2000 CSC 44, les juges majoritaires ont reconnu

in *Winnipeg Child and Family Services v. K.L.W.*, [2000] 2 S.C.R. 519, 2000 SCC 48, the Court noted that it had held in *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, that the wardship provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, denying parents the ability to choose medical treatment for their infants, implicated the s. 7 liberty interests of parents.

198 Placing s. 7 under the heading "Legal Rights" in the *Canadian Charter* does not narrow or control its scope. Such a result would be unduly formalistic and inconsistent with the large, liberal and purposive interpretation of s. 7 that has been the hallmark of this Court's approach since *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. This is evidenced by the refusal of the majority in that case to restrict "principles of fundamental justice" solely to procedural guarantees. Lamer J. observed that "the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles, not only of our judicial process, but also of the other components of our legal system" (p. 512 (emphasis added)).

199 Claimants whose life, liberty or security of the person is put at risk are entitled to relief only to the extent that their complaint arises from a breach of an identifiable principle of fundamental justice. The real control over the scope and operation of s. 7 is to be found in the requirement that the applicant identify a violation of a principle of fundamental justice. The further a challenged state action lies from the traditional adjudicative context, the more difficult it will be for a claimant to make that essential link. As will become clear, that is precisely the difficulty encountered by the claimants here: they are unable to demonstrate that any principle of fundamental justice has been contravened.

que l'art. 7 peut s'appliquer en dehors du contexte du droit criminel. En outre, dans l'arrêt *Office des services à l'enfant et à la famille de Winnipeg c. K.L.W.*, [2000] 2 R.C.S. 519, 2000 CSC 48, notre Cour a rappelé que dans *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, elle avait décidé que les dispositions en matière de garde de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, qui empêchaient les parents de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, mettaient en cause le droit à la liberté garanti aux parents par l'art. 7.

L'insertion de l'art. 7 sous la rubrique « Garanties juridiques » de la *Charte canadienne* ne réduit pas ou ne délimite pas, à elle seule, la portée de cette disposition. Le caractère trop formaliste d'un tel résultat ne se concilierait pas avec l'interprétation large, libérale et téléologique de l'art. 7, qui inspire l'approche de notre Cour depuis le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486. Cette conclusion ressort du refus des juges majoritaires, dans cette affaire, de limiter les « principes de justice fondamentale » aux seules garanties procédurales. Comme l'a fait observer le juge Lamer, « les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux non seulement de notre processus judiciaire, mais aussi des autres composantes de notre système juridique » (p. 512 (nous soulignons)).

Les demandeurs dont la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est compromise ne jouissent d'un droit de recours que dans la mesure où leur plainte découle de la violation d'un principe de justice fondamentale identifiable. L'exigence que le demandeur relève la violation d'un principe de justice fondamentale constitue donc le seul mécanisme de contrôle efficace de la portée et de l'application de l'art. 7. Plus la mesure étatique contestée s'éloigne du contexte juridictionnel traditionnel, plus il devient difficile pour le demandeur d'établir l'existence de ce lien essentiel. Comme nous le constaterons, les demandeurs se heurtent précisément à cette difficulté en l'espèce : ils ne réussissent pas à établir la violation d'un principe de justice fondamentale.

(2) Which Section 7 Interests Are Engaged?

Section 7 interests are enumerated as life, liberty and security of the person. As stated, we accept the trial judge's finding that the current state of the Quebec health system, linked to the prohibition against health insurance for insured services, is capable, at least in the cases of some individuals on some occasions, of putting at risk their life or security of the person.

We do not agree with the appellants, however, that the Quebec Health Plan puts the "liberty" of Quebeckers at risk. The argument that "liberty" includes freedom of contract (in this case to contract for private medical insurance) is novel in Canada, where economic rights are not included in the *Canadian Charter* and discredited in the United States. In that country, the liberty of individuals (mainly employers) to contract out of social and economic programs was endorsed by the Supreme Court in the early decades of the 20th century on the theory that laws that prohibited employers from entering into oppressive contracts with employees violated their "liberty" of contract; see, e.g., *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905), at p. 62:

> . . . a prohibition to enter into any contract of labor in a bakery for more than a certain number of hours a week, is, in our judgment, so wholly beside the matter of a proper, reasonable and fair provision, as to run counter to that liberty of person and of free contract provided for in the Federal Constitution.

Of this line of cases, which was not brought to an end until *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), Professor L. H. Tribe has written that the Supreme Court of the United States:

> . . . relied on the Fourteenth Amendment's Due Process Clause to strike down economic legislation that the Court saw as improperly infringing on contractual liberty, but in which the Court was widely (even if not always

(2) Quels droits garantis par l'art. 7 sont en jeu?

200 L'article 7 garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Nous répétons que nous acceptons la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'état actuel du système de santé québécois, lié à l'interdiction de souscrire une assurance maladie pour des services assurés, peut compromettre la vie ou la sécurité de la personne de certains individus dans certaines circonstances tout au moins.

201 Toutefois, nous ne sommes pas d'accord avec les appelants pour dire que le régime de santé québécois compromet la « liberté » des Québécois. L'argument voulant que la notion de « liberté » inclue la liberté contractuelle (en l'espèce, la liberté de conclure un contrat d'assurance médicale privée) est nouveau au Canada, où les droits économiques ne sont pas inclus dans la *Charte canadienne*, et est discrédité aux États-Unis. Dans ce pays, la Cour suprême a, pendant les premières décennies du XX^{e} siècle, reconnu la liberté individuelle (principalement d'employeurs) de renoncer à l'application de programmes socio-économiques, en vertu du postulat que les règles de droit interdisant aux employeurs la conclusion de contrats oppressifs avec leurs employés portaient atteinte à leur « liberté » contractuelle : voir, p. ex., l'arrêt *Lochner c. New York*, 198 U.S. 45 (1905), p. 62 :

> [TRADUCTION] . . . l'interdiction de conclure, dans une boulangerie, un contrat de travail qui permettrait de dépasser un certain nombre d'heures de travail par semaine, n'a, d'après nous, tellement rien de commun avec une disposition légitime, raisonnable et équitable qu'elle va à l'encontre de la liberté de la personne et de la liberté contractuelle prévues dans la Constitution fédérale.

Dans un commentaire sur ce courant de jurisprudence qui n'est disparu qu'avec l'arrêt *West Coast Hotel Co. c. Parrish*, 300 U.S. 379 (1937), le professeur L. H. Tribe a écrit que la Cour suprême des États-Unis :

> [TRADUCTION] . . . s'[était] fondée sur la clause d'application régulière de la loi du Quatorzième amendement pour invalider des mesures législatives économiques qui, selon la Cour, portaient indûment atteinte à la liberté

correctly) perceived to be substituting its own judgment, in the absence of any actual constitutional mandate, for that of the legislature. [Emphasis added.]

(*American Constitutional Law* (3rd ed. 2000), vol. 1, at p. 1318)

202 Nor do we accept that s. 7 of the *Canadian Charter* guarantees Dr. Chaoulli the "liberty" to deliver health care in a private context. The trial judge correctly concluded that [TRANSLATION] "*s. 7* of the Canadian charter does not protect a physician's right to practise his or her profession without restrictions in the private sector. That is a purely economic right" (p. 823 (emphasis in original)). The fact that state action constrains an individual's freedom by eliminating career choices that would otherwise be available does not in itself attract the protection of the liberty interest under s. 7. The liberty interest does not, for example, include the right to transact business whenever one wishes: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at p. 786. Nor does it protect the right to exercise one's chosen profession: *Prostitution Reference*, at p. 1179, *per* Lamer J. We would therefore reject Dr. Chaoulli's claim on behalf of care providers that their liberty interest under either the *Canadian Charter* or the *Quebec Charter* has been infringed by Quebec's single-tier public health system.

(3) Is There a Constitutional Right to Spend Money?

203 Reference has already been made to the question raised by our colleague Deschamps J. at para. 4 of her reasons:

In essence, the question is whether Quebeckers who are prepared to spend money to get access to health care that is, in practice, not accessible in the public sector because of waiting lists may be validly prevented from doing so by the state.

While we do not accept that there is a constitutional right "to spend money", which would be a property right, we agree that if the public system fails to deliver life-saving care and an individual is

contractuelle, mais où la Cour était largement (voire toujours à juste titre) perçue comme substituant, en l'absence de véritable mandat constitutionnel, son propre jugement à celui du législateur. [Nous soulignons.]

(*American Constitutional Law* (3e éd. 2000), vol. 1, p. 1318)

Nous ne reconnaissons pas non plus que l'art. 7 de la *Charte canadienne* garantit au Dr Chaoulli la « liberté » de dispenser des soins de santé dans un contexte privé. La juge de première instance a conclu, à juste titre, que « *l'article 7* de la charte canadienne ne protège pas le droit d'un médecin d'exercer sa profession sans contrainte dans le domaine privé. Ceci est un droit purement économique » (p. 823 (en italique dans l'original)). Le seul fait que la mesure étatique restreigne la liberté individuelle par l'élimination de choix de carrière par ailleurs possibles ne met pas en jeu la protection du droit à la liberté visé par l'art. 7. Le droit à la liberté ne comprend pas, par exemple, le droit de faire des affaires dans toutes les occasions souhaitées : *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, p. 786. Il ne s'étend pas non plus au droit d'une personne d'exercer la profession de son choix : *Renvoi sur la prostitution*, p. 1179, le juge Lamer. Par conséquent, nous rejetterions l'argument, qu'avance le Dr Chaoulli au nom des dispensateurs de soins, selon lequel le système de santé public unique du Québec porte atteinte à un droit à la liberté garanti par la *Charte canadienne* ou la *Charte québécoise*.

(3) La Constitution protège-t-elle le droit de débourser?

Nous avons déjà mentionné cette question que notre collègue la juge Deschamps soulève au par. 4 de ses motifs :

Exprimée succinctement, la question est de savoir si les Québécois qui sont prêts à débourser pour avoir accès à des soins de santé qui sont, en pratique, inaccessibles dans le réseau public en raison des listes d'attente peuvent être validement être empêchés de le faire par l'État.

Nous ne reconnaissons pas l'existence d'un droit constitutionnel de « débourser », qui correspondrait à une forme de droit de propriété. Cependant, nous convenons que la conjonction d'un défaut

simultaneously prevented from seeking insurance to cover the cost of that care in a private facility, then the individual is potentially caught in a situation that may signal a deprivation of his or her security of the person.

This is not to say that every encounter with a waiting list will trigger the application of s. 7. The interference with one's mental well-being must not be trivial. It must rise above the ordinary anxiety caused by the vicissitudes of life, but it need not be so grave as to lead to serious mental anguish or nervous breakdown. Some individuals that meet this test are to be found entangled in the Quebec health system. The fact that such individuals do not include the appellants personally is not fatal to their challenge because they come here as plaintiffs purporting to represent the public interest.

The Court has found a deprivation of one's psychological integrity sufficient to ground a s. 7 claim in a range of cases. In *Morgentaler*, the majority held that the impugned abortion provisions seriously compromised a woman's physical and psychological integrity in a manner that constituted an infringement of her security of the person: at pp. 56-57, *per* Dickson C.J. (Lamer J. concurring), at pp. 104-5, *per* Beetz J. (Estey J. concurring); at pp. 173-74, *per* Wilson J. The Court subsequently held that the criminal prohibition against assisting someone to commit suicide constituted an impingement of the claimant's physical and psychological integrity that amounted to a deprivation of the right to security of the person under s. 7; the claimant in that case was suffering from Lou Gehrig's disease, a rapidly deteriorating condition, which results in paralysis and eventually requires invasive life-prolonging measures to be taken: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. More recently, in *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, the Court was unanimous in saying that removal of a child from parental custody by the state pursuant to its wardship jurisdiction constituted a serious interference with the psychological integrity

d'accès à des soins nécessaires à la préservation de la vie dans le secteur public et de la prohibition de la souscription d'assurances privées qui permettent de les acquérir dans le secteur privé est susceptible de créer des situations de nature à porter atteinte à la sécurité de la personne.

204 Cette conclusion ne signifie pas que l'art. 7 s'applique dans tous les cas où il existe une liste d'attente. L'atteinte au bien-être psychologique ne doit pas être négligeable. Il faut que sa gravité dépasse l'angoisse normale qu'entraînent les vicissitudes de la vie, sans qu'il soit nécessaire toutefois de démontrer qu'elle cause une souffrance morale majeure ou une dépression nerveuse. Certaines personnes qui satisfont à ce critère se trouvent sans doute coincées par le système de santé québécois. Le fait que les appelants n'appartiennent pas à ce groupe de personnes ne justifie pas le rejet de leur contestation parce qu'ils comparaissent en l'espèce en qualité de demandeurs réputés agir dans l'intérêt public.

205 Notre Cour a statué, dans divers arrêts, que l'atteinte à l'intégrité psychologique suffisait pour justifier une demande fondée sur l'art. 7. Ainsi, dans l'arrêt *Morgentaler*, les juges majoritaires ont conclu que les dispositions contestées en matière d'avortement compromettaient gravement l'intégrité physique et psychologique d'une femme au point de porter atteinte à la sécurité de sa personne : p. 56-57, le juge en chef Dickson (avec l'appui du juge Lamer); p. 104-105, le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey); p. 173-174, la juge Wilson. Notre Cour a, par la suite, décidé que l'interdiction criminelle de l'aide au suicide constituait une atteinte à l'intégrité physique et psychologique d'une demanderesse, puisqu'elle la privait du droit à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7. Dans cette affaire, la maladie de Lou Gehrig avait causé une détérioration rapide de l'état de santé de cette demanderesse. Cette maladie entraîne, en effet, la paralysie et impose éventuellement des mesures invasives destinées à prolonger la vie de la personne atteinte (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519). Plus récemment, dans l'arrêt *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, la Cour a conclu, à l'unanimité, que le retrait

of the parent that deprived the parent of the security of the person.

206 It may also be that a lack of timely medical intervention will put the *physical* security of the patient at risk. The condition of a cardiac or cancer patient, for example, may seriously deteriorate if treatment is not available quickly.

207 As stated, the principal legal hurdle to the appellants' *Canadian Charter* challenge is not the preliminary step of identifying a s. 7 interest potentially affected in the case of some Quebeckers in some circumstances. The hurdle lies in their failure to find a fundamental principle of justice that is violated by the Quebec health plan so as to justify the Court in striking down the prohibition against private insurance for what the government has identified as "insured services".

C. *Principles of Fundamental Justice*

208 For a principle to be one of fundamental justice, it must count among the basic tenets of our legal system: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503. It must generally be accepted as such among reasonable people. As explained by the majority in *Malmo-Levine*, at para. 113:

> The requirement of "general acceptance among reasonable people" enhances the legitimacy of judicial review of state action, and ensures that the values against which state action is measured are not just fundamental "in the eye of the beholder only": *Rodriguez*, at pp. 607 and 590 . . . . In short, for a rule or principle to constitute a principle of fundamental justice for the purposes of s. 7, it must be a legal principle about which there is significant societal consensus that it is fundamental to the way in which the legal system ought fairly to operate, and it must be identified with sufficient precision to yield a manageable standard against which to measure deprivations of life, liberty or security of

de la garde d'un enfant par l'État, conformément à sa compétence en matière de tutelle, constituait une atteinte grave à l'intégrité psychologique du parent, qui le privait de la sécurité de sa personne.

Par ailleurs, l'absence d'intervention médicale en temps opportun peut aussi compromettre la sécurité *physique* du patient. Par exemple, l'état d'un patient atteint d'un cancer ou d'une maladie cardiaque se détériore parfois gravement, faute de traitement rapide.

Comme nous l'avons vu, le principal obstacle juridique à la contestation des appelants fondée sur la *Charte canadienne* ne se situe pas au niveau de la première étape d'identification d'un droit garanti par l'art. 7 que certains Québécois risquent de voir compromis dans certaines circonstances. Cet obstacle découle plutôt de l'échec de leur tentative d'établir l'existence d'un principe de justice fondamentale dont la violation par le régime de santé québécois justifie l'invalidation par la Cour de l'interdiction de souscrire une assurance privée pour les prestations qualifiées de « services assurés » par le gouvernement.

C. *Principes de justice fondamentale*

Pour qu'un principe soit reconnu comme un principe de justice fondamentale, il doit faire partie des préceptes fondamentaux de notre système juridique (*Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, p. 503). Il doit généralement être considéré comme tel parmi des personnes raisonnables. Comme l'ont expliqué les juges majoritaires dans l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 113 :

> La condition requérant que les principes soient « généralement acceptés parmi des personnes raisonnables » accroît la légitimité du contrôle judiciaire d'une mesure de l'État et fait en sorte que les valeurs au regard desquelles la mesure de l'État est appréciée ne sont pas fondamentales « aux yeux de l'intéressé seulement » : *Rodriguez*, p. 607 et 590 [. . .] En résumé, pour qu'une règle ou un principe constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, il doit s'agir d'un principe juridique à l'égard duquel il existe un consensus substantiel dans la société sur le fait qu'il est essentiel au bon fonctionnement du système de justice, et ce principe doit être défini avec suffisamment

the person. [First emphasis in *Rodriguez*; subsequent emphasis added.]

See also *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law v. Canada (Attorney General)*, [2004] 1 S.C.R. 76, 2004 SCC 4, at para. 8.

Thus, the formal requirements for a principle of fundamental justice are threefold. First, it must be a legal principle. Second, the reasonable person must regard it as vital to our societal notion of justice, which implies a significant societal consensus. Third, it must be capable of being identified with precision and applied in a manner that yields predictable results. These requirements present insurmountable hurdles to the appellants. The aim of "health care of a reasonable standard within a reasonable time" is not a legal principle. There is no "societal consensus" about what it means or how to achieve it. It cannot be "identified with precision". As the testimony in this case showed, a level of care that is considered perfectly reasonable by some doctors is denounced by others. Finally, we think it will be very difficult for those designing and implementing a health plan to predict when its provisions cross the line from what is "reasonable" into the forbidden territory of what is "unreasonable", and how the one is to be distinguished from the other.

(1) The Experts Recognized That the Potential Market for Health Services Is Almost Limitless, and the Supply Must Therefore Be Rationed Whether by Governments in the Public Sector or Insurers or Other Health Care Providers in the Private Sector

Much of the argument pursued by the Chief Justice and Major J., as well as by Deschamps J. in her reasons relating to the *Quebec Charter*, revolves around the vexing issue of waiting lists, which have

de précision pour constituer une norme fonctionnelle permettant d'évaluer l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. [Premier soulignement dans *Rodriguez*; soulignements ultérieurs ajoutés.]

Voir également l'arrêt *Canadian Foundation for Children, Youth and the Law c. Canada (Procureur général)*, [2004] 1 R.C.S. 76, 2004 CSC 4, par. 8.

209 Ainsi, pour qu'un principe soit classé parmi les principes de justice fondamentale, trois conditions formelles doivent être remplies. Premièrement, il doit s'agir d'un principe juridique. Deuxièmement, la personne raisonnable doit le juger essentiel à la conception que notre société a de la justice, ce qui suppose l'existence d'un consensus substantiel dans la société. Troisièmement, il doit pouvoir être identifié avec précision et appliqué de manière à produire des résultats prévisibles. Ces conditions représentent des obstacles insurmontables pour les appelants. L'objectif d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé [. . .] de qualité raisonnable » n'a pas de caractère juridique. Aucun « consensus dans la société » n'existe au sujet du sens de cet objectif ou de la façon de l'atteindre. Il ne peut pas non plus être « identifié avec précision ». Comme l'ont démontré les témoignages en l'espèce, certains médecins dénoncent comme inadéquats des soins jugés parfaitement raisonnables par d'autres collègues. Enfin, nous croyons que les concepteurs et les gestionnaires du régime de santé éprouveront d'énormes difficultés à prévoir dans quels cas ses dispositions franchiront la ligne qui sépare ce qui est « raisonnable » du terrain interdit du « déraisonnable », comme à distinguer ce qui est raisonnable de ce qui ne l'est pas.

(1) Les experts ont reconnu que le marché potentiel des services de santé est quasi illimité et que la prestation de ces services doit, par conséquent, être rationnée soit par les gouvernements dans le secteur public, soit par les assureurs ou les autres prestataires de soins de santé dans le secteur privé

210 Une bonne partie du raisonnement suivi par la Juge en chef et le juge Major, ainsi que par la juge Deschamps dans ses motifs concernant la *Charte québécoise*, est axée sur la question frustrante des

notoriously fuelled major public debates and controversies.

211 The case history of the appellant Zeliotis illustrates why rationing of health services is necessary and how it works. The trial judge, having heard all the evidence, concluded that the delays Mr. Zeliotis experienced in obtaining hip surgery were caused not by excessive waiting lists but by a number of other factors, including his pre-existing depression and his indecision and unfounded medical complaints (p. 793):

[TRANSLATION] The truth is that, in light of his personal medical impediments, the fact that he was already suffering from depression, his indecision and his complaints, which in many respects were unwarranted, it is hard to conclude that the delays that occurred resulted from lack of access to public health services, and in fact even Mr. Zeliotis's complaints about delays are questionable. It was he who initially wanted a second opinion, it was his surgeon who hesitated because of his problems, and so on. Thus, his complaint to the director of professional services at the Royal Victoria Hospital . . . was not corroborated. An out-of-court examination in connection with another case is puzzling, as Mr. Zeliotis said he was in very good health . . . .

Mr. Zeliotis sought a second opinion, which he was entitled to do, and this further delayed his surgery. More importantly, his physician believed that Mr. Zeliotis was not an "ideal candidate" for the surgery because he had suffered a heart attack and undergone bypass surgery earlier that year. Accordingly, neither the mere existence of waiting lists, nor the fact that certain individuals like Mr. Zeliotis feel unfairly dealt with, necessarily points to a constitutional problem with the public health system as a whole.

(a) *There Is No Consensus About What Constitutes "Reasonable" Waiting Times*

212 A review of the expert evidence and the medical literature suggests that there is no consensus

listes d'attente. Ces dernières se trouvent manifestement à l'origine de controverses et de débats publics majeurs.

Le dossier de l'appelant Zeliotis démontre la nécessité du rationnement des services de santé et explique son fonctionnement. Après avoir entendu toute la preuve, la juge de première instance a conclu que le délai d'attente de la chirurgie de la hanche de M. Zeliotis résultait non pas des listes d'attente trop longues, mais d'un certain nombre d'autres facteurs, dont son état dépressif préexistant, son indécision et ses plaintes non fondées au sujet des soins médicaux requis (p. 793) :

La vérité est que, compte tenu de ses empêchements médicaux personnels, du fait qu'il souffrait déjà de dépression, de ses indécisions et plaintes non fondées à bien des égards, on peut difficilement conclure que c'est le non-accès aux services publics de santé qui a été la cause des délais encourus et, en fait, on peut même s'interroger sur les reproches formulés quant aux délais par M. Zéliotis. C'est lui, au début, qui veut une seconde opinion, c'est son chirgurien qui hésite à cause de ses problèmes, etc. Ainsi, sa plainte au directeur des services professionnels de l'hôpital Royal Victoria [. . .] n'est pas corroborée. Un interrogatoire hors cour fait dans le cadre d'un autre litige laisse perplexe, M. Zéliotis disant avoir une très bonne santé . . .

Monsieur Zeliotis a demandé l'avis d'un autre médecin, comme il avait le droit de le faire. Cette demande a retardé davantage l'intervention chirurgicale qu'il devait subir. Qui plus est, son médecin ne le considérait pas comme un « candidat idéal » pour cette chirurgie parce qu'il avait déjà, au cours de la même année, subi un pontage coronarien à la suite d'une crise cardiaque. Par conséquent, le simple fait qu'il existe des listes d'attente ou que des personnes, comme M. Zeliotis, estiment avoir été traitées injustement n'établit pas nécessairement que le système de santé public pose, dans son ensemble, un problème constitutionnel.

a) *L'absence de consensus au sujet de ce qui constitue un délai d'attente « raisonnable »*

L'examen de la preuve d'expert et de la documentation médicale confirme l'absence de

regarding guidelines for timely medical treatment. Dr. Wright remarked:

> So the issue of defining what is a reasonable waiting list is a very difficult one because if you have a hundred (100) surgeons, you have a hundred (100) opinions, it's very difficult to come to a consensus on these questions. [A.R., at p. 1186]

There are currently no national standards for timely treatment: see C. Sanmartin et al., "Waiting for medical services in Canada: lots of heat, but little light" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1305; S. Lewis et al., "Ending waiting-list mismanagement: principles and practice" (2000), 162 *C.M.A.J.* 1297; N. E. Mayo et al., "Waiting time for breast cancer surgery in Quebec" (2001), 164 *C.M.A.J.* 1133.

It is therefore convenient to look further into the expert evidence, not to dispute the existence of waiting list problems or to understate the level of public anxiety they create, but simply to illustrate the complexity of the situation and the dangers of oversimplification.

(b) *The Experts Accepted by the Trial Judge Relied on More Than Just "Common Sense"*

Our colleagues the Chief Justice and Major J. dismiss the experts accepted by the trial judge as relying on little more than "common sense" (para. 137). Although we agree that the experts offered "common sense", they offered a good deal more. The experts heard by the trial court included Mr. Claude Castonguay, who was Quebec's Minister of Health in 1970 (the [TRANSLATION] "father of Quebec health insurance") and who chaired the Commission of Inquiry on Health and Social Welfare, as well as a number of other public health experts, including Dr. Fernand Turcotte, a professor of medicine at Laval University, who holds degrees from the University of Montreal and Harvard and has been certified by the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada as a specialist in community medicine; Dr. Howard Bergman, Chief of the Division of Geriatric

consensus au sujet des lignes directrices applicables à l'accès en temps opportun à un traitement médical. Comme l'a fait remarquer le D[r] Wright :

> [TRADUCTION] Il est donc très difficile de définir ce qu'est une liste d'attente raisonnable parce que cent (100) chirurgiens vous exprimeront autant d'opinions. Il est très difficile de parvenir à un consensus sur ces questions. [d.a., p. 1186]

À l'heure actuelle, aucune norme nationale d'accès en temps opportun à un traitement n'existe : voir C. Sanmartin et autres, « Waiting for medical services in Canada : lots of heat, but little light » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1305; S. Lewis et autres, « Ending waiting-list mismanagements : principles and practice » (2000), 162 *J.A.M.C.* 1297; N. E. Mayo et autres, « Waiting time for breast cancer surgery in Quebec » (2001), 164 *J.A.M.C.* 1133.

213 Il convient donc d'examiner davantage la preuve d'expert non pas pour contester l'existence des problèmes de listes d'attente, ni pour minimiser le niveau d'angoisse qui en résulte au sein de la population, mais simplement pour illustrer la complexité de la situation et les risques de simplification excessive.

b) *Les experts reconnus par la juge de première instance ne se sont pas seulement fondés sur le « bon sens »*

214 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major n'ajoutent pas foi aux témoignages des experts reconnus par la juge de première instance. À leur avis, ces témoignages ne reposeraient sur rien de plus que le « bon sens » (par. 137). Tout en reconnaissant que ces experts ont fait montre de « bon sens », nous considérons que leur témoignage et leurs explications offraient bien davantage. Le tribunal de première instance a entendu des témoignages d'expert, dont celui de M. Claude Castonguay, ministre de la Santé du Québec en 1970 (le « père de l'assurance maladie au Québec ») et président de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social, de même que ceux d'autres experts en santé publique, parmi lesquels : le D[r] Fernand Turcotte, professeur de médecine à l'Université Laval, diplômé de l'Université de Montréal et de

Medicine at Montreal's Jewish General Hospital, Director of the Division of Geriatric Medicine and a professor in the departments of Internal Medicine and Family Medicine at McGill University, a fellow of the American Geriatrics Society and an associate professor at the University of Montreal in the department of health administration; Dr. Charles J. Wright, a physician specialized in surgery, Director of the Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation at the Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, and a faculty member of the University of British Columbia and of the British Columbia Office of Health Technology Assessment; Professor Jean-Louis Denis, a community health doctor of the University of Montreal's [TRANSLATION] "health services organization"; Professor Theodore R. Marmor, a professor of public policy and management and of political science at Yale University, who holds a PhD from Harvard University in politics and history and is a graduate research fellow at Oxford; and Dr. J. Edwin Coffey, a graduate of McGill University in medicine who specializes in obstetrics and gynecology, a fellow of the Royal College of Physicians and Surgeons of Canada and of the American College of Obstetricians and Gynecologists, and a former associate professor in the McGill University Faculty of Medicine. The respondent's experts testified and were cross-examined. The trial judge found them to be credible and reliable. We owe deference to her findings in this respect.

Harvard et spécialiste certifié en médecine communautaire par le Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada; le D^r^ Howard Bergman, directeur du département de gériatrie à l'Hôpital général juif de Montréal, directeur de la division de gériatrie et professeur aux départements de médecine interne et de médecine familiale à l'Université McGill, *fellow* de l'American Geriatrics Society et professeur agrégé du département de l'administration de la santé de l'Université de Montréal; le D^r^ Charles J. Wright, médecin spécialiste en chirurgie, directeur du Centre for Clinical Epidemiology & Evaluation du Vancouver Hospital & Health Sciences Centre, membre du corps professoral de l'Université de la Colombie-Britannique et du British Columbia Office of Health Technology Assessment; le professeur Jean-Louis Denis, docteur en santé communautaire, orientation « organisation des services de santé » de l'Université de Montréal; le professeur Theodore R. Marmor, professeur de politique et de gestion publiques ainsi que de sciences politiques à l'Université Yale, titulaire d'un doctorat de l'Université Harvard en politique et en histoire, titulaire d'une bourse de recherches d'études supérieures à Oxford; le D^r^ J. Edwin Coffey, médecin diplômé de l'Université McGill, spécialiste en obstétrique et en gynécologie, *fellow* du Collège royal des médecins et chirurgiens du Canada et de l'American College of Obstetricians and Gynecologists, et ancien professeur agrégé de la faculté de médecine de l'Université McGill. Les experts des intimés ont témoigné et ont été contre-interrogés. La juge de première instance a qualifié leurs témoignages de crédibles et fiables. La déférence s'impose à l'égard de ses conclusions sur ce point.

215 The trial judge, having heard the evidence, concluded as follows:

[TRANSLATION] . . . although some of these specialists indicated a desire to be free to obtain private insurance, none of them gave their full and absolute support to the applicants' proposals, as they explained that it was neither clear nor obvious that a reorganization of the health system with a parallel private system would solve all the existing problems of delays and access. On the contrary, the specialists who testified remained quite circumspect about this complex and difficult question. [Emphasis added; p. 796.]

Après avoir entendu la preuve, la juge de première instance a conclu

. . . que, malgré que certains de ces spécialistes aient manifesté le désir d'avoir la possibilté de posséder une assurance privée, nul n'a appuyé de façon totale et entière les propositions des requérants expliquant que ce n'est ni certain ni évident qu'un réaménagement du système de santé avec un système privé parallèle réglerait tous les problèmes actuels de délais et d'accès. Au contraire, les spécialistes entendus sont demeurés très prudents sur la question, qui est complexe et difficile. [Nous soulignons; p. 796.]

The exception to the consensus was the appellants' expert, Dr. Coffey, who stated that in his opinion the development of a private insurance scheme would not affect the public health scheme. This is the argument accepted by our colleagues the Chief Justice and Major J. However on this point the trial judge observed, as on others, [TRANSLATION] "*that Dr. Coffey stood alone in both his expert evaluation and the conclusions he reached*" (p. 808 (emphasis in original)).

La seule exception au consensus était le D^r^ Coffey, l'expert des appelants, qui a affirmé qu'à son avis l'établissement d'un régime d'assurance privé n'aurait aucune incidence sur le régime de santé public. C'est l'argument que retiennent nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Toutefois, la juge de première instance a fait remarquer, à ce sujet comme à d'autres égards, « *que le D^r^ Coffey fait cavalier seul avec son expertise et les conclusions auxquelles il arrive* » (p. 808 (en italique dans l'original)).

In addition, the Court was presented with a number of government reports and independent studies. They bear out the wisdom of the comment in *Un avenir pour le système public de santé* (1998) ("Denis Report"), at p. 20: [TRANSLATION] "It is important that we quickly distance ourselves from a position advocating simple solutions to complex problems."

216 De plus, notre Cour a été saisie d'un certain nombre de rapports gouvernementaux et d'études indépendantes. Ces documents confirment la sagesse de l'observation contenue dans le rapport intitulé *Un avenir pour le système public de santé* (1998) (« rapport Denis »), p. 20 : « Il importe de se distancer rapidement d'un discours qui avance des solutions simples à des problèmes complexes. »

(c) *The Lack of Accurate Data*

c) *L'absence de données exactes*

How serious is the waiting-list problem? No doubt it is serious; but *how* serious? The first major evidentiary difficulty for the appellants is the lack of accurate data. The major studies concluded that the real picture concerning waiting lists in Canada is subject to contradictory evidence and conflicting claims (Romanow Report, at p. 139, and the Kirby Report, vol. 4, at p. 41, and vol. 6, at pp. 109-10). This can also be seen from the evidence of the experts who testified at trial in the present case (see *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) ("Wright Report"), at p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) ("Turcotte Report")), and from the available literature (see *Waiting Lists and Waiting Times for Health Care in Canada: More Management!! More Money??* (1998) ("McDonald Report")). At trial, Dr. Wright also discounted the value of random opinion surveys:

217 Quelle est la gravité du problème des listes d'attente? Nul doute qu'il est grave, mais *à quel point*? Le premier problème de preuve majeur auquel se heurtent les appelants résulte de l'absence de données exactes. Les études les plus importantes ont conclu qu'il existe, au Canada, des éléments de preuve contradictoires et des arguments opposés quant à la situation réelle des listes d'attente (rapport Romanow, p. 154, et rapport Kirby, vol. 4, p. 43, et vol. 6, p. 121-122). Cette conclusion ressort également du témoignage des experts lors du procès en l'espèce (voir *Waiting Lists in Canada and the Potential Effects of Private Access to Health Care Services* (1998) (« rapport Wright »), p. 7; *Le temps d'attente comme instrument de gestion du rationnement dans les services de santé du Canada* (1998) (« rapport Turcotte »)), ainsi que de la documentation disponible (voir *Listes d'attente et temps d'attente pour des soins de santé au Canada : Plus de gestion!! Plus d'argent??* (1998) (« rapport McDonald »)). Au procès, le D^r^ Wright a également accordé peu de valeur aux sondages d'opinion :

The information is based on no formal structured data collection of any kind and has no credibility whatever with any health service researcher or epidemiologist.

(Wright Report, at p. 8)

218 In a commentary for the *Canadian Medical Association Journal*, S. Lewis et al. observed:

> The waiting-list "nonsystem" in Canada is a classic case of forced decision-making in the absence of good management information. There is a surfeit of nonstandardized data and a dearth of usable, policy-oriented information about waiting lists. The most serious consequence is that information and management defects are almost always prematurely diagnosed as financial shortages. [p. 1299]

219 Professor Marmor also subscribed to the view that waiting lists cannot serve as a "simple indicator" of a failing health care system (*Expert Witness Report* (1998) ("Marmor Report"), at p. 11) in part because studies of waiting lists have demonstrated that up to one third of patients on lists no longer need to be on them because the procedure has already been performed elsewhere; the patient has already been admitted on an emergency basis; the patient no longer wishes the procedure to be performed; the procedure is no longer medically necessary; the patient has already been called in to have the procedure but refused for personal reasons or due to inconvenient timing; or the patient is on multiple waiting lists at different hospitals thereby inflating numbers (Wright Report, at pp. 7-8).

(d) *The Impact of Waiting Times on Individual Patients*

220 It is even more difficult to generalize about the potential impact of a waiting list on a particular patient. The most comprehensive overview of the literature on waiting lists available to the trial judge was the McDonald Report, at p. 14. It presents a review of studies of patients' experiences

[TRADUCTION] Aucun protocole n'a régi la collecte des données, qui n'ont aucune crédibilité aux yeux des chercheurs ou des épidémiologistes des services de santé.

(rapport Wright, p. 8)

Dans un commentaire paru dans le *Journal de l'Association médicale canadienne*, S. Lewis et autres ont fait remarquer ceci (p. 1299) :

> [TRADUCTION] Le « non-système » des listes d'attente au Canada est un exemple classique de prise de décision forcée en l'absence d'une bonne information de gestion. Il existe, au sujet des listes d'attente, une surabondance de données non normalisées et une pénurie de renseignements utilisables et axés sur une politique générale. La conséquence la plus grave est que les lacunes en matière d'information et de gestion sont presque toujours décrites prématurément comme des déficits.

Le professeur Marmor partageait également l'opinion selon laquelle les listes d'attente ne sauraient être perçues comme un [TRADUCTION] « simple indice » de détérioration du système de santé (*Expert Witness Report* (1998) (« rapport Marmor »), p. 11), et ce, en partie pour le motif que des études portant sur les listes d'attente démontrent que jusqu'à un tiers des patients inscrits sur ces listes n'ont plus besoin d'y figurer pour des raisons diverses. Ils peuvent avoir déjà subi l'intervention ailleurs ou avoir déjà été admis d'urgence. Il arrive aussi qu'ils ne souhaitent plus subir l'intervention, que cette dernière ne soit plus médicalement requise, qu'ayant déjà été convoqués pour subir l'intervention ils l'ont cependant refusée pour des raisons personnelles ou parce que la date fixée ne leur convenait pas, ou enfin qu'ils se trouvent inscrits sur les listes d'attente de plus d'un hôpital. Tous ces facteurs gonflent les chiffres (rapport Wright, p. 7-8).

d) *L'effet des listes d'attente sur les patients considérés individuellement*

On généraliserait encore plus difficilement quant à l'effet possible d'une liste d'attente sur un patient ou une patiente en particulier. Le survol le plus complet de la documentation sur les listes d'attente dont disposait la juge de première instance se trouve dans le rapport McDonald, p. 14. On y

while awaiting surgery. That review prompted the authors to conclude, among other things, that patients awaiting care for a range of procedures — including knee and hip replacement, cardiac care and cataract care — may experience "emotional strains such as increased levels of anxiety due to a range of factors including lack of information and uncertainty regarding the timeline for care" (p. 267 (emphasis added)) or the "normal" anxiety or apprehension felt by anyone faced with a serious surgical procedure. In other words, waiting lists may be serious in some cases, but in how many cases and how serious?

(e) *The Need to Ration Services*

Waiting times are not only found in public systems. They are found in all health care systems, be they single-tier private, single-tier public, or the various forms of two-tier public/private (see, e.g., Kirby Report, vol. 1, at p. 111). Waiting times in Canada are not exceptional (see Kirby Report, vol. 4, at p. 41). The consequence of a quasi-unlimited demand for health care coupled with limited resources, be they public or private, is to ration services. As noted by the Arpin Report, *Constats et recommandations sur les pistes à explorer: Synthèse*, at p. 37:

[TRANSLATION] In any health care system, be it public or private, there is an ongoing effort to strike the proper balance. . . . For a public system like our own, waiting lists, insofar as priority is given to urgent cases, do not *in themselves* represent a flaw in the system. They are the inevitable result of a public system that can consequently offer universal access to health services within the limits of sustainable public spending. Thus, to a certain extent, they play a necessary role. [Emphasis in original.]

The expert witnesses at trial agreed that waiting lists are inevitable (*Expertise déposée par Howard Bergman* (1998) ("Bergman Report"), at

passe en revue des études relatives aux expériences vécues par des patients en attente d'une intervention chirurgicale. Cet examen a amené les auteurs à conclure, entre autres, que les patients en attente notamment d'une chirurgie cardiaque ou d'une intervention destinée à remplacer l'articulation d'un genou ou d'une hanche ou à enlever des cataractes, peuvent éprouver [TRADUCTION] « des problèmes psychologiques, tel un sentiment d'angoisse accru, attribuable à une gamme de facteurs dont le manque d'information et l'incertitude concernant le délai d'attente » (p. 267 (nous soulignons)), ou encore l'angoisse ou la crainte « normales » que ressent toute personne appelée à subir une intervention chirurgicale majeure. En d'autres termes, les listes d'attente peuvent parfois constituer un problème grave, mais dans combien de cas et jusqu'à quel point?

e) *La nécessité de rationner les services*

221 Les délais d'attente ne représentent pas un phénomène particulier aux systèmes publics. Ils existent dans tous les systèmes de santé uniques privés ou publics, ou dans les différentes formes de système à deux vitesses (voir, p. ex., le rapport Kirby, vol. 1, p. 120). Les délais d'attente au Canada ne sont pas exceptionnels (voir le rapport Kirby, vol. 4, p. 43). La demande quasi illimitée de soins de santé, combinée à des ressources limitées, peu importe qu'elles appartiennent au secteur public ou privé, entraîne un rationnement des services. Comme le soulignait le rapport Arpin, intitulé *Constats et recommandations sur les pistes à explorer : Synthèse*, p. 37 :

Qu'il soit public ou privé, un système de santé est toujours à la recherche de son équilibre. [. . .] Pour un système public comme le nôtre, les files d'attente, dans la mesure où les cas urgents sont traités en priorité, ne sont pas *en soi* un vice du système. Elles sont le corollaire d'un système public qui peut ainsi offrir l'accès universel aux services de santé dans les limites de dépenses publiques supportables. Elles jouent donc, jusqu'à un certain point, un rôle nécessaire. [En italique dans l'original.]

222 Lors du procès, les témoins experts s'entendaient pour reconnaître l'inévitabilité des listes d'attente (*Expertise déposée par Howard*

p. 5; Marmor Report, at p. 11). The only alternative is to have a substantially overbuilt health care system with idle capacity (Wright Report, at p. 6). This is not a financially feasible option, in the public *or* private sector.

(f) *Who Should Be Allowed to Jump the Queue?*

223 In a public system founded on the values of equity, solidarity and collective responsibility, rationing occurs on the basis of clinical need rather than wealth and social status (see, e.g., Turcotte Report, at pp. 4 and 10; Denis Report, at p. 11; Clair Report, at p. 129; *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) ("Rochon Report"), at p. 651). As a result, there exists in Canada a phenomenon of "static queues" whereby a group of persons may remain on a waiting list for a considerable time if their situation is not pressing. Patients who are in greater need of health care are prioritized and treated before those with a lesser need (Kirby Report, vol. 5, at pp. 56-57; see also Turcotte Report, at p. 12). In general, the evidence suggests that patients who need immediate medical care receive it. There are of course exceptions, and these exceptions are properly the focus of controversy, but in our view they can and should be addressed on a case-by-case basis.

(g) *Availability of Public Funding for Out-of-Province Medical Care*

224 Section 10 of the *Health Insurance Act* provides that in certain circumstances Quebeckers will be reimbursed for the cost of "insured services" rendered outside Quebec but in Canada (*Regulation respecting the application of the Health Insurance Act*, R.R.Q. 1981, c. A-29, s. 23.1), or outside Canada altogether (s. 23.2). There is no doubt that the power of reimbursement is exercised sparingly, and on occasion unlawfully; see for example *Stein v. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416 (S.C.). One of the difficulties in

Bergman (1998) (« rapport Bergman »), p. 5; rapport Marmor, p. 11). L'unique solution consisterait à créer un système de santé surdimensionné, doté de ressources et d'installations non utilisées (rapport Wright, p. 6). Cette option demeure financièrement irréalisable dans le secteur public *ou* privé.

f) *Qui devrait passer en tête de liste?*

Dans un système public fondé sur des valeurs d'équité, de solidarité et de responsabilité collective, le rationnement s'établit à partir du besoin clinique plutôt que de la capacité de payer et du statut social (voir, par exemple, le rapport Turcotte, p. 4 et 10, le rapport Denis, p. 11, le rapport Clair, p. 135, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux* (1988) (« rapport Rochon »), p. 651). En conséquence, le Canada fait face à un phénomène de « files d'attente statiques », qui peut laisser longtemps sur une liste d'attente des personnes dont la situation n'est pas urgente. Les patients dont les besoins de soins de santé sont plus importants obtiennent la priorité et sont traités avant ceux dont les besoins sont moindres (rapport Kirby, vol. 5, p. 59-61; voir également le rapport Turcotte, p. 12). En général, la preuve indique que les patients reçoivent effectivement les soins immédiatement nécessaires. Des exceptions surviennent et provoquent, à juste titre, la controverse, mais ces cas peuvent et doivent être examinés de façon ponctuelle.

g) *Financement public des soins médicaux obtenus en dehors de la province*

L'article 10 de la *Loi sur l'assurance maladie* permet aux Québécois d'obtenir, dans certains cas, le remboursement du coût des « services assurés » obtenus en dehors du Québec, mais au Canada (*Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, R.R.Q. 1981, ch. A-29, art. 23.1), ou même en dehors du Canada (art. 23.2). Nous ne doutons pas que le pouvoir de rembourser soit exercé parcimonieusement et, parfois, illégalement; voir, p. ex., *Stein c. Tribunal administratif du Québec*, [1999] R.J.Q. 2416

assessing the effectiveness of this individual remedy is that neither Dr. Chaoulli nor Mr. Zeliotis is before the Court with an actual medical problem. (The trial judge, as stated, dismissed Mr. Zeliotis' personal health complaints as unsubstantiated.) The reimbursement scheme for out-of-province services exists as a form of safety valve for situations in which Quebec facilities are unable to respond. As *Stein* shows, there are lapses of judgment, as there will be in the administration of any government plan. The existence of the individual remedy, however, introduces an important element of flexibility, if administered properly.

(h) *The Evidence Relied on by the Chief Justice and Major J. Did Not Satisfy the Trial Judge and Is Not, in Our View, Persuasive*

The Chief Justice and Major J. cite Dr. Lenczner as an authority at para. 114 but the trial judge pointed out that Dr. Lenczner had not been qualified as an expert witness and counsel for Mr. Zeliotis agreed (A.R., at pp. 330-31). Dr. Lenczner's comments were largely anecdotal and of little general application. He described a patient who was a golfer, and thus lost his access to his golf membership for that season. He also stated that a tear can increase over time and get to the point of being irreparable, but no studies or general evidence was adduced to show the incidence of such cases in Quebec. Our colleagues comment at para. 112 that "a person with coronary disease is [TRANSLATION] 'sitting on a bomb' and can die at any moment". This is true, of course. He or she can die at home, or in an ambulance on the way to a hospital. Again, our colleagues write, "patients die while on waiting lists" (para. 112). This, too, is true. But our colleagues are not advocating an overbuilt system with enough idle capacity to eliminate waiting lists, and such generalized comments provide no guidance for what in practical terms *would* constitute an appropriate

(C.S.). L'absence de problème médical personnel dans les cas du D[r] Chaoulli et de M. Zeliotis, au moment où ils se présentent devant notre Cour, représente l'un des éléments qui compliquent l'évaluation de l'efficacité de ce remède individuel. (Comme nous l'avons vu, la juge de première instance a rejeté les plaintes de M. Zeliotis concernant son état de santé personnel pour le motif qu'elles n'étaient pas fondées.) Le régime de remboursement du coût des services obtenus en dehors de la province fait office de soupape dans les cas où le réseau québécois ne réussit pas à offrir les services escomptés. Comme le démontre l'affaire *Stein*, des erreurs de jugement surviennent et continueront de se glisser dans l'administration de tout régime établi par le gouvernement. Cependant, ce type de remède individuel apporte un élément de souplesse important lorsqu'on l'emploie correctement.

h) *La preuve sur laquelle se fondent la Juge en chef et le juge Major n'a pas convaincu la juge de première instance et n'est pas, selon nous, convaincante*

225 Au paragraphe 114, la Juge en chef et le juge Major présentent le D[r] Lenczner comme un expert, mais la juge de première instance a souligné qu'il n'avait pas été reconnu comme témoin expert, ce avec quoi l'avocat de M. Zeliotis s'est déclaré d'accord (d.a., p. 330-331). Les observations du D[r] Lenczner se composaient en majeure partie d'anecdotes à peu près dépourvues de portée générale. Il a ainsi commenté le cas d'un patient amateur de golf, qui avait dû abandonner la pratique de ce sport pendant une saison à cause de son état de santé. Il a ajouté qu'une déchirure peut, avec le temps, s'aggraver au point de devenir irrémédiable, mais il n'a produit aucune étude ou preuve générale démontrant l'incidence de tels cas au Québec. Au paragraphe 112, nos collègues font observer qu'« une personne souffrant d'une maladie coronarienne est "assis[e] sur une bombe" et peut mourir à tout moment ». Cela est certes vrai. Elle peut mourir à la maison ou pendant son transport en ambulance vers l'hôpital. Nos collègues ajoutent que « des patients meurent alors qu'ils sont inscrits sur une liste d'attente » (par. 112). Cela est également vrai. Toutefois, nos

level of resources to meet their suggested standard of "public health care of a reasonable standard within a reasonable time" (para. 105).

collègues ne préconisent pas l'établissement d'un système surdimensionné qui comporterait assez de ressources et d'installations non utilisées pour éliminer les listes d'attente. Des observations aussi générales n'expliquent pas non plus ce qu'en pratique *devrait* être un niveau de ressources suffisant pour satisfaire à la norme d'« accès dans un délai raisonnable à des soins de santé publics de qualité raisonnable » qu'ils proposent (par. 105).

226 We have similar concerns about the use made by the appellants of various reports in connection with other OECD countries. These "country" reports were included in an Interim Kirby Report but not in its final version. The Final Kirby Report's recommendation was to stick with a single-tier system. We think the Court is sufficiently burdened with conflicting evidence about our own health system without attempting a detailed investigation of the merits of trade-offs made in other countries, for their own purposes. A glance at the evidence shows why.

Nous exprimons des réserves semblables au sujet de l'utilisation, par les appelants, de divers rapports concernant d'autres pays membres de l'OCDE. Ces rapports relatifs à d'autres pays sont cités dans le rapport Kirby intérimaire, mais non dans la version finale de ce rapport. Le rapport Kirby final recommande le maintien d'un système unique. À notre avis, la Cour a été saisie d'assez d'éléments de preuve contradictoires au sujet de notre propre système de santé pour qu'elle ne s'estime pas tenue de tenter d'étudier en détail le bien-fondé des compromis que d'autres pays ont consentis dans le but de répondre à leurs propres besoins. Un examen rapide de la preuve montre pourquoi.

227 Our colleagues the Chief Justice and Major J. state, at para. 142, that in Sweden only a very small minority of the population actually utilize private insurance. Yet, the Interim Kirby Report goes on to take note of more recent trends:

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment, au par. 142, qu'en réalité seule une infime partie de la population suédoise recourt à l'assurance privée. Pourtant, le rapport Kirby intérimaire (vol. 3, p. 30) note ensuite des tendances plus récentes :

The growing rate of the number of insured, or people on private health care insurance, is some 80% or something like that now. It is growing very fast due to the normal waiting lists and the problems within the system today. [Emphasis in original.]

(Interim Kirby Report, vol. 3, at pp. 31-32)

Le taux de croissance du nombre de ces assurés privés est de l'ordre de 80% environ, et ce taux augmente très rapidement en raison précisément du problème des listes d'attente et des autres problèmes propres au système public. [En italique dans l'original.]

228 With respect to the United Kingdom, the Interim Kirby Report states:

Le rapport Kirby intérimaire apporte des précisions au sujet du Royaume-Uni (vol. 3, p. 36) :

One of the major reasons given by people who take private insurance is they want the peace of mind of being able to have elective operations for themselves or their families more quickly or at more convenient times than if they must depend on the National Health Service. That is seen, of course, as a cause of unfairness, which is one of the reasons that the government is committed to

L'un des principaux motifs avancés par les personnes qui souscrivent une assurance privée, c'est qu'elles veulent avoir la certitude qu'elles-mêmes et les membres de leur famille pourront obtenir une opération chirurgicale non urgente plus rapidement ou à un moment plus opportun que si elles doivent s'en remettre au [National Health Service]. Bien sûr, on y voit un problème d'équité, et

bringing down waiting times for National Health Service patients as rapidly as it can. [Emphasis in original.]

(Interim Kirby Report, vol. 3, at p. 38)

In fact, in the actual conclusion of vol. 3 of the Interim Kirby Report on *Health Care Systems in Other Countries*, the report's authors state (at p. 73):

> Canadians may find some consolation in the fact that Canada is not alone in confronting complex health care issues. Everywhere in the industrialized world health care policy is thoroughly intertwined with the political, social, and even cultural life of each country. As such, every health care system is unique. Therefore, no single international model constitutes a blueprint for solving the challenges confronted by the Canadian health care system. However, experts told the Committee that careful consideration must be given to the repercussions in Canada of introducing, on a piecemeal basis, changes undertaken in other countries.

We are not to be taken as disputing the undoubted fact that there are serious problems with the single-tier health plan in Canada. Our point is simply that bits of evidence must be put in context. With respect, it is particularly dangerous to venture selectively into aspects of foreign health care systems with which we, as Canadians, have little familiarity. At the very least such information should be filtered and analysed at trial through an expert witness.

Taking the good with the bad, the Final Kirby Report recommended continuation of a single-tier health system (as did the Romanow Report). The authors of the Kirby Report were fully aware of the extracts from their interim report relied upon by our colleagues the Chief Justice and Major J., yet they specifically rejected two-tier health care:

> Repeated public opinion polling data have shown that having to wait months for diagnostic or hospital treatment is the greatest concern and complaint that Canadians have about the health care system. The solution to this problem is not, as some have suggested, to allow wealthy Canadians to pay for services in a private health care

c'est l'une des raisons qui font que le gouvernement s'est engagé à réduire les délais d'attente pour les patients du [National Health Service] le plus rapidement possible. [En italique dans l'original.]

En fait, dans la conclusion du troisième volume du rapport Kirby intérimaire, intitulé *Les systèmes de soins de santé dans d'autres pays*, les auteurs affirment ceci (p. 71) :

> Les Canadiens peuvent se consoler dans le fait que leur pays n'est pas seul à connaître des problèmes de soins de santé complexes. Partout dans le monde industrialisé, la politique sanitaire est intimement mêlée à la vie politique, sociale et même culturelle du pays. À ce titre, chaque système de soins de santé est unique. Par conséquent, aucun modèle étranger ne constitue une panacée pour les problèmes qui affligent le système canadien. Cependant, les experts nous ont dit qu'il fallait craindre les répercussions au Canada de l'introduction à la pièce des changements opérés dans d'autres pays.

229 Il ne faudrait pas croire que nous mettons en doute la réalité incontestable des graves difficultés qu'éprouve le système de santé unique du Canada. Nous voulons simplement faire remarquer qu'il importe de situer des fragments de preuve dans leur contexte. En toute déférence, il est particulièrement risqué de s'aventurer de manière sélective dans l'étude de certains aspects de systèmes de santé étrangers que nous connaissons peu, comme Canadiens. Il faudrait à tout le moins qu'un témoin expert analyse et filtre ce type de données au cours du procès.

230 Après avoir pesé le pour et le contre, le rapport Kirby final a recommandé le maintien d'un système de santé unique (comme l'a fait le rapport Romanow). Les auteurs du rapport Kirby connaissaient nécessairement le contenu des extraits de leur rapport intérimaire sur lesquels se sont fondés nos collègues la Juge en chef et le juge Major. Malgré tout, ils ont expressément rejeté le modèle du système de santé à deux vitesses :

> Les données des sondages d'opinion ont à maintes reprises démontré que le fait de devoir attendre des mois pour obtenir un diagnostic ou un traitement médical est le plus grand sujet de préoccupation et de plainte, de la part des Canadiens, au sujet du système de soins de santé. Malgré ce qu'en disent certains,

institution. Such a solution would violate the principle of equity of access. The solution is the care guarantee as recommended in this report. [Emphasis added.]

(Final Kirby Report, vol. 6, at p. 321)

We thus conclude that our colleagues' extracts of some of the *tour d'horizon* data published in the Interim Kirby Report do not displace the conclusion of the trial judge, let alone the conclusion of the Kirby Report itself. Apart from everything else, it leaves out of consideration the commitment in principle in this country to health care based on need, not wealth or status, as set out in the *Canada Health Act*.

(2) Arbitrariness

231 Our colleagues the Chief Justice and Major J. take the view that a law which arbitrarily violates life or security of the person is unconstitutional. We agree that this is a principle of fundamental justice. We do not agree that it applies to the facts of this case.

232 A deprivation of a right will be arbitrary and will thus infringe s. 7 if it bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation: *Rodriguez*, at pp. 619-20; *Malmo-Levine*, at para. 135. As Sopinka J. explained in *Rodriguez*, at pp. 594-95:

> Where the deprivation of the right in question does little or nothing to enhance the state's interest (whatever it may be), it seems to me that a breach of fundamental justice will be made out, as the individual's rights will have been deprived for no valid purpose. . . . It follows that before one can determine that a statutory provision is contrary to fundamental justice, the relationship between the provision and the state interest must be considered. One cannot conclude that a particular limit is arbitrary because (in the words of my colleague, McLachlin J.

permettre aux Canadiens nantis de payer pour obtenir des services dans un établissement de soins de santé privé n'est pas une solution. En effet, une mesure de ce genre violerait le principe d'égalité d'accès. La solution consiste donc plutôt à adopter la garantie de soins que le Comité recommande dans le présent rapport. [Nous soulignons.]

(rapport Kirby final, vol. 6, p. 347)

Nous concluons donc que les données que nos collègues ont extraites du tour d'horizon figurant dans le rapport Kirby intérimaire n'écartent pas la conclusion de la juge de première instance et encore moins celle du rapport Kirby lui-même. Indépendamment de toute autre considération, l'emploi de ces extraits écarte complètement du cadre de l'analyse l'engagement de principe de notre pays à offrir un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme le prévoit la *Loi canadienne sur la santé*.

(2) Le caractère arbitraire

Nos collègues la Juge en chef et le juge Major estiment inconstitutionnelle une règle de droit qui compromet arbitrairement la vie ou la sécurité de la personne. Nous reconnaissons qu'il s'agit là d'un principe de justice fondamentale, mais nous ne sommes pas d'accord pour admettre que ce principe s'applique aux faits de la présente affaire.

L'atteinte à un droit devient arbitraire et contrevient ainsi à l'art. 7, lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou dans le cas d'incompatibilité avec cet intérêt : *Rodriguez*, p. 619-620; *Malmo-Levine*, par. 135. Comme l'a expliqué le juge Sopinka dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 594-595 :

> Lorsque la restriction du droit en cause ne fait que peu ou rien pour promouvoir l'intérêt de l'État (quel qu'il puisse être), il me semble qu'une violation de la justice fondamentale sera établie puisque la restriction du droit du particulier n'aura servi aucune fin valable. [. . .] Il s'ensuit que, avant de conclure qu'une disposition législative est contraire à la justice fondamentale, il faut examiner le lien qui existe entre la disposition et l'intérêt de l'État. On ne peut conclure qu'une restriction donnée est arbitraire parce qu'elle (selon les termes de ma collègue

at pp. 619-20) "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation" without considering the state interest and the societal concerns which it reflects. [Emphasis added.]

We agree with our colleagues the Chief Justice and Major J. that a law is arbitrary if "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind [the legislation]" (para. 130). We do not agree with the Chief Justice and Major J. that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" the preservation of access to a health system based on need rather than wealth in accordance with the *Canada Health Act*. We also do not agree with our colleagues' expansion of the *Morgentaler* principle to invalidate a prohibition simply because a court believes it to be "unnecessary" for the government's purpose. There must be more than that to sustain a valid objection.

The accepted definition in *Rodriguez* states that a law is arbitrary only where "it bears no relation to, or is inconsistent with, the objective that lies behind the legislation". To substitute the term "unnecessary" for "inconsistent" is to substantively alter the meaning of the term "arbitrary". "Inconsistent" means that the law logically contradicts its objectives, whereas "unnecessary" simply means that the objective could be met by other means. It is quite apparent that the latter is a much broader term that involves a policy choice. If a court were to declare unconstitutional every law impacting "security of the person" that the court considers unnecessary, there would be much greater scope for intervention under s. 7 than has previously been considered by this Court to be acceptable. (In *Rodriguez* itself, for example, could the criminalization of assisted suicide simply have been dismissed as "unnecessary"? As with health care, many jurisdictions have treated euthanasia differently than does our *Criminal Code*.) The courts might find themselves constantly second-guessing the validity of governments' public policy objectives based on subjective views of the *necessity* of particular means used to advance

le juge McLachlin aux pp. 619 et 620) « n'a aucun lien ou est incompatible avec l'objectif visé par la loi », sans considérer l'intérêt de l'État et les préoccupations de la société auxquelles elle répond. [Nous soulignons.]

233 Nous partageons l'avis de nos collègues la Juge en chef et le juge Major, selon lequel une règle de droit est arbitraire si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif » (par. 130). Nous ne nous entendons pas avec eux pour conclure que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien de l'accès à un système de santé fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer, conformément à la *Loi canadienne sur la santé*. Nous n'acceptons pas non plus la façon dont nos collègues élargissent la portée du principe de l'arrêt *Morgentaler* de manière à invalider une interdiction uniquement parce qu'un tribunal ne la croit « pas nécessair[e] » pour assurer la réalisation de l'objectif du gouvernement. La reconnaissance de la validité d'une objection exige plus.

234 Selon la définition acceptée dans l'arrêt *Rodriguez*, une règle de droit n'est arbitraire que si elle « n'a aucun lien ou est incompatible avec [son] objectif ». La substitution des mots « pas nécessaire » à l'adjectif « incompatible » revient à modifier considérablement le sens de l'adjectif « arbitraire ». L'adjectif « incompatible » signifie qu'en toute logique la règle de droit contredit ses propres objectifs, tandis que les mots « pas nécessaire » signifient simplement que l'objectif peut être réalisé par d'autres moyens. De toute évidence, ces derniers mots possèdent un sens plus large qui implique un choix de politique générale. S'il fallait qu'un tribunal déclare inconstitutionnelle chaque règle de droit ayant, sur la « sécurité de la personne », un effet qu'il ne juge pas nécessaire, cette approche multiplierait les cas d'intervention en vertu de l'art. 7 bien au-delà des limites que notre Cour a déjà jugé acceptables. (Par exemple, dans l'arrêt *Rodriguez* lui-même, aurait-il été possible de rejeter la criminalisation de l'aide au suicide simplement parce qu'elle n'était « pas nécessaire »? Comme ils l'ont fait pour les soins de santé, de nombreux ressorts ont traité l'euthanasie d'une manière différente de notre *Code criminel*.) Les tribunaux pourraient se trouver

legitimate government action as opposed to other means which critics might prefer.

constamment amenés à examiner, a posteriori, la validité des objectifs de politique générale du gouvernement, au regard de perceptions subjectives de la *nécessité* des moyens particuliers utilisés pour promouvoir une mesure gouvernementale légitime comparativement à d'autres moyens que des critiques pourraient préférer.

235 Rejecting the findings in the courts below based on their own reading of the evidence, our colleagues the Chief Justice and Major J. state (at para. 128):

> We are of the opinion that the evidence before the trial judge supports a finding that the impugned provisions are arbitrary and that the deprivation of life and security of the person that flows from them cannot therefore be said to accord with the principles of fundamental justice.

Rejetant les conclusions des tribunaux d'instance inférieure qui reposaient sur leur propre interprétation de la preuve, nos collègues la Juge en chef et le juge Major affirment (par. 128) :

> Nous sommes d'avis que la preuve qui a été soumise à la juge de première instance étaye la conclusion que les dispositions contestées sont arbitraires et que l'atteinte à la vie et à la sécurité de la personne qui en résulte ne peut donc pas être qualifiée de conforme aux principes de justice fondamentale.

We note that our colleagues refer to the evidence before the trial judge rather than the view taken of that evidence by the trial judge. The trial judge reached a contrary conclusion on the facts, and deference is due to her view of that evidence; see *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235, 2002 SCC 33. In any event, with respect, we accept the contrary conclusions of the trial judge and the Quebec Court of Appeal. We approach the issue of arbitrariness in three steps:

Nous remarquons que nos collègues mentionnent la preuve soumise à la juge de première instance plutôt que la perception qu'elle en avait. La juge de première instance a tiré des faits une conclusion contraire. Il importe alors de faire montre de déférence à l'égard de sa perception de la preuve : voir l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235, 2002 CSC 33. De toute façon, nous acceptons, avec beaucoup de respect pour l'avis opposé, ces conclusions contraires que partagent la juge de première instance et la Cour d'appel du Québec. Nous examinerons alors la question du caractère arbitraire en trois étapes :

(i) What is the "state interest" sought to be protected?

(ii) What is the relationship between the "state interest" thus identified and the prohibition against private health insurance?

(iii) Have the appellants established that the prohibition bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest?

(i) Quel « intérêt de l'État » doit être protégé?

(ii) Quel lien existe-t-il entre l'« intérêt de l'État » ainsi identifié et l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée?

(iii) Les appelants ont-ils prouvé que l'interdiction ne possède aucun lien avec l'intérêt de l'État ou est incompatible avec celui-ci?

We will address each question in turn.

Nous étudierons successivement ces questions.

(a) *What Is the "State Interest" Sought To Be Protected?*

a) *Quel « intérêt de l'État » doit être protégé?*

236 Quebec's legislative objective is to provide high quality health care, at a reasonable cost, for as many

L'objectif législatif du Québec est de veiller à ce que le plus grand nombre possible de gens aient

people as possible in a manner that is consistent with principles of efficiency, equity and fiscal responsibility. Quebec (along with the other provinces and territories) subscribes to the policy objectives of the *Canada Health Act*, which include (i) the equal provision of medical services to all residents, regardless of status, wealth or personal insurability, and (ii) fiscal responsibility. An overbuilt health system is seen as no more in the larger public interest than a system that on occasion falls short. The legislative task is to strike a balance among competing interests.

accès à des soins de santé de grande qualité à un coût raisonnable, et ce, d'une manière conforme aux principes d'efficacité, d'équité et de responsabilité financière. Le Québec (à l'instar des territoires et des autres provinces) adhère aux grands objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, dont (i) l'égalité d'accès aux services médicaux pour tous les résidents, indépendamment de leur statut social, de leur capacité de payer ou de leur assurabilité personnelle, et (ii) la responsabilité financière. On considère qu'un système de santé surdimensionné n'est pas plus dans l'intérêt public général qu'un système qui se trouve parfois dans l'incapacité d'offrir les services escomptés. Il appartient au législateur d'établir un équilibre entre les intérêts opposés.

The appellants do not challenge the constitutional validity of the objectives set out in the *Canada Health Act*. Thus our job as judges is not to agree or disagree with these objectives but simply to determine whether the *means* adopted by Quebec to *implement* these objectives are arbitrary.

237 Les appelants ne contestent pas la constitutionnalité des objectifs énoncés dans la *Loi canadienne sur la santé*. Il nous appartient donc, en tant que juges, non pas d'exprimer notre accord ou notre désaccord avec ces objectifs, mais simplement de déterminer si le Québec a choisi des *moyens* arbitraires pour les *réaliser*.

(b) *What Is the Relationship Between the "State Interest" Thus Identified and the Prohibition Against Private Health Insurance?*

b) *Quel lien existe-t-il entre l'« intérêt de l'État » ainsi identifié et l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée?*

The relationship lies both in principle and in practicality.

238 Le lien doit exister à la fois en principe et en pratique.

In principle, Quebec wants a health system where access is governed by need rather than wealth or status. Quebec does not want people who are uninsurable to be left behind. To accomplish this objective endorsed by the *Canada Health Act*, Quebec seeks to discourage the growth of private-sector delivery of "insured" services based on wealth and insurability. We believe the prohibition is rationally connected to Quebec's objective and is not inconsistent with it.

239 En principe, le Québec veut que l'accès au système de santé soit fondé sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social. Le Québec entend éviter de laisser de côté les personnes non assurables. Pour réaliser cet objectif sanctionné par la *Loi canadienne sur la santé*, le Québec tente d'empêcher la croissance de la prestation, par le secteur privé, de services « assurés » qui serait fondée sur la capacité de payer et l'assurabilité. Nous croyons que l'interdiction a un lien rationnel avec l'objectif du Québec et qu'elle n'est pas incompatible avec cet objectif.

In practical terms, Quebec bases the prohibition on the view that private insurance, and a consequent major expansion of private health services, would have a harmful effect on the public system.

240 En pratique, le Québec fonde l'interdiction sur l'opinion selon laquelle la présence de l'assurance privée et la multiplication importante des services de santé privés qu'elle provoquerait auraient un effet préjudiciable sur le système public.

241 The trial judge put her conclusion this way (at p. 827):

[TRANSLATION] The *Health Insurance Act* ["HEIA"] and the *Hospital Insurance Act* ["HOIA"] are pieces of legislation whose *purpose is to create and maintain a public health care plan open to all residents of Quebec*. These enactments *are intended to promote the overall health of all Quebeckers without discrimination based on economic circumstances*. In short, they constitute a government action whose *purpose is to promote the well-being of all the people of the province*.

Plainly, s. 15 HEIA and s. 11 HOIA erect economic barriers to access to private health care. However, these measures are not really intended to limit access to health care; rather, their *purpose is to prevent the establishment of a parallel private system*. These provisions are based on the fear that the establishment of a private health care system would rob the public sector of a significant portion of the available health care resources. *The Quebec government enacted s. 15 HEIA and s. 11 HOIA to guarantee that virtually all the existing health care resources in Quebec would be available to all the people of Quebec. That is clear.*

The purpose of the impugned provisions *is to guarantee equal and adequate access* to health care *for all Quebeckers*. The enactment of s. 15 HEIA and s. 11 HOIA *was motivated by considerations of equality and human dignity, and it is therefore clear that there is no conflict with the general values expressed in the Canadian Charter or in the Quebec Charter of human rights and freedoms*. [Emphasis in original.]

We agree.

(c) *Have the Appellants Established That the Prohibition Bears No Relation to, or Is Inconsistent With, the State Interest?*

242 The trial judge considered all the evidence and concluded that the expansion of private health care would undoubtedly have a negative impact on the public health system (at p. 827):

[TRANSLATION] The evidence has shown that the right of access to a parallel private health care system claimed by the applicants *would have repercussions on the rights of the population as a whole. We cannot bury*

La juge de première instance a conclu en ces termes (p. 827) :

La *Loi sur l'assurance-maladie* [« L.A.M. »] et la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* [« L.A.H. »] sont des législations qui ont pour *objet la création et l'entretien d'un régime public de santé ouvert à tous les résidants du Québec*. Ce sont des textes législatifs *qui visent à encourager la santé globale de tous les Québécois sans discrimination sur la base de la situation économique de ceux-ci*. Bref, il s'agit d'une intervention gouvernementale *visant à promouvoir le bien-être de sa population en entier.*

Manifestement, les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. élèvent des barrières économiques contre l'accès aux soins privés. Toutefois, il ne s'agit pas réellement de mesures visant à limiter l'accès aux soins, ce sont plutôt des *mesures destinées à empêcher l'établissement d'un système de soins parallèles privés*. À la base de ces dispositions réside la crainte que l'établissement d'un système de soins privé aurait pour effet de subtiliser une partie substantielle des ressources en matière de santé au détriment du secteur public. *Le gouvernement québécois a adopté les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. pour garantir que la quasi-totalité des ressources en santé existant au Québec soient à la disposition de l'ensemble de la population québécoise. Ceci est clair.*

Les dispositions attaquées *visent à garantir un accès* aux soins de santé *qui est égal et adéquat pour tous les Québécois*. L'adoption des articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. *a été motivée par des considérations d'égalité et de dignité humaine et, de ce fait, il est clair qu'il n'y a pas de conflit avec les valeurs générales véhiculées par la charte canadienne ou* [. . .] *la charte québécoise des droits et libertés*. [En italique dans l'original.]

Nous sommes du même avis.

c) *Les appelants ont-ils prouvé que l'interdiction ne possède aucun lien avec l'intérêt de l'État ou est incompatible avec celui-ci?*

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve, la juge de première instance a conclu que l'accroissement des soins de santé privés aurait indubitablement un effet négatif sur le système de santé public (p. 827) :

La preuve a montré que le droit d'avoir recours à un système parallèle privé de soins, invoqué par les requérants, *aurait des répercussions sur les droits de l'ensemble de la population. Il ne faut pas jouer à l'autruche.*

our heads in the sand. The effect of establishing a parallel private health care system would be to threaten the integrity, proper functioning and viability of the public system. Section 15 HEIA and s. 11 HOIA prevent this from happening and secure the existence in Quebec of a public health care system of high quality.

As well, the Court finds that s. 15 HEIA and s. 11 HOIA *are not overbroad*. The only way to guarantee that all the health care resources will benefit all Quebeckers without discrimination is to prevent the establishment of a parallel private health care system. That is in fact the effect of the impugned provisions in the case at bar. [Emphasis in original.]

These findings were explicitly adopted by Forget J.A. of the Court of Appeal and implicitly endorsed by the other judges of that court. The trial judge relied on the reports available to her in rejecting the appellants' constitutional challenge, and none of the material that has since been added (such as the Romanow Report) changes or modifies the correctness of her conclusion, in our view. We therefore agree with the trial judge and the Quebec Court of Appeal that the appellants failed to make out a case of "arbitrariness" on the evidence. Indeed the evidence proves the contrary. We now propose to review briefly some of the evidence supporting the findings of the trial judge.

(i) A Parallel Private Regime Will Have a Negative Impact on Waiting Times in the Public System

The appellants' argument in favour of a parallel private regime is one of a "win/win" prediction; i.e., that waiting times in the public regime will be reduced if those who can afford private insurance leave the public waiting lists in order to receive private health care. However, the Kirby Report states flatly that "allowing a private parallel system will . . . make the public waiting lines worse" (vol. 4, at p. 42 (emphasis added)). This conclusion is supported by the Romanow Report (p. 139: "[P]rivate facilities may improve waiting times for the select few . . . but . . . worse[n them for the many]"), the Turcotte Report (pp. 13-14), and the expert

L'établissement d'un système de santé parallèle privé aurait pour effet de menacer l'intégrité, le bon fonctionnement ainsi que la viabilité du système public. Les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. empêchent cette éventualité et garantissent l'existence d'un système de santé public de qualité au Québec.

De plus, le Tribunal estime que les articles 15 L.A.M. et 11 L.A.H. *n'ont pas une portée excessive*. La seule façon de garantir que toutes les ressources en matière de santé bénéficieront à tous les Québécois, et ce, sans discrimination, est d'empêcher l'établissement d'un système de soins privés parallèles. Voilà précisément ce que font les dispositions attaquées en l'espèce. [En italique dans l'original.]

Ces conclusions ont été adoptées expressément par le juge Forget de la Cour d'appel et implicitement par les autres juges de cette cour. La juge de première instance s'est appuyée sur les rapports dont elle disposait pour rejeter la contestation des appelants fondée sur la Constitution. Nous estimons qu'aucun des documents ajoutés depuis lors au dossier (tel le rapport Romanow) n'affecte la justesse de sa conclusion. Nous partageons donc l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec, selon laquelle la preuve déposée par les appelants n'établit pas l'existence de « caractère arbitraire » de la mesure législative. En fait, elle établit le contraire. Nous comptons maintenant examiner brièvement certains éléments de preuve qui étayent les conclusions de la juge de première instance.

(i) Un régime privé parallèle aura un effet négatif sur les délais d'attente du système public

243

L'argument des appelants en faveur d'un régime privé parallèle repose sur la prédiction que tous les intéressés gagneront à son établissement, en ce sens que les délais d'attente du système public se réduiront d'eux-mêmes si les personnes capables de souscrire une assurance privée quittent les listes d'attente du système public pour obtenir des soins de santé privés. Cependant, le rapport Kirby indique purement et simplement que « le fait d'autoriser un système privé parallèle [. . .] entraîner[a] une détérioration de la situation dans le secteur public » (vol. 4, p. 44 (nous soulignons)). Cette conclusion est appuyée par le rapport Romanow (p. 154 : « [L]es

witnesses at trial (Marmor Report; Wright Report; and Bergman Report).

244 A study of a Manitoba pilot project found that in the case of cataract operations, public health patients who went to surgeons working in both private and public clinics waited far longer than patients who went to surgeons working only in the public system. The same private sector patient preference is evident from other studies and experience: See Wright Report, at p. 17; Bergman Report, at p. 8; J. Hurley et al., *Parallel Private Health Insurance in Australia: A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam and R. Walld, *Waiting Times for Surgery: 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta: Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Canadian Health Services Research Foundation, *Mythbusters — Myth: A parallel private system would reduce waiting times in the public system* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être social, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), at p. 30.

245 The Australian experience, as reported by Dr. Wright, is that at present delays in the Australian public system are caused largely by surgeons' reluctance to work in public hospitals and by their encouragement of patients to use the private system on a preferential basis (Wright Report, at p. 15; Hurley, at p. 17).

246 The same is true for the United Kingdom, which has a two-tier health system where physicians who want to practise privately are required to practise a minimum number of hours in the public system. There, an Audit Commission of the National Health Service reported that surgeons do on average a third to half again as many operations for private fees as they do in the public system, and that they spend

installations de soins de santé privées peuvent contribuer à réduire les temps d'attente pour la petite minorité [. . .] mais [. . .] aggraver la situation pour la [grande majorité] »), le rapport Turcotte (p. 13-14), et les experts ayant témoigné au procès (rapports Marmor, Wright et Bergman).

Une étude d'un projet pilote manitobain a révélé, au sujet des chirurgies de la cataracte, que les patients du système de santé public qui ont retenu les services de chirurgiens travaillant à la fois dans des cliniques privées et publiques ont attendu beaucoup plus longtemps que ceux qui se sont adressés à des chirurgiens du système public uniquement. D'autres études et situations notent le même comportement des patients à l'égard du secteur privé (voir le rapport Wright, p. 17; le rapport Bergman, p. 8; J. Hurley et autres, *Parallel Private Health Insurance in Australia : A Cautionary Tale and Lessons for Canada* (2002); C. DeCoster, L. MacWilliam et R. Walld, *Waiting Times for Surgery : 1997/98 and 1998/99 Update* (2000); W. Armstrong, *The Consumer Experience with Cataract Surgery and Private Clinics in Alberta : Canada's Canary in the Mine Shaft* (2000); Fondation canadienne de recherche sur les services de santé, *À bas les mythes — Mythe : Un système privé parallèle réduirait les temps d'attente dans le système public* (2001); Québec, Rapport du Conseil de la santé et du bien-être, *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers* (2003), p. 30.

Comme le rapporte le D[r] Wright, à l'heure actuelle en Australie, les délais du système public s'expliquent en grande partie par la réticence des chirurgiens à travailler dans les hôpitaux publics et par le fait qu'ils incitent les patients à accorder la préférence au système privé (rapport Wright, p. 15; Hurley, p. 17).

La même situation s'observe au Royaume-Uni, où un système de santé à deux vitesses oblige les médecins désireux d'exercer dans le secteur privé à consacrer un minimum d'heures de pratique au système public. Dans ce pays, une commission de contrôle du National Health Service a rapporté que les chirurgiens effectuent en moyenne de 33 à 50 pour 100 plus d'interventions chirurgicales en

less time than they are contracted for working in the public system in order to conduct private practice (Wright Report, at p. 16; see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 30).

Both the Romanow Report and the Kirby Report examine the current shortage of health care professionals in Canada (Kirby Report, vol. 2, at p. 76, and vol. 4, at pp. 7 and 107; Romanow Report, at p. 92), and in rural parts of Canada in particular (Kirby Report, vol. 2, at p. 137; Romanow Report, at p. 166). Dr. Wright testified that the experience in all jurisdictions with two-tier health care systems (e.g., the United Kingdom, Australia, New Zealand and Israel) demonstrates a diversion of energy and commitment by physicians and surgeons from the public system to the more lucrative private option (Wright Report, at pp. 15 and 22). This evidence is supported by the Romanow Report (at p. 92), the Kirby Report (vol. 1, at p. 105) and a 2003 Quebec report (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 6). See also Marmor Report (at p. 5) and Denis Report (at p. 14). Furthermore, the experts testified that there are no firm data whatsoever showing that a parallel private system would enhance potential for recruiting highly trained specialists (see Wright Report, at p. 19).

(ii) The Impact of a Parallel Private Regime on Government Support for a Public System

The experience in other OECD countries shows that an increase in private funding typically leads to a decrease in government funding (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 7; Marmor Report, at p. 6). At trial, Dr. Bergman explained that a service designed purely for members of society with less socio-economic power would probably lead to a decline in quality of services, a loss of political support and a decline in the quality of management (Bergman Report, at pp. 6-7; see also Marmor Report, at pp. 6 and 8; Denis Report, at p. 5).

pratique privée que dans le système public, et que, pour pouvoir se livrer à la pratique privée, les chirurgiens consacrent au système public moins que le temps convenu (rapport Wright, p. 16; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 30).

247 Les rapports Romanow et Kirby examinent tous les deux la pénurie actuelle de professionnels de la santé au Canada (rapport Kirby, vol. 2, p. 80, et vol. 4, p. 7 et 115; rapport Romanow, p. 101), et dans les régions rurales du Canada en particulier (rapport Kirby, vol. 2, p. 143; rapport Romanow, p. 183). Le D[r] Wright a témoigné que, dans tous les pays dotés d'un système de santé à deux vitesses (p. ex., le Royaume-Uni, l'Australie, la Nouvelle-Zélande et Israël), l'on constate que les médecins et chirurgiens délaissent le système public pour le marché plus lucratif du secteur privé (rapport Wright, p. 15 et 22). Le rapport Romanow (p. 101), le rapport Kirby (vol. 1, p. 114), et un rapport québécois datant de 2003 (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 6) confirment ces faits. Voir également le rapport Marmor (p. 5) et le rapport Denis (p. 14). De plus, les experts ont affirmé, dans leurs témoignages, que rien n'indique à coup sûr qu'un système privé parallèle améliorerait les chances de recruter des spécialistes chevronnés (voir le rapport Wright, p. 19).

(ii) L'effet d'un régime privé parallèle sur la participation de l'État au financement du système public

248 L'examen de l'expérience vécue dans d'autres pays de l'OCDE confirme par ailleurs qu'une augmentation du financement privé entraîne habituellement une réduction du financement par l'État (*Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 7; rapport Marmor, p. 6). Au procès, le D[r] Bergman a expliqué qu'un service destiné strictement aux membres de la société moins favorisés sur le plan socioéconomique entraînerait probablement une détérioration de la qualité des services, une perte d'appui politique et une baisse de la qualité de la gestion du secteur public (rapport Bergman, p. 6-7; voir également : rapport Marmor, p. 6 et 8; rapport Denis, p. 5).

(iii) Private Insurers May "Skim the Cream" and Leave the Difficult and Costly Care to the Public Sector

249 The evidence suggests that parallel private insurers prefer to siphon off high income patients while shying away from patient populations that constitute a higher financial risk, a phenomenon known as "cream skimming" (Wright Report, at p. 17; Kirby Report, vol. 6, at p. 301). The public system would therefore carry a disproportionate burden of patients who are considered "bad risks" by the private market by reason of age, socio-economic conditions, or geographic location.

250 Similarly, private insurers may choose to avoid "high-risk" surgery. The public system is likely to wind up carrying the more complex high acuity end of the health care spectrum and, as a consequence, increase rather than reduce demand (proportionately) in the public system for certain services (Wright Report, at p. 18).

(iv) The U.S. Two-Tier System of Health Coverage

251 Reference has already been made to the U.S. health care system, which is the most expensive in the world, even though by some measures Americans are less healthy than Canadians (Kirby Report, vol. 1, at p. 101, and vol. 4, at p. 28; Romanow Report, at p. 14). The existence of a private system has not eliminated waiting times. The availability, extent and timeliness of health care is rationed by private insurers, who may determine according to cost, not need, what is "medically" necessary health care and where and when it is to occur (Kirby Report, vol. 3, at p. 48; Denis Report, at pp. 12 and 16). Whether or not the private system in the U.S. is better managed is a matter of debate amongst policy analysts. The point here is simply that the appellants' faith in the curative power of private insurance is not borne out by the evidence put before the Court.

(iii) Les assureurs privés peuvent se livrer à un « écrémage » et laisser au secteur public les soins complexes et coûteux

La preuve indique que les assureurs d'un système privé parallèle préfèrent recruter les patients à revenu élevé, tout en évitant les cas qui présentent un plus grand risque financier, phénomène connu sous le nom d'[TRADUCTION] « écrémage » (rapport Wright, p. 17; rapport Kirby, vol. 6, p. 326). En conséquence, le système public assumerait une part disproportionnée de patients qui, selon les normes du secteur privé, présentent des « risques aggravés » en raison de leur âge, de leur situation socioéconomique ou de leur lieu géographique de résidence.

De même, les assureurs privés peuvent choisir d'éviter les chirurgies « à risque élevé ». Le système public sera vraisemblablement forcé d'assumer la charge des soins de santé intensifs plus complexes. Ce phénomène augmentera (de manière proportionnelle) la demande de certains services dans le système public, au lieu de la réduire (rapport Wright, p. 18).

(iv) Le système de santé à deux vitesses américain

Nous avons déjà mentionné le système de santé américain qui est le plus onéreux du monde, ce qui n'empêche pas, dans une certaine mesure, les Américains d'être en moins bonne santé que les Canadiens (rapport Kirby, vol. 1, p. 110, et vol. 4, p. 30; rapport Romanow, p. 14). L'existence d'un système privé n'a pas permis d'éliminer les délais d'attente. Les assureurs privés limitent la disponibilité et l'étendue des soins de santé ainsi que l'accès en temps opportun à ces soins, et peuvent déterminer, en fonction du coût et non du besoin, les soins qui sont « médicalement » nécessaires de même que l'endroit et le moment où ces soins peuvent être dispensés (rapport Kirby, vol. 3, p. 46-47; rapport Denis, p. 12 et 16). La question de savoir si la gestion du système privé américain est meilleure reste un sujet controversé parmi les analystes de politiques publiques. En l'espèce, il suffit de souligner que la preuve soumise à la Cour ne justifie pas la confiance que les appelants manifestent à l'égard du pouvoir réparateur de l'assurance privée.

(v) Moreover the Government's Interest in Fiscal Responsibility and Efficiency May Best Be Served by a Single-Tier System

The expert witnesses at trial (other than the appellants' witness Dr. Coffey), the Romanow Report and the Kirby Report all agree that the most cost-effective method of providing health care is through public single-tier financing. Dr. Wright testified at trial that the "public administration criterion [of the *Canada Health Act*] renders the Canadian Health Care System one of the most efficient in terms of the ratio of productivity to administrative costs in the world" (Wright Report, at p. 2; see also Marmor Report, at p. 9; Denis Report, at p. 8; Kirby Report, vol. 3, at p. 67, and vol. 4, at p. 23; Romanow Report, at p. 43; *The World Health Report 1999: Making a Difference* (1999); Report of the National Advisory Council on Aging, *The NACA Position on the Privatization of Health Care* (1997), at p. 14).

In particular, much is saved in a single-tier public system as a result of lower administrative costs and advertising expenses, the absence of overhead and the fact that the risk is spread over the entire population (see Romanow Report, at pp. 60ff; Kirby Report, vol. 4, at p. 31).

Not only is there "no evidence [that the] adoption [of a private health care system] would produce a more efficient, affordable or effective system" (Romanow Report, at p. xxiv), there is also no clear evidence that private surgical services are more efficient or less costly (Wright Report, at p. 14; Romanow Report, at p. 8; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at pp. 23 and 33).

With respect to the impact on the financial resources of the public system, the experts testified that the introduction of a parallel private health regime would likely increase the overall cost of health care to Canadians (Marmor Report, at pp. 8 and 10; Bergman Report, at p. 7; Turcotte Report, at p. 11;

(v) En outre, un système unique peut mieux servir l'intérêt de l'État dans la responsabilité financière et l'efficacité

252 Les experts (autres que le témoin des appelants, le D^r^ Coffey) qui ont témoigné au procès de même que les auteurs des rapports Romanow et Kirby s'accordent tous pour affirmer que le système public unique représente la méthode la plus efficace du point de vue économique pour fournir des soins de santé. Le D^r^ Wright a déclaré, au procès, que le [TRADUCTION] « critère de gestion publique [de la *Loi canadienne sur la santé*] fait du système de soins de santé canadien l'un des plus efficaces au monde quant au ratio productivité-coûts administratifs » (rapport Wright, p. 2; voir également : rapport Marmor, p. 9; rapport Denis, p. 8; rapport Kirby, vol. 3, p. 65, et vol. 4, p. 25; rapport Romanow, p. 44; *Rapport sur la santé dans le monde 1999 : Pour un réel changement* (1999); Rapport du Conseil consultatif national sur le troisième âge, *La position du CCNTA sur la privatisation des soins de santé* (1997), p. 16).

253 Un système public unique permet notamment de réaliser des économies importantes en raison de la réduction des coûts administratifs et des dépenses de publicité, de l'absence de frais généraux et de la répartition du risque sur l'ensemble de la population (voir rapport Romanow, p. 64 et suiv.; rapport Kirby, vol. 4, p. 33).

254 Non seulement « rien n'indique que [l']adoption [d'un système de soins de santé privé] contribuerait à rendre le système plus efficient, moins coûteux ou plus efficace » (rapport Romanow, p. xxvi), mais encore rien ne prouve clairement que les services de chirurgie privés sont plus efficients ou moins coûteux (rapport Wright, p. 14; rapport Romanow, p. 9; *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 23 et 33).

255 À propos de l'incidence sur les ressources financières du système public, les experts ont témoigné que l'établissement d'un régime de santé privé parallèle augmenterait vraisemblablement le coût global des soins de santé des Canadiens (rapport Marmor, p. 8 et 10; rapport Bergman, p. 7; rapport Turcotte,

see also *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, at p. 24).

(vi) Conclusion on "Arbitrariness"

256 For all these reasons, we agree with the conclusion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal that in light of the legislative objectives of the *Canada Health Act* it is not "arbitrary" for Quebec to discourage the growth of private sector health care. Prohibition of private health insurance is directly related to Quebec's interest in promoting a need-based system and in ensuring its viability and efficiency. Prohibition of private insurance is not "inconsistent" with the state interest; still less is it "unrelated" to it.

257 In short, it cannot be said that the prohibition against private health insurance "bears no relation to, or is inconsistent with" preservation of a health system predominantly based on need rather than wealth or status, as required by the *Rodriguez* test, at pp. 594-95.

258 As to our colleagues' dismissal of the factual basis for Quebec's legislative choice, the public has invested very large sums of money in a series of authoritative reports to analyse health care in this country and in other countries. The reports uniformly recommend the retention of single-tier medicine. People are free to challenge (as do the appellants) the government's reliance on those reports but such reliance cannot be dismissed as "arbitrary". People are also free to dispute Quebec's strategy, but in our view it cannot be said that a single-tier health system, and the prohibition on private health insurance designed to protect it, is a legislative choice that has been adopted "arbitrarily" by the Quebec National Assembly as that term has been understood to date in the *Canadian Charter* jurisprudence.

p. 11; voir également *Le financement privé des services médicaux et hospitaliers*, p. 24).

(vi) Conclusion sur le « caractère arbitraire »

Pour toutes ces raisons, nous souscrivons à la conclusion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec voulant que, compte tenu des objectifs de la *Loi canadienne sur la santé*, il ne soit pas « arbitraire » pour le Québec d'empêcher la croissance d'un secteur de soins de santé privé. L'interdiction de souscrire une assurance maladie privée conserve un lien direct avec l'intérêt du Québec à promouvoir un système fondé sur le besoin et à en assurer la viabilité et l'efficacité. L'interdiction de souscrire une assurance privée n'est pas « incompatible » avec l'intérêt de l'État. On peut encore moins lui reprocher de n'avoir « aucun lien » avec cet intérêt.

Bref, on ne saurait prétendre que l'interdiction de souscrire une assurance maladie privée « n'a aucun lien ou est incompatible avec » le maintien d'un système de santé fondé principalement sur le besoin plutôt que sur la capacité de payer ou le statut social, comme l'exige le critère établi dans l'arrêt *Rodriguez*, p. 595.

En ce qui concerne le rejet par nos collègues du fondement factuel du choix législatif du Québec, on se rappellera que la population a consacré des sommes très considérables à la préparation d'une série de rapports fiables sur l'état du système de santé du Canada et d'autres pays. Ces rapports recommandent tous le maintien d'un régime de médecine unique. Chacun demeure libre (comme les appelants) de critiquer l'utilisation de ces rapports par le gouvernement, mais le recours à ces documents ne peut pas être écarté comme étant « arbitraire ». Tous sont également libres de contester la stratégie du Québec, mais, à notre avis, on ne saurait affirmer qu'un système de santé unique, assorti d'une interdiction de souscrire une assurance maladie privée destinée à le protéger, constitue un choix législatif que l'Assemblée nationale du Québec a arrêté « arbitrairement » au sens que la jurisprudence relative à la *Charte canadienne* a donné à ce terme jusqu'à maintenant.

(3) The *Morgentaler* Case Is Not Applicable

Our colleagues the Chief Justice and Major J. rely substantially on comments made by Beetz J. (concurred in by Estey J.) in *Morgentaler* when he invoked a principle of "manifest unfairness". Nowhere in his analysis pertaining to the principles of fundamental justice did Beetz J. use the words "arbitrary" or "arbitrariness". Moreover the context for his remarks was the prospect of a criminal prosecution of a pregnant woman. Section 251(2) of the *Criminal Code* stated that a pregnant woman who used "any means or permit[ted] any means to be used" for the purpose of procuring her own miscarriage was guilty of an indictable offence punishable with imprisonment for two years. Parliament provided a defence if the continued pregnancy would or would be likely to, in the opinion of a therapeutic abortion committee, "endanger her life or health" (s. 251(4)(*c*)). The Court struck down the criminal prohibition because the prohibition was designed to operate only with the statutory defence, and the Court found that in practice these committees operated unevenly and that the statutory scheme "contain[ed] so many potential barriers to its own operation that the defence it create[d would] in many circumstances be practically unavailable to women who would *prima facie* qualify . . . ." (pp. 72-73, *per* Dickson C.J.). For Beetz J., too, a key issue was that a significant proportion of Canada's population is not served by hospitals in which therapeutic abortions could lawfully be performed (pp. 94-95).

(3) L'arrêt *Morgentaler* ne s'applique pas

259 Nos collègues la Juge en chef et le juge Major se fondent dans une large mesure sur les commentaires formulés par le juge Beetz (avec l'appui du juge Estey) dans l'arrêt *Morgentaler*, où il a évoqué un principe d'« injustice manifeste ». Nulle part dans son analyse concernant les principes de justice fondamentale le juge Beetz n'a-t-il utilisé les mots « arbitraire » ou « caractère arbitraire ». De plus, ses observations se situaient dans le contexte du cas d'une femme enceinte exposée à des poursuites criminelles. Aux termes du par. 251(2) du *Code criminel*, une femme enceinte qui employait « ou permet[tait] que soit employé quelque moyen » pour obtenir son propre avortement était coupable d'un acte criminel punissable d'un emprisonnement de deux ans. Le législateur prévoyait un moyen de défense opposable seulement si un comité de l'avortement thérapeutique estimait que la continuation de la grossesse mettrait ou mettrait probablement « en danger la vie ou la santé » de cette personne (al. 251(4)*c*)). Notre Cour a invalidé l'interdiction criminelle pour le motif qu'elle était destinée à s'appliquer uniquement avec le moyen de défense prévu par le *Code*, alors qu'en pratique, selon les conclusions de notre Cour, ces comités fonctionnaient de manière inégale et que le régime législatif « comport[ait] tellement de barrières potentielles à son propre fonctionnement que la défense qu'[il] institu[ait] [était], dans de nombreuses circonstances, hors de portée en pratique des femmes qui, au départ, auraient pu s'en prévaloir . . . » (p. 72-73, le juge en chef Dickson). Pour le juge Beetz également, un facteur essentiel était que, pour une partie importante de la population canadienne, il n'existait pas d'hôpitaux où des avortements thérapeutiques pouvaient être pratiqués licitement (p. 94-95).

At page 81, Beetz J. went on to say that "s. 7 of the *Charter* must include a right of access to medical treatment for a condition representing a danger to life or health without fear of criminal sanction" (emphasis added). The context of this appeal is entirely different. This case, on the contrary, invites the application of the *dictum* of Dickson C.J. in *Morgentaler* "that the courts should avoid

260 À la page 81, le juge Beetz a ajouté que « l'art. 7 de la *Charte* [. . .] doit inclure le droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale » (nous soulignons). Le contexte diffère complètement en l'espèce. La présente affaire favorise, au contraire, l'application de la remarque incidente du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Morgentaler*, selon laquelle

'adjudication of the merits of public policy'" (p. 53).

261 There were two aspects of s. 251 which caused Beetz J. particular concern. Firstly, s. 251 required that abortions be performed in an "eligible hospital", and not in clinics like those operated by Dr. Morgentaler (p. 114). This limitation, he found, had no logical connection with the state's avowed interest "in the protection of the foetus" (p. 115), i.e., the termination of the foetus would be the same wherever the abortion was performed. Secondly, Beetz J. objected to "the requirement that the committee come from the accredited or approved hospital in which the abortion is to be performed" (p. 119). He said:

> It is difficult to see a connection between this requirement and any of the practical purposes for which s. 251(4) was enacted. It cannot be said to have been adopted in order to promote the safety of therapeutic abortions or the safety of the pregnant woman. Nor is the rule designed to preserve the state interest in the foetus. [p. 119]

262 There is, we think, a world of difference between the sort of statutory analysis conducted by Beetz J. in *Morgentaler* and the re-weighing of expert evidence engaged in by our colleagues the Chief Justice and Major J. in this case. Having established that the s. 251 requirements had nothing to do with the avowed state interest in the protection of the foetus, all that remained in *Morgentaler* was to show that these requirements were inconsistent with the competing state interest in preserving the life and health of the mother. We see no parallel between the analysis of Beetz J. in *Morgentaler* and what is asked of the Court by the appellants in this case.

263 On the contrary, given its goal of providing necessary medical services to all Quebec residents based on need, Quebec's determination to protect the equity, viability and efficiency of the public health care system is rational. The chosen means are designed to further the state interest and not (as in *Morgentaler*) to contradict it.

« les tribunaux devraient éviter "de se prononcer sur le bien-fondé de politiques générales" » (p. 53).

Le juge Beetz s'est montré particulièrement préoccupé par deux aspects de l'art. 251. D'abord, cet article exigeait que les avortements soient pratiqués dans un « hôpital admissible » et non dans des cliniques comme celles du D^r^ Morgentaler (p. 114). Cette restriction, a-t-il conclu, n'avait aucun lien logique avec l'intérêt avoué de l'État « dans la protection du fœtus » (p. 115), en ce sens que le développement du fœtus serait de toute façon interrompu quel que soit l'endroit où l'avortement était pratiqué. Ensuite, le juge Beetz contestait « l'obligation que le comité provienne de l'hôpital accrédité ou approuvé où l'avortement doit être pratiqué » (p. 119). Il a écrit à ce propos (p. 119) :

> Il est difficile de voir un lien entre cette exigence et l'une ou l'autre des raisons pratiques pour lesquelles le par. 251(4) a été adopté. On ne peut pas dire qu'elle a été adoptée pour promouvoir la sécurité des avortements thérapeutiques ni celle de la femme enceinte. La règle n'est pas non plus conçue pour préserver l'intérêt qu'a l'État dans le fœtus.

Selon nous, il existe une différence énorme entre le type d'analyse légale que le juge Beetz a effectuée dans l'arrêt *Morgentaler* et la réévaluation de la preuve d'expert à laquelle procèdent nos collègues la Juge en chef et le juge Major en l'espèce. Après avoir établi que les exigences de l'art. 251 n'avaient aucun lien avec l'intérêt avoué de l'État dans la protection du fœtus, il restait seulement, dans l'affaire *Morgentaler*, à démontrer que ces exigences étaient incompatibles avec l'intérêt opposé qu'a l'État à préserver la vie et la santé de la mère. Selon nous, l'analyse du juge Beetz dans l'arrêt *Morgentaler* ne comporte rien de comparable avec le type d'intervention que les appelants demandent à notre Cour de faire en l'espèce.

Au contraire, compte tenu de l'objectif de garantie à tous les résidents québécois d'un accès à des services médicaux fondé sur le besoin, l'intention bien arrêtée du Québec d'assurer l'équité, la viabilité et l'efficacité du système de santé public s'avère tout à fait logique. Les moyens choisis visent à promouvoir l'intérêt de l'État et non (comme dans l'affaire *Morgentaler*) à le contredire.

The safety valve (however imperfectly administered) of allowing Quebec residents to obtain essential health care outside the province when they are unable to receive the care in question at home in a timely way is of importance. If, as the appellants claim, this safety valve is opened too sparingly, the courts are available to supervise enforcement of the rights of those patients who are directly affected by the decision on a case-by-case basis. Judicial intervention at this level on a case-by-case basis is preferable to acceptance of the appellants' global challenge to the entire single-tier health plan. It is important to emphasize that rejection of the appellants' global challenge to Quebec's health plan would not foreclose individual patients from seeking individual relief tailored to their individual circumstances.

(4) Conclusion Under Section 7 of the *Canadian Charter*

For the foregoing reasons, even accepting (as we do) the trial judge's conclusion that the claimants have established a deprivation of the life and security of some Quebec residents occasioned in some circumstances by waiting list delays, the deprivation would not violate any legal principle of fundamental justice within the meaning of s. 7 of the *Canadian Charter*. On that point, too, we share the opinion of the trial judge and the Quebec Court of Appeal, as previously mentioned.

D. *The Appellants' Challenge Under the Quebec Charter*

The *Quebec Charter* is a major quasi-constitutional instrument. Our colleague Deschamps J. finds a violation of s. 1, which provides:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Section 1 of the *Quebec Charter* must be read with s. 9.1:

264 La soupape (si imparfaite soit-elle) de l'autorisation donnée à des résidents québécois d'aller se procurer en dehors de la province les soins de santé essentiels qu'ils sont incapables d'obtenir en temps opportun chez eux est importante. Si, comme le prétendent les appelants, cette soupape est utilisée trop parcimonieusement, les tribunaux demeurent là pour veiller, de manière ponctuelle, au respect des droits des patients touchés par cette décision. L'intervention judiciaire ponctuelle à cette étape est préférable à la reconnaissance du bien-fondé de la contestation globale, par les appelants, de tout le régime de santé unique. Il importe de souligner que le rejet de la contestation globale du régime de santé québécois par les appelants n'empêcherait pas d'ailleurs des patients de solliciter individuellement une réparation adaptée à leur situation.

(4) Conclusion relative à l'art. 7 de la *Charte canadienne*

265 Pour les motifs qui précèdent, même en acceptant (comme nous le faisons) la conclusion de la juge de première instance selon laquelle les demandeurs ont établi que les délais d'attente portent atteinte à la vie et à la sécurité de certains résidents québécois dans certaines circonstances, cette atteinte ne violerait aucun principe juridique de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte canadienne*. À cet égard également, nous partageons, comme nous l'avons déjà mentionné, l'opinion de la juge de première instance et de la Cour d'appel du Québec.

D. *La contestation des appelants fondée sur la Charte québécoise*

266 La *Charte québécoise* est un document quasi constitutionnel très important. Notre collègue la juge Deschamps conclut à l'existence d'une violation de l'art. 1, qui prévoit :

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

Il possède également la personnalité juridique.

267 L'article 1 de la *Charte québécoise* doit se lire conjointement avec l'art. 9.1 :

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

268 The factual basis of the opinion of our colleague Deschamps J. seems to rest largely on her view of the problem of waiting lists in Quebec, a matter we have already discussed, commencing at para. 210.

269 As to the legal principles applicable under the *Quebec Charter*, our Court in *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, noted a functional analogy between s. 1 of the *Canadian Charter* and s. 9.1 of the *Quebec Charter*. However, s. 9.1 has the added feature of placing on the claimant the obligation to exercise *Quebec Charter* rights with "proper" regard to "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec". These limitations have particular relevance to the public health system context of the present claim.

270 Within the legislative jurisdiction of the National Assembly of Quebec, absent an express provision to the contrary, other statutes may not derogate from its ss. 1-38 (s. 52). It was adopted and came into force several years before the *Canadian Charter*. It applies not only to state action but also to many forms of private relationships. It often covers the same grounds as the *Canadian Charter*. Nevertheless, it remains distinct in its drafting and methodology (A. Morel, "La coexistence des Chartes canadienne et québécoise: problèmes d'interaction" (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, at pp. 80-81; *Godbout v. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), at p. 2568, *per* Baudouin J.A.).

271 Section 1 of the *Quebec Charter*, in essence, covers about the same ground as s. 7 of the *Canadian Charter*, but it does not mention the

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

Le fondement factuel de l'opinion de notre collègue la juge Deschamps semble se réduire, dans une large mesure, à sa perception du problème des listes d'attente au Québec, un point que nous avons déjà analysé à partir du par. 210.

En ce qui concerne les principes juridiques applicables en vertu de la *Charte québécoise*, notre Cour a relevé, dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, une analogie opérationnelle entre l'article premier de la *Charte canadienne* et l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*. Cependant, l'art. 9.1 comporte une caractéristique additionnelle, celle d'imposer au demandeur l'obligation d'exercer les droits garantis par la *Charte québécoise* dans le « respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec ». Ces restrictions s'avèrent particulièrement pertinentes quant au contexte de l'examen d'un système de santé public dans lequel se situe la présente demande.

En l'absence de disposition contraire explicite, aucune loi adoptée conformément à la compétence législative de l'Assemblée nationale du Québec ne peut déroger à ses art. 1 à 38 (art. 52). La *Charte québécoise* a été adoptée et est entrée en vigueur plusieurs années avant la *Charte canadienne*. Elle s'applique non seulement aux mesures étatiques mais encore à maintes formes de rapports privés. Elle recoupe souvent les mêmes domaines d'application que la *Charte canadienne*. Néanmoins, elle se distingue par sa formulation et sa méthodologie (A. Morel, « La coexistence des Chartes canadienne et québécoise : problèmes d'interaction » (1986), 17 *R.D.U.S.* 49, p. 80-81; *Godbout c. Longueuil (Ville de)*, [1995] R.J.Q. 2561 (C.A.), p. 2568, le juge Baudouin).

Essentiellement, l'art. 1 de la *Charte québécoise* offre le même genre de protection que l'art. 7 de la *Charte canadienne*, sans toutefois mentionner les

principles of fundamental justice. As stated earlier, it reads:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

Under s. 1 of the *Quebec Charter*, as at the first stage of a s. 7 analysis, the claimant bears the burden of establishing, on a balance of probabilities, that the impugned law infringes his or her protected rights and interests. If such a claim is made out, the focus of the analysis may shift to s. 9.1 of the *Quebec Charter* in order to determine whether the claimed exercise of the right is made with due regard for "democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec".

In our view, on the evidence, the exercise by the appellants of their claimed *Quebec Charter* rights to defeat the prohibition against private insurance would not have "proper regard for democratic values" or "public order", as the future of a publicly supported and financed single-tier health plan should be in the hands of elected representatives. Nor would it have proper regard for the "general well-being of the citizens of Québec", who are the designated beneficiaries of the health plan, and in particular for the well-being of the less advantaged Quebeckers.

Those who seek private health insurance are those who can afford it and can qualify for it. They will be the more advantaged members of society. They are differentiated from the general population, not by their health problems, which are found in every group in society, but by their income status. We share the view of Dickson C.J. that the *Canadian Charter* should not become an instrument to be used by the wealthy to "roll back" the benefits of a legislative scheme that helps the poorer members of society. He observed in *Edwards Books*, at p. 779:

In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to

principes de justice fondamentale. Comme nous l'avons vu, il se lit ainsi :

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

Il possède également la personnalité juridique.

272 Sous le régime de l'art. 1 de la *Charte québécoise*, comme à la première étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il incombe au demandeur d'établir, selon la prépondérance des probabilités, que la règle de droit contestée porte atteinte aux droits et libertés qui lui sont garantis. Une fois cette preuve faite, l'analyse peut alors porter sur l'art. 9.1 de la *Charte québécoise*, afin de déterminer si l'exercice du droit en question respecte les « valeurs démocratiques, [. . .] l'ordre public et [le] bien-être général des citoyens du Québec ».

273 Nous estimons que, selon la preuve, l'exercice par les appelants des droits garantis par la *Charte québécoise* qu'ils revendiquent pour contrer l'interdiction de souscrire une assurance privée ne respecterait pas les « valeurs démocratiques » ou « l'ordre public », étant donné que l'avenir d'un régime de santé public unique doit dépendre de représentants élus. L'exercice de ces droits ne respecterait pas non plus le « bien-être général des citoyens du Québec », qui sont les bénéficiaires désignés du système de santé, et, en particulier, le bien-être des Québécois moins favorisés.

274 Les personnes qui sollicitent une assurance maladie privée sont celles qui en ont les moyens et qui y sont admissibles. Ce sont les membres de la société qui sont plus favorisés. Ils se distinguent de la population générale non pas par leurs problèmes de santé, qui sont communs à toutes les couches sociales, mais plutôt par leur revenu. Nous partageons l'avis du juge en chef Dickson selon lequel la *Charte canadienne* ne doit pas devenir un instrument utilisé par les riches pour « écarter » les avantages d'un régime législatif qui vient en aide aux membres plus pauvres de la société. Comme il l'a fait observer dans l'arrêt *Edwards Books*, p. 779 :

Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus

roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons.

The concern, of course, is that once the health needs of the wealthier members of society are looked after in the "upper tier", they will have less incentive to continue to pressure the government for improvements to the public system as a whole.

275 The comments of Dickson C.J. are even more relevant to the *Quebec Charter* given its broad scope and its potential application to a wide range of private relationships.

276 This is not a case, in our view, where the onus of proof determines the outcome. The evidence amply supports the validity of the prohibition of private insurance under the *Quebec Charter.* The objectives are compelling. A rational connection is demonstrated. The decision boils down to an application of the minimal impairment test. In respect of questions of social and economic policy, this test leaves a substantial margin of appreciation to the Quebec legislature. Designing, financing and operating the public health system of a modern democratic society like Quebec remains a challenging task. It calls for difficult choices. In the end, we find that the choice made a generation ago by the National Assembly of Quebec remains within the range of options that are justifiable under s. 9.1. Shifting the design of the health system to the courts is not a wise choice.

277 In this respect, we should bear in mind that the legislative provisions challenged under s. 1 concern all citizens of Quebec. They address concerns shared by all and rights belonging to everyone. The legislative solution affects not only individuals but also the society to which all those individuals belong. It is a problem for which the legislature attempted to find a solution that would be acceptable to everyone in the spirit of the preamble of the *Quebec Charter*:

favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés.

Il va sans dire que l'on redoute qu'une fois que leurs besoins en matière de santé auront été comblés au « niveau supérieur » les membres plus riches de la société deviennent moins enclins à continuer de faire pression sur le gouvernement pour qu'il améliore l'ensemble du système public.

Les observations du juge en chef Dickson deviennent encore plus pertinentes dans le cas de la *Charte québécoise* en raison de sa portée générale et de son applicabilité à une vaste gamme de rapports privés.

À notre avis, la charge de preuve ne joue pas un rôle déterminant quant à l'issue de l'affaire en l'espèce. La preuve étaye amplement la validité de l'interdiction de souscrire une assurance privée eu égard à la *Charte québécoise*. Les objectifs sont impérieux. L'existence d'un lien rationnel est démontrée. La décision se résume à une application du critère de l'atteinte minimale. Pour ce qui est des questions de politique socioéconomique, ce critère laisse une marge de manœuvre importante au législateur québécois. La conception, le financement et l'exploitation d'un système de santé public dans une société démocratique moderne comme le Québec représentent un défi de taille qui oblige à faire des choix difficiles. En fin de compte, nous concluons que le choix fait par l'Assemblée nationale du Québec, au cours de la génération précédente, compte toujours parmi la gamme d'options justifiables au regard de l'art. 9.1. Confier la conception du système de santé aux tribunaux ne représente pas un choix judicieux.

À cet égard, il faut se rappeler que les dispositions législatives contestées en vertu de l'art. 1 concernent tous les citoyens du Québec. Elles visent des préoccupations partagées par tous les citoyens ainsi que des droits appartenant à chacun d'eux. La solution législative touche non seulement les individus, mais encore la société dont ils font partie. Il s'agit d'un problème auquel le législateur a tenté d'apporter une solution acceptable pour tous, conformément à l'esprit du préambule de la *Charte québécoise* :

WHEREAS every human being possesses intrinsic rights and freedoms designed to ensure his protection and development;

Whereas all human beings are equal in worth and dignity, and are entitled to equal protection of the law;

Whereas respect for the dignity of the human being and recognition of his rights and freedoms constitute the foundation of justice and peace;

Whereas the rights and freedoms of the human person are inseparable from the rights and freedoms of others and from the common well-being;

. . .

The evidence reviewed above establishes that the impugned provisions were part of a system which is mindful and protective of the interests of all, not only of some.

We would dismiss the appeal.

APPENDIX

Health Insurance Act, R.S.Q., c. A-29

15. No person shall make or renew a contract of insurance or make a payment under a contract of insurance under which an insured service is furnished or under which all or part of the cost of such a service is paid to a resident or a deemed resident of Québec or to another person on his behalf.

. . .

Hospital Insurance Act, R.S.Q., c. A-28

11. (1) No one shall make or renew, or make a payment under a contract under which

(*a*) a resident is to be provided with or to be reimbursed for the cost of any hospital service that is one of the insured services;

(*b*) payment is conditional upon the hospitalization of a resident; or

(*c*) payment is dependent upon the length of time the resident is a patient in a facility maintained by an institution contemplated in section 2.

CONSIDÉRANT que tout être humain possède des droits et libertés intrinsèques, destinés à assurer sa protection et son épanouissement;

Considérant que tous les êtres humains sont égaux en valeur et en dignité et ont droit à une égale protection de la loi;

Considérant que le respect de la dignité de l'être humain et la reconnaissance des droits et libertés dont il est titulaire constituent le fondement de la justice et de la paix;

Considérant que les droits et libertés de la personne humaine sont inséparables des droits et libertés d'autrui et du bien-être général;

. . .

La preuve que nous avons examinée plus haut établit que les dispositions contestées faisaient partie d'un système soucieux de protéger les intérêts de tous, et non de certains seulement. 278

Nous rejetterions le pourvoi. 279

ANNEXE

Loi sur l'assurance maladie, L.R.Q., ch. A-29

15. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.

. . .

Loi sur l'assurance-hospitalisation, L.R.Q., ch. A-28

11. 1. Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel

a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;

b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou

c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.

(2) This section does not apply for such time after a person arrives in Québec as a resident as he is not an insured person.

2. Le présent article ne s'applique pas durant le temps suivant l'arrivée d'une personne comme résident au Québec pendant lequel elle n'est pas une personne assurée.

Appeal allowed with costs, BINNIE, LEBEL *and* FISH JJ. *dissenting.*

Pourvoi accueilli avec dépens, les juges BINNIE, LEBEL *et* FISH *sont dissidents.*

Solicitors for the appellant George Zeliotis: Trudel & Johnston, Montreal.

Procureurs de l'appelant George Zeliotis : Trudel & Johnston, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Quebec: Bernard, Roy & Associés, Montreal.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Québec : Bernard, Roy & Associés, Montréal.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada : D'Auray, Aubry, LeBlanc & Associés, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan : Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

Solicitors for the interveners Senator Michael Kirby, Senator Marjory Lebreton, Senator Catherine Callbeck, Senator Joan Cook, Senator Jane Cordy, Senator Joyce Fairbairn, Senator Wilbert Keon, Senator Lucie Pépin, Senator Brenda Robertson and Senator Douglas Roche: Lerners, Toronto.

Procureurs des intervenants Sénateur Michael Kirby, Sénatrice Marjory Lebreton, Sénatrice Catherine Callbeck, Sénatrice Joan Cook, Sénatrice Jane Cordy, Sénatrice Joyce Fairbairn, Sénateur Wilbert Keon, Sénatrice Lucie Pépin, Sénatrice Brenda Robertson et Sénateur Douglas Roche : Lerners, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Medical Association and the Canadian Orthopaedic Association: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Procureurs des intervenantes l'Association médicale canadienne et l'Association canadienne d'orthopédie : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Labour Congress: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le Congrès du travail du Canada : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the interveners the Charter Committee on Poverty Issues and the Canadian Health Coalition: University of Ottawa, Ottawa.

Procureur des intervenants le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et la Coalition canadienne de la santé : Université d'Ottawa, Ottawa.

Solicitors for the interveners Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

Procureurs des intervenantes Cambie Surgeries Corp., False Creek Surgical Centre Inc., Delbrook

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., the British Columbia Orthopaedic Association and the British Columbia Anesthesiologists Society: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Surgical Centre Inc., Okanagan Plastic Surgery Centre Inc., Specialty MRI Clinics Inc., Fraser Valley MRI Ltd., Image One MRI Clinic Inc., McCallum Surgical Centre Ltd., 4111044 Canada Inc., South Fraser Surgical Centre Inc., Victoria Surgery Ltd., Kamloops Surgery Centre Ltd., Valley Cosmetic Surgery Associates Inc., Surgical Centres Inc., British Columbia Orthopaedic Association et British Columbia Anesthesiologists Society : Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

TAB 19

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, British Columbia Civil Liberties Association and Gloria Taylor *Appellants*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

- and -

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, British Columbia Civil Liberties Association and Gloria Taylor *Appellants*

v.

Attorney General of Canada and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Attorney General of Quebec, Council of Canadians with Disabilities, Canadian Association for Community Living, Christian Legal Fellowship, Canadian HIV/AIDS Legal Network, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association for Reformed Political Action Canada, Physicians' Alliance against Euthanasia, Evangelical Fellowship of Canada, Christian Medical and Dental Society of Canada, Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies, Dying With Dignity, Canadian Medical Association, Catholic Health Alliance of Canada, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Farewell Foundation for the Right to Die, Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité, Canadian Civil Liberties Association, Catholic Civil Rights League,

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Gloria Taylor *Appelants*

c.

Procureur général du Canada *Intimé*

- et -

Lee Carter, Hollis Johnson, William Shoichet, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Gloria Taylor *Appelants*

c.

Procureur général du Canada et procureure générale de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, procureure générale du Québec, Conseil des Canadiens avec déficiences, Association canadienne pour l'intégration communautaire, Alliance des chrétiens en droit, Réseau juridique canadien VIH/sida, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association for Reformed Political Action Canada, Collectif des médecins contre l'euthanasie, Alliance évangélique du Canada, Christian Medical and Dental Society of Canada, Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies, Dying With Dignity, Association médicale canadienne, Alliance catholique canadienne de la santé, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Farewell Foundation for the Right to Die, Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité, Association canadienne des libertés civiles,

Faith and Freedom Alliance, Protection of Conscience Project, Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society, Canadian Unitarian Council, Euthanasia Prevention Coalition and Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia *Interveners*

Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance, Protection of Conscience Project, Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society, Conseil unitarien du Canada, Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia *Intervenants*

INDEXED AS: CARTER v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)

2015 SCC 5

File No.: 35591.

2014: October 15; 2015: February 6.

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner and Gascon JJ.

RÉPERTORIÉ : CARTER c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

2015 CSC 5

N° du greffe : 35591.

2014 : 15 octobre; 2015 : 6 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner et Gascon.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Division of powers — Interjurisdictional immunity — Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying — Whether prohibition interferes with protected core of provincial jurisdiction over health — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Fundamental justice — Competent adult with grievous and irremediable medical condition causing enduring suffering consenting to termination of life with physician assistance — Whether Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying infringe s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — If so, whether infringement justifiable under s. 1 of Charter — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 241(b).

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Constitutional exemption — Availability — Constitutional challenge of Criminal Code provisions prohibiting physician-assisted dying seeking declaration of invalidity of provisions and free-standing constitutional exemption for claimants — Whether constitutional exemption

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Doctrine de l'exclusivité des compétences — Dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir — La prohibition entrave-t-elle le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Adulte capable affecté de problèmes de santé graves et irrémédiables qui lui causent des souffrances persistantes consentant à mettre fin à ses jours avec l'aide d'un médecin — Les dispositions du Code criminel qui prohibent l'aide d'un médecin pour mourir violent-elles l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Dans l'affirmative, la violation est-elle justifiable au regard de l'article premier de la Charte? — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 241b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Exemption constitutionnelle — Faisabilité — Contestation constitutionnelle par les demandeurs des dispositions du Code criminel prohibant l'aide d'un médecin pour mourir en vue d'obtenir une déclaration d'invalidité des dispositions et une exemption constitutionnelle

under s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms should be granted.

Courts — Costs — Special costs — Principles governing exercise of courts' discretionary power to grant special costs on full indemnity basis — Trial judge awarding special costs to successful plaintiffs on basis that award justified by public interest, and ordering Attorney General intervening as of right to pay amount proportional to participation in proceedings — Whether special costs should be awarded to cover entire expense of bringing case before courts — Whether award against Attorney General justified.

Section 241(*b*) of the *Criminal Code* says that everyone who aids or abets a person in committing suicide commits an indictable offence, and s. 14 says that no person may consent to death being inflicted on them. Together, these provisions prohibit the provision of assistance in dying in Canada. After T was diagnosed with a fatal neurodegenerative disease in 2009, she challenged the constitutionality of the *Criminal Code* provisions prohibiting assistance in dying. She was joined in her claim by C and J, who had assisted C's mother in achieving her goal of dying with dignity by taking her to Switzerland to use the services of an assisted suicide clinic; a physician who would be willing to participate in physician-assisted dying if it were no longer prohibited; and the British Columbia Civil Liberties Association. The Attorney General of British Columbia participated in the constitutional litigation as of right.

The trial judge found that the prohibition against physician-assisted dying violates the s. 7 rights of competent adults who are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition and concluded that this infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. She declared the prohibition unconstitutional, granted a one-year suspension of invalidity and provided T with a constitutional exemption. She awarded special costs in favour of the plaintiffs on the ground that this was justified by the public interest in resolving the legal issues raised by the case, and awarded 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia in light of the full and active role it assumed in the proceedings.

autonome — Opportunité d'accorder une exemption constitutionnelle aux termes de l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.

Tribunaux — Dépens — Dépens spéciaux — Principes régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux d'accorder des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale — Juge de première instance accordant des dépens spéciaux aux demandeurs qui ont gain de cause parce que l'intérêt public le justifie et condamnant la procureure générale, qui est intervenue de plein droit, à payer une somme proportionnelle à sa participation à l'instance — Faut-il accorder des dépens spéciaux couvrant la totalité des dépenses engagées pour porter l'affaire devant les tribunaux? — La condamnation aux dépens prononcée contre la procureure générale est-elle justifiée?

Aux termes de l'al. 241*b*) du *Code criminel*, quiconque aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort commet un acte criminel, et selon l'art. 14, nul ne peut consentir à ce que la mort lui soit infligée. Ensemble, ces dispositions prohibent au Canada la prestation de l'aide à mourir. Après avoir appris en 2009 qu'elle souffrait d'une maladie neurodégénérative fatale, T a contesté la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prohibent l'aide à mourir. Se sont joints à sa demande C et J, qui avaient aidé la mère de C à réaliser son souhait de mourir dans la dignité en l'emmenant en Suisse pour qu'elle puisse recourir aux services d'une clinique d'aide au suicide; se sont aussi joints un médecin disposé à participer à un processus d'aide médicale à la mort si la prohibition était levée, et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique. La procureure générale de la Colombie-Britannique a participé de plein droit au litige constitutionnel.

La juge de première instance a conclu que la prohibition de l'aide médicale à mourir viole les droits que l'art. 7 garantit aux adultes capables voués à d'intolérables souffrances causées par des problèmes de santé graves et irrémédiables et a aussi conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Elle a déclaré la prohibition inconstitutionnelle, a suspendu pour un an la prise d'effet de la déclaration d'invalidité et a accordé à T une exemption constitutionnelle. Elle a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs parce qu'une telle mesure était justifiée par l'intérêt du public à ce que soient tranchées les questions de droit en litige, et elle a condamné la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens du fait qu'elle avait participé pleinement et activement à l'instance.

The majority of the Court of Appeal allowed the appeal on the ground that the trial judge was bound to follow this Court's decision in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, where a majority of the Court upheld the blanket prohibition on assisted suicide. The dissenting judge found no errors in the trial judge's assessment of *stare decisis*, her application of s. 7 or the corresponding analysis under s. 1. However, he concluded that the trial judge was bound by the conclusion in *Rodriguez* that any s. 15 infringement was saved by s. 1.

Held: The appeal should be allowed. Section 241(*b*) and s. 14 of the *Criminal Code* unjustifiably infringe s. 7 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. The declaration of invalidity is suspended for 12 months. Special costs on a full indemnity basis are awarded against Canada throughout. The Attorney General of British Columbia will bear responsibility for 10 percent of the costs at trial on a full indemnity basis and will pay the costs associated with its presence at the appellate levels on a party-and-party basis.

The trial judge was entitled to revisit this Court's decision in *Rodriguez*. Trial courts may reconsider settled rulings of higher courts in two situations: (1) where a new legal issue is raised; and (2) where there is a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifts the parameters of the debate. Here, both conditions were met. The argument before the trial judge involved a different legal conception of s. 7 than that prevailing when *Rodriguez* was decided. In particular, the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality had materially advanced since *Rodriguez*. The matrix of legislative and social facts in this case also differed from the evidence before the Court in *Rodriguez*.

Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont accueilli l'appel pour le motif que la juge de première instance était tenue de suivre la décision de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, dans laquelle les juges majoritaires de la Cour ont confirmé l'interdiction générale de l'aide au suicide. Le juge dissident n'a relevé aucune erreur dans l'examen, par la juge de première instance, du principe du *stare decisis*, dans l'application qu'elle a faite de l'art. 7, ni dans l'analyse correspondante fondée sur l'article premier. Il a toutefois conclu qu'elle était liée par la conclusion de l'arrêt *Rodriguez* selon laquelle toute violation de l'art. 15 était sauvegardée par l'article premier.

Arrêt : Le pourvoi est accueilli. L'alinéa 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. La prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue pendant 12 mois. Le Canada est condamné à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale devant toutes les cours. La procureure générale de la Colombie-Britannique doit assumer la responsabilité de 10 pour 100 des dépens du procès sur la base de l'indemnisation intégrale, et elle est condamnée aux dépens associés à sa participation devant les cours d'appel sur la base partie-partie.

La juge de première instance pouvait réexaminer la décision rendue par notre Cour dans *Rodriguez*. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne. En l'espèce, ces deux conditions étaient réunies. L'argument présenté à la juge de première instance reposait sur une conception juridique de l'art. 7 différente de celle qui avait cours lors du prononcé de l'arrêt *Rodriguez*. Plus particulièrement, le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l'arrêt *Rodriguez*. L'ensemble des faits législatifs et sociaux dans l'affaire qui nous occupe différait également des éléments de preuve soumis à la Cour dans l'affaire *Rodriguez*.

The prohibition on assisted suicide is, in general, a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, and it does not impair the protected core of the provincial jurisdiction over health. Health is an area of concurrent jurisdiction, which suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government, depending on the circumstances and the focus of the legislation. On the basis of the record, the interjurisdictional immunity claim cannot succeed.

Insofar as they prohibit physician-assisted dying for competent adults who seek such assistance as a result of a grievous and irremediable medical condition that causes enduring and intolerable suffering, ss. 241(*b*) and 14 of the *Criminal Code* deprive these adults of their right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*. The right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, either directly or indirectly. Here, the prohibition deprives some individuals of life, as it has the effect of forcing some individuals to take their own lives prematurely, for fear that they would be incapable of doing so when they reached the point where suffering was intolerable. The rights to liberty and security of the person, which deal with concerns about autonomy and quality of life, are also engaged. An individual's response to a grievous and irremediable medical condition is a matter critical to their dignity and autonomy. The prohibition denies people in this situation the right to make decisions concerning their bodily integrity and medical care and thus trenches on their liberty. And by leaving them to endure intolerable suffering, it impinges on their security of the person.

The prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. The object of the prohibition is not, broadly, to preserve life whatever the circumstances, but more specifically to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness. Since a total ban on assisted suicide clearly helps achieve this object, individuals' rights are not deprived arbitrarily. However, the prohibition catches people outside the class of protected persons. It follows that the limitation on their

La prohibition de l'aide au suicide constitue généralement un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel conférée au gouvernement fédéral par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et n'empiète pas sur le contenu essentiel protégé de la compétence provinciale en matière de santé. La santé est un domaine de compétence concurrente, ce qui laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent validement légiférer sur des aspects de l'aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l'objet du texte législatif. Compte tenu du dossier qui a été soumis à la Cour, la prétention fondée sur l'exclusivité des compétences ne peut être retenue.

Dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir que peuvent demander des adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables, l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* privent ces adultes du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que leur garantit l'art. 7 de la *Charte*. Le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort. En l'espèce, la prohibition prive certaines personnes de la vie car elle a pour effet de forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie, par crainte d'être incapables de le faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables. Les droits à la liberté et à la sécurité de la personne, qui traitent des préoccupations au sujet de l'autonomie et de la qualité de la vie, sont également en jeu. La réaction d'une personne à des problèmes de santé graves et irrémédiables est primordiale pour sa dignité et son autonomie. La prohibition prive les personnes se trouvant dans cette situation du droit de prendre des décisions relatives à leur intégrité corporelle et aux soins médicaux et elle empiète ainsi sur leur liberté. Et en leur laissant subir des souffrances intolérables, elle empiète sur la sécurité de leur personne.

La prohibition de l'aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La prohibition n'a pas pour objet, envisagé largement, de préserver la vie peu importe les circonstances, mais plus précisément d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse. Puisque la prohibition absolue de l'aide au suicide favorise clairement la réalisation de cet objet, il n'y a pas privation arbitraire de droits individuels. Cependant, la prohibition s'applique à des

rights is in at least some cases not connected to the objective and that the prohibition is thus overbroad. It is unnecessary to decide whether the prohibition also violates the principle against gross disproportionality.

Having concluded that the prohibition on physician-assisted dying violates s. 7, it is unnecessary to consider whether it deprives adults who are physically disabled of their right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*.

Sections 241(*b*) and 14 of the *Criminal Code* are not saved by s. 1 of the *Charter*. While the limit is prescribed by law and the law has a pressing and substantial objective, the prohibition is not proportionate to the objective. An absolute prohibition on physician-assisted dying is rationally connected to the goal of protecting the vulnerable from taking their life in times of weakness, because prohibiting an activity that poses certain risks is a rational method of curtailing the risks. However, as the trial judge found, the evidence does not support the contention that a blanket prohibition is necessary in order to substantially meet the government's objective. The trial judge made no palpable and overriding error in concluding, on the basis of evidence from scientists, medical practitioners, and others who are familiar with end-of-life decision-making in Canada and abroad, that a permissive regime with properly designed and administered safeguards was capable of protecting vulnerable people from abuse and error. It was also open to her to conclude that vulnerability can be assessed on an individual basis, using the procedures that physicians apply in their assessment of informed consent and decisional capacity in the context of medical decision-making more generally. The absolute prohibition is therefore not minimally impairing. Given this conclusion, it is not necessary to weigh the impacts of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good.

The appropriate remedy is not to grant a free-standing constitutional exemption, but rather to issue a declaration of invalidity and to suspend it for 12 months. Nothing in this declaration would compel physicians to provide assistance in dying. The *Charter* rights of patients and

personnes qui n'entrent pas dans la catégorie des personnes protégées. Il s'ensuit que la restriction de leurs droits n'a, dans certains cas du moins, aucun lien avec l'objectif et que la portée de la prohibition est de ce fait excessive. Il n'est pas nécessaire de décider si la prohibition contrevient aussi au principe selon lequel elle ne doit pas avoir un caractère totalement disproportionné.

Comme nous avons conclu que la prohibition de l'aide médicale à mourir viole l'art. 7, point n'est besoin d'examiner si elle prive les adultes affectés d'un handicap physique de leur droit à un traitement égal garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

L'alinéa 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* ne sont pas sauvegardés par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la limite soit prescrite par une règle de droit et que la loi vise un objectif urgent et réel, la prohibition n'est pas proportionnée à son objectif. Il existe un lien rationnel entre une prohibition absolue de l'aide médicale à mourir et l'objectif qui consiste à empêcher que les personnes vulnérables s'enlèvent la vie dans un moment de faiblesse, parce que prohiber une activité qui pose certains risques constitue un moyen rationnel de réduire les risques. Toutefois, la juge de première instance a conclu que la preuve n'étaye pas la prétention qu'une prohibition générale est nécessaire pour réaliser de façon substantielle les objectifs de l'État. La juge n'a pas commis une erreur manifeste et dominante en concluant, sur la foi des témoignages de scientifiques, de praticiens de la santé et d'autres personnes qui connaissent bien la prise de décisions concernant la fin de vie au Canada et à l'étranger, qu'un régime permissif comportant des garanties adéquatement conçues et appliquées pouvait protéger les personnes vulnérables contre les abus et les erreurs. Elle pouvait également conclure que la vulnérabilité peut être évaluée au cas par cas au moyen des procédures suivies par les médecins lorsqu'ils évaluent le consentement éclairé et la capacité décisionnelle dans le contexte de la prise de décisions d'ordre médical de façon plus générale. La prohibition absolue ne constitue donc pas une atteinte minimale. Compte tenu de cette conclusion, il n'est pas nécessaire de mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public.

La réparation appropriée consiste non pas à accorder une exemption constitutionnelle autonome, mais plutôt à prononcer une déclaration d'invalidité et de suspendre la prise d'effet de son application pendant 12 mois. Rien dans cette déclaration ne contraindrait les médecins à

physicians will need to be reconciled in any legislative and regulatory response to this judgment.

The appellants are entitled to an award of special costs on a full indemnity basis to cover the entire expense of bringing this case before the courts. A court may depart from the usual rule on costs and award special costs where two criteria are met. First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not been previously resolved or that they transcend individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. Finally, only those costs that are shown to be reasonable and prudent will be covered by the award of special costs. Here, the trial judge did not err in awarding special costs in the truly exceptional circumstances of this case. It was also open to her to award 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia in light of the full and active role it played in the proceedings. The trial judge was in the best position to determine the role taken by that Attorney General and the extent to which it shared carriage of the case.

Cases Cited

Distinguished: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; **applied:** *Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101; **disapproved:** *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; **referred to:** *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, ECHR 2002-III; *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19; *R. (on the application of Nicklinson) v. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96; *Ontario (Attorney General) v. Fraser*, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3; *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R.

dispenser une aide médicale à mourir. La réponse législative ou réglementaire au présent jugement devra concilier les droits garantis par la *Charte* aux patients et aux médecins.

Les appelants ont droit à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale afin de couvrir la totalité des dépenses engagées pour porter cette affaire devant les tribunaux. Un tribunal peut déroger à la règle habituelle en matière de dépens et octroyer des dépens spéciaux lorsque deux critères sont respectés. Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétal ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. Enfin, seuls les frais dont on établit le caractère raisonnable et prudent seront couverts par l'octroi de dépens spéciaux. En l'espèce, la juge de première instance n'a pas commis une erreur en adjugeant des dépens spéciaux dans les circonstances vraiment exceptionnelles de cette affaire. Elle pouvait également condamner la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens puisque cette dernière avait participé pleinement et activement à l'instance. La juge était la mieux placée pour apprécier la participation de la procureure générale et la mesure dans laquelle celle-ci a partagé la responsabilité du dossier.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; **arrêt appliqué :** *Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101; **arrêt critiqué :** *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28; **arrêts mentionnés :** *Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco c. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty c. Royaume-Uni*, nº 2346/02, CEDH 2002-III; *Fleming c. Ireland*, [2013] IESC 19; *R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3; *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Nation Tsilhqot'in c.*

256; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181; *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385; *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38; *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17; *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hegeman v. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; *Polglase v. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting end-of-life care, CQLR, c. S-32.0001 [not yet in force].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 14, 21, 22, 212(1)(*j*), 222, 241.

Authors Cited

Singleton, Thomas J. "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Finch C.J.B.C. and Newbury and Saunders JJ.A.), 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th)

Colombie-Britannique, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181; *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481; *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417; *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361; *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38; *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17; *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hegeman c. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; *Polglase c. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 14, 21, 22, 212(1)(*j*), 222, 241.
Loi concernant les soins de fin de vie, RLRQ, c. S-32.0001 [non encore en vigueur].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

Doctrine et autres documents cités

Singleton, Thomas J. « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (le juge en chef Finch et les juges Newbury et Saunders), 2013 BCCA

213, 302 C.C.C. (3d) 26, 365 D.L.R. (4th) 351, 293 C.R.R. (2d) 109, 345 B.C.A.C. 232, 589 W.A.C. 232, [2014] 1 W.W.R. 211, [2013] B.C.J. No. 2227 (QL), 2013 CarswellBC 3051 (WL Can.), setting aside decisions of Smith J., 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, 261 C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1196 (QL), 2012 CarswellBC 1752 (WL Can.); and 2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224, [2012] B.C.J. No. 2259 (QL), 2012 CarswellBC 3388 (WL Can.). Appeal allowed.

Joseph J. Arvay, Q.C., Sheila M. Tucker and *Alison M. Latimer*, for the appellants.

Robert J. Frater and *Donnaree Nygard*, for the respondent the Attorney General of Canada.

Bryant Mackey, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

S. Zachary Green, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Jean-Yves Bernard and *Sylvain Leboeuf*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

David Baker and *Emily Shepard*, for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living.

Gerald D. Chipeur, Q.C., for the intervener the Christian Legal Fellowship.

Written submissions only by *Gordon Capern, Michael Fenrick, Richard Elliott* and *Ryan Peck*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

André Schutten, for the intervener the Association for Reformed Political Action Canada.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin and *Vincent Rochette*, for the intervener the Physicians' Alliance against Euthanasia.

435, 51 B.C.L.R. (5th) 213, 302 C.C.C. (3d) 26, 365 D.L.R. (4th) 351, 293 C.R.R. (2d) 109, 345 B.C.A.C. 232, 589 W.A.C. 232, [2014] 1 W.W.R. 211, [2013] B.C.J. No. 2227 (QL), 2013 CarswellBC 3051 (WL Can.), qui a infirmé des décisions de la juge Smith, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, 261 C.R.R. (2d) 1, [2012] B.C.J. No. 1196 (QL), 2012 CarswellBC 1752 (WL Can.); et 2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224, [2012] B.C.J. No. 2259 (QL), 2012 CarswellBC 3388 (WL Can.). Pourvoi accueilli.

Joseph J. Arvay, c.r., Sheila M. Tucker et *Alison M. Latimer*, pour les appelants.

Robert J. Frater et *Donnaree Nygard*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Bryant Mackey, pour l'intimée la procureure générale de la Colombie-Britannique.

S. Zachary Green, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Jean-Yves Bernard et *Sylvain Leboeuf*, pour l'intervenante la procureure générale du Québec.

David Baker et *Emily Shepard*, pour les intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire.

Gerald D. Chipeur, c.r., pour l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit.

Argumentation écrite seulement par *Gordon Capern, Michael Fenrick, Richard Elliott* et *Ryan Peck*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

André Schutten, pour l'intervenante Association for Reformed Political Action Canada.

Pierre Bienvenu, Andres C. Garin et *Vincent Rochette*, pour l'intervenant le Collectif des médecins contre l'euthanasie.

Geoffrey Trotter, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Albertos Polizogopoulos, for the interveners the Christian Medical and Dental Society of Canada and the Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies.

Written submissions only by *Cynthia Petersen* and *Kelly Doctor*, for the intervener Dying With Dignity.

Harry Underwood and *Jessica Prince*, for the intervener the Canadian Medical Association.

Albertos Polizogopoulos and *Russell G. Gibson*, for the intervener the Catholic Health Alliance of Canada.

Marlys A. Edwardh and *Daniel Sheppard*, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jason B. Gratl, for the interveners the Farewell Foundation for the Right to Die and Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

Christopher D. Bredt and *Margot Finley*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal*, *Jack R. Maslen* and *Philip H. Horgan*, for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and the Protection of Conscience Project.

Angus M. Gunn, *Q.C.*, and *Duncan A. W. Ault*, for the intervener the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Tim Dickson and *Ryan J. M. Androsoff*, for the intervener the Canadian Unitarian Council.

Hugh R. Scher, for the interveners the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

Geoffrey Trotter, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Albertos Polizogopoulos, pour les intervenantes Christian Medical and Dental Society of Canada et Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies.

Argumentation écrite seulement par *Cynthia Petersen* et *Kelly Doctor*, pour l'intervenante Dying With Dignity.

Harry Underwood et *Jessica Prince*, pour l'intervenante l'Association médicale canadienne.

Albertos Polizogopoulos et *Russell G. Gibson*, pour l'intervenante l'Alliance catholique canadienne de la santé.

Marlys A. Edwardh et *Daniel Sheppard*, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Jason B. Gratl, pour les intervenantes Farewell Foundation for the Right to Die et l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité.

Christopher D. Bredt et *Margot Finley*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal*, *Jack R. Maslen* et *Philip H. Horgan*, pour les intervenants la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et Protection of Conscience Project.

Angus M. Gunn, *c.r.*, et *Duncan A. W. Ault*, pour l'intervenante Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society.

Tim Dickson et *Ryan J. M. Androsoff*, pour l'intervenant le Conseil unitarien du Canada.

Hugh R. Scher, pour les intervenantes la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia.

TABLE OF CONTENTS

		Paragraph
I.	Introduction	1
II.	Background	5
III.	Statutory Provisions	19
IV.	Judicial History	22
A.	*British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*	22
B.	*British Columbia Court of Appeal, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*	34
V.	Issues on Appeal	40
VI.	Was the Trial Judge Bound by *Rodriguez*?	42
VII.	Does the Prohibition Interfere With the "Core" of the Provincial Jurisdiction Over Health?	49
VIII.	Section 7	54
A.	*Does the Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?*	57
(1)	Life	57
(2)	Liberty and Security of the Person	64
(3)	Summary on Section 7: Life, Liberty and Security of the Person	70
B.	*The Principles of Fundamental Justice*	71
(1)	Arbitrariness	83

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphe
I.	Introduction	1
II.	Contexte	5
III.	Dispositions législatives	19
IV.	Historique judiciaire	22
A.	*Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*	22
B.	*Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*	34
V.	Questions en litige soulevées dans le présent pourvoi	40
VI.	La juge de première instance était-elle liée par l'arrêt *Rodriguez*?	42
VII.	La prohibition porte-t-elle atteinte au « contenu essentiel » de la compétence provinciale sur la santé?	49
VIII.	L'article 7	54
A.	*La loi porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?*	57
(1)	La vie	57
(2)	La liberté et la sécurité de la personne	64
(3)	Résumé de l'analyse relative à l'art. 7 : la vie, la liberté et la sécurité de la personne	70
B.	*Les principes de justice fondamentale*	71
(1)	Le caractère arbitraire	83

(2) Overbreadth 85

(3) Gross Disproportionality 89

(4) Parity 91

IX. Does the Prohibition on Assisted Suicide Violate Section 15 of the *Charter*? 93

X. Section 1 94

(1) Rational Connection 99

(2) Minimal Impairment 102

(a) *Canada's Challenge to the Facts* 108

(b) *The Fresh Evidence* 110

(c) *The Feasibility of Safeguards and the Possibility of a "Slippery Slope"* 114

(3) Deleterious Effects and Salutary Benefits 122

XI. Remedy 124

A. *The Court of Appeal's Proposed Constitutional Exemption* 124

B. *Declaration of Invalidity* 126

XII. Costs 133

XIII. Conclusion 147

The following is the judgment delivered by

THE COURT —

I. Introduction

[1] It is a crime in Canada to assist another person in ending her own life. As a result, people who are grievously and irremediably ill cannot

(2) La portée excessive 85

(3) Le caractère totalement disproportionné 89

(4) La parité 91

IX. La prohibition de l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte*? 93

X. L'article premier 94

(1) Le lien rationnel 99

(2) L'atteinte minimale 102

a) *Contestation des faits par le Canada* 108

b) *Le nouvel élément de preuve* 110

c) *La faisabilité des garanties et la possibilité de « dérapage »* 114

(3) Effets préjudiciables et effets bénéfiques 122

XI. La réparation 124

A. *L'exemption constitutionnelle proposée par la Cour d'appel* 124

B. *Déclaration d'invalidité* 126

XII. Dépens 133

XIII. Conclusion 147

Version française du jugement rendu par

LA COUR —

I. Introduction

[1] Au Canada, le fait d'aider une personne à mettre fin à ses jours constitue un crime. Par conséquent, les personnes gravement et irrémédiablement

seek a physician's assistance in dying and may be condemned to a life of severe and intolerable suffering. A person facing this prospect has two options: she can take her own life prematurely, often by violent or dangerous means, or she can suffer until she dies from natural causes. The choice is cruel.

[2] The question on this appeal is whether the criminal prohibition that puts a person to this choice violates her *Charter* rights to life, liberty and security of the person (s. 7) and to equal treatment by and under the law (s. 15). This is a question that asks us to balance competing values of great importance. On the one hand stands the autonomy and dignity of a competent adult who seeks death as a response to a grievous and irremediable medical condition. On the other stands the sanctity of life and the need to protect the vulnerable.

[3] The trial judge found that the prohibition violates the s. 7 rights of competent adults who are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition. She concluded that this infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. We agree. The trial judge's findings were based on an exhaustive review of the extensive record before her. The evidence supports her conclusion that the violation of the right to life, liberty and security of the person guaranteed by s. 7 of the *Charter* is severe. It also supports her finding that a properly administered regulatory regime is capable of protecting the vulnerable from abuse or error.

[4] We conclude that the prohibition on physician-assisted dying is void insofar as it deprives a competent adult of such assistance where (1) the person affected clearly consents to the termination of life; and (2) the person has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is

malades ne peuvent demander l'aide d'un médecin pour mourir et peuvent être condamnées à une vie de souffrances aiguës et intolérables. Devant une telle perspective, deux solutions s'offrent à elles : soit mettre fin prématurément à leurs jours, souvent par des moyens violents ou dangereux, soit souffrir jusqu'à ce qu'elles meurent de causes naturelles. Le choix est cruel.

[2] Il faut déterminer dans le présent pourvoi si la prohibition criminelle qui impose ce choix à une personne viole les droits que lui garantit la *Charte canadienne des droits et libertés* — le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (art. 7) et le droit à l'égalité devant la loi (art. 15). Trancher cette question nous oblige à pondérer des valeurs opposées d'une grande importance. D'une part, il y a l'autonomie et la dignité d'un adulte capable qui cherche dans la mort un remède à des problèmes de santé graves et irrémédiables. D'autre part, il y a le caractère sacré de la vie et la nécessité de protéger les personnes vulnérables.

[3] La juge de première instance a conclu que la prohibition viole les droits que l'art. 7 garantit aux adultes capables voués à d'intolérables souffrances causées par des problèmes de santé graves et irrémédiables. Elle a conclu que cette violation n'est pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Nous sommes du même avis. La juge de première instance a fondé ses conclusions sur un examen exhaustif de l'imposant dossier dont elle disposait. La preuve appuie sa conclusion que la violation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* est grave. Elle étaye aussi sa conclusion qu'un régime de réglementation bien appliqué permet de protéger les personnes vulnérables contre les abus ou les erreurs.

[4] Nous concluons que la prohibition de l'aide d'un médecin pour mourir à une personne (« aide médicale à mourir ») est nulle dans la mesure où elle prive de cette aide un adulte capable dans les cas où (1) la personne touchée consent clairement à mettre fin à ses jours; et (2) la personne est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables

intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. We therefore allow the appeal.

II. Background

[5] In Canada, aiding or abetting a person to commit suicide is a criminal offence: see s. 241(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46. This means that a person cannot seek a physician-assisted death. Twenty-one years ago, this Court upheld this blanket prohibition on assisted suicide by a slim majority: *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519. Sopinka J., writing for five justices, held that the prohibition did not violate s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and that if it violated s. 15, this was justified under s. 1, as there was "no halfway measure that could be relied upon with assurance" to protect the vulnerable (p. 614). Four justices disagreed. McLachlin J. (as she then was), with L'Heureux-Dubé J. concurring, concluded that the prohibition violated s. 7 of the *Charter* and was not justified under s. 1. Lamer C.J. held that the prohibition violated s. 15 of the *Charter* and was not saved under s. 1. Cory J. agreed that the prohibition violated both ss. 7 and 15 and could not be justified.

[6] Despite the Court's decision in *Rodriguez*, the debate over physician-assisted dying continued. Between 1991 and 2010, the House of Commons and its committees debated no less than six private member's bills seeking to decriminalize assisted suicide. None was passed. While opponents to legalization emphasized the inadequacy of safeguards and the potential to devalue human life, a vocal minority spoke in favour of reform, highlighting the importance of dignity and autonomy and the limits of palliative care in addressing suffering. The Senate considered the matter as well, issuing a report on assisted suicide and euthanasia in 1995. The

(y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. En conséquence, la Cour accueille le pourvoi.

II. Contexte

[5] Au Canada, quiconque aide ou encourage une personne à se donner la mort commet un acte criminel : voir l'al. 241*b*) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46. Ainsi, une personne ne peut demander une aide médicale à mourir. Il y a 21 ans, la Cour a confirmé par une faible majorité cette interdiction générale de l'aide au suicide : *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519. S'exprimant au nom de cinq juges, le juge Sopinka a estimé que l'interdiction ne contrevenait pas à l'art. 7 de la *Charte*, et que, si elle contrevenait à l'art. 15, elle était justifiée au regard de l'article premier, car il n'existait « pas de demi-mesure qui permettrait de garantir, avec toutes les assurances voulues » la protection des personnes vulnérables (p. 614). Quatre juges se sont dits en désaccord. La juge McLachlin (maintenant Juge en chef), avec l'appui de la juge L'Heureux-Dubé, a exprimé l'avis que l'interdiction violait l'art. 7 de la *Charte* et qu'elle n'était pas justifiée au regard de l'article premier. Le juge en chef Lamer a estimé que l'interdiction violait l'art. 15 de la *Charte* et qu'elle n'était pas sauvegardée par l'article premier. Le juge Cory a estimé que cette interdiction contrevenait à la fois à l'art. 7 et à l'art. 15, et qu'elle ne pouvait être justifiée.

[6] Malgré l'arrêt *Rodriguez* de notre Cour, le débat entourant l'aide médicale à mourir s'est poursuivi. De 1991 à 2010, la Chambre des communes et ses comités ont débattu pas moins de six projets de loi d'initiative parlementaire visant à décriminaliser l'aide au suicide. Aucun n'a été adopté. Bien que les opposants à la légalisation aient souligné le caractère inadéquat des garanties et la possibilité de dévalorisation de la vie humaine, une minorité s'est exprimée énergiquement en faveur d'une réforme, faisant ressortir l'importance de la dignité et de l'autonomie de la personne ainsi que la réduction limitée des souffrances par les soins palliatifs.

majority expressed concerns about the risk of abuse under a permissive regime and the need for respect for life. A minority supported an exemption to the prohibition in some circumstances.

[7] More recent reports have come down in favour of reform. In 2011, the Royal Society of Canada published a report on end-of-life decision-making and recommended that the *Criminal Code* be modified to permit assistance in dying in some circumstances. The Quebec National Assembly's Select Committee on Dying with Dignity issued a report in 2012, recommending amendments to legislation to recognize medical aid in dying as appropriate end-of-life care (now codified in *An Act respecting end-of-life care*, CQLR, c. S-32.0001 (not yet in force)).

[8] The legislative landscape on the issue of physician-assisted death has changed in the two decades since *Rodriguez*. In 1993 Sopinka J. noted that no other Western democracy expressly permitted assistance in dying. By 2010, however, eight jurisdictions permitted some form of assisted dying: the Netherlands, Belgium, Luxembourg, Switzerland, Oregon, Washington, Montana, and Colombia. The process of legalization began in 1994, when Oregon, as a result of a citizens' initiative, altered its laws to permit medical aid in dying for a person suffering from a terminal disease. Colombia followed in 1997, after a decision of the constitutional court. The Dutch Parliament established a regulatory regime for assisted dying in 2002; Belgium quickly adopted a similar regime, with Luxembourg joining in 2009. Together, these regimes have produced a body of evidence about the practical and legal workings of physician-assisted death and the efficacy of safeguards for the vulnerable.

Le Sénat s'est lui aussi penché sur la question, produisant un rapport sur l'aide au suicide et l'euthanasie en 1995. La majorité de ses membres s'est dite préoccupée par le risque qu'un régime permissif ouvre la porte à des abus et par la nécessité de respecter la vie. Une minorité de ses membres s'est prononcée en faveur d'une exemption de l'application de la prohibition dans certaines circonstances.

[7] Des rapports plus récents penchent en faveur d'une réforme. En 2011, la Société royale du Canada a publié un rapport sur la prise de décisions en fin de vie et a recommandé que le *Code criminel* soit modifié pour permettre l'aide à mourir dans certaines circonstances. Dans un rapport déposé en 2012, la Commission spéciale de l'Assemblée nationale du Québec sur la question de mourir dans la dignité a elle aussi recommandé que la loi soit modifiée pour reconnaître l'aide médicale à mourir comme un soin de fin de vie approprié (maintenant consacré dans la *Loi concernant les soins de fin de vie*, RLRQ, c. S-32.0001 (non encore en vigueur)).

[8] Le portrait législatif en matière d'aide médicale à mourir a changé au cours des deux décennies qui ont suivi l'arrêt *Rodriguez*. En 1993, le juge Sopinka faisait remarquer qu'aucune autre démocratie occidentale n'autorisait expressément l'aide à mourir. Par contre, en 2010, une certaine forme d'aide à mourir était permise à huit endroits dans le monde : les Pays-Bas, la Belgique, le Luxembourg, la Suisse, l'Oregon, l'État de Washington, le Montana et la Colombie. Le phénomène de la légalisation est apparu en 1994 quand, à l'initiative de citoyens, l'Oregon a modifié ses lois afin de permettre l'aide médicale à mourir à l'égard d'une personne atteinte d'une maladie terminale. La Colombie a fait de même en 1997, à la suite d'une décision rendue par la cour constitutionnelle. Le Parlement néerlandais a établi un régime réglementaire applicable à l'aide à mourir en 2002; la Belgique n'a pas tardé à adopter un régime semblable, et le Luxembourg a emboîté le pas en 2009. Ensemble, ces régimes permettent de disposer d'un ensemble de données concernant les rouages pratiques et juridiques de l'aide médicale à mourir, ainsi que l'efficacité des mesures protégeant les personnes vulnérables.

[9] Nevertheless, physician-assisted dying remains a criminal offence in most Western countries, and a number of courts have upheld the prohibition on such assistance in the face of constitutional and human rights challenges: see, e.g., *Washington v. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco v. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty v. United Kingdom*, No. 2346/02, ECHR 2002-III; and *Fleming v. Ireland*, [2013] IESC 19. In a recent decision, a majority of the Supreme Court of the United Kingdom accepted that the absolute prohibition on assisted dying breached the claimants' rights, but found the evidence on safeguards insufficient; the court concluded that Parliament should be given an opportunity to debate and amend the legislation based on the court's provisional views (see *R. (on the application of Nicklinson v. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843).

[10] The debate in the public arena reflects the ongoing debate in the legislative sphere. Some medical practitioners see legal change as a natural extension of the principle of patient autonomy, while others fear derogation from the principles of medical ethics. Some people with disabilities oppose the legalization of assisted dying, arguing that it implicitly devalues their lives and renders them vulnerable to unwanted assistance in dying, as medical professionals assume that a disabled patient "leans towards death at a sharper angle than the acutely ill — but otherwise non-disabled — patient" (2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, at para. 811). Other people with disabilities take the opposite view, arguing that a regime which permits control over the manner of one's death respects, rather than threatens, their autonomy and dignity, and that the legalization of physician-assisted suicide will protect them by establishing stronger safeguards and oversight for end-of-life medical care.

[11] The impetus for this case arose in 2009, when Gloria Taylor was diagnosed with a fatal neurodegenerative disease, amyotrophic lateral sclerosis (or ALS), which causes progressive muscle

[9] L'aide médicale à mourir demeure néanmoins une infraction criminelle dans la plupart des pays occidentaux, et plusieurs tribunaux ont confirmé la prohibition de cette aide à l'issue de contestations constitutionnelles ou relatives aux droits de la personne : voir, p. ex., *Washington c. Glucksberg*, 521 U.S. 702 (1997); *Vacco c. Quill*, 521 U.S. 793 (1997); *Pretty c. Royaume-Uni*, nº 2346/02, CEDH 2002-III; *Fleming c. Ireland*, [2013] IESC 19. Dans un arrêt récent, les juges majoritaires de la Cour suprême du Royaume-Uni ont reconnu que la prohibition absolue de l'aide à mourir portait atteinte aux droits des demandeurs, mais ont jugé insuffisante la preuve concernant les garanties; la cour a conclu qu'il faudrait donner au Parlement l'occasion de débattre de la loi et de la modifier en fonction des avis provisoires de la cour (voir *R. (on the application of Nicklinson) c. Ministry of Justice*, [2014] UKSC 38, [2014] 3 All E.R. 843).

[10] Dans l'arène publique, le débat reflète celui qui se poursuit au sein de la sphère législative. Certains praticiens de la santé considèrent la modification du droit comme le prolongement naturel du principe de l'autonomie du patient, alors que d'autres craignent que l'on déroge aux principes de déontologie médicale. Certaines personnes handicapées s'opposent à la légalisation de l'aide à mourir et plaident qu'elle dévalorise implicitement leur vie et les rend vulnérables à une aide à mourir non désirée, car les professionnels de la santé présument qu'un patient affecté d'un handicap [TRADUCTION] « penche plus en faveur de la mort que le patient gravement malade qui n'a pas de handicap » (2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1, par. 811). D'autres personnes handicapées estiment par contre qu'un régime qui accorde aux personnes un droit de regard sur la manière de mourir respecte, plutôt qu'il ne menace, leur autonomie et leur dignité, et que la légalisation de l'aide médicale à mourir les protégera en établissant des garanties plus solides et une meilleure supervision des soins médicaux de fin de vie.

[11] Le présent litige a pris naissance en 2009 lorsque Gloria Taylor a appris qu'elle souffrait d'une maladie neurodégénérative fatale — la sclérose latérale amyotrophique (ou SLA) —, une maladie

weakness. ALS patients first lose the ability to use their hands and feet, then the ability to walk, chew, swallow, speak and, eventually, breathe. Like Sue Rodriguez before her, Gloria Taylor did "not want to die slowly, piece by piece" or "wracked with pain," and brought a claim before the British Columbia Supreme Court challenging the constitutionality of the *Criminal Code* provisions that prohibit assistance in dying, specifically ss. 14, 21, 22, 222, and 241. She was joined in her claim by Lee Carter and Hollis Johnson, who had assisted Ms. Carter's mother, Kathleen ("Kay") Carter, in achieving her goal of dying with dignity by taking her to Switzerland to use the services of DIGNITAS, an assisted-suicide clinic; Dr. William Shoichet, a physician from British Columbia who would be willing to participate in physician-assisted dying if it were no longer prohibited; and the British Columbia Civil Liberties Association, which has a long-standing interest in patients' rights and health policy and has conducted advocacy and education with respect to end-of-life choices, including assisted suicide.

causant un affaiblissement progressif des muscles. Les patients atteints de la SLA perdent tout d'abord la capacité d'utiliser leurs mains et leurs pieds, puis celle de marcher, de mastiquer, d'avaler, de parler et, finalement, de respirer. Tout comme Sue Rodriguez avant elle, Gloria Taylor [TRADUCTION] « ne voulait pas mourir lentement, à petit feu » ou « terrassée par la douleur ». Elle a donc intenté devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique une action contestant la constitutionnalité des dispositions du *Code criminel* qui prohibent l'aide à mourir, soit les art. 14, 21, 22, 222 et 241. Se sont joints à sa demande Lee Carter et Hollis Johnson, qui avaient aidé la mère de M^me^ Carter, Kathleen (« Kay ») Carter, à réaliser son souhait de mourir dans la dignité en l'emmenant en Suisse pour qu'elle puisse recourir aux services de DIGNITAS, une clinique d'aide au suicide; le D^r^ William Shoichet, un médecin de la Colombie-Britannique qui serait disposé à participer à un processus d'aide médicale à mourir si la prohibition était levée; et l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, laquelle s'intéresse depuis longtemps aux droits des patients et à la politique en matière de santé et qui a mené des activités de promotion et d'éducation en matière de choix de fin de vie, y compris l'aide au suicide.

[12] By 2010, Ms. Taylor's condition had deteriorated to the point that she required a wheelchair to go more than a short distance and was suffering pain from muscle deterioration. She required home support for assistance with the daily tasks of living, something that she described as an assault on her privacy, dignity, and self-esteem. She continued to pursue an independent life despite her illness, but found that she was steadily losing the ability to participate fully in that life. Ms. Taylor informed her family and friends of a desire to obtain a physician-assisted death. She did not want to "live in a bedridden state, stripped of dignity and independence", she said; nor did she want an "ugly death". This is how she explained her desire to seek a physician-assisted death:

[12] En 2010, l'état de santé de M^me^ Taylor s'était détérioré à un point tel qu'elle devait se déplacer en fauteuil roulant, sauf pour parcourir de courtes distances, et la détérioration de ses muscles lui causait de la douleur. Elle avait besoin d'un soutien à domicile pour accomplir ses tâches quotidiennes, ce qu'elle a décrit comme un affront à sa vie privée, à sa dignité et à son estime de soi. Malgré sa maladie, elle a continué de mener une existence indépendante, mais elle a constaté qu'elle perdait de plus en plus la capacité de vivre ainsi. M^me^ Taylor a informé sa famille et ses amis de son désir d'obtenir une aide médicale à mourir. Elle a dit ne pas vouloir [TRADUCTION] « vivre clouée au lit, dépouillée de sa dignité et de son indépendance », et qu'elle ne voulait pas non plus d'une [TRADUCTION] « mort affreuse ». C'est en ces termes qu'elle a expliqué son vœu de demander une aide médicale à mourir :

I do not want my life to end violently. I do not want my mode of death to be traumatic for my family members. I

[TRADUCTION] Je ne veux pas que ma vie prenne fin violemment. Je ne veux pas que la façon dont je

want the legal right to die peacefully, at the time of my own choosing, in the embrace of my family and friends.

I know that I am dying, but I am far from depressed. I have some down time – that is part and parcel of the experience of knowing that you are terminal. But there is still a lot of good in my life; there are still things, like special times with my granddaughter and family, that bring me extreme joy. I will not waste any of my remaining time being depressed. I intend to get every bit of happiness I can wring from what is left of my life so long as it remains a life of quality; but I do not want to live a life without quality. There will come a point when I will know that enough is enough. I cannot say precisely when that time will be. It is not a question of "when I can't walk" or "when I can't talk." There is no pre-set trigger moment. I just know that, globally, there will be some point in time when I will be able to say – "this is it, this is the point where life is just not worthwhile." When that time comes, I want to be able to call my family together, tell them of my decision, say a dignified good-bye and obtain final closure – for me and for them.

My present quality of life is impaired by the fact that I am unable to say for certain that I will have the right to ask for physician-assisted dying when that "enough is enough" moment arrives. I live in apprehension that my death will be slow, difficult, unpleasant, painful, undignified and inconsistent with the values and principles I have tried to live by. . . .

. . .

. . . What I fear is a death that negates, as opposed to concludes, my life. I do not want to die slowly, piece by piece. I do not want to waste away unconscious in a hospital bed. I do not want to die wracked with pain.

[13] Ms. Taylor, however, knew she would be unable to request a physician-assisted death when the time came, because of the *Criminal Code* prohibition and the fact that she lacked the financial resources to travel to Switzerland, where assisted suicide is legal and available to non-residents. This

mourrai soit traumatisante pour les membres de ma famille. Je veux qu'on me reconnaisse le droit de mourir paisiblement, au moment que je choisirai, dans les bras de ma famille et de mes amis.

Je sais que je vais bientôt mourir, mais je suis loin d'être déprimée. Je suis parfois découragée – cela fait partie intégrante de l'expérience de savoir que l'on est en phase terminale. Mais la vie m'apporte encore beaucoup de bonnes choses, comme des moments spéciaux en compagnie de ma petite-fille et de ma famille, ce qui me procure une joie immense. Je ne gaspillerai pas le temps qui me reste à être déprimée. J'entends saisir chaque moment de bonheur que je peux encore arracher au temps qu'il me reste à vivre, dans la mesure où il s'agit d'une vie de qualité; mais je ne veux pas d'une vie sans qualité. Il viendra un moment où je saurai que c'en est assez. Je ne peux pas dire exactement quand ce moment arrivera. Ce n'est pas « quand je ne pourrai plus marcher » ou « quand je ne pourrai plus parler ». Il n'y a aucun moment déclencheur préétabli. Je sais simplement que, globalement, il viendra un moment où je pourrai dire : « ça y est, le moment est arrivé où la vie n'en vaut tout simplement plus la peine. » Quand ce moment arrivera, je veux pouvoir réunir les membres de ma famille, les informer de ma décision, leur faire dignement mes adieux et tourner définitivement la page – tant pour eux que pour moi.

Actuellement, ma qualité de vie est diminuée par le fait que je suis incapable d'affirmer avec certitude que j'aurai le droit de demander de l'aide médicale à mourir quand arrivera le moment où « c'en sera assez ». Je vis dans la hantise d'une mort lente, difficile, désagréable, douloureuse, humiliante et incompatible avec les valeurs et principes selon lesquels j'ai essayé de vivre. . .

. . .

. . . Ce que je crains, c'est une mort qui, au lieu d'apporter une conclusion à ma vie, en efface les traces. Je ne veux pas mourir lentement, à petit feu. Je ne veux pas dépérir, inconsciente, dans un lit d'hôpital. Je ne veux pas mourir terrassée par la douleur.

[13] M^me^ Taylor savait cependant qu'il lui serait impossible de demander une aide médicale à mourir au moment venu parce que le *Code criminel* le prohibait et qu'elle n'avait pas les ressources financières voulues pour se rendre en Suisse, où l'aide au suicide est légale et offerte aux non-résidents.

left her with what she described as the "cruel choice" between killing herself while she was still physically capable of doing so, or giving up the ability to exercise any control over the manner and timing of her death.

[14] Other witnesses also described the "horrible" choice faced by a person suffering from a grievous and irremediable illness. The stories in the affidavits vary in their details: some witnesses described the progression of degenerative illnesses like motor neuron diseases or Huntington's disease, while others described the agony of treatment and the fear of a gruesome death from advanced-stage cancer. Yet running through the evidence of all the witnesses is a constant theme — that they suffer from the knowledge that they lack the ability to bring a peaceful end to their lives at a time and in a manner of their own choosing.

[15] Some describe how they had considered seeking out the traditional modes of suicide but found that choice, too, repugnant:

> I was going to blow my head off. I have a gun and I seriously considered doing it. I decided that I could not do that to my family. It would be horrible to put them through something like that. . . . I want a better choice than that.

A number of the witnesses made clear that they — or their loved ones — had considered or in fact committed suicide earlier than they would have chosen to die if physician-assisted death had been available to them. One woman noted that the conventional methods of suicide, such as carbon monoxide asphyxiation, slitting of the wrists or overdosing on street drugs, would require that she end her life "while I am still able bodied and capable of taking my life, well ahead of when I actually need to leave this life".

[16] Still other witnesses described their situation in terms of a choice between a protracted or painful

Elle se trouvait ainsi devant ce qu'elle a décrit comme le [TRADUCTION] « choix cruel » entre mettre fin elle-même à ses jours alors qu'elle était encore physiquement apte à le faire, ou renoncer à la possibilité d'exercer un droit de regard sur le moment et la manière de mourir.

[14] D'autres témoins ont également parlé du choix « horrible » devant lequel se trouve une personne atteinte d'une maladie grave et irrémédiable. Les affidavits présentent des récits dont les détails varient : certains témoins ont décrit la progression de maladies dégénératives comme les maladies des motoneurones ou la maladie de Huntington, d'autres, l'agonie provoquée par traitements et la crainte d'une mort atroce causée par un cancer à un stade avancé. Cependant, un thème revient constamment dans les dépositions de tous les témoins : ils souffrent de se savoir privés de la faculté de mettre fin paisiblement à leurs jours au moment et de la manière de leur choix.

[15] Certains disent avoir envisagé de recourir aux formes traditionnelles de suicide, mais avoir jugé cette solution répugnante elle aussi :

> [TRADUCTION] J'allais me faire sauter la cervelle. Je possède une arme à feu et j'ai sérieusement pensé à passer à l'acte. J'ai décidé que je ne pouvais pas faire cela à ma famille. Il serait horrible de leur faire vivre une chose pareille. [. . .] Je veux une meilleure solution.

Des témoins ont précisé qu'eux-mêmes — ou des êtres chers — avaient envisagé de se suicider et que, dans certains cas, des personnes s'étaient suicidées plus tôt qu'au moment où elles auraient choisi de mourir si elles avaient eu accès à une aide médicale à mourir. Une femme a souligné que le recours aux méthodes de suicide classiques telles l'asphyxie au monoxyde de carbone, l'ouverture des veines ou une surdose de drogues illicites, l'obligerait à mettre fin à ses jours [TRADUCTION] « alors que je suis encore physiquement apte à m'enlever la vie, bien avant que j'aie effectivement besoin de quitter ce monde ».

[16] Par ailleurs, d'autres témoins ont dit se trouver devant la nécessité de choisir entre une agonie

death and exposing their loved ones to prosecution for assisting them in ending their lives. Speaking of himself and his wife, one man said: "We both face this reality, that we have only two terrible and imperfect options, with a sense of horror and loathing."

[17] Ms. Carter and Mr. Johnson described Kay Carter's journey to assisted suicide in Switzerland and their role in facilitating that process. Kay was diagnosed in 2008 with spinal stenosis, a condition that results in the progressive compression of the spinal cord. By mid-2009, her physical condition had deteriorated to the point that she required assistance with virtually all of her daily activities. She had extremely limited mobility and suffered from chronic pain. As her illness progressed, Kay informed her family that she did not wish to live out her life as an "ironing board", lying flat in bed. She asked her daughter, Lee Carter, and her daughter's husband, Hollis Johnson, to support and assist her in arranging an assisted suicide in Switzerland, and to travel there with her for that purpose. Although aware that assisting Kay could expose them both to prosecution in Canada, they agreed to assist her. In early 2010, they attended a clinic in Switzerland operated by DIGNITAS, a Swiss "death with dignity" organization. Kay took the prescribed dose of sodium pentobarbital while surrounded by her family, and passed away within 20 minutes.

[18] Ms. Carter and Mr. Johnson found the process of planning and arranging for Kay's trip to Switzerland difficult, in part because their activities had to be kept secret due to the potential for criminal sanctions. While they have not faced prosecution in Canada following Kay's death, Ms. Carter and Mr. Johnson are of the view that Kay ought to have been able to obtain a physician-assisted suicide at home, surrounded by her family and friends, rather than undergoing the stressful and expensive

prolongée ou douloureuse et exposer leurs proches à des poursuites pour les avoir aidés à mettre fin à leurs jours. Parlant de lui-même et de son épouse, un homme a dit ce qui suit : [TRADUCTION] « Nous sommes tous deux confrontés à cette réalité, de n'avoir que deux solutions terribles et imparfaites, avec un sentiment d'horreur et de dégoût. »

[17] M^me^ Carter et M. Johnson ont décrit le voyage qu'a fait Kay Carter en Suisse pour mettre à exécution son projet de suicide assisté, ainsi que le rôle qu'ils ont joué pour en faciliter la réalisation. En 2008, on a diagnostiqué chez Kay une sténose du canal rachidien lombaire, une maladie qui entraîne la compression progressive de la moelle épinière. Au milieu de l'année 2009, son état de santé s'était détérioré à un point tel qu'elle avait besoin d'aide pour presque toutes ses activités quotidiennes. Sa mobilité était extrêmement réduite et elle souffrait de douleurs chroniques. Vu la progression de sa maladie, Kay a informé sa famille qu'elle ne voulait pas vivre le reste de sa vie alitée, comme une [TRADUCTION] « planche à repasser ». Elle a sollicité l'aide et le soutien de sa fille, Lee Carter, et du mari de celle-ci, Hollis Johnson, pour organiser un suicide assisté en Suisse, et elle leur a demandé de l'accompagner dans ce pays à cette fin. Bien que conscients qu'ils s'exposaient tous les deux à des poursuites au Canada s'ils venaient en aide à Kay, ils ont néanmoins consenti à le faire. Au début de 2010, ils se sont rendus en Suisse dans une clinique exploitée par DIGNITAS, une organisation suisse militant pour le droit de « mourir dans la dignité ». Entourée de sa famille, Kay a pris la dose de pentobarbital sodique prescrite et elle est décédée moins de 20 minutes plus tard.

[18] M^me^ Carter et M. Johnson ont trouvé difficile le processus de planification et d'organisation du voyage de Kay en Suisse, en partie parce que leurs activités devaient rester secrètes compte tenu du risque de sanctions criminelles. Bien qu'ils n'aient pas fait l'objet de poursuites au Canada à la suite du décès de Kay, M^me^ Carter et M. Johnson sont d'avis que celle-ci aurait dû pouvoir obtenir une aide médicale à mourir dans son pays, entourée de sa famille et de ses amis, au lieu de devoir se soumettre au

process of arranging for the procedure overseas. Accordingly, they joined Ms. Taylor in pressing for the legalization of physician-assisted death.

III. Statutory Provisions

[19] The appellants challenge the constitutionality of the following provisions of the *Criminal Code*:

14. No person is entitled to consent to have death inflicted on him, and such consent does not affect the criminal responsibility of any person by whom death may be inflicted on the person by whom consent is given.

21. (1) Every one is a party to an offence who

. . .

(*b*) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

. . .

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

22. (1) Where a person counsels another person to be a party to an offence and that other person is afterwards a party to that offence, the person who counselled is a party to that offence, notwithstanding that the offence was committed in a way different from that which was counselled.

(2) Every one who counsels another person to be a party to an offence is a party to every offence that the other commits in consequence of the counselling that the person who counselled knew or ought to have known was likely to be committed in consequence of the counselling.

(3) For the purposes of this Act, "counsel" includes procure, solicit or incite.

222. (1) A person commits homicide when, directly or indirectly, by any means, he causes the death of a human being.

processus stressant et onéreux d'obtention d'une telle aide à l'étranger. En conséquence, ils se sont joints à M^me^ Taylor pour revendiquer la légalisation de l'aide médicale à mourir.

III. Dispositions législatives

[19] Les appelants contestent la constitutionnalité des dispositions suivantes du *Code criminel* :

14. Nul n'a le droit de consentir à ce que la mort lui soit infligée, et un tel consentement n'atteint pas la responsabilité pénale d'une personne par qui la mort peut être infligée à celui qui a donné ce consentement.

21. (1) Participent à une infraction :

. . .

b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;

. . .

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

22. (1) Lorsqu'une personne conseille à une autre personne de participer à une infraction et que cette dernière y participe subséquemment, la personne qui a conseillé participe à cette infraction, même si l'infraction a été commise d'une manière différente de celle qui avait été conseillée.

(2) Quiconque conseille à une autre personne de participer à une infraction participe à chaque infraction que l'autre commet en conséquence du conseil et qui, d'après ce que savait ou aurait dû savoir celui qui a conseillé, était susceptible d'être commise en conséquence du conseil.

(3) Pour l'application de la présente loi, « conseiller » s'entend d'amener et d'inciter, et « conseil » s'entend de l'encouragement visant à amener ou à inciter.

222. (1) Commet un homicide quiconque, directement ou indirectement, par quelque moyen, cause la mort d'un être humain.

(2) Homicide is culpable or not culpable.

(3) Homicide that is not culpable is not an offence.

(4) Culpable homicide is murder or manslaughter or infanticide.

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(*a*) by means of an unlawful act;

. . .

241. Every one who

(*a*) counsels a person to commit suicide, or

(*b*) aids or abets a person to commit suicide,

whether suicide ensues or not, is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding fourteen years.

[20] In our view, two of these provisions are at the core of the constitutional challenge: s. 241(*b*), which says that everyone who aids or abets a person in committing suicide commits an indictable offence, and s. 14, which says that no person may consent to death being inflicted on them. It is these two provisions that prohibit the provision of assistance in dying. Sections 21, 22, and 222 are only engaged so long as the provision of assistance in dying is itself an "unlawful act" or offence. Section 241(*a*) does not contribute to the prohibition on assisted suicide.

[21] The *Charter* states:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

(2) L'homicide est coupable ou non coupable.

(3) L'homicide non coupable ne constitue pas une infraction.

(4) L'homicide coupable est le meurtre, l'homicide involontaire coupable ou l'infanticide.

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain :

a) soit au moyen d'un acte illégal;

. . .

241. Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de quatorze ans quiconque, selon le cas :

a) conseille à une personne de se donner la mort;

b) aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort, que le suicide s'ensuive ou non.

[20] À notre avis, deux de ces dispositions sont au cœur de la présente contestation constitutionnelle : l'al. 241*b*), aux termes duquel quiconque aide ou encourage quelqu'un à se donner la mort est coupable d'un acte criminel, et l'art. 14, qui précise que nul ne peut consentir à ce que la mort lui soit infligée. Ce sont ces deux dispositions qui prohibent le fait d'aider une personne à mourir. Les articles 21, 22 et 222 s'appliquent uniquement si le fait d'aider quelqu'un à se donner la mort constitue en soi un « acte illégal » ou une infraction. L'alinéa 241*a*) ne contribue en rien à la prohibition du suicide assisté.

[21] La *Charte* dispose :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

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

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

IV. Judicial History

IV. Historique judiciaire

A. *British Columbia Supreme Court, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1*

[22] The action was brought by way of summary trial before Smith J. in the British Columbia Supreme Court. While the majority of the evidence was presented in affidavit form, a number of the expert witnesses were cross-examined, both prior to trial and before the trial judge. The record was voluminous: the trial judge canvassed evidence from Canada and from the permissive jurisdictions on medical ethics and current end-of-life practices, the risks associated with assisted suicide, and the feasibility of safeguards.

[22] L'action intentée par voie de procédure sommaire a été instruite par la juge Smith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Quoique la majeure partie de la preuve ait été présentée sous forme d'affidavit, un certain nombre de témoins experts ont été contre-interrogés, tant avant le procès que devant la juge de première instance. Le dossier était volumineux : la juge de première instance a examiné attentivement les éléments de preuve provenant du Canada et des endroits où l'aide à mourir est autorisée relativement à l'éthique médicale et aux pratiques utilisées actuellement en fin de vie, aux risques associés à l'aide au suicide ainsi qu'à la possibilité d'appliquer des garanties.

[23] The trial judge began by reviewing the current state of the law and practice in Canada regarding end-of-life care. She found that current unregulated end-of-life practices in Canada — such as the administration of palliative sedation and the withholding or withdrawal of lifesaving or life-sustaining medical treatment — can have the effect of hastening death and that there is a strong societal consensus that these practices are ethically acceptable (para. 357). After considering the evidence of physicians and ethicists, she found that the "preponderance of the evidence from ethicists is that there is no ethical distinction between physician-assisted death and other end-of-life practices whose outcome is highly likely to be death" (para. 335). Finally, she found that there are qualified Canadian physicians who would find it ethical to assist a patient in dying if that act were not prohibited by law (para. 319).

[23] La juge de première instance a d'abord passé en revue l'état actuel du droit et la pratique, au Canada, en ce qui concerne les soins en fin de vie. Elle a estimé que les pratiques utilisées actuellement en fin de vie en l'absence de toute réglementation au Canada — notamment l'administration d'une sédation palliative et l'arrêt ou le retrait d'un traitement vital ou de maintien de la vie — peuvent avoir pour effet de précipiter la mort, et qu'il existe un fort consensus dans la société sur le caractère acceptable de telles pratiques sur le plan éthique (par. 357). Après avoir examiné les éléments de preuve émanant de médecins et d'éthiciens, elle a considéré que, selon la [TRADUCTION] « prépondérance de la preuve émanant d'éthiciens, il n'y a aucune distinction sur le plan éthique entre l'aide médicale à mourir et les autres pratiques utilisées en fin de vie dont l'issue est selon toute vraisemblance la mort » (par. 335). Enfin, elle a estimé que des médecins canadiens qualifiés considéreraient éthique d'aider un patient à mourir si un tel acte n'était pas prohibé par la loi (par. 319).

[24] Based on these findings, the trial judge concluded that, while there is no clear societal consensus on physician-assisted dying, there is a strong consensus that it would only be ethical with respect to voluntary adults who are competent, informed, grievously and irremediably ill, and where the assistance is "clearly consistent with the patient's wishes and best interests, and [provided] in order to relieve suffering" (para. 358).

[25] The trial judge then turned to the evidence from the regimes that permit physician-assisted dying. She reviewed the safeguards in place in each jurisdiction and considered the effectiveness of each regulatory regime. In each system, she found general compliance with regulations, although she noted some room for improvement. The evidence from Oregon and the Netherlands showed that a system can be designed to protect the socially vulnerable. Expert evidence established that the "predicted abuse and disproportionate impact on vulnerable populations has not materialized" in Belgium, the Netherlands, and Oregon (para. 684). She concluded that

> although none of the systems has achieved perfection, empirical researchers and practitioners who have experience in those systems are of the view that they work well in protecting patients from abuse while allowing competent patients to choose the timing of their deaths. [para. 685]

While stressing the need for caution in drawing conclusions for Canada based on foreign experience, the trial judge found that "weak inference[s]" could be drawn about the effectiveness of safeguards and the potential degree of compliance with any permissive regime (para. 683).

[24] S'appuyant sur ces considérations, la juge de première instance a conclu qu'en dépit de l'absence, dans la société, d'un consensus clair sur l'aide médicale à mourir, il existe un fort consensus sur le fait que cette aide ne serait conforme à l'éthique qu'à l'égard d'adultes capables et avisés qui y consentent et qui sont atteints d'une maladie grave et irrémédiable, et lorsque cette aide est [TRADUCTION] « manifestement compatible avec la volonté et l'intérêt du patient et [fournie] dans le but de soulager la souffrance » (par. 358).

[25] La juge de première instance s'est ensuite penchée sur les éléments de preuve provenant des régimes qui permettent l'aide médicale à mourir. Elle a examiné les garanties en place à chaque endroit ainsi que l'efficacité de chaque régime de réglementation. Elle a conclu que dans chacun de ces régimes, la réglementation applicable est généralement respectée, quoiqu'elle ait signalé qu'il y avait encore place à amélioration. Les données provenant de l'Oregon et des Pays-Bas indiquaient qu'il est possible de concevoir un régime pour protéger les personnes socialement vulnérables. Les témoignages d'experts ont établi que les [TRADUCTION] « abus anticipés dans le cas des populations vulnérables ainsi que les répercussions disproportionnées qui devaient les toucher ne se sont pas concrétisés » en Belgique, aux Pays-Bas et en Oregon (par. 684). La juge a conclu comme suit :

> [TRADUCTION] . . . bien qu'aucun des régimes existants ne soit parfait, tant les théoriciens que les praticiens familiers avec ces régimes sont d'avis que ceux-ci protègent adéquatement les patients contre les abus tout en permettant aux malades capables de choisir le moment où ils mourront. [par. 685]

Bien qu'elle ait souligné que la circonspection s'imposait avant de tirer, à l'égard du Canada, des conclusions fondées sur l'expérience acquise à l'étranger, la juge de première instance a estimé que des [TRADUCTION] « inférence[s] sujette[s] à caution » pouvaient être tirées quant à l'efficacité des garanties et au degré possible de respect d'un régime permissif (par. 683).

[26] Based on the evidence from the permissive jurisdictions, the trial judge also rejected the argument that the legalization of physician-assisted dying would impede the development of palliative care in the country, finding that the effects of a permissive regime, while speculative, would "not necessarily be negative" (para. 736). Similarly, she concluded that any changes in the physician-patient relationship following legalization "could prove to be neutral or for the good" (para. 746).

[27] The trial judge then considered the risks of a permissive regime and the feasibility of implementing safeguards to address those risks. After reviewing the evidence tendered by physicians and experts in patient assessment, she concluded that physicians were capable of reliably assessing patient competence, including in the context of life-and-death decisions (para. 798). She found that it was possible to detect coercion, undue influence, and ambivalence as part of this assessment process (paras. 815, 843). She also found that the informed consent standard could be applied in the context of physician-assisted death, so long as care was taken to "ensure a patient is properly informed of her diagnosis and prognosis" and the treatment options described included all reasonable palliative care interventions (para. 831). Ultimately, she concluded that the risks of physician-assisted death "can be identified and very substantially minimized through a carefully-designed system" that imposes strict limits that are scrupulously monitored and enforced (para. 883).

[28] Having reviewed the copious evidence before her, the trial judge concluded that the decision in *Rodriguez* did not prevent her from reviewing the constitutionality of the impugned provisions, because (1) the majority in *Rodriguez* did not address the right to life; (2) the principles of overbreadth and gross disproportionality had not been identified at the time of the decision in *Rodriguez*

[26] Se fondant sur les éléments de preuve provenant des régimes qui permettent l'aide médicale à mourir, la juge de première instance a également rejeté l'argument selon lequel la légalisation de l'aide médicale à mourir nuirait à l'évolution des soins palliatifs au Canada, concluant que, quoique conjecturaux, les effets d'un régime permissif ne [TRADUCTION] « seraient pas nécessairement négatifs » (par. 736). De même, elle a conclu que les changements dans la relation entre le médecin et son patient suivant la légalisation [TRADUCTION] « pourraient s'avérer neutres ou bénéfiques » (par. 746).

[27] La juge de première instance a alors examiné les risques que pose un régime permissif et la faisabilité de la mise en place de garanties pour contrer ces risques. Après un examen des témoignages des médecins et des experts en matière d'évaluation des patients, elle a conclu que les médecins étaient en mesure d'évaluer de manière fiable la capacité d'un patient, notamment à l'égard des décisions touchant la vie et la mort (par. 798). Ce processus d'évaluation permet, selon elle, de déceler l'existence de contraintes, d'influence injustifiée et d'ambivalence (par. 815, 843). Elle a également conclu que la norme régissant le consentement éclairé pouvait s'appliquer dans le contexte de l'aide médicale à mourir, à la condition que l'on ait pris soin de [TRADUCTION] « s'assurer que le patient soit adéquatement informé de son diagnostic et de son pronostic », et d'inclure dans la gamme des traitements décrits toutes les mesures de soins palliatifs raisonnables (par. 831). Enfin, elle a conclu que les risques de l'aide médicale à mourir [TRADUCTION] « peuvent être reconnus et réduits considérablement dans un régime soigneusement conçu » qui impose des limites strictes scrupuleusement surveillées et appliquées (par. 883).

[28] Après avoir passé en revue la preuve abondante qui lui a été soumise, la juge de première instance a conclu que l'arrêt *Rodriguez* ne l'empêchait pas de se prononcer sur la constitutionnalité des dispositions contestées, et ce, parce que (1) dans *Rodriguez*, les juges majoritaires ne s'étaient pas penchés sur le droit à la vie; (2) les principes de la portée excessive et du caractère

and thus were not addressed in that decision; (3) the majority only "assumed" a violation of s. 15; and (4) the decision in *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, represented a "substantive change" to the s. 1 analysis (para. 994). The trial judge concluded that these changes in the law, combined with the changes in the social and factual landscape over the past 20 years, permitted her to reconsider the constitutionality on the prohibition on physician-assisted dying.

totalement disproportionné n'avaient pas encore été établis au moment où cet arrêt a été rendu et n'avaient donc pas été examinés dans celui-ci; (3) les juges majoritaires avaient seulement « supposé » l'existence d'une violation de l'art. 15; et (4) l'arrêt *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, a représenté un [TRADUCTION] « changement substantiel » dans l'analyse fondée sur l'article premier (par. 994). Selon la juge de première instance, ces changements dans l'état du droit, conjugués aux changements observés dans le paysage social et factuel au cours des 20 dernières années, lui permettaient de revoir la constitutionnalité de la prohibition de l'aide médicale à mourir.

[29] The trial judge then turned to the *Charter* analysis. She first asked whether the prohibition violated the s. 15 equality guarantee. She found that the provisions imposed a disproportionate burden on persons with physical disabilities, as only they are restricted to self-imposed starvation and dehydration in order to take their own lives (para. 1076). This distinction, she found, is discriminatory, and not justified under s. 1. While the objective of the prohibition — the protection of vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness — is pressing and substantial and the means are rationally connected to that purpose, the prohibition is not minimally impairing. A "stringently limited, carefully monitored system of exceptions" would achieve Parliament's objective:

> Permission for physician-assisted death for grievously ill and irremediably suffering people who are competent, fully informed, non-ambivalent, and free from coercion or duress, with stringent and well-enforced safeguards, could achieve that objective in a real and substantial way. [para. 1243]

[29] La juge de première instance a ensuite procédé à l'analyse fondée sur la *Charte*. Elle s'est d'abord demandé si la prohibition violait la garantie d'égalité de l'art. 15. Elle a conclu que les dispositions imposaient un fardeau disproportionné aux personnes handicapées physiquement, car pour s'enlever la vie, elles seules sont limitées au refus de s'alimenter et de s'hydrater (par. 1076). À son avis, cette distinction est discriminatoire et n'est pas justifiée au regard de l'article premier. Bien que l'objectif de la prohibition — protéger les personnes vulnérables contre toute incitation à se donner la mort dans un moment de faiblesse — soit urgent et réel, et qu'il existe un lien rationnel entre le moyen choisi et cet objectif, la prohibition ne constitue pas une atteinte minimale. Un [TRADUCTION] « régime assorti d'exceptions, rigoureusement circonscrit et surveillé attentivement » permettrait de réaliser l'objectif du législateur :

> [TRADUCTION] Accorder une aide médicale à mourir aux personnes grièvement malades et condamnées à des souffrances irrémédiables — des personnes capables, bien informées, non ambivalentes, qui n'ont subi aucune coercition ou contrainte —, dans le cadre d'un régime comportant des garanties rigoureuses et bien appliquées, pourrait permettre de réaliser réellement et substantiellement cet objectif. [par. 1243]

[30] Turning to s. 7 of the *Charter*, which protects life, liberty and security of the person, the trial judge found that the prohibition impacted all three

[30] Examinant l'art. 7 de la *Charte*, qui protège le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, la juge de première instance a conclu

interests. The prohibition on seeking physician-assisted dying deprived individuals of liberty, which encompasses "the right to non-interference by the state with fundamentally important and personal medical decision-making" (para. 1302). In addition, it also impinged on Ms. Taylor's security of the person by restricting her control over her bodily integrity. While the trial judge rejected a "qualitative" approach to the right to life, concluding that the right to life is only engaged by a threat of death, she concluded that Ms. Taylor's right to life was engaged insofar as the prohibition might force her to take her life earlier than she otherwise would if she had access to a physician-assisted death.

[31] The trial judge concluded that the deprivation of the claimants' s. 7 rights was not in accordance with the principles of fundamental justice, particularly the principles against overbreadth and gross disproportionality. The prohibition was broader than necessary, as the evidence showed that a system with properly designed and administered safeguards offered a less restrictive means of reaching the government's objective. Moreover, the "very severe" effects of the absolute prohibition in relation to its salutary effects rendered it grossly disproportionate (para. 1378). As with the s. 15 infringement, the trial judge found the s. 7 infringement was not justified under s. 1.

[32] In the result, the trial judge declared the prohibition unconstitutional, granted a one-year suspension of invalidity, and provided Ms. Taylor with a constitutional exemption for use during the one-year period of the suspension. Ms. Taylor passed away prior to the appeal of this matter, without accessing the exemption.

[33] In a separate decision on costs (2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224), the trial judge ordered an award of special costs in favour of the plaintiffs. The issues in the case were "complex and

que la prohibition avait une incidence sur ces trois intérêts. La prohibition de demander de l'aide médicale à mourir privait les personnes de leur liberté, qui comporte [TRADUCTION] « le droit d'être protégé des ingérences de l'État relativement aux décisions médicales fondamentalement importantes et personnelles » (par. 1302). La prohibition empiétait également sur la sécurité de la personne de M^me^ Taylor en limitant la maîtrise qu'elle exerçait sur son intégrité corporelle. Même si la juge de première instance a rejeté une approche « qualitative » du droit à la vie et a statué que seule une menace de mort faisait intervenir ce droit, elle a estimé que le droit à la vie de M^me^ Taylor était en jeu dans la mesure où la prohibition la forcerait peut-être à s'enlever la vie plus tôt qu'elle ne le ferait si elle pouvait obtenir une aide médicale à mourir.

[31] La juge de première instance a statué que l'atteinte aux droits garantis aux demandeurs par l'art. 7 n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale, en particulier les principes qui interdisent la portée excessive et le caractère totalement disproportionné. La prohibition était plus large que nécessaire, car la preuve établissait qu'un régime offrant des garanties conçues et appliquées adéquatement constituait un moyen moins restrictif de réaliser l'objectif gouvernemental. En outre, les effets [TRADUCTION] « très graves » de la prohibition absolue, par rapport à ses effets bénéfiques, la rendaient totalement disproportionnée (par. 1378). Tout comme dans le cas de la violation de l'art. 15, la juge a conclu que la violation de l'art. 7 n'était pas justifiée aux termes de l'article premier.

[32] En conséquence, la juge de première instance a déclaré la prohibition inconstitutionnelle, a suspendu pour un an la prise d'effet de sa déclaration d'invalidité et a accordé à M^me^ Taylor une exemption constitutionnelle qu'elle pourrait utiliser pendant cette période de suspension. M^me^ Taylor est décédée avant l'audition de l'appel de cette décision, sans recourir à l'exemption.

[33] Dans une décision distincte relative aux dépens (2012 BCSC 1587, 271 C.R.R. (2d) 224), la juge de première instance a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs. Les questions soulevées

momentous" (para. 87) and the plaintiffs could not have prosecuted the case without assistance from pro bono counsel; an award of special costs would therefore promote the public interest in encouraging experienced counsel to take on *Charter* litigation on a pro bono basis. The trial judge ordered the Attorney General of British Columbia to pay 10 percent of the costs, noting that she had taken a full and active role in the proceedings. Canada was ordered to pay the remaining 90 percent of the award.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*

[34] The majority of the Court of Appeal, per Newbury and Saunders JJ.A., allowed Canada's appeal on the ground that the trial judge was bound to follow this Court's decision in *Rodriguez*. The majority concluded that neither the change in legislative and social facts nor the new legal issues relied on by the trial judge permitted a departure from *Rodriguez*.

[35] The majority read *Rodriguez* as implicitly rejecting the proposition that the prohibition infringes the right to life under s. 7 of the *Charter*. It concluded that the post-*Rodriguez* principles of fundamental justice — namely overbreadth and gross disproportionality — did not impose a new legal framework under s. 7. While acknowledging that the reasons in *Rodriguez* did not follow the analytical methodology that now applies under s. 7, the majority held that this would not have changed the result.

[36] The majority also noted that *Rodriguez* disposed of the s. 15 equality argument (which only two judges in that case expressly considered) by holding that any rights violation worked by the prohibition was justified as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. The decision in *Hutterian*

étaient [TRADUCTION] « complexes et de grande importance » (par. 87) et les demandeurs n'auraient pas pu poursuivre l'affaire sans l'aide d'un avocat bénévole; l'octroi de dépens spéciaux aurait donc pour effet de promouvoir l'intérêt du public à encourager les avocats d'expérience à accepter de se charger bénévolement de litiges fondés sur la *Charte*. La juge a ordonné à la procureure générale de la Colombie-Britannique de payer 10 pour 100 des dépens, soulignant qu'elle avait participé pleinement et activement à l'instance. Le Canada a été condamné à payer le reste, soit 90 pour 100 des dépens.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2013 BCCA 435, 51 B.C.L.R. (5th) 213*

[34] Les juges majoritaires de la Cour d'appel, les juges Newbury et Saunders, ont accueilli l'appel du Canada pour le motif que la juge de première instance était tenue de suivre la décision de notre Cour dans *Rodriguez*. Ils ont conclu que ni la modification des faits législatifs et sociaux, ni les nouvelles questions de droit dont a fait état la juge de première instance, ne permettaient que l'on s'écarte de l'arrêt *Rodriguez*.

[35] Selon les juges majoritaires, la Cour dans *Rodriguez* a implicitement rejeté la proposition selon laquelle la prohibition porte atteinte au droit à la vie garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Ils ont conclu que les principes de justice fondamentale établis après cet arrêt — la portée excessive et le caractère totalement disproportionné — n'avaient pas pour effet d'imposer un nouveau cadre juridique fondé sur l'art. 7. Tout en reconnaissant que les motifs exposés dans l'arrêt *Rodriguez* ne suivaient pas la méthode d'analyse maintenant applicable dans le cadre d'un examen fondé sur l'art. 7, les juges majoritaires ont estimé que cela n'aurait rien changé au résultat.

[36] Les juges majoritaires ont également signalé que, dans l'arrêt *Rodriguez*, la Cour avait tranché l'argument fondé sur le droit à l'égalité garanti par l'art. 15 (que seulement deux juges ont explicitement jugé applicable dans cette affaire) en décidant que toute violation de droits qui découle

Brethren did not represent a change in the law under s. 1. Had it been necessary to consider s. 1 in relation to s. 7, the majority opined, the s. 1 analysis carried out under s. 15 likely would have led to the same conclusion — the "blanket prohibition" under s. 241 of the *Criminal Code* was justified (para. 323). Accordingly, the majority concluded that "the trial judge was bound to find that the plaintiffs' case had been authoritatively decided by *Rodriguez*" (para. 324).

de cette prohibition était justifiée en tant que limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. L'arrêt *Hutterian Brethren* n'a pas modifié le droit applicable en ce qui a trait à l'article premier. Selon les juges majoritaires, s'il avait été nécessaire d'examiner l'article premier au regard de l'art. 7, l'analyse que requiert l'article premier à l'égard d'une violation de l'art. 15 aurait mené à la même conclusion : la « prohibition générale » prévue à l'art. 241 du *Code criminel* était justifiée (par. 323). Les juges majoritaires ont donc estimé que [TRADUCTION] « la juge de première instance était tenue de conclure qu'on avait statué péremptoirement sur la cause des demandeurs dans l'arrêt *Rodriguez* » (par. 324).

[37] Commenting on remedy in the alternative, the majority of the Court of Appeal suggested the reinstatement of the free-standing constitutional exemption eliminated in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, instead of a declaration of invalidity, as a suspended declaration presented the spectre of a legislative vacuum.

[37] Dans leurs commentaires subsidiaires relatifs à la réparation, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont suggéré le rétablissement de l'exemption constitutionnelle indépendante qui a été éliminée dans *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, au lieu de déclarer la prohibition invalide, puisqu'une déclaration d'invalidité dont l'effet est suspendu faisait apparaître le spectre d'un vide législatif.

[38] The majority denied the appellants their costs, given the outcome, but otherwise would have approved the trial judge's award of special costs. In addition, the majority held that costs should not have been awarded against British Columbia.

[38] Les juges majoritaires ont refusé les dépens aux appelants, étant donné l'issue de l'appel, mais ils auraient par ailleurs approuvé l'ordonnance de la juge de première instance octroyant les dépens spéciaux. Ils ont également statué que la Colombie-Britannique n'aurait pas dû être condamnée aux dépens.

[39] Finch C.J.B.C., dissenting, found no errors in the trial judge's assessment of *stare decisis*, her application of s. 7, or the corresponding analysis under s. 1. However, he concluded that the trial judge was bound by Sopinka J.'s conclusion that any s. 15 infringement was saved by s. 1. While he essentially agreed with her s. 7 analysis, he would have accepted a broader, qualitative scope for the right to life. He agreed with the trial judge that the prohibition was not minimally impairing, and concluded that a "carefully regulated scheme" could meet Parliament's objectives (para. 177); therefore, the breach of s. 7 could not be justified under s. 1.

[39] Le juge en chef Finch, dissident, n'a relevé aucune erreur dans l'examen, par la juge de première instance, du principe du *stare decisis*, dans l'application qu'elle a faite de l'art. 7, ni dans l'analyse correspondante fondée sur l'article premier. Il a toutefois conclu qu'elle était liée par la conclusion du juge Sopinka selon laquelle toute violation de l'art. 15 était sauvegardée par l'article premier. Bien qu'il ait souscrit pour l'essentiel à l'analyse fondée sur l'art. 7 qu'elle avait faite, il aurait aussi accepté qu'une portée plus large, et qualitative, soit conférée au droit à la vie. Il a convenu avec elle que la prohibition ne constituait pas une atteinte minimale,

He would have upheld the trial judge's order on costs.

V. Issues on Appeal

[40] The main issue in this case is whether the prohibition on physician-assisted dying found in s. 241(*b*) of the *Criminal Code* violates the claimants' rights under ss. 7 and 15 of the *Charter*. For the purposes of their claim, the appellants use "physician-assisted death" and "physician-assisted dying" to describe the situation where a physician provides or administers medication that intentionally brings about the patient's death, at the request of the patient. The appellants advance two claims: (1) that the prohibition on physician-assisted dying deprives competent adults, who suffer a grievous and irremediable medical condition that causes the person to endure physical or psychological suffering that is intolerable to that person, of their right to life, liberty and security of the person under s. 7 of the *Charter*; and (2) that the prohibition deprives adults who are physically disabled of their right to equal treatment under s. 15 of the *Charter*.

[41] Before turning to the *Charter* claims, two preliminary issues arise: (1) whether this Court's decision in *Rodriguez* can be revisited; and (2) whether the prohibition is beyond Parliament's power because physician-assisted dying lies at the core of the provincial jurisdiction over health.

VI. Was the Trial Judge Bound by *Rodriguez*?

[42] The adjudicative facts in *Rodriguez* were very similar to the facts before the trial judge. Ms. Rodriguez, like Ms. Taylor, was dying of ALS.

et a conclu qu'un [TRADUCTION] « régime soigneusement réglementé » pourrait satisfaire aux objectifs du législateur (par. 177); la violation de l'art. 7 ne pouvait donc, à son sens, être justifiée au regard de l'article premier. Il aurait confirmé l'ordonnance de première instance relative aux dépens.

V. Questions en litige soulevées dans le présent pourvoi

[40] La principale question à trancher en l'espèce est de savoir si la prohibition de l'aide médicale à mourir que l'on trouve à l'al. 241*b*) du *Code criminel* viole les droits garantis aux demandeurs par les art. 7 et 15 de la *Charte*. Pour les besoins de leur demande, les appelants emploient l'expression « aide médicale à mourir » (*physician-assisted death* et *physician-assisted dying*) pour décrire le fait, pour un médecin, de fournir ou d'administrer un médicament qui provoque intentionnellement le décès du patient à la demande de ce dernier. Les appelants invoquent deux moyens : (1) que la prohibition de l'aide médicale à mourir prive de leur droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garanti par l'art. 7 de la *Charte* les adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables leur causant des souffrances physiques et psychologiques persistantes qui leur sont intolérables; et (2) que la prohibition prive les adultes affectés d'un handicap physique de leur droit à un traitement égal garanti par l'art. 15 de la *Charte*.

[41] Avant d'examiner les demandes fondées sur la *Charte*, deux questions préliminaires se posent : (1) la décision rendue par la Cour dans l'affaire *Rodriguez* peut-elle être réexaminée? Et (2) la prohibition outrepasse-t-elle la compétence du Parlement du fait que l'aide médicale à mourir se rattache au contenu essentiel de la compétence provinciale sur la santé?

VI. La juge de première instance était-elle liée par l'arrêt *Rodriguez*?

[42] Les faits en litige dans *Rodriguez* étaient très semblables à ceux dont était saisie la juge de première instance. M^me^ Rodriguez, comme M^me^ Taylor,

She, like Ms. Taylor, wanted the right to seek a physician's assistance in dying when her suffering became intolerable. The majority of the Court, per Sopinka J., held that the prohibition deprived Ms. Rodriguez of her security of the person, but found that it did so in a manner that was in accordance with the principles of fundamental justice. The majority also assumed that the provision violated the claimant's s. 15 rights, but held that the limit was justified under s. 1 of the *Charter*.

allait mourir de la SLA. Elle revendiquait, elle aussi, le droit de demander une aide médicale à mourir lorsque sa souffrance deviendrait intolérable. Au nom des juges majoritaires de la Cour, le juge Sopinka a statué que la prohibition portait atteinte au droit de M^me^ Rodriguez à la sécurité de sa personne, mais d'une manière compatible avec les principes de justice fondamentale. Les juges majoritaires ont également supposé que la disposition en cause portait atteinte aux droits garantis à la plaignante par l'art. 15, mais ont conclu que cette atteinte était justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[43] Canada and Ontario argue that the trial judge was bound by *Rodriguez* and not entitled to revisit the constitutionality of the legislation prohibiting assisted suicide. Ontario goes so far as to argue that "vertical *stare decisis*" is a *constitutional* principle that requires all lower courts to rigidly follow this Court's *Charter* precedents unless and until this Court sets them aside.

[43] Le Canada et l'Ontario soutiennent que la juge de première instance était liée par l'arrêt *Rodriguez* et n'était pas autorisée à réexaminer la constitutionnalité des dispositions législatives qui interdisent l'aide au suicide. L'Ontario va même jusqu'à prétendre que le [TRADUCTION] « *stare decisis* vertical » est un principe *constitutionnel* qui oblige toutes les juridictions inférieures à suivre rigoureusement les précédents de la Cour relatifs à la *Charte*, et ce, tant et aussi longtemps que la Cour ne les a pas écartés.

[44] The doctrine that lower courts must follow the decisions of higher courts is fundamental to our legal system. It provides certainty while permitting the orderly development of the law in incremental steps. However, *stare decisis* is not a straitjacket that condemns the law to stasis. Trial courts may reconsider settled rulings of higher courts in two situations: (1) where a new legal issue is raised; and (2) where there is a change in the circumstances or evidence that "fundamentally shifts the parameters of the debate" (*Canada (Attorney General) v. Bedford*, 2013 SCC 72, [2013] 3 S.C.R. 1101, at para. 42).

[44] La doctrine selon laquelle les tribunaux d'instance inférieure doivent suivre les décisions des juridictions supérieures est un principe fondamental de notre système juridique. Elle confère une certitude tout en permettant l'évolution ordonnée et progressive du droit. Cependant, le principe du *stare decisis* ne constitue pas un carcan qui condamne le droit à l'inertie. Les juridictions inférieures peuvent réexaminer les précédents de tribunaux supérieurs dans deux situations : (1) lorsqu'une nouvelle question juridique se pose; et (2) lorsqu'une modification de la situation ou de la preuve « change radicalement la donne » (*Canada (Procureur général) c. Bedford*, 2013 CSC 72, [2013] 3 R.C.S. 1101, par. 42).

[45] Both conditions were met in this case. The trial judge explained her decision to revisit *Rodriguez* by noting the changes in both the legal framework for s. 7 and the evidence on controlling the risk of abuse associated with assisted suicide.

[45] Ces deux conditions étaient réunies en l'espèce. La juge de première instance a expliqué sa décision de réexaminer l'arrêt *Rodriguez* en signalant les changements, tant dans le cadre juridique applicable à l'art. 7 que dans la preuve relative à la maîtrise du risque d'abus associé à l'aide au suicide.

[46] The argument before the trial judge involved a different legal conception of s. 7 than that prevailing when *Rodriguez* was decided. In particular, the law relating to the principles of overbreadth and gross disproportionality had materially advanced since *Rodriguez*. The majority of this Court in *Rodriguez* acknowledged the argument that the impugned laws were "over-inclusive" when discussing the principles of fundamental justice (see p. 590). However, it did not apply the principle of overbreadth as it is currently understood, but instead asked whether the prohibition was "arbitrary or unfair in that it is unrelated to the state's interest in protecting the vulnerable, and that it lacks a foundation in the legal tradition and societal beliefs which are said to be represented by the prohibition" (p. 595). By contrast, the law on overbreadth, now explicitly recognized as a principle of fundamental justice, asks whether the law interferes with some conduct that has no connection to the law's objectives (*Bedford*, at para. 101). This different question may lead to a different answer. The majority's consideration of overbreadth under s. 1 suffers from the same defect: see *Rodriguez*, at p. 614. Finally, the majority in *Rodriguez* did not consider whether the prohibition was grossly disproportionate.

[47] The matrix of legislative and social facts in this case also differed from the evidence before the Court in *Rodriguez*. The majority in *Rodriguez* relied on evidence of (1) the widespread acceptance of a moral or ethical distinction between passive and active euthanasia (pp. 605-7); (2) the lack of any "halfway measure" that could protect the vulnerable (pp. 613-14); and (3) the "substantial consensus" in Western countries that a blanket prohibition is necessary to protect against the slippery slope (pp. 601-6 and 613). The record before the trial judge in this case contained evidence that, if accepted, was capable of undermining each of these conclusions (see

[46] L'argument présenté à la juge de première instance reposait sur une conception juridique de l'art. 7 différente de celle qui avait cours lors du prononcé de l'arrêt *Rodriguez*. Plus particulièrement, le droit relatif aux principes de la portée excessive et du caractère totalement disproportionné avait évolué de façon importante depuis l'arrêt *Rodriguez*. Les juges majoritaires de notre Cour dans *Rodriguez* ont pris note de l'argument selon lequel les dispositions contestées avaient une « portée excessive » lorsqu'ils ont analysé les principes de justice fondamentale (voir p. 590). Ils n'ont toutefois pas appliqué le principe de la portée excessive au sens où on l'entend aujourd'hui; ils se sont plutôt demandé si la prohibition était « arbitraire ou injuste parce qu'elle n'a aucun lien avec l'intérêt de l'État à protéger la personne vulnérable et parce qu'elle n'a aucun fondement dans la tradition juridique et les croyances de la société que, soutient-on, elle représente » (p. 595). À l'opposé, le droit applicable à la portée excessive, désormais reconnu explicitement comme principe de justice fondamentale, veut que l'on détermine si la disposition empiète sur un comportement sans lien avec son objectif (*Bedford*, par. 101). Cette question différente peut appeler une réponse différente. L'analyse que les juges majoritaires ont faite de la portée excessive sur la base de l'article premier souffre de la même lacune : voir *Rodriguez*, p. 614. Enfin, les juges majoritaires dans *Rodriguez* ne se sont pas demandé si la prohibition était totalement disproportionnée.

[47] L'ensemble des faits législatifs et sociaux dans l'affaire qui nous occupe différait également des éléments de preuve soumis à la Cour dans l'affaire *Rodriguez*. Les juges majoritaires dans *Rodriguez* se sont fondés sur la preuve (1) de l'acceptation générale d'une distinction morale ou éthique entre l'euthanasie passive et l'euthanasie active (p. 605-607); (2) de l'absence de « demi-mesure » susceptible de protéger les personnes vulnérables (p. 613-614); et (3) du « consensus important », dans les pays occidentaux, sur l'opinion selon laquelle une prohibition générale est nécessaire pour empêcher un dérapage (p. 601-606

Ontario (Attorney General) v. Fraser, 2011 SCC 20, [2011] 2 S.C.R. 3, at para. 136, per Rothstein J.).

[48] While we do not agree with the trial judge that the comments in *Hutterian Brethren* on the s. 1 proportionality doctrine suffice to justify reconsideration of the s. 15 equality claim, we conclude it was open to the trial judge to reconsider the s. 15 claim as well, given the fundamental change in the facts.

VII. Does the Prohibition Interfere With the "Core" of the Provincial Jurisdiction Over Health?

[49] The appellants accept that the prohibition on assisted suicide is, in general, a valid exercise of the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. However, they say that the doctrine of interjurisdictional immunity means that the prohibition cannot constitutionally apply to physician-assisted dying, because it lies at the core of the provincial jurisdiction over health care under s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, and is therefore beyond the legislative competence of the federal Parliament.

[50] The doctrine of interjurisdictional immunity is premised on the idea that the heads of power in ss. 91 and 92 are "exclusive", and therefore each have a "minimum and unassailable" core of content that is immune from the application of legislation enacted by the other level of government (*Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at paras. 33-34). To succeed in their argument on this point, the appellants must show that the prohibition, insofar as it extends to physician-assisted dying, impairs the "protected core" of the provincial jurisdiction over health:

et 613). Le dossier soumis à la juge des faits en l'espèce comportait des éléments de preuve susceptibles de miner chacune de ces conclusions s'ils étaient acceptés (voir *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, 2011 CSC 20, [2011] 2 R.C.S. 3, par. 136, le juge Rothstein).

[48] Bien que nous ne soyons pas d'accord avec la juge de première instance pour dire que les observations faites dans *Hutterian Brethren* au sujet du principe de la proportionnalité garanti à l'article premier suffisent pour justifier un réexamen de la prétention fondée sur le droit à l'égalité prévu à l'art. 15, nous estimons que la juge pouvait également réexaminer la prétention fondée sur l'art. 15, compte tenu des faits radicalement différents.

VII. La prohibition porte-t-elle atteinte au « contenu essentiel » de la compétence provinciale sur la santé?

[49] Les appelants reconnaissent que la prohibition de l'aide au suicide constitue généralement un exercice valide de la compétence en matière de droit criminel conférée au gouvernement fédéral par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ils affirment toutefois que, selon la doctrine de l'exclusivité des compétences, la prohibition ne peut constitutionnellement s'appliquer à l'aide médicale à mourir car elle touche à l'essence même de la compétence en matière de santé conférée aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et elle outrepasse donc la compétence législative du Parlement fédéral.

[50] La doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémisse que les chefs de compétence prévus aux art. 91 et 92 sont « exclusifs » et ont donc chacun un contenu essentiel « minimum [. . .] et irréductible » qui échappe à l'application de la législation édictée par l'autre ordre de gouvernement (*Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 33-34). Pour que leur argument sur ce point soit retenu, les appelants doivent démontrer que la prohibition, dans la mesure où elle s'applique à l'aide médicale à mourir, entrave le « contenu essentiel protégé » de la

Tsilhqot'in Nation v. British Columbia, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 256, at para. 131.

[51] This Court rejected a similar argument in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134. The issue in that case was "whether the delivery of health care services constitutes a protected core of the provincial power over health care in s. 92(7), (13) and (16) . . . and is therefore immune from federal interference" (para. 66). The Court concluded that it did not (per McLachlin C.J.):

> . . . Parliament has power to legislate with respect to federal matters, notably criminal law, that touch on health. For instance, it has historic jurisdiction to prohibit medical treatments that are dangerous, or that it perceives as "socially undesirable" behaviour: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. The federal role in the domain of health makes it impossible to precisely define what falls in or out of the proposed provincial "core". Overlapping federal jurisdiction and the sheer size and diversity of provincial health power render daunting the task of drawing a bright line around a protected provincial core of health where federal legislation may not tread. [para. 68]

[52] The appellants and the Attorney General of Quebec (who intervened on this point) say that it is possible to describe a precise core for the power over health, and thereby to distinguish *PHS*. The appellants' proposed core is described as a power to deliver necessary medical treatment for which there is no alternative treatment capable of meeting a patient's needs (A.F., at para. 43). Quebec takes a slightly different approach, defining the core as the power to establish the kind of health care offered to patients and supervise the process of consent required for that care (I.F., at para. 7).

compétence provinciale en matière de santé : *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 256, par. 131.

[51] Notre Cour a rejeté un argument similaire dans *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134. Il s'agissait dans cette affaire de déterminer « si la prestation de soins de santé fait partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) [. . .] en matière de santé et si elle est de ce fait à l'abri d'une ingérence fédérale » (par. 66). La Cour a conclu que non (la juge en chef McLachlin) :

> . . . le Parlement a le pouvoir de légiférer dans des matières de compétence fédérale, comme le droit criminel, qui touchent la santé. Ainsi, il a toujours eu le pouvoir d'interdire les traitements médicaux dangereux ou qui, selon lui, constituent une « conduite socialement répréhensible » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Compte tenu du rôle dévolu au fédéral dans le domaine de la santé, il est impossible de définir précisément les éléments que comporterait ou non le « contenu essentiel » provincial proposé. La compétence fédérale concurrente, ainsi que l'ampleur même et la diversité de la compétence provinciale en matière de santé rendent pratiquement insurmontable la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial qui serait protégé de toute incursion fédérale. [par. 68]

[52] Les appelants et la procureure générale du Québec (qui est intervenue sur ce point) affirment qu'il est possible de définir avec précision le contenu essentiel de la compétence en matière de santé et, par conséquent, d'établir une distinction d'avec l'arrêt *PHS*. Le contenu essentiel proposé par les appelants est décrit comme le pouvoir d'administrer le traitement médical nécessaire lorsqu'aucun autre traitement ne peut répondre aux besoins du patient (m.a., par. 43). Le Québec adopte une démarche légèrement différente en définissant le contenu essentiel comme le pouvoir de décider du type de soins de santé à offrir aux patients et de superviser la procédure relative au consentement requis pour ces soins (m.i., par. 7).

[53] We are not persuaded by the submissions that *PHS* is distinguishable, given the vague terms in which the proposed definitions of the "core" of the provincial health power are couched. In our view, the appellants have not established that the prohibition on physician-assisted dying impairs the core of the provincial jurisdiction. Health is an area of concurrent jurisdiction; both Parliament and the provinces may validly legislate on the topic: *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 32; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112, at p. 142. This suggests that aspects of physician-assisted dying may be the subject of valid legislation by both levels of government, depending on the circumstances and focus of the legislation. We are not satisfied on the record before us that the provincial power over health excludes the power of the federal Parliament to legislate on physician-assisted dying. It follows that the interjurisdictional immunity claim cannot succeed.

VIII. Section 7

[54] Section 7 of the *Charter* states that "[e]veryone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice."

[55] In order to demonstrate a violation of s. 7, the claimants must first show that the law interferes with, or deprives them of, their life, liberty or security of the person. Once they have established that s. 7 is engaged, they must then show that the deprivation in question is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[56] For the reasons below, we conclude that the prohibition on physician-assisted dying infringes the right to life, liberty and security of Ms. Taylor and of persons in her position, and that it does so in a manner that is overbroad and thus is not in

[53] Nous ne sommes pas convaincus par les arguments selon lesquels il est possible de faire une distinction d'avec *PHS*, compte tenu des mots vagues employés dans les définitions proposées du « contenu essentiel » de la compétence provinciale en matière de santé. À notre avis, les appelants n'ont pas établi que la prohibition de l'aide médicale à mourir empiète sur le contenu essentiel de la compétence provinciale. La santé est un domaine de compétence concurrente; le Parlement et les provinces peuvent validement légiférer dans ce domaine : *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 32; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112, p. 142. Ceci laisse croire que les deux ordres de gouvernement peuvent validement légiférer sur des aspects de l'aide médicale à mourir, en fonction du caractère et de l'objet du texte législatif. Le dossier qui nous a été soumis ne nous convainc pas que la compétence provinciale en matière de santé exclut la compétence du Parlement fédéral de légiférer sur l'aide médicale à mourir. Il s'ensuit que la prétention fondée sur l'exclusivité des compétences ne peut être retenue.

VIII. L'article 7

[54] Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, « [c]hacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. »

[55] Pour faire la preuve d'une violation de l'art. 7, les demandeurs doivent d'abord démontrer que la loi porte atteinte à leur vie, à leur liberté ou à la sécurité de leur personne, ou les en prive. Une fois qu'ils ont établi que l'art. 7 entre en jeu, ils doivent alors démontrer que la privation en cause n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[56] Pour les motifs exposés ci-après, nous concluons que la prohibition de l'aide médicale à mourir porte atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de M^me^ Taylor et des personnes se trouvant dans sa situation, et qu'elle le fait d'une manière

accordance with the principles of fundamental justice. It therefore violates s. 7.

A. *Does the Law Infringe the Right to Life, Liberty and Security of the Person?*

(1) Life

[57] The trial judge found that the prohibition on physician-assisted dying had the effect of forcing some individuals to take their own lives prematurely, for fear that they would be incapable of doing so when they reached the point where suffering was intolerable. On that basis, she found that the right to life was engaged.

[58] We see no basis for interfering with the trial judge's conclusion on this point. The evidence of premature death was not challenged before this Court. It is therefore established that the prohibition deprives some individuals of life.

[59] The appellants and a number of the interveners urge us to adopt a broader, qualitative approach to the right to life. Some argue that the right to life is not restricted to the preservation of life, but protects quality of life and therefore a right to die with dignity. Others argue that the right to life protects personal autonomy and fundamental notions of self-determination and dignity, and therefore includes the right to determine whether to take one's own life.

[60] In dissent at the Court of Appeal, Finch C.J.B.C. accepted the argument that the right to life protects more than physical existence (paras. 84-89). In his view, the life interest is "intimately connected to the way a person values his or her lived experience. The point at which the meaning of life is lost, when life's positive attributes are so diminished as to render life valueless, . . . is an intensely personal decision which 'everyone' has the right to make for him or herself" (para. 86). Similarly, in his dissent in *Rodriguez*, Cory J. accepted that the right to life included a right to die with dignity, on

excessive et de ce fait non conforme aux principes de justice fondamentale. Cette prohibition viole donc l'art. 7.

A. *La loi porte-t-elle atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne?*

(1) La vie

[57] La juge de première instance a conclu que la prohibition de l'aide médicale à mourir avait pour effet de forcer certaines personnes à s'enlever prématurément la vie, par crainte d'être incapables de le faire lorsque leurs souffrances deviendraient insupportables. Elle a conclu pour cette raison que le droit à la vie entrait en jeu.

[58] Nous ne voyons aucune raison de modifier la conclusion de la juge de première instance sur ce point. La preuve de mort prématurée n'a pas été contestée devant notre Cour. Il est donc établi que la prohibition prive certaines personnes de la vie.

[59] Les appelants et plusieurs intervenants nous pressent d'adopter une conception qualitative et plus large du droit à la vie. Certains prétendent que ce droit ne se limite pas à la préservation de la vie, mais qu'il protège la qualité de la vie et, par conséquent, le droit de mourir dans la dignité. D'autres prétendent que le droit à la vie protège l'autonomie personnelle et les notions fondamentales d'autodétermination et de dignité, et qu'il englobe donc le droit de décider de s'enlever la vie.

[60] Dissident en Cour d'appel, le juge en chef Finch a retenu l'argument selon lequel le droit à la vie ne se limite pas à la protection de l'existence physique (par. 84-89). Selon lui, cet intérêt que l'on porte à la vie est [TRADUCTION] « intimement lié à la manière dont une personne apprécie ce que la vie lui a apporté. Déterminer le stade où la vie perd son sens, où ses avantages sont réduits à un point tel qu'elle ne vaut plus rien, [. . .] constitue une décision éminemment personnelle que "chacun" a le droit de prendre pour soi » (par. 86). De même, dans ses motifs dissidents dans l'arrêt *Rodriguez*,

the ground that "dying is an integral part of living" (p. 630).

[61] The trial judge, on the other hand, rejected the "qualitative" approach to the right to life. She concluded that the right to life is only engaged when there is a threat of death as a result of government action or laws. In her words, the right to life is limited to a "right not to die" (para. 1322 (emphasis in original)).

[62] This Court has most recently invoked the right to life in *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, where evidence showed that the lack of timely health care could result in death (paras. 38 and 50, per Deschamps J.; para. 123, per McLachlin C.J. and Major J.; and paras. 191 and 200, per Binnie and LeBel JJ.), and in *PHS*, where the clients of Insite were deprived of potentially lifesaving medical care (para. 91). In each case, the right was only engaged by the threat of death. In short, the case law suggests that the right to life is engaged where the law or state action imposes death or an increased risk of death on a person, either directly or indirectly. Conversely, concerns about autonomy and quality of life have traditionally been treated as liberty and security rights. We see no reason to alter that approach in this case.

[63] This said, we do not agree that the existential formulation of the right to life *requires* an absolute prohibition on assistance in dying, or that individuals cannot "waive" their right to life. This would create a "duty to live", rather than a "right to life", and would call into question the legality of any consent to the withdrawal or refusal of lifesaving or life-sustaining treatment. The sanctity of life is one of our most fundamental societal values. Section 7 is rooted in a profound respect for the value of human life. But s. 7 also encompasses life, liberty and security of the person during the passage to death. It is for this reason that the sanctity of

le juge Cory a reconnu que le droit à la vie comprenait celui de mourir avec dignité, parce que « la mort fait partie intégrante de la vie » (p. 630).

[61] La juge de première instance, par contre, a rejeté la conception « qualitative » du droit à la vie. Elle a estimé que ce droit n'entre en jeu que si une menace de mort résulte d'une mesure ou de lois prises par l'État. Pour reprendre ses propos, le droit à la vie se limite au [TRADUCTION] « droit de ne pas mourir » (par. 1322 (souligné dans l'original)).

[62] Notre Cour a invoqué tout récemment le droit à la vie dans *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, où la preuve démontrait que l'absence de soins de santé fournis en temps opportun pouvait entraîner la mort (par. 38 et 50, la juge Deschamps; par. 123, la juge en chef McLachlin et le juge Major; par. 191 et 200, les juges Binnie et LeBel), ainsi que dans *PHS*, où les clients d'Insite étaient privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie (par. 91). Dans les deux cas, le droit n'était mis en jeu que par le danger de mort. En résumé, selon la jurisprudence, le droit à la vie entre en jeu lorsqu'une mesure ou une loi prise par l'État a directement ou indirectement pour effet d'imposer la mort à une personne ou de l'exposer à un risque accru de mort. Par contre, on a traditionnellement considéré que les préoccupations relatives à l'autonomie et à la qualité de vie étaient des droits à la liberté et à la sécurité. Nous ne voyons aucune raison de modifier cette approche en l'espèce.

[63] Cela dit, nous ne sommes pas d'avis que la formulation existentielle du droit à la vie *exige* une prohibition absolue de l'aide à mourir, ou que les personnes ne peuvent « renoncer » à leur droit à la vie. Il en résulterait une « obligation de vivre » plutôt qu'un « droit à la vie », et la légalité de tout consentement au retrait d'un traitement vital ou d'un traitement de maintien de la vie, ou du refus d'un tel traitement, serait remise en question. Le caractère sacré de la vie est une des valeurs les plus fondamentales de notre société. L'article 7 émane d'un profond respect pour la valeur de la vie humaine, mais il englobe aussi la vie, la liberté et la

life "is no longer seen to require that all human life be preserved at all costs" (*Rodriguez*, at p. 595, per Sopinka J.). And it is for this reason that the law has come to recognize that, in certain circumstances, an individual's choice about the end of her life is entitled to respect. It is to this fundamental choice that we now turn.

(2) Liberty and Security of the Person

[64] Underlying both of these rights is a concern for the protection of individual autonomy and dignity. Liberty protects "the right to make fundamental personal choices free from state interference": *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 54. Security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving . . . control over one's bodily integrity free from state interference" (*Rodriguez*, at pp. 587-88, per Sopinka J., referring to *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30) and it is engaged by state interference with an individual's physical or psychological integrity, including any state action that causes physical or serious psychological suffering (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 58; *Blencoe*, at paras. 55-57; *Chaoulli*, at para. 43, per Deschamps J.; para. 119, per McLachlin C.J. and Major J.; and paras. 191 and 200, per Binnie and LeBel JJ.). While liberty and security of the person are distinct interests, for the purpose of this appeal they may be considered together.

[65] The trial judge concluded that the prohibition on assisted dying limited Ms. Taylor's s. 7 right to liberty and security of the person, by interfering with "fundamentally important and personal medical decision-making" (para. 1302), imposing pain and psychological stress and depriving her of control over her bodily integrity (paras. 1293-94). She found that the prohibition left people like Ms. Taylor to suffer physical or psychological pain

sécurité de la personne durant le passage à la mort. C'est pourquoi le caractère sacré de la vie « n'exige pas que toute vie humaine soit préservée à tout prix » (*Rodriguez*, p. 595, le juge Sopinka). Et pour cette raison, le droit en est venu à reconnaître que, dans certaines circonstances, il faut respecter le choix d'une personne quant à la fin de sa vie. C'est de ce choix fondamental que nous allons maintenant traiter.

(2) La liberté et la sécurité de la personne

[64] Le souci de protéger l'autonomie et la dignité de la personne sous-tend ces deux droits. La liberté protège « le droit de faire des choix personnels fondamentaux sans intervention de l'État » : *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, par. 54. La sécurité de la personne englobe « une notion d'autonomie personnelle qui comprend [. . .] la maîtrise de l'intégrité de sa personne sans aucune intervention de l'État » (*Rodriguez*, p. 587-588, le juge Sopinka, citant *R. c. Morgentaler*, [1998] 1 R.C.S. 30) et elle est mise en jeu par l'atteinte de l'État à l'intégrité physique ou psychologique d'une personne, y compris toute mesure prise par l'État qui cause des souffrances physiques ou de graves souffrances psychologiques (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 58; *Blencoe*, par. 55-57; *Chaoulli*, par. 43, la juge Deschamps; par. 119, la juge en chef McLachlin et le juge Major; par. 191 et 200, les juges Binnie et LeBel). Bien que la liberté et la sécurité de la personne constituent des intérêts distincts, elles peuvent être examinées ensemble pour les besoins du présent pourvoi.

[65] La juge de première instance a conclu que la prohibition de l'aide à mourir limitait le droit à la liberté et à la sécurité de la personne reconnu par l'art. 7 à M^me^ Taylor en entravant la [TRADUCTION] « prise de décisions d'ordre médical fondamentalement importantes et personnelles » (par. 1302), en lui causant de la douleur et un stress psychologique et en la privant de la maîtrise de son intégrité corporelle (par. 1293-1294). Elle a estimé

and imposed stress due to the unavailability of physician-assisted dying, impinging on her security of the person. She further noted that seriously and irremediably ill persons were "denied the opportunity to make a choice that may be very important to their sense of dignity and personal integrity" and that is "consistent with their lifelong values and that reflects their life's experience" (para. 1326).

[66] We agree with the trial judge. An individual's response to a grievous and irremediable medical condition is a matter critical to their dignity and autonomy. The law allows people in this situation to request palliative sedation, refuse artificial nutrition and hydration, or request the removal of life-sustaining medical equipment, but denies them the right to request a physician's assistance in dying. This interferes with their ability to make decisions concerning their bodily integrity and medical care and thus trenches on liberty. And, by leaving people like Ms. Taylor to endure intolerable suffering, it impinges on their security of the person.

[67] The law has long protected patient autonomy in medical decision-making. In *A.C. v. Manitoba (Director of Child and Family Services)*, 2009 SCC 30, [2009] 2 S.C.R. 181, a majority of this Court, per Abella J. (the dissent not disagreeing on this point), endorsed the "tenacious relevance in our legal system of the principle that competent individuals are — and should be — free to make decisions about their bodily integrity" (para. 39). This right to "decide one's own fate" entitles adults to direct the course of their own medical care (para. 40): it is this principle that underlies the concept of "informed consent" and is protected by s. 7's guarantee of liberty and security of the person (para. 100; see also *R. v. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). As noted in *Fleming v. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74

que la prohibition laissait des personnes comme M^me^ Taylor subir de la douleur physique et psychologique et leur imposait un stress parce qu'il leur était impossible d'obtenir une aide médicale à mourir, ce qui portait atteinte à la sécurité de leur personne. Elle a également signalé que les personnes atteintes d'une maladie grave et irrémédiable étaient [TRADUCTION] « privées de la possibilité de faire un choix qui peut s'avérer très important pour leur sentiment de dignité et leur intégrité personnelle », un choix « compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu » (par. 1326).

[66] Nous partageons l'avis de la juge de première instance. La réaction d'une personne à des problèmes de santé graves et irrémédiables est primordiale pour sa dignité et son autonomie. La loi permet aux personnes se trouvant dans cette situation de demander une sédation palliative, de refuser une alimentation et une hydratation artificielles ou de réclamer le retrait d'un équipement médical de maintien de la vie, mais leur nie le droit de demander l'aide d'un médecin pour mourir. La loi prive ces personnes de la possibilité de prendre des décisions relatives à leur intégrité corporelle et aux soins médicaux et elle empiète ainsi sur leur liberté. Et en laissant des personnes comme M^me^ Taylor subir des souffrances intolérables, elle empiète sur la sécurité de leur personne.

[67] Le droit protège depuis longtemps l'autonomie du patient dans la prise de décisions d'ordre médical. Dans *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, 2009 CSC 30, [2009] 2 R.C.S. 181, notre Cour, dont l'opinion majoritaire a été rédigée par la juge Abella (la dissidence ne porte pas sur ce point), a reconnu la « solide pertinence qui, dans notre système juridique, caractérise le principe selon lequel les personnes mentalement capables peuvent — et doivent pouvoir — prendre en toute liberté des décisions concernant leur intégrité corporelle » (par. 39). Ce droit de « décider de son propre sort » permet aux adultes de dicter le cours de leur propre traitement médical (par. 40) : c'est ce principe qui sous-tend la notion de « consentement éclairé » et qui est protégé par

(C.A.), the right of medical self-determination is not vitiated by the fact that serious risks or consequences, including death, may flow from the patient's decision. It is this same principle that is at work in the cases dealing with the right to refuse consent to medical treatment, or to demand that treatment be withdrawn or discontinued: see, e.g., *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Malette v. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); and *Nancy B. v. Hôtel-Dieu de Québec* (1992), 86 D.L.R. (4th) 385 (Que. Sup. Ct.).

[68] In *Blencoe*, a majority of the Court held that the s. 7 liberty interest is engaged "where state compulsions or prohibitions affect important and fundamental life choices" (para. 49). In *A.C.*, where the claimant sought to refuse a potentially lifesaving blood transfusion on religious grounds, Binnie J. noted that we may "instinctively recoil" from the decision to seek death because of our belief in the sanctity of human life (para. 219). But his response is equally relevant here: it is clear that anyone who seeks physician-assisted dying because they are suffering intolerably as a result of a grievous and irremediable medical condition "does so out of a deeply personal and fundamental belief about how they wish to live, or cease to live" (*ibid.*). The trial judge, too, described this as a decision that, for some people, is "very important to their sense of dignity and personal integrity, that is consistent with their lifelong values and that reflects their life's experience" (para. 1326). This is a decision that is rooted in their control over their bodily integrity; it represents their deeply personal response to serious pain and suffering. By denying them the opportunity to make that choice, the prohibition impinges on their liberty and security of the person. As noted above, s. 7 recognizes the value of life, but it also honours the role that autonomy and dignity play at the end of that life. We therefore conclude that ss. 241(*b*) and 14 of the *Criminal Code*, insofar as they prohibit physician-assisted dying for competent adults who seek such assistance as a result of a grievous and irremediable medical condition that

la garantie de liberté et de sécurité de la personne figurant à l'art. 7 (par. 100; voir aussi *R. c. Parker* (2000), 49 O.R. (3d) 481 (C.A.)). Comme on l'a souligné dans *Fleming c. Reid* (1991), 4 O.R. (3d) 74 (C.A.), les risques ou conséquences graves, y compris la mort, que peut entraîner la décision du patient ne permettent aucunement de porter atteinte au libre choix en matière médicale. C'est ce même principe qui s'applique dans les affaires relatives au droit de refuser de consentir à un traitement médical, ou d'en exiger le retrait ou l'interruption : voir, p. ex., *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Malette c. Shulman* (1990), 72 O.R. (2d) 417 (C.A.); *Nancy B. c. Hôtel-Dieu de Québec*, [1992] R.J.Q. 361 (C.S.).

[68] Dans *Blencoe*, les juges majoritaires de la Cour ont conclu que l'intérêt relatif à la liberté garantie par l'art. 7 est en cause « lorsque des contraintes ou des interdictions de l'État influent sur les choix importants et fondamentaux qu'une personne peut faire dans sa vie » (par. 49). Dans *A.C.*, où la demanderesse voulait, pour des motifs religieux, refuser une transfusion sanguine susceptible de lui sauver la vie, le juge Binnie a indiqué que nous pouvons avoir « instinctivement un mouvement de recul » devant la décision de demander la mort en raison de notre conception du caractère sacré de la vie (par. 219). Mais sa réponse est également pertinente en l'espèce : il est clair qu'une personne qui demande une aide médicale à mourir parce que des problèmes de santé graves et irrémédiables lui causent des souffrances intolérables « le fait à cause d'une croyance profondément personnelle et fondamentale sur la façon de vivre sa vie, ou de mourir » (*ibid.*). La juge de première instance a elle aussi affirmé qu'il s'agit, pour certaines personnes, d'une décision qui [TRADUCTION] « revêt une grande importance pour leur sentiment de dignité et d'autonomie, qui est compatible avec les valeurs qu'elles ont eues toute leur vie et qui reflète leur vécu » (par. 1326). Cette décision prend sa source dans la maîtrise qu'elles exercent sur leur intégrité corporelle; la décision représente leur réaction profondément personnelle à une douleur et à des souffrances aiguës. En niant la possibilité pour ces personnes de faire ce choix, la prohibition empiète sur leur liberté et la sécurité de leur personne. Comme nous l'avons

causes enduring and intolerable suffering, infringe the rights to liberty and security of the person.

[69] We note, as the trial judge did, that Lee Carter and Hollis Johnson's interest in liberty may be engaged by the threat of criminal sanction for their role in Kay Carter's death in Switzerland. However, this potential deprivation was not the focus of the arguments raised at trial, and neither Ms. Carter nor Mr. Johnson sought a personal remedy before this Court. Accordingly, we have confined ourselves to the rights of those who seek assistance in dying, rather than of those who might provide such assistance.

(3) Summary on Section 7: Life, Liberty and Security of the Person

[70] For the foregoing reasons, we conclude that the prohibition on physician-assisted dying deprived Ms. Taylor and others suffering from grievous and irremediable medical conditions of the right to life, liberty and security of the person. The remaining question under s. 7 is whether this deprivation was in accordance with the principles of fundamental justice.

B. *The Principles of Fundamental Justice*

[71] Section 7 does not promise that the state will never interfere with a person's life, liberty or security of the person — laws do this all the time — but rather that the state will not do so in a way that violates the principles of fundamental justice.

[72] Section 7 does not catalogue the principles of fundamental justice to which it refers. Over the course of 32 years of *Charter* adjudication, this

vu, l'art. 7 reconnaît la valeur de la vie, mais respecte aussi la place qu'occupent l'autonomie et la dignité à la fin de cette vie. Nous concluons donc que, dans la mesure où ils prohibent l'aide médicale à mourir que demandent des adultes capables affectés de problèmes de santé graves et irrémédiables qui leur causent des souffrances persistantes et intolérables, l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte aux droits à la liberté et à la sécurité de la personne.

[69] À l'instar de la juge de première instance, nous faisons observer que le droit à la liberté de Lee Carter et de Hollis Johnson peut être mis en jeu par la menace d'une sanction criminelle en raison du rôle qu'ils ont joué dans la mort de Kay Carter en Suisse. Cette privation potentielle de liberté n'était cependant pas le point de mire des arguments soulevés au procès, et ni M^me^ Carter ni M. Johnson n'ont demandé une réparation personnelle devant notre Cour. Nous nous sommes donc limités à examiner les droits des personnes qui demandent de l'aide pour mourir, plutôt que ceux des personnes qui pourraient dispenser cette aide.

(3) Résumé de l'analyse relative à l'art. 7 : la vie, la liberté et la sécurité de la personne

[70] Pour ces motifs, nous concluons que la prohibition de l'aide médicale à mourir a privé M^me^ Taylor, ainsi que d'autres personnes affectées de problèmes de santé graves et irrémédiables, du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Il reste à décider, pour l'application de l'art. 7, si cette privation était conforme aux principes de justice fondamentale.

B. *Les principes de justice fondamentale*

[71] L'article 7 garantit non pas que l'État ne portera jamais atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne — les lois le font constamment —, mais que l'État ne le fera pas en violation des principes de justice fondamentale.

[72] L'article 7 ne répertorie pas les principes de justice fondamentale auxquels il renvoie. Au cours des 32 ans de décisions relatives à la *Charte*, notre

Court has worked to define the minimum constitutional requirements that a law that trenches on life, liberty or security of the person must meet (*Bedford*, at para. 94). While the Court has recognized a number of principles of fundamental justice, three have emerged as central in the recent s. 7 jurisprudence: laws that impinge on life, liberty or security of the person must not be arbitrary, overbroad, or have consequences that are grossly disproportionate to their object.

Cour s'est employée à définir les exigences constitutionnelles minimales auxquelles doit satisfaire une loi qui empiète sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne (*Bedford*, par. 94). Bien que la Cour ait reconnu un certain nombre de principes de justice fondamentale, trois principes centraux se sont dégagés de la jurisprudence récente relative à l'art. 7 : les lois qui portent atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne ne doivent pas être arbitraires, avoir une portée excessive ou entraîner des conséquences totalement disproportionnées à leur objet.

[73] Each of these potential vices involves comparison with the object of the law that is challenged (*Bedford*, at para. 123). The first step is therefore to identify the object of the prohibition on assisted dying.

[73] Chacun de ces vices potentiels suppose une comparaison avec l'objet de la loi contestée (*Bedford*, par. 123). La première étape consiste donc à cerner l'objet visé par la prohibition de l'aide à mourir.

[74] The trial judge, relying on *Rodriguez*, concluded that the object of the prohibition was to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness (para. 1190). All the parties except Canada accept this formulation of the object.

[74] S'appuyant sur l'arrêt *Rodriguez*, la juge de première instance a conclu que la prohibition avait pour objet d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse (par. 1190). Toutes les parties sauf le Canada acceptent cet énoncé de l'objet.

[75] Canada agrees that the prohibition is intended to protect the vulnerable, but argues that the object of the prohibition should also be defined more broadly as simply "the preservation of life" (R.F., at paras 66, 108, and 109). We cannot accept this submission.

[75] Le Canada convient que la prohibition vise à protéger la personne vulnérable, mais prétend que son objet doit aussi être défini plus largement et qu'il consiste simplement en [TRADUCTION] « la préservation de la vie » (m.i., par. 66, 108 et 109). Nous ne pouvons pas accepter cet argument.

[76] First, it is incorrect to say that the majority in *Rodriguez* adopted "the preservation of life" as the object of the prohibition on assisted dying. Justice Sopinka refers to the preservation of life when discussing the objectives of s. 241(*b*) (pp. 590, 614). However, he later clarifies this comment, stating that "[s]ection 241(*b*) has as its purpose the protection of the vulnerable who might be induced in moments of weakness to commit suicide" (p. 595). Sopinka J. then goes on to note that this purpose is "grounded in the state interest in protecting life and reflects the policy of the state that human life should not be depreciated by allowing life to be taken" (*ibid.*). His remarks about the "preservation of life" in *Rodriguez* are best understood as a reference to an

[76] Premièrement, il est inexact de dire que les juges majoritaires dans *Rodriguez* ont retenu « la préservation de la vie » comme objet de la prohibition de l'aide à mourir. Le juge Sopinka parle de la préservation de la vie dans son analyse des objectifs de l'al. 241*b*) (p. 590, 614). Il précise toutefois par la suite cette remarque en disant que « [l]'alinéa 241*b*) vise à protéger la personne vulnérable qui, dans un moment de faiblesse, pourrait être incitée à se suicider » (p. 595). Le juge Sopinka poursuit en soulignant que cet objectif, « fondé sur l'intérêt de l'État à la protection de la vie, traduit la politique de l'État suivant laquelle on ne devrait pas dévaloriser la valeur de la vie humaine en permettant d'ôter la vie » (*ibid.*). Il est préférable de considérer ses

animating social value rather than as a description of the specific object of the prohibition.

[77] Second, defining the object of the prohibition on physician-assisted dying as the preservation of life has the potential to short-circuit the analysis. In *RJR-MacDonald*, this Court warned against stating the object of a law "too broadly" in the s. 1 analysis, lest the resulting objective immunize the law from challenge under the *Charter* (para. 144). The same applies to assessing whether the principles of fundamental justice are breached under s. 7. If the object of the prohibition is stated broadly as "the preservation of life", it becomes difficult to say that the means used to further it are overbroad or grossly disproportionate. The outcome is to this extent foreordained.

[78] Finally, the jurisprudence requires the object of the impugned law to be defined precisely for the purposes of s. 7. In *Bedford*, Canada argued that the bawdy-house prohibition in s. 210 of the *Code* should be defined broadly as to "deter prostitution" for the purposes of s. 7 (para. 131). This Court rejected this argument, holding that the object of the prohibition should be confined to measures directly targeted by the law (para. 132). That reasoning applies with equal force in this case. Section 241(*b*) is not directed at preserving life, or even at preventing suicide — attempted suicide is no longer a crime. Yet Canada asks us to posit that the object of the prohibition is to preserve life, whatever the circumstances. This formulation goes beyond the ambit of the provision itself. The direct target of the measure is the narrow goal of preventing vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness.

[79] Before turning to the principles of fundamental justice at play, a general comment is in order.

remarques au sujet de la « préservation de la vie » dans *Rodriguez* comme une mention d'une valeur sociale directrice plutôt que comme une description de l'objet précis de la prohibition.

[77] Deuxièmement, définir l'objet visé par la prohibition de l'aide médicale à mourir comme étant la préservation de la vie risque de court-circuiter l'analyse. Dans *RJR-MacDonald*, notre Cour a mis en garde contre une formulation « trop large » de l'objet d'une loi dans l'analyse fondée sur l'article premier, de crainte que l'objectif qui en résulte empêche toute contestation de la loi fondée sur la *Charte* (par. 144). Cette mise en garde vaut également lorsqu'il s'agit de déterminer si les principes de justice fondamentale ont été violés au sens de l'art. 7. Si l'on affirme de manière générale que la prohibition a pour objet « la préservation de la vie », il devient difficile de dire que les moyens utilisés pour atteindre cet objet ont une portée excessive ou sont totalement disproportionnés. Dans cette mesure, le résultat va nécessairement de soi.

[78] Enfin, la jurisprudence exige que l'objet de la loi contestée soit défini avec précision pour l'application de l'art. 7. Le Canada a soutenu dans *Bedford* que la prohibition de tenir une maison de débauche, énoncée à l'art. 210 du *Code*, devrait être définie largement de manière à ce qu'elle vise à « décourager la prostitution » pour l'application de l'art. 7 (par. 131). Notre Cour a rejeté cet argument et a estimé que l'objet de la prohibition devrait se limiter aux mesures directement visées par la loi (par. 132). Ce raisonnement vaut tout autant en l'espèce. L'alinéa 241*b*) ne vise pas à préserver la vie, ni même à prévenir le suicide — la tentative de suicide n'est plus un crime. Le Canada nous demande pourtant d'affirmer que l'objet de la prohibition est de préserver la vie, peu importe les circonstances. Cette formulation va au-delà du champ d'application de la disposition elle-même. Ce que vise directement la mesure, c'est le but restreint d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse.

[79] Avant d'entreprendre l'examen des principes de justice fondamentale en jeu, une remarque

In determining whether the deprivation of life, liberty and security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice under s. 7, courts are not concerned with competing social interests or public benefits conferred by the impugned law. These competing moral claims and broad societal benefits are more appropriately considered at the stage of justification under s. 1 of the *Charter* (*Bedford*, at paras. 123 and 125).

[80] In *Bedford*, the Court noted that requiring s. 7 claimants "to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7" (para. 127; see also *Charkaoui v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2007 SCC 9, [2007] 1 S.C.R. 350, at paras. 21-22). A claimant under s. 7 must show that the state has deprived them of their life, liberty or security of the person and that the deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice. They should not be tasked with also showing that these principles are "not overridden by a valid state or communal interest in these circumstances": T. J. Singleton, "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446, at p. 449. As this Court stated in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977:

> It is not appropriate for the state to thwart the exercise of the accused's right by attempting to bring societal interests into the principles of fundamental justice and to thereby limit an accused's s. 7 rights. Societal interests are to be dealt with under s. 1 of the *Charter* . . . .

[81] In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (the "*Motor Vehicle Reference*"), Lamer J. (as he then was) explained that the principles of fundamental justice are derived from the essential elements of our system of justice, which is itself founded on a belief in the dignity and worth of every human person. To deprive a person of constitutional

générale s'impose. Lorsqu'ils déterminent si la privation du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7, les tribunaux ne s'intéressent pas à des intérêts sociaux opposés ou aux avantages publics que procure la loi attaquée. Il convient plutôt d'étudier ces prétentions morales opposées et avantages généraux pour la société à l'étape de la justification au regard de l'article premier de la *Charte* (*Bedford*, par. 123 et 125).

[80] Dans *Bedford*, la Cour a fait remarquer qu'obliger la personne qui invoque l'art. 7 « à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier » (par. 127; voir aussi *Charkaoui c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CSC 9, [2007] 1 R.C.S. 350, par. 21-22). La personne qui invoque l'art. 7 doit démontrer que l'État a porté atteinte à sa vie, à sa liberté ou à la sécurité de sa personne et que cette atteinte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle ne devrait pas être appelée à établir aussi que ces principes [TRADUCTION] « ne sont pas supplantés par un intérêt légitime de l'État ou un intérêt collectif en pareilles circonstances » : T. J. Singleton, « The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter » (1995), 74 *R. du B. can.* 446, p. 449. Comme l'a dit notre Cour dans *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, p. 977 :

> Il n'est pas acceptable que l'État puisse contrecarrer l'exercice du droit de l'accusé en tentant de faire jouer les intérêts de la société dans l'application des principes de justice fondamentale, et restreindre ainsi les droits reconnus à l'accusé par l'art. 7. Les intérêts de la société doivent entrer en ligne de compte dans l'application de l'article premier de la *Charte* . . .

[81] Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act* »), le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a expliqué que les principes de justice fondamentale découlent des éléments essentiels de notre système de justice, qui est lui-même fondé sur la foi dans la dignité et la valeur de chaque

rights arbitrarily or in a way that is overbroad or grossly disproportionate diminishes that worth and dignity. If a law operates in this way, it asks the right claimant to "serve as a scapegoat" (*Rodriguez*, at p. 621, per McLachlin J.). It imposes a deprivation via a process that is "fundamentally unfair" to the rights claimant (*Charkaoui*, at para. 22).

[82] This is not to say that such a deprivation cannot be *justified* under s. 1 of the *Charter*. In some cases the government, for practical reasons, may only be able to meet an important objective by means of a law that has some fundamental flaw. But this does not concern us when considering whether s. 7 of the *Charter* has been breached.

(1) Arbitrariness

[83] The principle of fundamental justice that forbids arbitrariness targets the situation where there is no rational connection between the object of the law and the limit it imposes on life, liberty or security of the person: *Bedford*, at para. 111. An arbitrary law is one that is not capable of fulfilling its objectives. It exacts a constitutional price in terms of rights, without furthering the public good that is said to be the object of the law.

[84] The object of the prohibition on physician-assisted dying is to protect the vulnerable from ending their life in times of weakness. A total ban on assisted suicide clearly helps achieve this object. Therefore, individuals' rights are not limited arbitrarily.

(2) Overbreadth

[85] The overbreadth inquiry asks whether a law that takes away rights in a way that generally supports the object of the law, goes too far by denying the rights of some individuals in a way that bears no relation to the object: *Bedford*, at paras. 101

être humain. Priver une personne de droits constitutionnels arbitrairement ou d'une manière excessive ou totalement disproportionnée diminue cette valeur et cette dignité. Si une loi s'applique ainsi, elle demande à la personne qui revendique un droit d'« être le bouc émissaire » (*Rodriguez*, p. 621, la juge McLachlin). Elle impose une privation via une procédure « fondamentalement inéquitable » envers cette personne (*Charkaoui*, par. 22).

[82] Cela ne revient pas à dire qu'une telle privation ne peut être *justifiée* au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans certains cas, des raisons d'ordre pratique font en sorte que l'État peut uniquement atteindre un objectif important au moyen d'une loi entachée d'un quelconque vice fondamental. Mais nous n'avons pas à nous en préoccuper au moment de déterminer s'il y a eu violation de l'art. 7 de la *Charte*.

(1) Le caractère arbitraire

[83] Le principe de justice fondamentale interdisant l'arbitraire vise l'absence de lien rationnel entre l'objet de la loi et la limite qu'elle impose à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne : *Bedford*, par. 111. Une loi arbitraire est une loi qui ne permet pas la réalisation de ses objectifs. Elle porte atteinte à des droits reconnus par la Constitution sans promouvoir le bien public que l'on dit être l'objet de la loi.

[84] L'objet visé par la prohibition de l'aide médicale à mourir est d'empêcher que la personne vulnérable mette fin à ses jours dans un moment de faiblesse. Puisque la prohibition absolue de l'aide au suicide favorise clairement la réalisation de cet objet, la restriction de droits individuels n'est pas arbitraire.

(2) La portée excessive

[85] L'analyse de la portée excessive consiste à déterminer si une loi qui nie des droits d'une manière généralement favorable à la réalisation de son objet va trop loin en niant les droits de certaines personnes d'une façon qui n'a aucun rapport avec son

and 112-13. Like the other principles of fundamental justice under s. 7, overbreadth is not concerned with competing social interests or ancillary benefits to the general population. A law that is drawn broadly to target conduct that bears no relation to its purpose "in order to make enforcement more practical" may therefore be overbroad (see *Bedford*, at para. 113). The question is not whether Parliament has chosen the least restrictive means, but whether the chosen means infringe life, liberty or security of the person in a way that has no connection with the mischief contemplated by the legislature. The focus is not on broad social impacts, but on the impact of the measure on the individuals whose life, liberty or security of the person is trammelled.

[86] Applying this approach, we conclude that the prohibition on assisted dying is overbroad. The object of the law, as discussed, is to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a moment of weakness. Canada conceded at trial that the law catches people outside this class: "It is recognised that not every person who wishes to commit suicide is vulnerable, and that there may be people with disabilities who have a considered, rational and persistent wish to end their own lives" (trial reasons, at para. 1136). The trial judge accepted that Ms. Taylor was such a person — competent, fully informed, and free from coercion or duress (para. 16). It follows that the limitation on their rights is in at least some cases not connected to the objective of protecting *vulnerable* persons. The blanket prohibition sweeps conduct into its ambit that is unrelated to the law's objective.

[87] Canada argues that it is difficult to conclusively identify the "vulnerable", and that therefore it cannot be said that the prohibition is overbroad. Indeed, Canada asserts, "every person is *potentially* vulnerable" from a legislative perspective (R.F., at para. 115 (emphasis in original)).

objet : *Bedford*, par. 101 et 112-113. Tout comme les autres principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7, la notion de portée excessive ne s'attache pas à des intérêts sociaux divergents ou aux avantages accessoires pour la population en général. Une loi rédigée en termes généraux pour viser un comportement qui n'a aucun lien avec son objet « afin de faciliter son application » peut donc avoir une portée excessive (voir *Bedford*, par. 113). Il ne s'agit pas de savoir si le législateur a choisi le moyen le moins restrictif, mais de savoir si le moyen choisi porte atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne d'une manière qui n'a aucun lien avec le mal qu'avait à l'esprit le législateur. On ne met pas l'accent sur des répercussions sociales générales, mais sur l'incidence de la mesure sur les personnes dont la vie, la liberté ou la sécurité est restreinte.

[86] Suivant cette approche, nous concluons que la prohibition de l'aide à mourir a une portée excessive. Comme nous l'avons vu, l'objet de la loi est d'empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse. Le Canada a admis au procès que la loi s'applique à des personnes qui n'entrent pas dans cette catégorie : [TRADUCTION] « Il est admis que les personnes qui veulent se suicider ne sont pas toutes vulnérables, et qu'il peut se trouver des gens atteints d'une déficience qui ont le désir réfléchi, rationnel et constant de mettre fin à leur propre vie » (motifs de première instance, par. 1136). La juge de première instance a reconnu que M^me^ Taylor correspondait à cette description — une personne capable, bien renseignée et libre de toute coercition ou contrainte (par. 16). Il s'ensuit que la restriction de leurs droits n'a, dans certains cas du moins, aucun lien avec l'objectif de protéger les personnes *vulnérables*. La prohibition générale fait entrer dans son champ d'application une conduite qui n'a aucun rapport avec l'objectif de la loi.

[87] Le Canada plaide qu'il est difficile d'identifier de manière concluante la « personne vulnérable », et qu'on ne peut donc pas dire que la prohibition a une portée excessive. En fait, affirme le Canada, [TRADUCTION] « chaque personne *peut* être vulnérable » du point de vue de la loi (m.i., par. 115 (en italique dans l'original)).

[88] We do not agree. The situation is analogous to that in *Bedford*, where this Court concluded that the prohibition on living on the avails of prostitution in s. 212(1)(*j*) of the *Criminal Code* was overbroad. The law in that case punished everyone who earned a living through a relationship with a prostitute, without distinguishing between those who would assist and protect them and those who would be at least potentially exploitive of them. Canada there as here argued that the line between exploitative and non-exploitative relationships was blurry, and that, as a result, the provision had to be drawn broadly to capture its targets. The Court concluded that that argument is more appropriately addressed under s. 1 (paras. 143-44).

[88] Nous ne sommes pas de cet avis. La situation est analogue à celle de l'affaire *Bedford*, où notre Cour a conclu que la prohibition de vivre des produits de la prostitution faite à l'al. 212(1)*j*) du *Code criminel* était trop large. La disposition en cause dans cette affaire sanctionnait toute personne qui gagnait sa vie aux dépens d'une prostituée, sans faire de distinction entre la personne qui aiderait et protégerait une prostituée et la personne qui, à tout le moins, pourrait l'exploiter. Le Canada a soutenu, dans cette affaire comme en l'espèce, que la ligne de démarcation entre les rapports empreints d'exploitation et ceux exempts d'exploitation était floue, et que la disposition devait donc avoir une large portée afin de réprimer les actes censés l'être. La Cour a conclu qu'il est plus opportun d'examiner cette considération dans l'analyse fondée sur l'article premier (par. 143-144).

(3) Gross Disproportionality

(3) Le caractère totalement disproportionné

[89] This principle is infringed if the impact of the restriction on the individual's life, liberty or security of the person is grossly disproportionate to the object of the measure. As with overbreadth, the focus is not on the impact of the measure on society or the public, which are matters for s. 1, but on its impact on the rights of the claimant. The inquiry into gross disproportionality compares the law's purpose, "taken at face value", with its negative effects on the rights of the claimant, and asks if this impact is completely out of sync with the object of the law (*Bedford*, at para. 125). The standard is high: the law's object and its impact may be incommensurate without reaching the standard for *gross* disproportionality (*Bedford*, at para. 120; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 47).

[89] Il y a contravention à ce principe si l'effet de la restriction sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne est totalement disproportionné à l'objet de la mesure. Tout comme dans le cas de la portée excessive, l'accent est mis non pas sur l'incidence de la mesure sur la société ou le public, incidence qui relève de l'article premier, mais sur l'effet qu'elle a sur les droits du demandeur. Pour analyser le caractère totalement disproportionné de la loi, il faut comparer son objet « de prime abord » et ses effets préjudiciables sur les droits du demandeur, et déterminer si cette incidence est sans rapport aucun avec l'objet de la loi (*Bedford*, par. 125). La norme est élevée : l'objet de la loi peut ne pas être proportionné à son incidence sans que s'applique la norme du caractère *totalement* disproportionné (*Bedford*, par. 120; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 47).

[90] The trial judge concluded that the prohibition's negative impact on life, liberty and security of the person was "very severe" and therefore grossly disproportionate to its objective (para. 1378). We agree that the impact of the prohibition is severe: it imposes unnecessary suffering on affected individuals, deprives them of the ability to determine what to do with their bodies and how those bodies

[90] Selon la juge de première instance, l'effet préjudiciable de la prohibition sur la vie, la liberté et la sécurité de la personne était [TRADUCTION] « très grave » et, par conséquent, totalement disproportionné à son objectif (par. 1378). Nous convenons que l'effet de la prohibition est important : elle impose aux personnes touchées des souffrances inutiles, les prive de la possibilité de décider

will be treated, and may cause those affected to take their own lives sooner than they would were they able to obtain a physician's assistance in dying. Against this it is argued that the object of the prohibition — to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a time of weakness — is also of high importance. We find it unnecessary to decide whether the prohibition also violates the principle against gross disproportionality, in light of our conclusion that it is overbroad.

(4) Parity

[91] The appellants ask the Court to recognize a new principle of fundamental justice, the principle of parity, which would require that offenders committing acts of comparable blameworthiness receive sanctions of like severity. They say the prohibition violates this principle because it punishes the provision of physician assistance in dying with the highest possible criminal sanction (for culpable homicide), while exempting other comparable end-of-life practices from any criminal sanction.

[92] Parity in the sense invoked by the appellants has not been recognized as a principle of fundamental justice in this Court's jurisprudence to date. Given our conclusion that the deprivation of Ms. Taylor's s. 7 rights is not in accordance with the principle against overbreadth, it is unnecessary to consider this argument and we decline to do so.

IX. Does the Prohibition on Assisted Suicide Violate Section 15 of the *Charter*?

[93] Having concluded that the prohibition violates s. 7, it is unnecessary to consider this question.

X. Section 1

[94] In order to justify the infringement of the appellants' s. 7 rights under s. 1 of the *Charter*,

ce qu'il faut faire de leur corps et du traitement à lui réserver, et peut amener les personnes touchées à s'enlever la vie plus tôt qu'elles ne le feraient si elles étaient à même d'obtenir une aide médicale à mourir. Par contre, on plaide que l'objet de la prohibition — empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à se suicider dans un moment de faiblesse — est lui aussi très important. À notre avis, puisque nous avons conclu que la portée de la prohibition était excessive, il n'est pas nécessaire de décider si la prohibition contrevient aussi au principe selon lequel elle ne doit pas avoir un caractère totalement disproportionné.

(4) La parité

[91] Les appelants demandent à la Cour de reconnaître un nouveau principe de justice fondamentale, le principe de la parité, lequel exigerait que les délinquants ayant commis des actes d'un degré comparable de culpabilité morale se voient infliger des sanctions de même sévérité. Selon eux, la prohibition viole ce principe car elle rend la prestation de l'aide médicale à mourir punissable de la sanction pénale la plus lourde (prévue pour l'homicide coupable), tout en exemptant de toute sanction pénale d'autres pratiques comparables de fin de vie.

[92] La parité, au sens où l'invoquent les appelants, n'a pas été reconnue comme principe de justice fondamentale dans la jurisprudence de notre Cour jusqu'à présent. Vu notre conclusion que la privation des droits reconnus à M^me^ Taylor par l'art. 7 n'est pas conforme au principe interdisant les lois de portée excessive, il n'est pas nécessaire d'examiner cet argument et nous refusons de le faire.

IX. La prohibition de l'aide au suicide viole-t-elle l'art. 15 de la *Charte*?

[93] Comme nous avons conclu que la prohibition viole l'art. 7, point n'est besoin d'examiner cette question.

X. L'article premier

[94] Pour justifier, en vertu de l'article premier de la *Charte*, l'atteinte aux droits que reconnaît

Canada must show that the law has a pressing and substantial object and that the means chosen are proportional to that object. A law is proportionate if (1) the means adopted are rationally connected to that objective; (2) it is minimally impairing of the right in question; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

[95] It is difficult to justify a s. 7 violation: see *Motor Vehicle Reference*, at p. 518; *G. (J.)*, at para. 99. The rights protected by s. 7 are fundamental, and "not easily overridden by competing social interests" (*Charkaoui*, at para. 66). And it is hard to justify a law that runs afoul of the principles of fundamental justice and is thus inherently flawed (*Bedford*, at para. 96). However, in some situations the state may be able to show that the public good — a matter not considered under s. 7, which looks only at the impact on the rights claimants — justifies depriving an individual of life, liberty or security of the person under s. 1 of the *Charter*. More particularly, in cases such as this where the competing societal interests are themselves protected under the *Charter*, a restriction on s. 7 rights may in the end be found to be proportionate to its objective.

[96] Here, the limit is prescribed by law, and the appellants concede that the law has a pressing and substantial objective. The question is whether the government has demonstrated that the prohibition is proportionate.

[97] At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be "reasonable". This Court has emphasized that there may be a number of possible solutions to a particular social problem, and suggested that a "complex regulatory

l'art. 7 aux appelants, le Canada doit démontrer que l'objet de la loi est urgent et réel et que les moyens choisis sont proportionnels à cet objet. Une loi est proportionnée à son objet si (1) les moyens adoptés sont rationnellement liés à cet objet, (2) elle porte atteinte de façon minimale au droit en question, et (3) il y a proportionnalité entre les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la loi : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

[95] Il est difficile de justifier une violation de l'art. 7 : voir *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act*, p. 518; *G. (J.)*, par. 99. Les droits protégés par l'art. 7 sont fondamentaux et « peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents » (*Charkaoui*, par. 66). Et il est difficile de justifier une loi qui va à l'encontre des principes de justice fondamentale et qui est de ce fait intrinsèquement lacunaire (*Bedford*, par. 96). Cependant, il peut arriver parfois que l'État soit en mesure de démontrer que le bien public — une question ne relevant pas de l'art. 7, qui tient uniquement compte de l'effet de la loi sur les personnes revendiquant les droits — justifie que l'on prive une personne de sa vie, de sa liberté ou de sa sécurité en vertu de l'article premier de la *Charte*. Plus particulièrement, dans des cas comme celui en l'espèce où les intérêts opposés de la société sont eux-mêmes protégés par la *Charte*, une restriction aux droits garantis par l'art. 7 peut, en fin de compte, être jugée proportionnée à son objectif.

[96] En l'espèce, la limite est prescrite par une règle de droit, et les appelants concèdent que la loi vise un objectif urgent et réel. Il s'agit de savoir si le gouvernement a démontré le caractère proportionné de la prohibition.

[97] À ce stade de l'analyse, les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L'article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». Notre Cour a souligné qu'il peut y avoir plusieurs solutions à un problème social particulier et a indiqué qu'une « mesure

response" to a social ill will garner a high degree of deference (*Hutterian Brethren*, at para. 37).

[98] On the one hand, as the trial judge noted, physician-assisted death involves complex issues of social policy and a number of competing societal values. Parliament faces a difficult task in addressing this issue; it must weigh and balance the perspective of those who might be at risk in a permissive regime against that of those who seek assistance in dying. It follows that a high degree of deference is owed to Parliament's decision to impose an absolute prohibition on assisted death. On the other hand, the trial judge also found — and we agree — that the absolute prohibition could not be described as a "complex regulatory response" (para. 1180). The degree of deference owed to Parliament, while high, is accordingly reduced.

(1) Rational Connection

[99] The government must show that the absolute prohibition on physician-assisted dying is rationally connected to the goal of protecting the vulnerable from being induced to take their own lives in times of weakness. The question is whether the means the law adopts are a rational way for the legislature to pursue its objective. If not, rights are limited for no good reason. To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought "on the basis of reason or logic": *RJR-MacDonald*, at para. 153.

[100] We agree with Finch C.J.B.C. in the Court of Appeal that, where an activity poses certain risks, prohibition of the activity in question is a rational method of curtailing the risks (para. 175). We therefore conclude that there is a rational connection between the prohibition and its objective.

[101] The appellants argue that the *absolute* nature of the prohibition is not logically connected to the object of the provision. This is another way

réglementaire complexe » visant à remédier à un mal social commande une grande déférence (*Hutterian Brethren*, par. 37).

[98] D'une part, comme l'a fait remarquer la juge de première instance, l'aide médicale à mourir soulève des questions complexes de politique sociale et un certain nombre de valeurs sociales opposées. La tâche du législateur confronté à cette question est difficile : il doit soupeser et pondérer le point de vue des personnes qu'un régime permissif pourrait mettre en danger et le point de vue de celles qui demandent de l'aide pour mourir. Par conséquent, il faut accorder une grande déférence à la décision du législateur d'imposer une prohibition absolue de l'aide à mourir. La juge a toutefois également conclu — et nous sommes d'accord avec elle — que la prohibition absolue ne pouvait pas être qualifiée de [TRADUCTION] « mesure réglementaire complexe » (par. 1180). Bien que le législateur ait droit à une grande déférence, celle-ci s'en trouve donc réduite.

(1) Le lien rationnel

[99] Le gouvernement doit démontrer l'existence d'un lien rationnel entre la prohibition absolue de l'aide médicale à mourir et l'objectif qui consiste à empêcher que les personnes vulnérables soient incitées à s'enlever la vie dans un moment de faiblesse. La question est de savoir si les moyens mis en œuvre par la loi représentent une façon rationnelle pour le législateur d'atteindre son objectif. Si ce n'est pas le cas, les droits sont restreints sans raison valable. Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le gouvernement n'a qu'à démontrer l'existence d'un lien causal, « fondé sur la raison ou la logique », entre la violation et l'avantage recherché : *RJR-MacDonald*, par. 153.

[100] À l'instar du juge en chef Finch de la Cour d'appel, nous estimons que, lorsqu'une activité pose certains risques, la prohiber constitue un moyen rationnel de réduire les risques (par. 175). Nous concluons donc à l'existence d'un lien rationnel entre la prohibition et son objectif.

[101] Les appelants soutiennent que le caractère *absolu* de la prohibition n'a pas de lien logique avec l'objet de la disposition. C'est une autre

of saying that the prohibition goes too far. In our view, this argument is better dealt with in the inquiry into minimal impairment. It is clearly rational to conclude that a law that bars all persons from accessing assistance in suicide will protect the vulnerable from being induced to commit suicide at a time of weakness. The means here are logically connected with the objective.

façon de dire que la prohibition va trop loin. À notre avis, il vaut mieux examiner cet argument dans le cadre de l'analyse de l'atteinte minimale. Il est manifestement logique de conclure qu'une loi interdisant à quiconque d'obtenir de l'aide pour se suicider protégera la personne vulnérable contre toute incitation à se suicider dans un moment de faiblesse. En l'espèce, les moyens ont un lien logique avec l'objectif.

(2) Minimal Impairment

(2) L'atteinte minimale

[102] At this stage of the analysis, the question is whether the limit on the right is reasonably tailored to the objective. The inquiry into minimal impairment asks "whether there are less harmful means of achieving the legislative goal" (*Hutterian Brethren*, at para. 53). The burden is on the government to show the absence of less drastic means of achieving the objective "in a real and substantial manner" (*ibid.*, at para. 55). The analysis at this stage is meant to ensure that the deprivation of *Charter* rights is confined to what is reasonably necessary to achieve the state's object.

[102] La question qui se pose à ce stade de l'analyse est de savoir si la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif. L'analyse de l'atteinte minimale vise à répondre à la question suivante : « . . . existe-t-il des moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif législatif? » (*Hutterian Brethren*, par. 53). C'est au gouvernement qu'il incombe de prouver l'absence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objectif « de façon réelle et substantielle » (*ibid.*, par. 55). Ce stade de l'analyse vise à garantir que la privation de droits reconnus par la *Charte* se limite à ce qui est raisonnablement nécessaire pour atteindre l'objectif de l'État.

[103] The question in this case comes down to whether the absolute prohibition on physician-assisted dying, with its heavy impact on the claimants' s. 7 rights to life, liberty and security of the person, is the least drastic means of achieving the legislative objective. It was the task of the trial judge to determine whether a regime less restrictive of life, liberty and security of the person could address the risks associated with physician-assisted dying, or whether Canada was right to say that the risks could not adequately be addressed through the use of safeguards.

[103] En l'espèce, la question se résume à savoir si la prohibition absolue de l'aide médicale à mourir, avec ses lourdes répercussions sur les droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne protégés par l'art. 7, constitue le moyen le moins radical d'atteindre l'objectif législatif. Il incombait à la juge de première instance de décider si un régime moins attentatoire à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne pouvait contrer les risques associés à l'aide médicale à mourir, ou si le Canada avait raison de dire que le recours à des garanties ne permettait pas de contrer adéquatement ces risques.

[104] This question lies at the heart of this case and was the focus of much of the evidence at trial. In assessing minimal impairment, the trial judge heard evidence from scientists, medical practitioners, and others who were familiar with end-of-life decision-making in Canada and abroad. She also heard extensive evidence from each of the jurisdictions where physician-assisted dying is legal or regulated. In the trial judge's view, an absolute prohibition would

[104] Cette question est au cœur de la présente affaire et elle était le point de mire d'une grande partie de la preuve produite au procès. Pour analyser l'atteinte minimale, la juge de première instance a entendu les témoignages de scientifiques, de praticiens de la santé et d'autres personnes qui connaissaient bien la prise de décisions concernant la fin de vie au Canada et à l'étranger. Elle a aussi pris connaissance d'une preuve abondante émanant

have been necessary if the evidence showed that physicians were unable to reliably assess competence, voluntariness, and non-ambivalence in patients; that physicians fail to understand or apply the informed consent requirement for medical treatment; or if the evidence from permissive jurisdictions showed abuse of patients, carelessness, callousness, or a slippery slope, leading to the casual termination of life (paras. 1365-66).

[105] The trial judge, however, expressly rejected these possibilities. After reviewing the evidence, she concluded that a permissive regime with properly designed and administered safeguards was capable of protecting vulnerable people from abuse and error. While there are risks, to be sure, a carefully designed and managed system is capable of adequately addressing them:

> My review of the evidence in this section, and in the preceding section on the experience in permissive jurisdictions, leads me to conclude that the risks inherent in permitting physician-assisted death can be identified and very substantially minimized through a carefully-designed system imposing stringent limits that are scrupulously monitored and enforced. [para. 883]

[106] The trial judge found that it was feasible for properly qualified and experienced physicians to reliably assess patient competence and voluntariness, and that coercion, undue influence, and ambivalence could all be reliably assessed as part of that process (paras. 795-98, 815, 837, and 843). In reaching this conclusion, she particularly relied on the evidence on the application of the informed consent standard in other medical decision-making in Canada, including end-of-life decision-making (para. 1368). She concluded that it would be possible for physicians to apply the informed consent standard to patients who seek assistance in dying, adding the caution that physicians should ensure that patients are properly informed of their diagnosis and prognosis and the range of available options

de chacun des endroits où l'aide médicale à mourir est légale ou réglementée. De l'avis de la juge, une prohibition absolue se serait révélée nécessaire si la preuve avait démontré que les médecins ne sont pas en mesure d'évaluer de manière sûre la capacité, la volonté et la non-ambivalence des patients, que les médecins ne comprennent pas la règle du consentement éclairé à un traitement médical ou ne l'appliquent pas, ou si la preuve émanant des endroits où l'aide à mourir est permise faisait état du décès fortuit d'une personne résultant de sévices, d'une insouciance, d'une insensibilité ou d'un dérapage (par. 1365-1366).

[105] La juge de première instance a toutefois écarté expressément ces possibilités. Après avoir étudié la preuve, elle a conclu qu'un régime permissif comportant des garanties adéquatement conçues et appliquées pouvait protéger les personnes vulnérables contre les abus et les erreurs. Certes, il existe des risques, mais un système soigneusement conçu et géré peut les contrer adéquatement :

> [TRADUCTION] L'examen de la preuve auquel j'ai procédé dans la présente section ainsi que dans la section précédente traitant de l'expérience vécue aux endroits où l'aide à mourir est permise m'amène à conclure que les risques inhérents à l'autorisation de l'aide médicale à mourir peuvent être reconnus et réduits considérablement dans un régime soigneusement conçu, qui impose des limites strictes scrupuleusement surveillées et appliquées. [par. 883]

[106] La juge de première instance a conclu qu'il était possible pour un médecin qualifié et expérimenté d'évaluer de manière sûre la capacité du patient et le caractère volontaire de sa décision, et que la coercition, l'abus d'influence et l'ambivalence pouvaient tous être évalués de façon sûre dans le cadre de ce processus (par. 795-798, 815, 837 et 843). Pour arriver à cette conclusion, elle s'est surtout appuyée sur la preuve relative à l'application de la norme du consentement éclairé dans la prise d'autres décisions d'ordre médical au Canada, notamment les décisions de fin de vie (par. 1368). Elle a estimé qu'il serait possible pour les médecins d'appliquer la norme du consentement éclairé à l'égard des patients qui demandent de l'aide pour mourir, et elle a ajouté la mise en garde suivante :

for medical care, including palliative care interventions aimed at reducing pain and avoiding the loss of personal dignity (para. 831).

[107] As to the risk to vulnerable populations (such as the elderly and disabled), the trial judge found that there was no evidence from permissive jurisdictions that people with disabilities are at heightened risk of accessing physician-assisted dying (paras. 852 and 1242). She thus rejected the contention that unconscious bias by physicians would undermine the assessment process (para. 1129). The trial judge found there was no evidence of inordinate impact on socially vulnerable populations in the permissive jurisdictions, and that in some cases palliative care actually improved post-legalization (para. 731). She also found that while the evidence suggested that the law had both negative and positive impacts on physicians, it did support the conclusion that physicians were better able to provide overall end-of-life treatment once assisted death was legalized (para. 1271). Finally, she found no compelling evidence that a permissive regime in Canada would result in a "practical slippery slope" (para. 1241).

(a) *Canada's Challenge to the Facts*

[108] Canada says that the trial judge made a palpable and overriding error in concluding that safeguards would minimize the risk associated with assisted dying. Canada argues that the trial judge's conclusion that the level of risk was acceptable flies in the face of her acknowledgment that some of the evidence on safeguards was weak, and that there was evidence of a lack of compliance with safeguards in permissive jurisdictions. Canada also says the trial judge erred by relying on cultural differences between Canada and other countries in finding that problems experienced elsewhere were not likely to occur in Canada.

les médecins devraient s'assurer que les patients sont informés comme il se doit de leur diagnostic et de leur pronostic ainsi que des soins médicaux qu'ils peuvent recevoir, y compris les soins palliatifs visant à calmer la douleur et à leur éviter la perte de leur dignité (par. 831).

[107] Quant au danger que courent les personnes vulnérables (comme les personnes âgées ou handicapées), la juge de première instance a conclu qu'aucune preuve émanant des endroits où l'aide à mourir est autorisée n'indique que les personnes handicapées risquent davantage d'obtenir une aide médicale à mourir (par. 852 et 1242). Elle a donc rejeté la prétention selon laquelle la partialité inconsciente du médecin compromettrait le processus d'évaluation (par. 1129). Selon la juge, aucune preuve ne démontrait l'existence de répercussions considérables sur les groupes vulnérables de la société aux endroits où l'aide à mourir est autorisée et, dans certains cas, il y avait eu amélioration des soins palliatifs après la légalisation de l'aide médicale à mourir (par. 731). Elle a ajouté que, bien que la preuve indiquait que la loi avait des incidences tant négatives que positives sur les médecins, elle appuyait la conclusion que les médecins étaient plus aptes à administrer un traitement global de fin de vie après la légalisation de l'aide à mourir (par. 1271). Enfin, elle a conclu qu'aucune preuve convaincante n'indiquait que l'instauration d'un régime permissif au Canada aboutirait à un [TRADUCTION] « dérapage » (par. 1241).

a) *Contestation des faits par le Canada*

[108] Le Canada affirme que la juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante en concluant que des garanties minimiseraient le risque lié à l'aide à mourir. Il plaide que la conclusion de la juge, selon laquelle le risque était acceptable, contredit le fait qu'elle ait reconnu la faiblesse de certains éléments de preuve relatifs aux garanties, et que la preuve indiquait que, là où l'aide à mourir est autorisée, l'application des garanties manifestait des lacunes. Toujours selon le Canada, la juge de première instance a eu tort de se fonder sur des différences culturelles entre le Canada et d'autres pays pour conclure que les problèmes rencontrés ailleurs n'étaient pas susceptibles de se manifester ici.

[109] We cannot accede to Canada's submission. In *Bedford*, this Court affirmed that a trial judge's findings on social and legislative facts are entitled to the same degree of deference as any other factual findings (para. 48). In our view, Canada has not established that the trial judge's conclusion on this point is unsupported, arbitrary, insufficiently precise or otherwise in error. At most, Canada's criticisms amount to "pointing out conflicting evidence", which is not sufficient to establish a palpable and overriding error (*Tsilhqot'in Nation*, at para. 60). We see no reason to reject the conclusions drawn by the trial judge. They were reasonable and open to her on the record.

(b) *The Fresh Evidence*

[110] Rothstein J. granted Canada leave to file fresh evidence on developments in Belgium since the time of the trial. This evidence took the form of an affidavit from Professor Etienne Montero, a professor in bioethics and an expert on the practice of euthanasia in Belgium. Canada says that Professor Montero's evidence demonstrates that issues with compliance and with the expansion of the criteria granting access to assisted suicide inevitably arise, even in a system of ostensibly strict limits and safeguards. It argues that this "should give pause to those who feel very strict safeguards will provide adequate protection: paper safeguards are only as strong as the human hands that carry them out" (R.F., at para. 97).

[111] Professor Montero's affidavit reviews a number of recent, controversial, and high-profile cases of assistance in dying in Belgium which would not fall within the parameters suggested in these reasons, such as euthanasia for minors or persons with psychiatric disorders or minor medical conditions. Professor Montero suggests that these cases demonstrate that a slippery slope is at work in Belgium. In his view, "[o]nce euthanasia is allowed,

[109] Nous ne pouvons retenir cet argument du Canada. Dans *Bedford*, notre Cour a affirmé que les conclusions d'un juge de première instance relatives à des faits sociaux et législatifs commandent la même déférence que toute autre conclusion de fait (par. 48). À notre avis, le Canada n'a pas établi que la conclusion de la juge de première instance sur ce point ne repose sur rien, qu'elle est arbitraire, insuffisamment précise, ou qu'elle est erronée pour une autre raison. Les critiques du Canada ne servent tout au plus qu'à « souligner le caractère contradictoire de la preuve », ce qui ne suffit pas à établir l'existence d'une erreur manifeste et dominante (*Nation Tsilhqot'in*, par. 60). Nous ne voyons aucune raison de rejeter les conclusions auxquelles est arrivée la juge. Ces conclusions étaient raisonnables compte tenu du dossier.

b) *Le nouvel élément de preuve*

[110] Le juge Rothstein a accordé au Canada l'autorisation de présenter un nouvel élément de preuve sur les changements survenus en Belgique depuis le procès. Il s'agissait d'un affidavit d'Etienne Montero, un professeur en bioéthique et spécialiste de la pratique de l'euthanasie en Belgique. Selon le Canada, il appert de l'affidavit du professeur Montero que des problèmes d'observation et d'élargissement des critères permettant l'accès au suicide assisté surviennent inévitablement, même au sein d'un système assorti de limites et de garanties visiblement strictes. Le Canada soutient que cela [TRADUCTION] « devrait donner matière à réflexion aux tenants de l'opinion que des garanties très strictes offriront une protection suffisante : l'efficacité des garanties est proportionnelle à celle de leur application » (m.i., par. 97).

[111] Dans son affidavit, le professeur Montero passe en revue plusieurs cas récents, controversés et médiatisés d'aide à mourir en Belgique auxquels ne s'appliqueraient pas les paramètres proposés dans les présents motifs, tels que l'euthanasie pour les mineurs ou pour les personnes affectées de troubles psychiatriques ou de problèmes de santé mineurs. Selon le professeur Montero, ces cas démontrent que la Belgique s'est engagée dans un dérapage.

it becomes very difficult to maintain a strict interpretation of the statutory conditions."

[112] We are not convinced that Professor Montero's evidence undermines the trial judge's findings of fact. First, the trial judge (rightly, in our view) noted that the permissive regime in Belgium is the product of a very different medico-legal culture. Practices of assisted death were "already prevalent and embedded in the medical culture" prior to legalization (para. 660). The regime simply regulates a common pre-existing practice. In the absence of a comparable history in Canada, the trial judge concluded that it was problematic to draw inferences about the level of physician compliance with legislated safeguards based on the Belgian evidence (para. 680). This distinction is relevant both in assessing the degree of physician compliance and in considering evidence with regards to the potential for a slippery slope.

[113] Second, the cases described by Professor Montero were the result of an oversight body exercising discretion in the interpretation of the safeguards and restrictions in the Belgian legislative regime — a discretion the Belgian Parliament has not moved to restrict. These cases offer little insight into how a Canadian regime might operate.

(c) *The Feasibility of Safeguards and the Possibility of a "Slippery Slope"*

[114] At trial Canada went into some detail about the risks associated with the legalization of physician-assisted dying. In its view, there are many possible sources of error and many factors that can render a patient "decisionally vulnerable" and thereby give rise to the risk that persons without a rational and considered desire for death will in fact end up dead. It points to cognitive impairment, depression or other mental illness, coercion, undue influence, psychological or emotional manipulation, systemic prejudice (against the elderly or people with disabilities), and the possibility of ambivalence

À son avis, [TRADUCTION] « [u]ne fois l'euthanasie permise, il devient très difficile de s'en tenir à une interprétation stricte des conditions prévues par la loi. »

[112] Nous ne sommes pas convaincus que la preuve présentée par le professeur Montero mine les conclusions de fait de la juge de première instance. En premier lieu, cette dernière a signalé (à juste titre selon nous) que le régime permissif de la Belgique résulte d'une culture médico-légale très différente. L'aide à mourir y était [TRADUCTION] « déjà répandue et intégrée à la culture médicale » avant sa légalisation (par. 660). Le régime ne fait que réglementer une pratique courante qui existait déjà. Puisque le Canada n'a pas connu de phénomène analogue, la juge de première instance a estimé problématique de tirer, sur la foi de la preuve provenant de la Belgique, des conclusions relatives à la mesure dans laquelle les médecins respectent les garanties législatives (par. 680). Cette distinction est pertinente tant pour évaluer le degré de respect des garanties par les médecins que pour apprécier la preuve concernant la possibilité de dérapage.

[113] En deuxième lieu, les cas décrits par le professeur Montero découlaient de l'exercice, par un organisme de surveillance, de son pouvoir discrétionnaire pour interpréter les garanties et restrictions prévues par le régime législatif belge. Le Parlement de la Belgique n'a rien fait pour restreindre ce pouvoir. Ces cas nous éclairent peu sur l'application éventuelle d'un régime canadien.

c) *La faisabilité des garanties et la possibilité de « dérapage »*

[114] Au procès, le Canada a traité de façon assez détaillée des risques que pose la légalisation de l'aide médicale à mourir. D'après lui, de multiples sources d'erreur et facteurs peuvent rendre un patient [TRADUCTION] « vulnérable dans la prise de sa décision » et être ainsi à l'origine du risque que des personnes n'ayant pas un désir rationnel et réfléchi de mourir trouvent en fait la mort. Il souligne l'affaiblissement des facultés cognitives, la dépression ou d'autres maladies mentales, la coercition, l'abus d'influence, la manipulation psychologique ou émotionnelle, le préjudice systémique

or misdiagnosis as factors that may escape detection or give rise to errors in capacity assessment. Essentially, Canada argues that, given the breadth of this list, there is no reliable way to identify those who are vulnerable and those who are not. As a result, it says, a blanket prohibition is necessary.

[115] The evidence accepted by the trial judge does not support Canada's argument. Based on the evidence regarding assessment processes in comparable end-of-life medical decision-making in Canada, the trial judge concluded that vulnerability can be assessed on an individual basis, using the procedures that physicians apply in their assessment of informed consent and decisional capacity in the context of medical decision-making more generally. Concerns about decisional capacity and vulnerability arise in all end-of-life medical decision-making. Logically speaking, there is no reason to think that the injured, ill, and disabled who have the option to refuse or to request withdrawal of lifesaving or life-sustaining treatment, or who seek palliative sedation, are less vulnerable or less susceptible to biased decision-making than those who might seek more active assistance in dying. The risks that Canada describes are already part and parcel of our medical system.

[116] As the trial judge noted, the individual assessment of vulnerability (whatever its source) is implicitly condoned for life-and-death decision-making in Canada. In some cases, these decisions are governed by advance directives, or made by a substitute decision-maker. Canada does not argue that the risk in those circumstances requires an absolute prohibition (indeed, there is currently no federal regulation of such practices). In *A.C.*, Abella J. adverted to the potential vulnerability of adolescents who are faced with life-and-death decisions about medical treatment (paras. 72-78). Yet, this Court

(envers les personnes âgées ou les handicapés) et la possibilité d'ambivalence ou de diagnostic erroné comme facteurs susceptibles de passer inaperçus ou de causer des erreurs dans l'évaluation de la capacité. Le Canada soutient essentiellement qu'étant donné l'étendue de cette liste, il n'existe aucun moyen sûr de savoir qui est vulnérable et qui ne l'est pas. Par conséquent, il estime qu'une prohibition générale s'impose.

[115] La preuve retenue par la juge de première instance n'étaye pas l'argument du Canada. Se fondant sur la preuve relative aux procédures d'évaluation dans la prise de décisions médicales analogues concernant la fin de vie au Canada, la juge a conclu que la vulnérabilité peut être évaluée au cas par cas au moyen des procédures suivies par les médecins lorsqu'ils évaluent le consentement éclairé et la capacité décisionnelle dans le contexte de la prise de décisions d'ordre médical de façon plus générale. Les préoccupations au sujet de la capacité décisionnelle et de la vulnérabilité se posent dans tous les cas de décisions médicales concernant la fin de vie. D'un point de vue logique, il n'y a aucune raison de croire que les blessés, les malades et les handicapés qui peuvent refuser un traitement vital ou un traitement de maintien de la vie, demander le retrait de l'un ou l'autre traitement, ou encore réclamer une sédation palliative, sont moins vulnérables ou moins susceptibles de prendre une décision faussée que ceux qui pourraient demander une assistance plus active pour mourir. Les risques dont parle le Canada font déjà partie intégrante de notre régime médical.

[116] Comme l'a fait remarquer la juge de première instance, on cautionne implicitement l'évaluation individuelle de la vulnérabilité (quelle que soit sa source) dans la prise de décisions de vie ou de mort au Canada. Dans certains cas, ces décisions sont régies par des directives préalables ou prises par un mandataire spécial. Le Canada ne prétend pas que le risque présent dans ces cas nécessite une prohibition absolue (ces pratiques ne sont d'ailleurs pas réglementées par le gouvernement fédéral). Dans *A.C.*, la juge Abella a fait allusion à la vulnérabilité potentielle des adolescents qui ont à

implicitly accepted the viability of an individual assessment of decisional capacity in the context of that case. We accept the trial judge's conclusion that it is possible for physicians, with due care and attention to the seriousness of the decision involved, to adequately assess decisional capacity.

[117] The trial judge, on the basis of her consideration of various regimes and how they operate, found that it is possible to establish a regime that addresses the risks associated with physician-assisted death. We agree with the trial judge that the risks associated with physician-assisted death can be limited through a carefully designed and monitored system of safeguards.

[118] Canada also argues that the permissive regulatory regime accepted by the trial judge "accepts too much risk", and that its effectiveness is "speculative" (R.F., at para. 154). In effect, Canada argues that a blanket prohibition should be upheld unless the appellants can demonstrate that an alternative approach eliminates all risk. This effectively reverses the onus under s. 1, requiring the claimant whose rights are infringed to prove less invasive ways of achieving the prohibition's object. The burden of establishing minimal impairment is on the government.

[119] The trial judge found that Canada had not discharged this burden. The evidence, she concluded, did not support the contention that a blanket prohibition was necessary in order to substantially meet the government's objectives. We agree. A theoretical or speculative fear cannot justify an absolute prohibition. As Deschamps J. stated in *Chaoulli*, at para. 68, the claimant "d[oes] not have the burden of disproving every fear or every threat", nor can the government meet its burden simply by asserting an adverse impact on the public. Justification under s. 1 is a process of demonstration, not intuition or

prendre des décisions de vie ou de mort quant à un traitement médical (par. 72-78). Notre Cour a pourtant reconnu implicitement la viabilité d'une évaluation individuelle de la capacité décisionnelle dans le contexte de cette affaire. Nous acceptons la conclusion de la juge de première instance selon laquelle il est possible pour les médecins de bien évaluer la capacité décisionnelle avec la diligence requise et en portant attention à la gravité de la décision à prendre.

[117] Se fondant sur l'examen qu'elle a fait des divers régimes et de leur fonctionnement, la juge de première instance a conclu qu'il est possible d'établir un régime qui tient compte des risques associés à l'aide médicale à mourir. Nous sommes d'accord avec elle pour dire qu'un système de garanties soigneusement conçu et surveillé peut limiter les risques associés à l'aide médicale à mourir.

[118] Le Canada plaide également que le régime de réglementation permissif ayant reçu l'aval de la juge de première instance [TRADUCTION] « accepte trop de risques » et qu'il est d'une efficacité « hypothétique » (m.i., par. 154). En fait, le Canada soutient qu'il y a lieu de confirmer la validité d'une prohibition générale à moins que les appelants puissent démontrer qu'une autre mesure éliminerait tous les risques. Cela a pour effet d'inverser le fardeau imposé par l'article premier et d'exiger du demandeur dont les droits ont été violés de prouver l'existence de moyens moins attentatoires d'atteindre l'objet de la prohibition. Le fardeau d'établir une atteinte minimale incombe à l'État.

[119] La juge de première instance a conclu que le Canada ne s'était pas acquitté de ce fardeau. Elle a estimé que la preuve n'étayait pas la prétention qu'une prohibition générale était nécessaire pour réaliser de façon substantielle les objectifs de l'État. Nous sommes du même avis. Une crainte théorique ou hypothétique ne saurait justifier une prohibition absolue. Comme l'a indiqué la juge Deschamps au par. 68 de l'arrêt *Chaoulli*, le demandeur « n'[a] [. . .] pas le fardeau d'écarter toute crainte ou toute menace », et l'État ne peut pas non plus s'acquitter de son fardeau simplement en invoquant un effet

automatic deference to the government's assertion of risk (*RJR-MacDonald*, at para. 128).

[120] Finally, it is argued that without an absolute prohibition on assisted dying, Canada will descend the slippery slope into euthanasia and condoned murder. Anecdotal examples of controversial cases abroad were cited in support of this argument, only to be countered by anecdotal examples of systems that work well. The resolution of the issue before us falls to be resolved not by competing anecdotes, but by the evidence. The trial judge, after an exhaustive review of the evidence, rejected the argument that adoption of a regulatory regime would initiate a descent down a slippery slope into homicide. We should not lightly assume that the regulatory regime will function defectively, nor should we assume that other criminal sanctions against the taking of lives will prove impotent against abuse.

[121] We find no error in the trial judge's analysis of minimal impairment. We therefore conclude that the absolute prohibition is not minimally impairing.

(3) Deleterious Effects and Salutary Benefits

[122] This stage of the *Oakes* analysis weighs the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good. Given our conclusion that the law is not minimally impairing, it is not necessary to go on to this step.

[123] We conclude that s. 241(*b*) and s. 14 of the *Criminal Code* are not saved by s. 1 of the *Charter*.

préjudiciable sur le public. La justification en vertu de l'article premier est un processus de démonstration, et non d'intuition ou de déférence automatique envers le risque invoqué par l'État (*RJR-MacDonald*, par. 128).

[120] Enfin, on prétend que, si l'aide à mourir n'est pas absolument prohibée, le Canada dérapera vers l'euthanasie et le meurtre cautionné. Des exemples anecdotiques de cas controversés rencontrés à l'étranger ont été cités à l'appui de cet argument, et aussitôt contrés par des exemples anecdotiques de systèmes qui fonctionnent bien. La question dont nous sommes saisis doit être tranchée sur le fondement non pas d'anecdotes contradictoires, mais de la preuve. Après un examen exhaustif de la preuve, la juge de première instance a rejeté l'argument selon lequel l'adoption d'un régime de réglementation nous entraînerait dans un dérapage menant à l'homicide. Nous ne devons pas supposer à la légère qu'un tel régime fonctionnera mal, ni supposer que l'infliction d'autres sanctions pénales à ceux et celles qui enlèvent la vie d'autrui se révélera inefficace contre les abus.

[121] Comme nous ne relevons aucune erreur dans l'analyse qu'a faite la juge de première instance de l'atteinte minimale, nous concluons que la prohibition absolue ne constitue pas une atteinte minimale.

(3) Effets préjudiciables et effets bénéfiques

[122] À ce stade de l'analyse prescrite par l'arrêt *Oakes*, il faut mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public. Vu notre conclusion que la loi ne constitue pas une atteinte minimale, il n'est pas nécessaire de passer à cette étape.

[123] Nous concluons que l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* ne sont pas sauvegardés par application de l'article premier de la *Charte*.

XI. Remedy

A. *The Court of Appeal's Proposed Constitutional Exemption*

[124] The majority at the Court of Appeal suggested that this Court consider issuing a free-standing constitutional exemption, rather than a declaration of invalidity, should it choose to reconsider *Rodriguez*. The majority noted that the law does not currently provide an avenue for relief from a "generally sound law" that has an extraordinary effect on a small number of individuals (para. 326). It also expressed concern that it might not be possible for Parliament to create a fully rounded, well-balanced alternative policy within the time frame of any suspension of a declaration of invalidity (para. 334).

[125] In our view, this is not a proper case for a constitutional exemption. We have found that the prohibition infringes the claimants' s. 7 rights. Parliament must be given the opportunity to craft an appropriate remedy. The concerns raised in *Ferguson* about stand-alone constitutional exemptions are equally applicable here: issuing such an exemption would create uncertainty, undermine the rule of law, and usurp Parliament's role. Complex regulatory regimes are better created by Parliament than by the courts.

B. *Declaration of Invalidity*

[126] We have concluded that the laws prohibiting a physician's assistance in terminating life (*Criminal Code*, s. 241(*b*) and s. 14) infringe Ms. Taylor's s. 7 rights to life, liberty and security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice, and that the infringement is not justified under s. 1 of the *Charter*. To the extent that the impugned laws deny the s. 7 rights of people like Ms. Taylor they are void by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. It is for Parliament and the provincial legislatures to

XI. La réparation

A. *L'exemption constitutionnelle proposée par la Cour d'appel*

[124] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont suggéré à notre Cour d'envisager la possibilité d'accorder une exemption constitutionnelle autonome plutôt que de prononcer une déclaration d'invalidité si elle décide de réexaminer l'arrêt *Rodriguez*. Les juges majoritaires ont souligné qu'à l'heure actuelle, le droit n'offre pas de voie de recours à l'encontre d'une [TRADUCTION] « loi généralement valide » ayant un effet exceptionnel sur un petit nombre de personnes (par. 326). Ils ont également dit craindre qu'il ne soit pas possible pour le législateur d'instaurer une autre politique globale et équilibrée pendant toute suspension de prise d'effet d'une déclaration d'invalidité (par. 334).

[125] À notre avis, il n'est pas opportun en l'espèce d'accorder une exemption constitutionnelle. Nous avons conclu que la prohibition porte atteinte aux droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. Il faut donner au législateur l'occasion de concevoir une réparation convenable. Les préoccupations exprimées dans *Ferguson* au sujet des exemptions constitutionnelles autonomes valent tout autant en l'espèce : pareille exemption serait source d'incertitude, saperait la primauté du droit et constituerait une usurpation de la fonction du législateur, qui est mieux placé que les tribunaux pour créer des régimes de réglementation complexes.

B. *Déclaration d'invalidité*

[126] Nous sommes arrivés à la conclusion que les dispositions prohibant l'aide médicale à mourir (l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel*) portaient atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à M^me^ Taylor, et ce d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale, et que cette atteinte n'était pas justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*. Dans la mesure où les dispositions législatives contestées nient les droits que l'art. 7 reconnaît aux personnes comme M^me^ Taylor, elles sont nulles par

respond, should they so choose, by enacting legislation consistent with the constitutional parameters set out in these reasons.

[127] The appropriate remedy is therefore a declaration that s. 241(*b*) and s. 14 of the *Criminal Code* are void insofar as they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life; and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition. "Irremediable", it should be added, does not require the patient to undertake treatments that are not acceptable to the individual. The scope of this declaration is intended to respond to the factual circumstances in this case. We make no pronouncement on other situations where physician-assisted dying may be sought.

[128] We would suspend the declaration of invalidity for 12 months.

[129] We would not accede to the appellants' request to create a mechanism for exemptions during the period of suspended validity. In view of the fact that Ms. Taylor has now passed away and that none of the remaining litigants seeks a personal exemption, this is not a proper case for creating such an exemption mechanism.

[130] A number of the interveners asked the Court to account for physicians' freedom of conscience and religion when crafting the remedy in this case. The Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance, the Protection of Conscience Project, and the Catholic Health Alliance of Canada all expressed concern that physicians who object to medical assistance in dying on moral grounds may be obligated, based on a duty to act in their patients' best interests, to participate in physician-assisted dying. They ask us

application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il appartient au Parlement et aux législatures provinciales de répondre, si elles choisissent de le faire, en adoptant une loi compatible avec les paramètres constitutionnels énoncés dans les présents motifs.

[127] La réparation appropriée consiste donc en un jugement déclarant que l'al. 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* sont nuls dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition. Il convient d'ajouter que le terme « irrémédiable » ne signifie pas que le patient doive subir des traitements qu'il juge inacceptables. Cette déclaration est censée s'appliquer aux situations de fait que présente l'espèce. Nous ne nous prononçons pas sur d'autres situations où l'aide médicale à mourir peut être demandée.

[128] Nous sommes d'avis de suspendre la prise d'effet de la déclaration d'invalidité pendant 12 mois.

[129] Nous refusons d'accéder à la demande des appelants de créer une procédure d'exemption pendant la période au cours de laquelle la prise d'effet de la déclaration d'invalidité est suspendue. Puisque M^me^ Taylor est maintenant décédée et qu'aucune des autres parties au litige ne demande une exemption personnelle, il ne s'agit pas d'un cas où il convient de créer un tel mécanisme d'exemption.

[130] Plusieurs des intervenants ont prié la Cour de tenir compte de la liberté de conscience et de religion des médecins au moment de concevoir la réparation en l'espèce. La Ligue catholique des droits de l'homme, les organismes Faith and Freedom Alliance, Protection of Conscience Project et l'Alliance catholique canadienne de la santé ont tous dit craindre que les médecins opposés à l'aide médicale à mourir pour des raisons d'ordre moral soient tenus, de par l'obligation qu'ils ont d'agir dans l'intérêt de leur patient, de participer à l'aide médicale

to confirm that physicians and other health-care workers cannot be compelled to provide medical aid in dying. They would have the Court direct the legislature to provide robust protection for those who decline to support or participate in physician-assisted dying for reasons of conscience or religion.

[131] The Canadian Medical Association reports that its membership is divided on the issue of assisted suicide. The Association's current policy states that it supports the right of all physicians, within the bounds of the law, to follow their conscience in deciding whether or not to provide aid in dying. It seeks to see that policy reflected in any legislative scheme that may be put forward. While acknowledging that the Court cannot itself set out a comprehensive regime, the Association asks us to indicate that any legislative scheme must legally protect both those physicians who choose to provide this new intervention to their patients, along with those who do not.

[132] In our view, nothing in the declaration of invalidity which we propose to issue would compel physicians to provide assistance in dying. The declaration simply renders the criminal prohibition invalid. What follows is in the hands of the physicians' colleges, Parliament, and the provincial legislatures. However, we note — as did Beetz J. in addressing the topic of physician participation in abortion in *Morgentaler* — that a physician's decision to participate in assisted dying is a matter of conscience and, in some cases, of religious belief (pp. 95-96). In making this observation, we do not wish to pre-empt the legislative and regulatory response to this judgment. Rather, we underline that the *Charter* rights of patients and physicians will need to be reconciled.

XII. Costs

[133] The appellants ask for special costs on a full indemnity basis to cover the entire expense of bringing this case before the courts.

à mourir. Ils nous demandent de confirmer que les médecins et les autres travailleurs de la santé ne peuvent être contraints de fournir cette aide. Ils souhaitent que la Cour enjoigne au législateur d'offrir une protection solide à ceux et celles qui refusent de faciliter l'aide médicale à mourir ou d'y participer pour des raisons de conscience ou de religion.

[131] L'Association médicale canadienne signale que ses membres sont divisés sur la question de l'aide au suicide. Dans sa politique actuelle, elle dit appuyer le droit de tous les médecins, dans les limites des lois existantes, de suivre leur conscience lorsque vient le temps de décider d'offrir une aide médicale à mourir. Elle cherche à faire intégrer cette politique dans tout projet éventuel de régime législatif. Tout en reconnaissant que la Cour ne peut établir elle-même un régime complet, l'Association nous prie d'indiquer que tout régime législatif doit protéger légalement à la fois les médecins qui décident d'administrer ce nouveau traitement à leurs patients et ceux qui s'en abstiennent.

[132] À notre avis, rien dans la déclaration d'invalidité que nous proposons de prononcer ne contraindrait les médecins à dispenser une aide médicale à mourir. La déclaration ne fait qu'invalider la prohibition criminelle. La suite dépend des collèges des médecins, du Parlement et des législatures provinciales. Nous rappelons toutefois — comme l'avait fait le juge Beetz en abordant la participation du médecin à un avortement dans *Morgentaler* — que la décision du médecin de participer à l'aide à mourir relève de la conscience et, dans certains cas, de la croyance religieuse (p. 95-96). Par cette remarque, nous ne souhaitons pas court-circuiter la réponse législative ou réglementaire au présent jugement. Nous soulignons plutôt le besoin de concilier les droits garantis par la *Charte* aux patients et aux médecins.

XII. Dépens

[133] Les appelants réclament des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale afin de couvrir la totalité des dépenses engagées pour porter cette affaire devant les tribunaux.

[134] The trial judge awarded the appellants special costs exceeding $1,000,000, on the ground that this was justified by the public interest in resolving the legal issues raised by the case. (Costs awarded on the usual party-and-party basis would not have exceeded about $150,000.) In doing so, the trial judge relied on *Victoria (City) v. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28, at para. 188, which set out four factors for determining whether to award special costs to a successful public interest litigant: (1) the case concerns matters of public importance that transcend the immediate interests of the parties, and which have not been previously resolved; (2) the plaintiffs have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceeding on economic grounds; (3) the unsuccessful parties have a superior capacity to bear the cost of the proceedings; and (4) the plaintiffs did not conduct the litigation in an abusive, vexatious or frivolous manner. The trial judge found that all four criteria were met in this case.

[135] The Court of Appeal saw no error in the trial judge's reasoning on special costs, given her judgment on the merits. However, as the majority overturned the trial judge's decision on the merits, it varied her costs order accordingly. The majority ordered each party to bear its own costs.

[136] The appellants argue that special costs, while exceptional, are appropriate in a case such as this, where the litigation raises a constitutional issue of high public interest, is beyond the plaintiffs' means, and was not conducted in an abusive or vexatious manner. Without such awards, they argue, plaintiffs will not be able to bring vital issues of importance to all Canadians before the courts, to the detriment of justice and other affected Canadians.

[134] La juge de première instance a adjugé aux appelants des dépens spéciaux de plus de 1 000 000 $ parce qu'une telle mesure était justifiée par l'intérêt du public à ce que soient tranchées les questions de droit en litige. (Les dépens accordés sur la base partie-partie habituelle n'auraient pas dépassé environ 150 000 $.) Pour ce faire, la juge s'est appuyée sur l'arrêt *Victoria (City) c. Adams*, 2009 BCCA 563, 100 B.C.L.R. (4th) 28, par. 188, où la cour a énoncé quatre critères à prendre en compte avant d'accorder des dépens spéciaux à une partie représentant l'intérêt public qui a gain de cause : (1) l'affaire soulève des questions d'importance pour le public qui transcendent les intérêts immédiats des parties et qui n'ont pas encore été tranchées; (2) les demandeurs n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétal ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique; (3) les parties déboutées sont plus en mesure de supporter les dépens de l'instance; et (4) les demandeurs n'ont pas engagé le litige de façon abusive, vexatoire ou frivole. La juge de première instance a estimé que les quatre critères étaient respectés en l'espèce.

[135] La Cour d'appel n'a décelé aucune erreur dans le raisonnement de la juge de première instance relatif aux dépens spéciaux, compte tenu du jugement au fond qu'a prononcé cette dernière. Toutefois, comme les juges majoritaires ont infirmé la décision de la juge de première instance sur le fond, ils ont modifié en conséquence son ordonnance relative aux dépens. Ils ont ordonné à chacune des parties de supporter ses propres dépens.

[136] Les appelants soutiennent que, malgré leur caractère exceptionnel, les dépens spéciaux sont de mise dans un cas comme celui qui nous occupe, où l'instance soulève une question constitutionnelle de grand intérêt public, dépasse les moyens des demandeurs et n'a pas été engagée de manière abusive ou vexatoire. Ils plaident que sans ces dépens, les demandeurs ne seront pas en mesure de soumettre aux tribunaux des questions d'importance vitale pour tous les Canadiens et Canadiennes, ce qui nuirait à la justice ainsi qu'aux autres Canadiens et Canadiennes touchés.

[137] Against this, we must weigh the caution that "[c]ourts should not seek on their own to bring an alternative and extensive legal aid system into being": *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2007 SCC 2, [2007] 1 S.C.R. 38, at para. 44. With this concern in mind, we are of the view that *Adams* sets the threshold for an award of special costs too low. This Court has previously emphasized that special costs are only available in "exceptional" circumstances: *Finney v. Barreau du Québec*, 2004 SCC 36, [2004] 2 S.C.R. 17, at para. 48. The test set out in *Adams* would permit an award of special costs in cases that do not fit that description. Almost all constitutional litigation concerns "matters of public importance". Further, the criterion that asks whether the unsuccessful party has a superior capacity to bear the cost of the proceedings will always favour an award against the government. Without more, special costs awards may become routine in public interest litigation.

[137] D'autre part, nous devons prendre en considération la mise en garde selon laquelle « [l]es tribunaux ne devraient pas chercher, de leur propre initiative, à mettre sur pied un autre système complet d'aide juridique » : *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)*, 2007 CSC 2, [2007] 1 R.C.S. 38, par. 44. Compte tenu de cette considération, nous sommes d'avis que le seuil applicable à l'octroi de dépens spéciaux établi dans l'arrêt *Adams* n'est pas assez élevé. Notre Cour a déjà souligné que des dépens spéciaux ne peuvent être accordés que dans des cas « d'exception » : *Finney c. Barreau du Québec*, 2004 CSC 36, [2004] 2 R.C.S. 17, par. 48. Le test énoncé dans *Adams* permettrait l'octroi de dépens spéciaux dans des cas qui ne correspondent pas à cette description. Presque tous les litiges constitutionnels ont trait à des « questions d'importance pour le public ». En outre, le critère relatif à la question de savoir si la partie déboutée est plus en mesure de supporter les dépens de l'instance favorisera toujours la condamnation du gouvernement aux dépens. Sans rien d'autre, l'octroi de dépens spéciaux peut devenir une pratique courante dans les litiges d'intérêt public.

[138] Some reference to this Court's jurisprudence on advance costs may be helpful in refining the criteria for special costs on a full indemnity basis. This Court set the test for an award of advance costs in *British Columbia (Minister of Forests) v. Okanagan Indian Band*, 2003 SCC 71, [2003] 3 S.C.R. 371. LeBel J. identified three criteria necessary to justify that departure from the usual rule of costs:

[138] Un regard sur la jurisprudence de notre Cour relative aux provisions pour frais peut s'avérer utile pour préciser les critères applicables à l'octroi de dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale. Notre Cour a énoncé le test applicable à l'octroi d'une provision pour frais dans *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, [2003] 3 R.C.S. 371. Le juge LeBel y a indiqué trois conditions qui doivent être réunies pour justifier cette dérogation à la règle habituelle en matière de dépens :

1. The party seeking interim costs genuinely cannot afford to pay for the litigation, and no other realistic option exists for bringing the issues to trial — in short, the litigation would be unable to proceed if the order were not made.

1. La partie qui demande une provision pour frais n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose réalistement d'aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal — bref, elle serait incapable d'agir en justice sans l'ordonnance.

2. The claim to be adjudicated is *prima facie* meritorious; that is, the claim is at least of sufficient

2. La demande vaut *prima facie* d'être instruite, c'est-à-dire qu'elle paraît au moins suffisamment valable

merit that it is contrary to the interests of justice for the opportunity to pursue the case to be forfeited just because the litigant lacks financial means.

3. The issues raised transcend the individual interests of the particular litigant, are of public importance, and have not been resolved in previous cases. [para. 40]

[139] The Court elaborated on this test in *Little Sisters*, emphasizing that issues of public importance will not in themselves "automatically entitle a litigant to preferential treatment with respect to costs" (para. 35). The standard is a high one: only "rare and exceptional" cases will warrant such treatment (para. 38).

[140] In our view, with appropriate modifications, this test serves as a useful guide to the exercise of a judge's discretion on a motion for special costs in a case involving public interest litigants. First, the case must involve matters of public interest that are truly exceptional. It is not enough that the issues raised have not previously been resolved or that they transcend the individual interests of the successful litigant: they must also have a significant and widespread societal impact. Second, in addition to showing that they have no personal, proprietary or pecuniary interest in the litigation that would justify the proceedings on economic grounds, the plaintiffs must show that it would not have been possible to effectively pursue the litigation in question with private funding. In those rare cases, it will be contrary to the interests of justice to ask the individual litigants (or, more likely, pro bono counsel) to bear the majority of the financial burden associated with pursuing the claim.

[141] Where these criteria are met, a court will have the discretion to depart from the usual rule on costs and award special costs.

[142] Finally, we note that an award of special costs does not give the successful litigant the right

et, de ce fait, il serait contraire aux intérêts de la justice que le plaideur renonce à agir en justice parce qu'il n'en a pas les moyens financiers.

3. Les questions soulevées dépassent le cadre des intérêts du plaideur, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées. [par. 40]

[139] La Cour a précisé ce test dans *Little Sisters* en soulignant que les questions d'importance pour le public ne signifient pas en soi que « le plaideur a automatiquement droit à un traitement préférentiel en matière de dépens » (par. 35). La norme est élevée : seules des affaires « rares et exceptionnelles » peuvent justifier pareil traitement (par. 38).

[140] Nous estimons que ce test, modifié comme il se doit, constitue un guide utile pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge saisi d'une requête pour dépens spéciaux dans une affaire mettant en cause des parties représentant l'intérêt public. Premièrement, l'affaire doit porter sur des questions d'intérêt public véritablement exceptionnelles. Il ne suffit pas que les questions soulevées n'aient pas encore été tranchées ou qu'elles dépassent le cadre des intérêts du plaideur qui a gain de cause : elles doivent aussi avoir une incidence importante et généralisée sur la société. Deuxièmement, en plus de démontrer qu'ils n'ont dans le litige aucun intérêt personnel, propriétal ou pécuniaire qui justifierait l'instance pour des raisons d'ordre économique, les demandeurs doivent démontrer qu'il n'aurait pas été possible de poursuivre l'instance en question avec une aide financière privée. Dans ces rares cas, il est contraire à l'intérêt de la justice de demander aux plaideurs individuels (ou, ce qui est plus probable, aux avocats bénévoles) de supporter la majeure partie du fardeau financier associé à la poursuite de la demande.

[141] Lorsque ces critères sont respectés, le tribunal a le pouvoir discrétionnaire de déroger à la règle habituelle en matière de dépens et d'octroyer des dépens spéciaux.

[142] Enfin, nous faisons remarquer que l'octroi de dépens spéciaux ne donne pas à la partie qui a

to burden the defendant with any and all expenses accrued during the course of the litigation. As costs awards are meant to "encourage the reasonable and efficient conduct of litigation" (*Okanagan Indian Band*, at para. 41), only those costs that are shown to be reasonable and prudent will be covered by the award.

[143] Having regard to these criteria, we are not persuaded the trial judge erred in awarding special costs to the appellants in the truly exceptional circumstances of this case. We would order the same with respect to the proceedings in this Court and in the Court of Appeal.

[144] The final question is whether the trial judge erred in awarding 10 percent of the costs against the Attorney General of British Columbia. The trial judge acknowledged that it is unusual for courts to award costs against an Attorney General who intervenes in constitutional litigation as of right. However, as the jurisprudence reveals, there is no firm rule against it: see, e.g., *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hegeman v. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; and *Polglase v. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294 (S.C.).

[145] In her reasons on costs, the trial judge explained that counsel for British Columbia led evidence, cross-examined the appellants' witnesses, and made written and oral submissions on most of the issues during the course of the trial. She also noted that British Columbia took an active role in pre-trial proceedings. She held that an Attorney General's responsibility for costs when involved in constitutional litigation as of right varies with the role the Attorney General assumes in the litigation. Where the Attorney General assumes the role of a party, the court may find the Attorney General liable for costs in the same manner as a party (para. 96). She concluded that the Attorney General of British Columbia had taken a full and active role in the proceedings and should therefore be liable for costs

gain de cause le droit de faire supporter au défendeur les moindres dépenses engagées au cours de l'instance. Comme l'octroi de dépens est censé « favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite » (*Bande indienne Okanagan*, par. 41), seuls les frais dont on établit le caractère raisonnable et prudent seront couverts par les dépens spéciaux.

[143] Compte tenu de ces critères, nous ne sommes pas convaincus que la juge de première instance a commis une erreur en adjugeant des dépens spéciaux aux appelants dans les circonstances vraiment exceptionnelles de l'espèce. Nous sommes d'avis de rendre la même ordonnance relativement à l'instance devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

[144] La dernière question est de savoir si la juge de première instance a commis une erreur en condamnant la procureure générale de la Colombie-Britannique à payer 10 pour 100 des dépens. Elle a reconnu le caractère inhabituel d'une condamnation aux dépens prononcée contre un procureur général qui intervient de plein droit à un litige constitutionnel. Mais comme le révèle la jurisprudence, aucune règle établie ne l'interdit : voir, p. ex., *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hegeman c. Carter*, 2008 NWTSC 48, 74 C.P.C. (6th) 112; et *Polglase c. Polglase* (1979), 18 B.C.L.R. 294 (C.S.).

[145] Dans ses motifs relatifs aux dépens, la juge de première instance a expliqué que les avocats de la Colombie-Britannique avaient produit des éléments de preuve, contre-interrogé les témoins des appelants et présenté des arguments écrits et de vive voix sur la plupart des questions au cours du procès. Elle a ajouté que la Colombie-Britannique avait pris une part active aux procédures préliminaires. Toujours selon elle, la responsabilité qu'a un procureur général de payer les dépens lorsqu'il participe de plein droit à un litige constitutionnel varie selon le rôle qu'il joue dans l'instance. S'il joue le rôle de partie, le tribunal peut le tenir responsable des dépens comme s'il était une partie (par. 96). Elle a conclu que la procureure générale de la Colombie-Britannique avait participé pleinement et activement

in proportion to the time British Columbia took during the proceedings.

[146] We stress, as did the trial judge, that it will be unusual for a court to award costs against Attorneys General appearing before the court as of right. However, we see no reason to interfere with the trial judge's decision to do so in this case or with her apportionment of responsibility between the Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Canada. The trial judge was best positioned to determine the role taken by British Columbia and the extent to which it shared carriage of the case.

XIII. Conclusion

[147] The appeal is allowed. We would issue the following declaration, which is suspended for 12 months:

Section 241(*b*) and s. 14 of the *Criminal Code* unjustifiably infringe s. 7 of the *Charter* and are of no force or effect to the extent that they prohibit physician-assisted death for a competent adult person who (1) clearly consents to the termination of life and (2) has a grievous and irremediable medical condition (including an illness, disease or disability) that causes enduring suffering that is intolerable to the individual in the circumstances of his or her condition.

[148] Special costs on a full indemnity basis are awarded against Canada throughout. The Attorney General of British Columbia will bear responsibility for 10 percent of the costs at trial on a full indemnity basis and will pay the costs associated with its presence at the appellate levels on a party-and-party basis.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellants: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Davis, Vancouver.

à l'instance et qu'elle devrait donc être tenue aux dépens en proportion de la période de temps qu'elle a occupée au cours de l'instance.

[146] À l'instar de la juge de première instance, nous soulignons qu'il est inhabituel pour le tribunal de condamner aux dépens le procureur général qui comparaît devant lui de plein droit. Nous ne voyons toutefois aucune raison de modifier la décision de la juge de première instance de le faire en l'espèce, ou la manière dont elle a réparti la responsabilité entre la procureure générale de la Colombie-Britannique et le procureur général du Canada. Elle était la mieux placée pour apprécier la participation de la Colombie-Britannique et la mesure dans laquelle cette dernière a partagé la responsabilité du dossier.

XIII. Conclusion

[147] Le pourvoi est accueilli. Nous sommes d'avis de prononcer le jugement déclaratoire suivant, dont la prise d'effet est suspendue pendant 12 mois :

L'alinéa 241*b*) et l'art. 14 du *Code criminel* portent atteinte de manière injustifiée à l'art. 7 de la *Charte* et sont inopérants dans la mesure où ils prohibent l'aide d'un médecin pour mourir à une personne adulte capable qui (1) consent clairement à mettre fin à sa vie; et qui (2) est affectée de problèmes de santé graves et irrémédiables (y compris une affection, une maladie ou un handicap) lui causant des souffrances persistantes qui lui sont intolérables au regard de sa condition.

[148] Le Canada est condamné à des dépens spéciaux sur la base de l'indemnisation intégrale devant toutes les cours. La procureure générale de la Colombie-Britannique doit assumer la responsabilité de 10 pour 100 des dépens du procès sur la base de l'indemnisation intégrale, et elle est condamnée aux dépens associés à sa participation devant les cours d'appel sur la base partie-partie.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs des appelants : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver; Davis, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Ottawa.

Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Ottawa.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Procureure de l'intimée la procureure générale de la Colombie-Britannique : Procureure générale de la Colombie-Britannique, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Procureure de l'intervenante la procureure générale du Québec : Procureure générale du Québec, Québec.

Solicitors for the interveners the Council of Canadians with Disabilities and the Canadian Association for Community Living: Bakerlaw, Toronto.

Procureurs des intervenants le Conseil des Canadiens avec déficiences et l'Association canadienne pour l'intégration communautaire : Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener the Christian Legal Fellowship: Miller Thomson, Calgary.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance des chrétiens en droit : Miller Thomson, Calgary.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Canadian HIV/AIDS Legal Network, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto; Réseau juridique canadien VIH/sida, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Association for Reformed Political Action Canada: Association for Reformed Political Action Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenante Association for Reformed Political Action Canada : Association for Reformed Political Action Canada, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Physicians' Alliance against Euthanasia: Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Procureurs de l'intervenant le Collectif des médecins contre l'euthanasie : Norton Rose Fulbright Canada, Montréal.

Solicitors for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Geoffrey Trotter Law Corporation, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Geoffrey Trotter Law Corporation, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Christian Medical and Dental Society of Canada and the Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs des intervenantes Christian Medical and Dental Society of Canada et Canadian Federation of Catholic Physicians' Societies : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the intervener Dying With Dignity: Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Dying With Dignity : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Polley Faith, Toronto.

Solicitors for the intervener the Catholic Health Alliance of Canada: Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the interveners the Farewell Foundation for the Right to Die and Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité: Gratl & Company, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Borden Ladner Gervais, Toronto.

Solicitors for the interveners the Catholic Civil Rights League, the Faith and Freedom Alliance and the Protection of Conscience Project: Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Solicitors for the intervener the Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society: Borden Ladner Gervais, Vancouver and Ottawa.

Solicitors for the intervener the Canadian Unitarian Council: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Euthanasia Prevention Coalition and the Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia: Scher Law Professional Corporation, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne : Polley Faith, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Alliance catholique canadienne de la santé : Vincent Dagenais Gibson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs des intervenantes Farewell Foundation for the Right to Die et l'Association québécoise pour le droit de mourir dans la dignité : Gratl & Company, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Borden Ladner Gervais, Toronto.

Procureurs des intervenants la Ligue catholique des droits de l'homme, Faith and Freedom Alliance et Protection of Conscience Project : Bennett Jones, Toronto; Philip H. Horgan, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Alliance of People With Disabilities Who are Supportive of Legal Assisted Dying Society : Borden Ladner Gervais, Vancouver et Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Conseil unitarien du Canada : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Coalition pour la prévention de l'euthanasie et Euthanasia Prevention Coalition — British Columbia : Scher Law Professional Corporation, Toronto.

TAB 20

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Robert Lorne Heywood *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* HEYWOOD

File No.: 23384.

1994: April 27; 1994: November 24.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Definition of "loitering" — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

Criminal law — Sexual conviction — Loitering — Definition of "loitering" — Criminal Code prohibiting convicted sexual offenders from loitering in school yards, playgrounds and public parks — Convicted sexual offender convicted of loitering by play area in public park — Whether infringement of s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(d) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be sub-

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Robert Lorne Heywood *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HEYWOOD

N° du greffe: 23384.

1994: 27 avril; 1994: 24 novembre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Définition de «flâner» — Y a-t-il atteinte à l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

Droit criminel — Déclaration de culpabilité pour infraction sexuelle — Flânerie — Définition de «flâner» — Interdiction par le Code criminel aux personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles de flâner sur un terrain d'école, un terrain de jeu ou un parc public — Personne déclarée coupable d'infractions sexuelles jugée coupable d'avoir flâné dans un parc public à proximité du terrain de jeu — Y a-t-il atteinte à

jected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(h) (the right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence) — If so, whether justified under s. 1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(d), (h), 12 — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 179(1)(b).

l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), à l'art. 11d) (le droit d'être présumé innocent), à l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), à l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et à l'art. 11h) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie)? — Dans l'affirmative, cette atteinte peut-elle se justifier conformément à l'article premier? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11d), h), 12 — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 179(1)b).

Respondent's earlier convictions of sexual assault involving children made him subject to the prohibition in s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code* that he not commit vagrancy by loitering near playgrounds, school yards or public parks. On two occasions, respondent, who was carrying a camera with a telephoto lens in a public park near to where children were playing, was stopped by police and questioned as to whether he had a criminal record. On the first occasion, he was warned that a convicted sex offender was not permitted to loiter near a public park, school yard or playground. On the second, he was arrested and charged under s. 179(1)(*b*) of the *Code* with two counts of vagrancy — "at or near a playground" and "in or near a public park" — and the camera and film with frames focusing on the crotch areas of young girls playing in the park with their clothing in disarray were seized.

Vu que l'intimé avait déjà été déclaré coupable d'agression sexuelle sur des enfants, il lui était interdit, en vertu de l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel*, de commettre des actes de vagabondage en flânant à proximité d'un terrain d'école, d'un terrain de jeu et d'un parc public. À deux reprises, l'intimé, qui transportait alors un appareil photo avec téléobjectif dans un parc public à proximité d'un endroit où jouaient des enfants, a été arrêté et interrogé par la police quant à savoir s'il avait un casier judiciaire. La première fois, l'intimé a été averti qu'il était interdit à une personne déclarée coupable d'infractions sexuelles de flâner à proximité d'un parc public, d'un terrain d'école ou d'un terrain de jeu. La seconde fois, il a été arrêté et a fait l'objet de deux chefs d'accusation de vagabondage, en vertu de l'al. 179(1)*b*) du *Code*, — «sur un terrain de jeu ou à proximité» et «dans un parc public ou à proximité»; la police a saisi l'appareil et la pellicule photographique dont certaines des épreuves montraient l'entrejambe de la culotte de petites filles qui jouaient dans le parc et dont les vêtements avaient été déplacés pendant le jeu.

The respondent was convicted of the first count. The trial judge found that, even though s. 179(1)(*b*) infringed ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, these infringements were a justifiable limitation under s. 1. The second count was conditionally stayed under the *Kienapple* principle. An appeal to the British Columbia Supreme Court was dismissed. The Court of Appeal, however, allowed respondent's appeal and quashed the conviction because the breaches of ss. 7 and 11(*d*) were not justified. The constitutional questions before this Court queried if s. 179(1)(*b*) infringed several sections of the *Charter*, and if so, whether those infringements were justifiable under s. 1. The *Charter* provisions allegedly infringed were: s. 7 (the right to life, liberty and security of the person), s. 11(*d*) (the right to be presumed innocent), s. 12 (the right not to be subjected to cruel and unusual treatment or punishment), s. 9 (the right not to be arbitrarily detained or imprisoned) and s. 11(*h*) (the

L'intimé a été déclaré coupable du premier chef d'accusation. Selon le juge du procès, l'al. 179(1)*b*) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*, mais ces atteintes pouvaient se justifier en vertu de l'article premier. Le second chef d'accusation a fait l'objet d'un sursis sous condition conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel interjeté. Cependant, la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimé et annulé la déclaration de culpabilité parce que les atteintes à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) ne pouvaient être justifiées. Les questions constitutionnelles devant notre Cour visent à déterminer si l'al. 179(1)*b*) contrevient à plusieurs dispositions de la *Charte* et, dans l'affirmative, à déterminer si ces atteintes peuvent se justifier en vertu de l'article premier. Les dispositions en cause de la *Charte* sont les suivantes: l'art. 7 (le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne), l'al. 11*d*) (le droit d'être présumé

right not to be tried and punished for the same offence if already found guilty and punished for that offence).

Held (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. Section 179(1)(*b*) violated s. 7 of the *Charter* and was not justified under s. 1.

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The word "loiter" in s. 179(1)(*b*) should be given its ordinary meaning — to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle — and should not be interpreted as requiring a malevolent intent. None of the dictionary definitions requires a malevolent intent or makes any reference to such a requirement and the jurisprudence considering its meaning in other sections of the *Code* supports the use of the ordinary meaning in s. 179(1)(*b*). The ordinary definition is also consistent with section's purpose of protecting children from becoming victims of sexual offences by prohibiting any prolonged attendance in areas often frequented by children.

The concept of malevolent intent (as opposed to a narrower formula such as unlawful intent) raises problems of definition which make it unworkable. It is a concept of very broad scope that is extremely difficult to define. Malevolent intent could mean almost anything, and its definition would be dependent upon the subjective views of the particular judge trying the case.

The legislative debates both on the provision's enactment and later on its reconsideration cannot be used to support the notion of some sort of malevolent intent. These debates, assuming admissibility, were inconclusive for the purpose of determining legislative intent. Indeed, legislative history generally is not admissible as proof of legislative intent in the construction of statutes because it is not reliable evidence. Rather, it may be admissible for the more general purpose of showing the mischief Parliament was attempting to remedy with the legislation.

Section 179(1)(*b*) restricts the liberty of those to whom it applies. Although a prohibition for the purpose of protecting the public does not *per se* infringe the principles of fundamental justice, the prohibition in s. 179(1)(*b*) does so because it restricts liberty far more than is necessary to accomplish its goal. It applies, with-

innocent), l'art. 12 (le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités), l'art. 9 (le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires) et l'al. 11*h*) (le droit d'une personne de ne pas être jugée ni punie de nouveau pour une infraction dont elle a déjà été déclarée coupable et punie).

Arrêt (Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté. L'alinéa 179(1)*b*) porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* et ne peut se justifier en vertu de l'article premier.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major: Le terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*) devrait être interprété dans son sens ordinaire — déambuler, traîner, lambiner, se balader, s'attarder, musarder — et non comme exigeant une intention malveillante. Aucune des définitions du dictionnaire n'exige une intention malveillante ou ne fait mention d'une telle exigence, et la jurisprudence consacrée à l'interprétation du terme utilisé dans d'autres dispositions du *Code* appuie l'utilisation de l'acception courante à l'al. 179(1)*b*). Le sens ordinaire est également compatible avec l'objet de l'alinéa, qui est de protéger les enfants contre les infractions sexuelles en interdisant toute présence prolongée dans des endroits souvent fréquentés par eux.

Le concept de l'intention malveillante (par opposition à une conception plus étroite comme l'intention illégale) soulève des problèmes de définition qui le rendent inapplicable. Il s'agit d'un concept très large, extrêmement difficile à définir. Intention malveillante peut vouloir dire à peu près n'importe quoi et sa définition serait fonction des idées subjectives du juge saisi du dossier.

Les débats législatifs ayant entouré l'adoption de la disposition ainsi que ceux qui se sont déroulés lors de son réexamen n'appuient pas la notion d'une certaine forme d'intention malveillante. Ces débats, en supposant qu'ils soient admissibles, n'ont pas été concluants pour déterminer l'intention du législateur. En fait, l'historique législatif n'est généralement pas admissible comme preuve de l'intention du législateur dans le cadre de l'interprétation des lois parce qu'il ne constitue pas une preuve fiable. Par contre, il peut être admissible dans le but plus général de démontrer le méfait auquel le législateur tentait de remédier.

L'alinéa 179(1)*b*) restreint la liberté des personnes auxquelles il s'applique. Bien qu'une interdiction visant à protéger le public ne constitue pas en soi une atteinte aux principes de justice fondamentale, l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) y porte atteinte parce qu'elle restreint la liberté beaucoup plus qu'il ne le faut pour

out prior notice to the accused, to too many places, to too many people, for an indefinite period with no possibility of review.

Overbreadth and vagueness are different concepts, but are sometimes related in particular cases. They are related in that both are the result of a lack of sufficient precision by a legislature in the means used to accomplish an objective. In the case of vagueness, the means are not clearly defined. In the case of overbreadth, the means are too sweeping in relation to the objective.

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. A court must consider whether those means are necessary to achieve the state objective. If the state, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

Reviewing legislation for overbreadth as a principle of fundamental justice is simply a matter of balancing the state interest against that of the individual. Where an independent principle of fundamental justice is violated, however, any balancing of the public interest must take place under s. 1 of the *Charter*. In analysing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. A court should not interfere with legislation merely because a judge might have chosen a different means of accomplishing the objective.

Section 7 of the *Charter* has a wide scope. An enactment, before it can be found to be so broad that it infringes s. 7 of the *Charter*, must clearly infringe life, liberty or security of the person in a manner that is unnecessarily broad, going beyond what is needed to accomplish the governmental objective. In determining whether a provision is overly broad and not in accordance with the principles of fundamental justice, it must be determined whether the means chosen to accomplish the provision's objectives are reasonably tailored to effect its purpose. Where legislation limits the liberty of an individual in order to protect the public, that limita-

atteindre son objectif. Cette interdiction s'applique sans avis préalable à l'accusé, elle vise trop d'endroits et trop de personnes, et elle est d'une durée indéterminée sans possibilité de contrôle.

La portée excessive et l'imprécision sont des concepts différents, mais parfois connexes dans des cas particuliers. Elles sont connexes en ce que ces deux notions résultent du fait qu'un législateur n'a pas été suffisamment précis dans les moyens utilisés pour atteindre un objectif. Dans le cas de l'imprécision, les moyens ne sont pas clairement précisés. Dans le cas de la portée excessive, les moyens sont trop généraux par rapport à l'objectif.

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Le tribunal doit se demander si les moyens choisis sont nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État. Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement une question d'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier. Cependant, lorsqu'il y a atteinte à un principe indépendant de justice fondamentale, l'évaluation de l'intérêt public devrait se faire dans le contexte de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif.

L'article 7 de la *Charte* a une vaste portée. Avant que l'on puisse conclure qu'un texte législatif a une portée si large qu'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, il doit être clair que ce texte porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une façon qui est inutilement large, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental. Pour déterminer si la portée d'une disposition est excessive et n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, il faut établir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnablement bien adaptés à cet objectif. Dans les cas où le texte législatif restreint la liberté d'une per-

tion should not go beyond what is necessary to accomplish that goal.

Section 179(1)(*b*) suffers from overbreadth and thus the deprivation of liberty it entails is not in accordance with the principles of fundamental justice. The section is overly broad in its geographical ambit. The limitation should be more narrowly defined, to apply only to those parks and bathing areas where children can reasonably be expected to be present. It is also overly broad in that it applies for life, with no possibility of review. Without a review a person who has ceased to be a danger to children (or who indeed never was a danger to children) continues to be subject to the prohibition in s. 179(1)(*b*). A pardon under the *Criminal Records Act* or the royal prerogative of mercy, while removing only any disqualification flowing from conviction, does not meet the need for review because of inadequate and insufficient availability. Finally, s. 179(1)(*b*) applies to all persons convicted of the listed offences, without regard to whether they constitute a danger to children and accordingly is also overly broad in respect to the people to whom it applies.

The absence of notice, too, offends the principles of fundamental justice. Great care is taken to give notice in connection with other provisions of the *Code*.

It is significant that the new s. 161, enacted after the Court of Appeal's decision, applies only to persons who have committed the listed offences in respect of persons under age fourteen. In addition, the order made pursuant to it is discretionary so that only those offenders constituting a danger to children will be subject to a prohibition. Unlike s. 179(1)(*b*), the new s. 161 provides for both notice and review of the prohibition and accordingly reduces the significance of the overbreadth factor.

Doubts exist as to whether a violation of the right to life, liberty or security of the person which is not in accordance with the principles of fundamental justice can ever be justified, except perhaps in times of war or national emergencies. Overbroad legislation infringing s. 7 of the *Charter* is even more difficult to justify and

sonne en vue de protéger le public, cette restriction ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but.

L'alinéa 179(1)*b*) a une portée excessive, et l'atteinte à la liberté qu'il comporte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition a une portée excessive en raison des endroits qu'elle vise. La restriction devrait être davantage circonscrite et viser seulement les parcs et les zones de baignade où l'on peut raisonnablement s'attendre à trouver des enfants. L'alinéa a également une portée excessive en ce que l'interdiction est perpétuelle, sans mécanisme de contrôle. L'absence de mécanisme de contrôle signifie qu'une personne qui cesse de constituer un danger pour les enfants (ou qui en fait n'en a jamais constitué un) continue d'être visée par l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*). La réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire* et la prérogative royale de clémence font cesser toute incapacité découlant de la condamnation, mais ne sont pas suffisantes pour remplacer le mécanisme de contrôle parce qu'elles sont inadéquates et difficiles à obtenir. Enfin, l'al. 179(1)*b*) s'applique à toutes les personnes déclarées coupables des infractions qui y sont énumérées, qu'elles présentent ou non un danger pour les enfants; il a donc également une portée excessive quant aux personnes qu'il vise.

L'absence d'avis rend également la disposition incompatible avec les principes de justice fondamentale. Les avis ont une grande importance dans d'autres dispositions du *Code*.

Il est révélateur que le nouvel art. 161, adopté après la décision de la Cour d'appel, s'applique seulement aux personnes qui ont commis l'une des infractions qui y est mentionnée à l'égard d'une personne âgée de moins de 14 ans. En outre, l'ordonnance rendue en vertu de cette disposition relève du pouvoir discrétionnaire du juge, de sorte que seulement les contrevenants qui présentent un danger pour les enfants sont visés par l'interdiction. Contrairement à l'al. 179(1)*b*), le nouvel art. 161 prévoit et une procédure d'avis et un processus de contrôle de l'interdiction, et réduit en conséquence l'importance de la portée excessive.

Il existe des doutes quant à savoir si l'on peut vraiment arriver à justifier une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, sauf peut-être en période de guerre ou d'urgence nationale. Un texte législatif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* est encore plus difficile à justifier et ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au

would appear to be incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

The objective of s. 179(1)(*b*) of protecting children from sexual offences is pressing and substantial. The protection of children from sexual offenses is obviously very important to society. Furthermore, the means employed in s. 179(1)(*b*), at least in some of their applications, are rationally connected to the objective. However, for the same reasons that s. 179(1)(*b*) is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis and so cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

The remedies of reading in or reading down are not appropriate here. The changes which would be required to make s. 179(1)(*b*) constitutional would not constitute reading down or reading in but rather would amount to judicial rewriting of the legislation and the creation of an entirely new scheme with a completely different approach to the problem.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting): Section 179(1)(*b*) should be interpreted as prohibiting the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. The purpose and legislative history of s. 179(1)(*b*), precedent and statutory context support this interpretation.

The legislative history of s. 179(1)(*b*) indicated that Parliament considered the word "loiter" to have a different meaning from the word "wander" which was removed from earlier versions of the provision. "Wander" connotes movement without specific intent; "loiter", notwithstanding the common element of idleness, is defined more narrowly and has a variable connotation according to the context.

The Crown's expert psychiatric and psychological evidence was of assistance in understanding the purpose and scope of s. 179(1)(*b*). The evidence on cross-offending and the difficulty of predicting who will cross-offend or repeat offend justifies some form of restriction on the liberty of persons convicted of sexual offences.

The section has at its foundation a concern for public safety and a desire to aid in the treatment and rehabilita-

volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

L'objectif de protection des enfants contre les infractions sexuelles prévu à l'al. 179(1)*b*) répond à des préoccupations urgentes et réelles. La protection des enfants contre les infractions sexuelles est évidemment très importante pour la société. En outre, tout au moins dans certaines de leurs applications, les moyens choisis à l'al. 179(1)*b*) ont un lien rationnel avec l'objectif. Cependant, pour les mêmes motifs qui font que l'al. 179(1)*b*) a une portée excessive, cette disposition ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier et, en conséquence, ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Les réparations de l'interprétation large ou de l'interprétation atténuée ne sont pas appropriées en l'espèce. Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)*b*) constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivaudraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal et créeraient un régime législatif entièrement nouveau fondé sur une façon tout à fait différente d'aborder le problème.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin (dissidents): L'alinéa 179(1)*b*) doit s'interpréter comme interdisant aux personnes visées de se trouver dans un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. L'objet et l'historique législatif de l'al. 179(1)*b*) ainsi que la jurisprudence et son contexte législatif appuient cette interprétation.

Selon l'historique législatif de l'al. 179(1)*b*), le législateur était d'avis que le terme «flâner» avait un sens différent du terme «errer», qui a été supprimé des versions initiales de la disposition. Le terme «errer» implique un mouvement sans intention précise; le terme «flâner», nonobstant l'élément commun d'oisiveté, est défini plus étroitement et varie en fonction du contexte.

Les témoignages des experts en psychiatrie et en psychologie cités par le ministère public aident à saisir l'objet et la portée de l'al. 179(1)*b*). Les constatations concernant la diversification, conjuguées à la difficulté de prédire qui commettra une infraction d'un autre genre ou récidivera, justifient que certaines restrictions soient apportées à la liberté des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles.

La disposition repose sur le souci de la sécurité publique et sur le désir de favoriser le traitement et la

tion of offenders. It applies broadly to all persons convicted of the enumerated offences and therefore provides protection not only to children but also to others who could be victims of sexual assault in the listed areas. The areas where the prohibition applies are places where people will generally lower their guard.

A caveat to the general rule that words be given their ordinary meaning arises because the sense of the term "loiter" varies according to its context. The absence of purpose element in the ordinary meaning of loiter can have no application in the context of s. 179(1)(*b*). Parliament clearly intended to include conduct of convicted sex offenders whose purpose was related to re-offending.

The prohibition contained in s. 179(1)(*b*) should be narrowed to render the prohibition less intrusive and to tailor it more carefully to the objectives being pursued. Not all loitering should be caught by its prohibition contained in s. 179(1)(*b*). Rather, the intrusion into the activities of individuals should be tied to some reason of public order. The concern to exclude presence in the enumerated areas for legitimate purposes from criminal prohibition is well-founded. The restriction created by s. 179(1)(*b*) will not be the same in each of the listed areas.

Analysis of the interaction of other provisions of the *Code* dealing with a similar subject-matter supports the interpretation that loitering as used in s. 179(1)(*b*) requires a malevolent purpose. Sections 179(1)(*b*) and 810.1 read together, however, produce a similar result to that achieved by s. 161 in relation to those convicted prior to the enactment of s. 161. (Section 161 allows a court at the time of sentencing to make an order prohibiting a sexual offender from attending day care centres, school grounds, playgrounds, community centres, or any public park or swimming area where persons under the age of 14 years are present or can reasonably be expected to be present. The s. 161 prohibition is available only in relation to persons who have committed offences against children under age 14.) Section 810.1 allows an application to be made to the provincial court, where there are reasonable grounds to fear that someone will commit certain sexual offences, for an order prohibiting that person from attending areas where children under age 14 are likely to be present. Section 179(1)(*b*)

résocialisation des délinquants. Il s'agit d'une disposition de large portée qui s'applique à toutes les personnes ayant été reconnues coupables des infractions énumérées et qui, par conséquent, protège non seulement les enfants, mais aussi toute autre victime éventuelle d'agression sexuelle dans les endroits visés, où les gens sont généralement moins sur leurs gardes.

Il faut faire une exception à la règle générale voulant que les mots doivent recevoir leur sens ordinaire, parce que le sens du terme «flâner» variera dans une certaine mesure en fonction de son contexte. L'absence de la notion de but dans le sens ordinaire de flâner ne saurait entrer en ligne de compte dans le contexte de l'al. 179(1)*b*). L'intention du législateur était visiblement d'inclure la conduite de délinquants sexuels déjà reconnus coupables et dont le but a un rapport avec la récidive.

Il y a lieu de restreindre la portée de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*) afin que celle-ci soit moins attentatoire et de l'adapter plus soigneusement aux objectifs visés. L'interdiction que prévoit l'al. 179(1)*b*) ne devrait pas s'appliquer à toutes les espèces de flânerie. Il convient plutôt que l'empiétement sur les activités des particuliers soit lié à quelque motif fondé sur l'ordre public. C'est à juste titre que l'on tient à faire échapper à l'interdiction criminelle le fait de se trouver pour des fins légitimes dans les endroits énumérés. L'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) ne sera pas identique pour chacun des endroits énumérés.

L'analyse de la corrélation avec les autres dispositions du *Code* qui portent sur des questions similaires appuie l'interprétation que le terme «flâner» visé à l'al. 179(1)*b*) nécessite une intention malveillante. Pris ensemble, l'al. 179(1)*b*) et l'art. 810.1 produisent cependant un effet analogue à celui de l'art. 161 en ce qui concerne les personnes déclarées coupables avant l'entrée en vigueur de l'art. 161. (L'article 161 autorise le tribunal, lors du prononcé de la peine, à rendre une ordonnance interdisant au délinquant sexuel de se trouver dans une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu, un centre communautaire ou dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner, s'il y a dans ces endroits des personnes âgées de moins de 14 ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. L'interdiction énoncée à l'art. 161 ne s'applique qu'à l'égard de personnes ayant commis des infractions contre des enfants âgés de moins de 14 ans.) Suivant l'art. 810.1, quiconque a des motifs raisonnables de craindre qu'une personne ne commette une des infractions sexuelles énumérées peut s'adresser à un juge d'une cour provinciale afin de demander une ordonnance interdisant à la

allows the police to take immediate preventative steps before a previous offender re-offends.

The two primary *Charter* concerns raised in relation to s. 179(1)(*b*) pertain to vagueness and overbreadth. Defining loitering in that section as being in an enumerated place for a malevolent or ulterior purpose related to the predicated offences avoids both these problems. A lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is not objectionable or over-broad. Such a prohibition would impose a restriction on the liberty of the affected individuals to which ordinary citizens are not subject, but that restriction is directly related to preventing re-offending. The affected persons' history of offending, the uncertainties prevalent in treating offenders and a desire to disrupt the cycle of re-offending justify this minor intrusion which does not breach the principles of fundamental justice.

Section 7 of the *Charter* was not violated by the absence of any notice of the prohibition contained in s. 179(1)(*b*). Even though formal notice of the content of s. 179(1)(*b*) might be preferable, Parliament's decision to provide notice in respect of certain *Criminal Code* prohibitions cannot be transformed into a principle of fundamental justice.

The allegation that s. 179(1)(*b*) violates ss. 9, 11(*d*), (*h*) and 12 of the *Charter* are without foundation. The absence of notice, for reasons similar to those relating to overbreadth, did not violate the s. 9 *Charter* guarantee against being arbitrarily detained or imprisoned. The s. 11(*d*) *Charter* right to be presumed innocent until proven guilty was not infringed either for s. 179(1)(*b*) does not assume recidivism but rather provides the means to prevent it. Anyone charged under s. 179(1)(*b*) will be presumed innocent and the burden remains on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence as interpreted. The s. 11(*h*) right against double jeopardy was not violated. Section 179(1)(*b*) applies to persons identified by the fact of having been convicted of one of the enumerated offences. Any conviction under that section, however, will be based on violating its terms and not of having been convicted of one of the enumerated offences. Finally, the respondent was not the subject of cruel and

personne en question de se trouver dans des endroits où il y aura vraisemblablement des enfants de moins de 14 ans. L'alinéa 179(1)*b*) autorise la police à intervenir avant que la personne qui a déjà commis une infraction ne récidive.

Dans le contexte de la *Charte*, les deux principales questions que soulève l'al. 179(1)*b*) concernent son imprécision et sa portée excessive. On évite ces problèmes si l'on définit l'acte de flâner visé dans cette disposition comme le fait de se trouver dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Interdire à perpétuité des activités ayant un but malveillant ou inavoué lié à la récidive n'a rien de reprochable et n'a pas une portée excessive. Pareille interdiction apporterait certes à la liberté des personnes visées une restriction à laquelle ne sont pas assujettis les citoyens ordinaires, mais cette restriction se rapporte directement à la prévention de la récidive. Les antécédents des personnes visées, l'incertitude caractérisant le traitement des contrevenants ainsi que le désir de rompre le cycle de la récidive justifient ce qui ne constitue en réalité qu'une atteinte mineure à la liberté, qui ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale.

Il n'y a pas eu violation de l'art. 7 à cause de l'absence de tout avis de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*). Bien qu'il puisse être préférable qu'un avis en bonne et due forme du contenu de l'al. 179(1)*b*) soit donné, je ne vois aucune raison d'ériger en principe de justice fondamentale la décision du législateur de prévoir un avis dans le cas de certaines interdictions prévues au *Code criminel*.

L'allégation que l'al. 179(1)*b*) viole l'art. 9, les al. 11*d*) et *h*) et l'art. 12 de la *Charte* est dénuée de tout fondement. L'absence d'avis, pour des motifs semblables à ceux applicables à la portée excessive, n'a pas entraîné une violation de l'art. 9, qui offre une garantie contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. Le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable, prévu à l'al. 11*d*) de la *Charte*, n'a pas été violé car, loin de supposer la récidive, l'al. 179(1)*b*) prévoit des moyens de l'empêcher. Quiconque est inculpé en vertu de l'al. 179(1)*b*) est présumé innocent et c'est toujours au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction telle qu'elle a été interprétée. Il n'y a pas eu violation du droit contre la double incrimination visé à l'al. 11*h*). Les personnes auxquelles s'applique l'al. 179(1)*b*) se caractérisent par le fait qu'elles ont été déclarées coupables de l'une des infractions énumérées. Toutefois, toute déclaration de culpabilité en

unusual treatment or punishment contrary to s. 12 of the *Charter*. Such punishment or treatment must be "so excessive as to outrage the standards of decency" or have an effect "grossly disproportionate to what would have been appropriate". The lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending, however, is both a minor and justifiable restraint of the affected persons' liberty.

vertu de cet alinéa sera fondée sur la violation de celui-ci et non pas sur le verdict de culpabilité rendu relativement à l'une des infractions énumérées. Enfin, l'intimé n'a pas été exposé à une peine ou un traitement cruels et inusités en contravention de l'art. 12 de la *Charte*. Une peine ou un traitement n'est cruel et inusité que s'il est «excessi[f] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine» ou si son effet est «exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié». L'interdiction perpétuelle d'activités entreprises dans un but malveillant ou inavoué lié à la récidive constitue une restriction à la fois mineure et justifiable de la liberté des personnes visées.

Cases Cited

By Cory J.

Referred to: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *Ledwith v. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398; *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. v. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255; *Attorney General of Canada v. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Popovic and Askov*, [1976] 2 S.C.R. 308; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné*, [1977] 1 S.C.R. 785; *Toronto Railway Co. v. The Queen* (1894), 4 Ex. C.R. 262; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633; *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469; *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R.

Jurisprudence

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *Ledwith c. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398; *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. c. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255; *Attorney General of Canada c. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Popovic et Askov*, [1976] 2 R.C.S. 308; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Gagné*, [1977] 1 R.C.S. 785; *Toronto Railway Co. c. The Queen* (1894), 4 R.C. de l'É. 262; *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633; *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vasil*, [1981] 1 R.C.S. 469; *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du*

143; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By Gonthier J. (dissenting)

R. v. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134; *Attorney-General of Hong Kong v. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887; *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 11(*d*), (*h*), 12, 15.
Constitution Act, 1867, s. 91(27).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Criminal Code, S.C. 1892, c. 29, ss. 207, 208.
Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 238(*k*) [ad. S.C. 1951, c. 47, s. 13].
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 164(1).
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 246.1(1) [ad. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19], 687 [rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 53, s. 14].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 100, 161 [ad. S.C. 1993, c. 45, s. 1], 175(1)(*c*), 177, 179(1)(*b*) [rep. & sub. R.S.C., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 8], 260, 749(3), 810.1 [ad. S.C. 1993, c. 45, s. 11].
Criminal Records Act, R.S.C., 1985, c. C-47, ss. 4, 4.1(1) [ad. S.C. 1992, c. 22, s. 4(1)], (2) [ad. *idem*], 5(*b*) [rep. & sub. *ibid.*, s. 5].

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, "loiter".
Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths* (Badgley Report). Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
Canada. House of Commons. *Minutes of Proceedings and Evidence of the Legislative Committee on Bill*

commerce), [1990] 1 R.C.S. 425; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

R. c. Edwards Books and Art Ltd., [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217; *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229; *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149; *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51; *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213; *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134; *Attorney-General of Hong Kong c. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887; *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 11*d*), *h*), 12, 15.
Code criminel, S.C. 1892, ch. 29, art. 207, 208.
Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 238*k*) [aj. S.C. 1951, ch. 47, art. 13].
Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 164(1).
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 246.1(1) [aj. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19], 687 [abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 53, art. 14].
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 100, 161 [aj. L.C. 1993, ch. 45, art. 1], 175(1)*c*), 177, 179(1)*b*) [abr. & rempl. L.R.C. (1985), ch. 19 (3e suppl.), art. 8], 260, 749(3), 810.1 [aj. L.C. 1993, ch. 45, art. 11].
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur le casier judiciaire, L.R.C. (1985), ch. C-47, art. 4, 4.1(1) [aj. L.C. 1992, ch. 22, art. 4(1)], (2) [aj. *idem*], 5*b*) [abr. & rempl. *ibid.*, art. 5].

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 5th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1979, «loiter».
Canada. Chambre des communes. *Procès-verbaux et témoignages du Comité législatif sur le Projet de loi C-15: Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur la preuve au Canada*. Fascicule nº 1. Les 27 novembre, 11 et 18 décembre 1986, 5 et 17 février et 17 mars 1987, aux pp. 1:46, 3:24-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70 à 9:75 et 10:27 à 10:31.

C-15: An Act to amend the Criminal Code and the Canada Evidence Act. Issue No. 1. November 27; December 11, 18, 1986; February 5, 17; March 17, 1987, at pp. 1:46, 3:24-3:25, 6:18-6:19, 8:29-8:30, 9:70-9:75, 10:27-10:31.

Canada. National Parole Board. *National Parole Board, Pardon Decision Policies, Annex: The Royal Prerogative of Mercy*: Direction (June 1993).

Canada. Special Committee on Pornography and Prostitution. *Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution* (Fraser Report). Ottawa: The Committee, 1985.

Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1992.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Grand Larousse de la langue française. Paris: Librairie Larousse, 1972-1975, "errer", "flâner", "malveillant".

House of Commons Debates, vol. 5, 4th sess., 21st Parl. Ottawa: King's Printer, 1952.

Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, "loiter", "malevolent", "wander".

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 502, 18 C.R. (4th) 63, 20 B.C.A.C. 166, 35 W.A.C. 166, 12 C.R.R. (2d) 238, allowing an appeal from a judgment of Melvin J. (1991), 65 C.C.C. (3d) 46, dismissing an appeal from conviction by Filmer Prov. Ct. J. Appeal dismissed, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

Robert A. Mulligan, for the appellant.

B. Rory B. Morahan, for the respondent.

Bernard Laprade, for the intervener.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes* (Rapport Badgley). Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Canada. Comité spécial sur la pornographie et la prostitution. *Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution* (Rapport Fraser). Ottawa: Le Comité, 1985.

Canada. Commission nationale des libérations conditionnelles. *Commission nationale des libérations conditionnelles, Politiques décisionnelles sur la réhabilitation, Annexe: La Prérogative royale de clémence*: Document d'orientation (juin 1993).

Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2e éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.

Débats de la Chambre des communes, vol. 5, 4e sess., 21e lég. Ottawa: Imprimeur du Roi, 1952.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Grand Larousse de la langue française. Paris: Librairie Larousse, 1972-1975, «errer», «flâner», «malveillant».

Lagarde, Irénée. *Droit pénal canadien*. Montréal: Wilson et Lafleur, 1962.

Oxford English Dictionary, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989, «loiter», «malevolent», «wander».

Ruby, Clayton C. *Sentencing*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1987.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1992), 77 C.C.C. (3d) 502, 18 C.R. (4th) 63, 20 B.C.A.C. 166, 35 W.A.C. 166, 12 C.R.R. (2d) 238, qui a accueilli un appel contre un jugement du juge Melvin (1991), 65 C.C.C. (3d) 46, qui avait rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Filmer de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

Robert A. Mulligan, pour l'appelante.

B. Rory B. Morahan, pour l'intimé.

Bernard Laprade, pour l'intervenant.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major rendu par

CORY J. — Section 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended, makes it a crime for persons convicted of specified offences to be "found loitering in or near a school ground, playground, public park or bathing area". It must be determined whether the section infringes ss. 7 or 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

LE JUGE CORY — En application de l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, modifié, commet un acte criminel quiconque, ayant été déclaré coupable des infractions précisées, est trouvée «flânant sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits». Il s'agit de déterminer si cette disposition porte atteinte à l'art. 7 ou à l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés.*

Facts

The respondent was charged with two counts of vagrancy under s. 179(1)(*b*) alleging that on or about July 5, 1989, he did commit vagrancy by loitering at Beacon Hill Park in Victoria. The first count was framed as loitering "at or near a playground". The second count, which referred to the same events, was framed as loitering "in or near a public park".

Les faits

L'intimé a fait l'objet de deux chefs d'accusation de vagabondage en vertu de l'al. 179(1)*b*) dans lesquels il était allégué qu'il aurait, le ou vers le 5 juillet 1989, commis un acte de vagabondage en flânant dans le parc Beacon Hill à Victoria. Le premier chef d'accusation lui reprochait d'avoir flâné [TRADUCTION] «sur un terrain de jeu ou à proximité» et le second, qui se rapportait aussi au même incident, d'avoir flâné [TRADUCTION] «dans un parc public ou à proximité».

In 1987 the respondent was convicted of two counts of sexual assault contrary to the former s. 246.1(1) (now s. 271(1)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. These convictions made him subject to the prohibition set out in s. 179(1)(*b*).

En 1987, l'intimé avait été déclaré coupable de deux chefs d'accusation d'agression sexuelle en contravention de l'ancien par. 246.1(1) (maintenant le par. 271(1)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. Vu ces déclarations de culpabilité, l'intimé était visé par l'interdiction mentionnée à l'al. 179(1)*b*).

On June 16, 1989, for about two minutes, Police Constable Ronald German observed the respondent standing in Beacon Hill Park in Victoria, British Columbia at the edge of a playground area. Around his neck the respondent was carrying a camera with a telephoto lens. The constable did not see the respondent take any pictures or approach or speak to any children. The respondent then went to another area of the park. Constable German followed the respondent and called to him. The respondent stopped, and German identified himself and produced his badge. He asked the respondent what he was doing in the park. The respondent replied that he was walking through the park just as he did every day.

Le 16 juin 1989, dans le parc Beacon Hill à Victoria (Colombie-Britannique), l'agent Ronald German a, pendant environ deux minutes, observé l'intimé qui se tenait en bordure d'un terrain de jeu. L'intimé avait au cou un appareil photo avec téléobjectif. L'agent n'a pas vu l'intimé prendre des photos ou parler à des enfants. L'intimé est ensuite allé vers un autre endroit dans le parc. L'agent German l'a suivi et l'a appelé. L'intimé s'est arrêté; l'agent German s'est nommé et a montré sa plaque. Il a demandé à l'intimé ce qu'il faisait dans le parc. Celui-ci a répondu qu'il traversait le parc comme il le faisait chaque jour.

After some further discussion, the officer asked the respondent for his address, date of birth, and if he had a criminal record. The respondent replied that he had a criminal record for sexual assault. Constable German then told the respondent that his hanging around the park was contrary to the vagrancy section of the *Code*, and that a convicted sex offender was not permitted to loiter near a public park, school yard or playground. The respondent asked the officer what he meant by "loitering", to which Constable German very astutely replied: "loitering meant standing around, apparently doing nothing, standing stationary in a location, or moving slowly in a certain area, stopping at regular intervals and standing around, or else loitering also could mean stopping in a location where it would obstruct persons who use that area too [*sic*] frequent". The officer did not charge the respondent, but warned him not to loiter near the playground at the park again.

Après d'autres échanges, l'agent a demandé à l'intimé son adresse, sa date de naissance et s'il avait un casier judiciaire. L'intimé a répondu qu'il avait un casier judiciaire pour agression sexuelle. L'agent German lui a dit que le fait qu'il flânait dans le parc était contraire à la disposition sur le vagabondage du *Code*, et qu'une personne déclarée coupable d'agression sexuelle n'était pas autorisée à flâner à proximité d'un parc public, d'un terrain d'école ou d'un terrain de jeu. L'intimé a demandé à l'agent ce qu'il entendait par «flâner»; ce à quoi l'agent German a très astucieusement répondu: [TRADUCTION] «flâner signifie se trouver à un endroit, apparemment sans rien faire, se tenir immobile dans un endroit, se déplacer lentement, arrêter à intervalles réguliers et rester sur place; flâner peut aussi vouloir dire arrêter dans un lieu de façon à gêner le passage des personnes qui le fréquente». L'agent n'a pas porté d'accusation contre l'intimé, mais l'a averti de ne plus flâner à proximité du terrain de jeu du parc.

On the afternoon of July 5, 1989, Constable Wayne Coleman observed the respondent walking on a pathway leading from the children's playground area in the Beacon Hill Park towards the petting zoo. After stopping there for a few minutes, the respondent went to his car. The respondent was once again carrying a camera with a large lens. Constable Coleman, who was in plainclothes, followed the respondent in an unmarked police car. After driving around for approximately half an hour, the respondent returned to the park. There, the officer saw the respondent seated at a table approximately 50 yards from the playground area. He then moved to a bench approximately 20 yards from the playground and appeared to be using his camera. Some five minutes later, the respondent left the park and returned to his car. Constable Coleman followed the respondent to his residence, where he arrested Heywood and charged him with vagrancy. The police seized his camera and film. A search warrant was subsequently executed at his residence. A picture on the film found in the camera, and a number of pictures found in the respondent's residence and at the drugstore where he had his photographs developed, showed young girls playing in the park, their

Dans l'après-midi du 5 juillet 1989, l'agent Wayne Coleman a observé l'intimé qui marchait dans un sentier menant du terrain de jeu des enfants dans le parc Beacon Hill au zoo pour petits animaux. Après y être arrêté pendant quelques minutes, l'intimé s'est rendu à sa voiture. Il portait de nouveau un appareil photo équipé d'un téléobjectif. L'agent Coleman, alors habillé en civil, a suivi l'intimé dans une voiture de police banalisée. Après avoir conduit pendant approximativement une demi-heure, l'intimé est retourné au parc. L'agent a alors vu l'intimé assis à une table située à environ 50 verges du terrain de jeu. Il est ensuite allé sur un banc à environ 20 verges du terrain de jeu; il paraissait se servir de son appareil photo. Environ cinq minutes plus tard, l'intimé a quitté le parc et est retourné à sa voiture. L'agent Coleman l'a suivi jusque chez lui, où il l'a arrêté et accusé de vagabondage. La police a saisi l'appareil et la pellicule photographique. Un mandat de fouille et de perquisition a plus tard été exécuté à la résidence de l'intimé. Sur l'une des épreuves développées à partir de la pellicule trouvée dans l'appareil de même que sur un certain nombre de photos saisies à la résidence de l'intimé et à la pharmacie où l'intimé faisait développer ses films, il y avait des

clothing disarranged from play so that the area of their crotch, although covered by underclothes, was visible.

At his trial, the respondent pleaded not guilty and challenged the constitutionality of s. 179(1)(*b*) on the grounds that it infringed ss. 7, 11(*d*), (*h*), 12 and 15 of the *Charter*. The trial judge found that s. 179(1)(*b*) violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, but that it was a justifiable limit under s. 1. The respondent was convicted of the first count of vagrancy under s. 179(1)(*b*). The second count was conditionally stayed pursuant to the principle expressed in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. The respondent was sentenced to three months incarceration to be followed by three years probation. The respondent appealed to the Supreme Court of British Columbia, which dismissed his appeal. The Supreme Court judge accepted the trial judge's finding that s. 179(1)(*b*) violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*, but like the trial judge found that they were justified under s. 1.

The respondent appealed to the British Columbia Court of Appeal. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, and quashed the conviction. Hutcheon J.A. (Rowles J.A. concurring) accepted the breaches of ss. 7 and 11(*d*) as found by the lower courts. Southin J.A. only found a breach of s. 7. All three judges of the Court of Appeal found that s. 179(1)(*b*) was not justified under s. 1 of the *Charter*. The Crown appellant was granted leave to appeal to this Court.

Relevant Legislation

Section 179(1)(*b*) provides that:

179. (1) Every one commits vagrancy who

. . .

(*b*) having at any time been convicted of an offence under section 151, 152 or 153, subsection 160(3) or

petites filles jouant dans le parc; leurs vêtements avaient été déplacés pendant le jeu, et on pouvait voir l'entrejambe de leur culotte.

Lors du procès, l'intimé a plaidé non coupable et a contesté la constitutionnalité de l'al. 179(1)*b*) en faisant valoir qu'il allait à l'encontre de l'art. 7, des al. 11*d*) et *h*) et des art. 12 et 15 de la *Charte*. Selon le juge de première instance, l'al. 179(1)*b*) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*, mais il constituait une restriction pouvant être justifiée en vertu de l'article premier. L'intimé a été déclaré coupable du premier chef d'accusation de vagabondage en vertu de l'al. 179(1)*b*). Le second chef d'accusation a fait l'objet d'un sursis sous condition conformément au principe formulé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. L'intimé a été condamné à trois mois d'emprisonnement, suivis d'une période de probation de trois ans. Il a, sans succès, interjeté appel à la Cour suprême de la Colombie-Britannique, qui a accepté la conclusion du juge de première instance que l'al. 179(1)*b*) portait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*, et, comme lui, considérait que cette atteinte était justifiée en vertu de l'article premier.

L'intimé a interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, qui a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité. Le juge Hutcheon (avec l'appui du juge Rowles) a, à l'instar des juridictions inférieures, conclu qu'il y avait atteinte à l'art. 7 et à l'al. 11*d*). Le juge Southin était d'avis qu'il y avait seulement violation de l'art. 7. Les trois juges de la Cour d'appel ont statué que l'al. 179(1)*b*) ne pouvait être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le ministère public a obtenu l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour.

Les dispositions législatives pertinentes

L'alinéa 179(1)*b*):

179. (1) Commet un acte de vagabondage toute personne qui, selon le cas:

. . .

b) ayant été déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles 151, 152 ou 153, aux paragraphes

173(2) or section 271, 272 or 273, or of an offence under a provision referred to in paragraph (*b*) of the definition "serious personal injury offence" in section 687 of the *Criminal Code*, chapter C-34 of the Revised Statutes of Canada, 1970, as it read before January 4, 1983, is found loitering in or near a school ground, playground, public park or bathing area.

The definition of "serious personal injury offence" in s. 687 of the *Criminal Code*, as it read before January 4, 1983, was as follows:

687. . . .

(*b*) an offence mentioned in section 144 (rape) or 145 (attempted rape) or an offence or attempt to commit an offence mentioned in section 146 (sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen), 149 (indecent assault on a female), 156 (indecent assault on a male) or 157 (gross indecency).

Judgments

Provincial Court (Filmer Prov. Ct. J.)

The trial judge found that s. 179(1)(*b*) of the *Code* violated s. 7 of the *Charter* because it was "an impediment on the freedom and liberty of persons who have been previously convicted of the enumerated sections of the *Criminal Code*". He also found that s. 179(1)(*b*) violated s. 11(*d*) of the *Charter*. However, he concluded that s. 179(1)(*b*) could be saved under s. 1 of the *Charter*.

The trial judge found that the word "loiter" in s. 179(1)(*b*) did not connote innocent behaviour; rather, there must be an untoward or improper motive. In his opinion that motive did not need to be illegal. It was sufficient if it was "malevolent", or something a reasonable person would not consider innocent. In light of this interpretation of the word "loiter", the trial judge found that s. 179(1)(*b*) was justified under s. 1 of the *Charter*. He held that the objective of the section, namely protecting children and vulnerable persons from those within the community who might be sexually

160(3) ou 173(2) ou aux articles 271, 272 ou 273 ou visée par une disposition mentionnée à l'alinéa *b*) de la définition de «sévices graves à la personne» à l'article 687 du *Code criminel*, chapitre C-34 des Statuts révisés du Canada de 1970, dans sa version antérieure au 4 janvier 1983, est trouvée flânant sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits.

Voici le libellé de la définition de «sévices graves à la personne» à l'art. 687 du *Code criminel* dans sa version antérieure au 4 janvier 1983:

687. . . .

b) les infractions prévues aux articles 144 (viol) ou 145 (tentative de viol), les infractions ou tentatives de perpétration de l'une des infractions prévues aux articles 146 (rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou de plus de quatorze ans mais de moins de seize ans), 149 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin), 156 (attentat à la pudeur d'une personne du sexe masculin) ou 157 (grossière indécence).

Les tribunaux d'instance inférieure

La Cour provinciale (le juge Filmer)

Le juge du procès a conclu que l'al. 179(1)*b*) du *Code* contrevenait à l'art. 7 de la *Charte* parce qu'il était [TRADUCTION] «une atteinte à la liberté de personnes ayant déjà été déclarées coupables d'une infraction prévue aux articles mentionnés du *Code criminel*». Il a également conclu que l'al. 179(1)*b*) violait l'al. 11*d*) de la *Charte*. Cependant, il était d'avis que l'al. 179(1)*b*) pouvait être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

À son avis, le terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*) ne comporte pas l'idée d'un comportement innocent, mais plutôt celle d'un mobile déplacé ou répréhensible. Selon lui, ce mobile n'a pas besoin d'être illégal. Il suffit qu'il soit «malveillant» ou que ce soit quelque chose qu'une personne raisonnable ne considérerait pas comme un comportement innocent. Vu cette interprétation du terme «flâner», le juge du procès était d'avis que l'al. 179(1)*b*) se justifiait en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a déterminé que, puisqu'il vise notamment à protéger les enfants et les personnes vulnérables con-

predatory, was pressing and substantial and that the means chosen were rationally connected to this objective.

Based on the evidence of the photographs taken by the respondent, the trial judge found that the respondent did not have an innocent purpose for being in the park. He stated:

It is my view that the conduct of [the respondent] transcended the bounds of what is harmless and innocent. His conduct pandered to a purely prurient interest; that is, it arose from indulgence in lewd ideas. Lewd in this context means that it involved obscenity, indecency, or lasciviousness of thought. Such conduct is so reprehensible in my view no reasonable person could characterize it as innocent or lawful. As I said when reviewing the constitutionality of this section, the section is not intended to limit innocent attendances or attendances where a lawful purpose is involved. I cannot find such a purpose exists here.

He further noted that the provisions of the *Criminal Records Act*, R.S.C., 1985, c. C-47, applied to permit a person who was subject to s. 179(1)(*b*) to obtain a pardon so that they would no longer be subject to the prohibition. He found that this provision acted as a safeguard against the unfair application of s. 179(1)(*b*).

Supreme Court (1991), 65 C.C.C. (3d) 46 (Melvin J.)

Melvin J. held at p. 56 that the meaning of the word "loiter" should be determined "by reference to the general use of the word in everyday language as found in dictionaries, other sections in the same statutory enactment, and in the context of the offence section itself". He found, at pp. 57-58, that:

I am satisfied that the word "loiter" in s. 179(1)(*b*) requires the existence of some unlawful, or evil, or malevolent intention or purpose on the part of the accused to complete the offence. Such an interpretation of the section demonstrates that a guilty mind is an essential component of the offence which must be established beyond a reasonable doubt. It is not sufficient to convict an individual under this section, in my view, of loitering on the basis that he attended at a park and sat

tre ceux qui, dans la collectivité, pourraient bien être des «prédateurs sexuels», l'objectif de cette disposition est urgent et réel et les moyens choisis pour l'atteindre ont un lien rationnel avec celui-ci.

À partir des photographies prises par l'intimé, le juge du procès a décidé que l'intimé ne se trouvait pas dans le parc dans un but innocent. Il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, la conduite de [l'intimé] allait au-delà des limites de ce qui constitue un comportement inoffensif et innocent. Sa conduite était guidée par un intérêt purement lascif: la satisfaction de ses idées obscènes. L'obscénité dans ce contexte signifie qu'il y a outrage à la pudeur ou existence d'un esprit lascif. Cette conduite est à mon avis tellement répréhensible qu'aucune personne raisonnable ne pourrait la qualifier d'innocente ou de légale. Comme je l'ai affirmé dans mon examen de la constitutionnalité de la disposition, celle-ci ne vise pas à restreindre une activité innocente ou qui comporte un motif légal. Je ne peux conclure à l'existence d'un tel motif en l'espèce.

Il a ensuite fait remarquer que la *Loi sur le casier judiciaire*, L.R.C. (1985), ch. C-47, s'applique et permet à une personne visée par l'al. 179(1)*b*) d'obtenir une réhabilitation, de sorte qu'elle ne serait plus visée par l'interdiction en question. À son avis, cette loi sert de protection contre l'application injuste de l'al. 179(1)*b*).

La Cour suprême (1991), 65 C.C.C. (3d) 46 (le juge Melvin)

Le juge Melvin a affirmé, à la p. 56, que l'interprétation du terme «flâner» devrait être déterminée [TRADUCTION] «à partir du sens général et courant de ce terme d'après les dictionnaires et les autres dispositions du même texte législatif et dans le contexte de la disposition constitutive de l'infraction». Il a statué, aux pp. 57 et 58:

[TRADUCTION] Je suis convaincu que le terme «flânant» employé à l'al. 179(1)*b*) exige, pour que l'infraction soit complète, que l'accusé ait une intention ou un but illégal ou malveillant. En interprétant ainsi la disposition, on établit que l'existence d'un esprit coupable est un élément essentiel de l'infraction, qui doit faire l'objet d'une preuve hors de tout doute raisonnable. Pour qu'une personne puisse, en vertu de cette disposition, être déclarée coupable d'avoir flâné, il ne suffit pas, à

watching flowers grow or ducks swim. There must be more to his conduct which will demonstrate an untoward or improper purpose.

He then concluded that the respondent's purpose was not innocent and it was that purpose or state of mind which brought him within the definition of "loitering" in s. 179(1)(*b*).

The appeal before Melvin J. was argued on the basis that the trial judge was correct to find violations of ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. On this basis, he accepted that s. 179(1)(*b*) violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. However, after reviewing the expert evidence he was satisfied that s. 179(1)(*b*) was justified under s. 1 of the *Charter*. He stated, at p. 63, that:

> The objective, namely, the controlling of the impulses of potential reoffenders and the protection of the public, is of great importance and clearly justifies overriding a constitutionally protected right or freedom, such as found in s. 7 or s. 11(*d*) of the Charter. When one considers the means chosen under those circumstances, if the section contains an evil or malevolent intent as a component to be demonstrated by the evidence led on behalf of the [appellant], then the proportionality test in *R. v. Oakes* is satisfied as the measures are designed to achieve their objective and are rationally connected with that objective and have little impairment of the rights or freedom in question.

As a result of his conclusions he dismissed the respondent's appeal.

Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 502

Hutcheon J.A., Rowles J.A. concurring

In the Court of Appeal the Crown accepted the trial judge's finding that the provisions of s. 179(1)(*b*) violated ss. 7 and 11(*d*) of the *Charter*. Hutcheon J.A. proceeded on this basis and as a result dealt only with the question as to whether the section was saved by s. 1 of the *Charter*. He concluded that it was not.

mon avis, qu'elle se soit trouvée dans un parc pour regarder des fleurs ou des canards. Il doit y avoir davantage dans la conduite de cette personne qui permette d'établir qu'elle se trouvait dans le parc dans un but déplacé ou répréhensible.

Il a ensuite conclu que le but de l'intimé n'était pas innocent et que, en raison de ce but ou état d'esprit, il s'était trouver à «flâner» au sens de l'al. 179(1)*b*).

Lors de l'appel devant le juge Melvin, l'argument était que le juge du procès avait eu raison de conclure qu'il y avait eu violation de l'art. 7 et de l'al. 11*d*) de la *Charte*. Le juge Melvin a reconnu que l'al. 179(1)*b*) contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Cependant, après avoir examiné la preuve d'expert, il a affirmé qu'il était convaincu que l'al. 179(1)*b*) pouvait se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. Il a dit, à la p. 63:

> [TRADUCTION] L'objectif, c'est-à-dire le contrôle des impulsions des récidivistes éventuels et la protection du public, est d'une grande importance et justifie clairement l'atteinte au droit ou à la liberté garanti par la Constitution, que ce soit en vertu de l'art. 7 ou de l'al. 11*d*) de la Charte. Lorsqu'on examine les moyens choisis dans les circonstances, si l'on affirme que l'[appelante] doit faire la preuve d'une intention mauvaise ou malveillante, alors le critère de proportionnalité formulé dans l'arrêt *R. c. Oakes* est respecté: les mesures visent à atteindre cet objectif, elles ont un lien rationnel avec celui-ci et elles portent le moins possible atteinte au droit ou à la liberté en question.

Par suite de ses conclusions, le juge Melvin a rejeté l'appel de l'intimé.

La Cour d'appel (1992), 77 C.C.C. (3d) 502

Le juge Hutcheon, avec l'appui du juge Rowles

En Cour d'appel, le ministère public a accepté la conclusion du juge du procès que l'al. 179(1)*b*) contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11*d*) de la *Charte*. Partant de cette prémisse, le juge Hutcheon a seulement examiné si la disposition était sauvegardée par l'article premier de la *Charte*. À son avis, elle ne l'était pas.

Hutcheon J.A. carefully reviewed the jurisprudence pertaining to the word "loiter" and determined that there was no support for the position that the word implies an evil or malevolent intent. He wrote at p. 509:

I cannot find any support in those authorities for the proposition that the word "loiter" implies an evil or malevolent intent or purpose or an untoward or improper motive. Moreover, I question whether the taking of the photographs would qualify as an evil or malevolent intent. To be a criminal offence under the *Criminal Code*, the intent must be directed toward the corruption of others, not oneself.

He observed that the objectives of s. 179(1)(*b*) were to control the impulses of potential re-offenders and to protect the public. However, he found at p. 511 that the lack of a provision for notice in s. 179(1)(*b*) caused the means chosen to achieve the objectives of s. 179(1)(*b*) "to be unfair and not carefully designed to achieve the two objectives". Thus, they were not justified under s. 1. Hutcheon J.A. stated that the Crown could not invoke s. 19 of the *Code* since s. 179(1)(*b*) was not a provision applicable to everyone. He concluded, at p. 511, that:

Our system of criminal justice could not operate if accused persons could raise the defence that they did not know it was contrary to the law to steal or to assault someone or to defraud. But if the fundamental liberty of movement of a particular group, convicted sexual offenders, is to be controlled, proper notice of the prohibition to the members of that group is an essential element of the control. Because of lack of a provision for notice I have concluded that s. 179(1)(*b*) is inconsistent with the Constitution, in the words of s. 52, and is of no force and effect. Section 179(1)(*b*) is not the law of which one could be ignorant.

In other words, s. 19 has no application if no offence has been committed and that is the result in this case of declaring s. 179(1)(*b*) to be of no force or effect. Nothing of s. 179(1)(*b*) is left to be saved by s. 19.

Le juge Hutcheon a soigneusement examiné la jurisprudence relative au terme «flâner» et a déterminé qu'il n'était aucunement justifié d'affirmer que le terme suppose une intention mauvaise ou malveillante. Il a écrit, à la p. 509:

[TRADUCTION] La jurisprudence n'appuie aucunement la proposition que le terme «flâner» suppose une intention ou un but mauvais ou malveillant ou un motif déplacé ou répréhensible. En outre, je me demande si la prise de photographies pourrait être qualifiée d'intention mauvaise ou malveillante. Pour constituer une infraction criminelle en vertu du *Code criminel*, l'intention doit viser la corruption des autres et non de soi.

Il a fait remarquer que l'al. 179(1)*b*) visait à contrôler les impulsions des récidivistes éventuels et à protéger le public. Cependant, comme l'al. 179(1)*b*) ne prévoit pas d'avis, il a affirmé, à la p. 511, que les moyens choisis [TRADUCTION] «n'étaient pas justes ni bien conçus pour atteindre ces deux objectifs». En conséquence, ces objectifs ne pouvaient se justifier en vertu de l'article premier. Le juge Hutcheon a dit que le ministère public ne pouvait invoquer l'application de l'art. 19 du *Code* puisque l'al. 179(1)*b*) n'était pas une disposition applicable à tous. Il a conclu, à la p. 511:

[TRADUCTION] Notre système de justice criminelle ne pourrait fonctionner si une personne accusée pouvait soulever comme moyen de défense qu'elle n'était pas au courant qu'il était contraire à la loi de voler, de commettre des voies de fait ou de frauder. Cependant, si l'on restreint la liberté fondamentale de circulation d'un groupe particulier, par exemple des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, il faut, à titre d'élément essentiel de cette restriction, dûment aviser de cette interdiction les membres de ce groupe. Puisqu'aucun avis n'est prévu, j'ai conclu que l'al. 179(1)*b*) est incompatible avec la Constitution et qu'il est inopérant, selon le libellé de l'art. 52. L'alinéa 179(1)*b*) n'est pas une disposition législative à l'égard de laquelle on pourrait invoquer l'ignorance.

En d'autres termes, l'art. 19 n'est pas applicable si aucune infraction n'a été commise, et c'est ce qui se produit en l'espèce si l'al. 179(1)*b*) est déclaré inopérant. Il ne reste rien de l'al. 179(1)*b*) qui peut être sauvegardé par l'art. 19.

Southin J.A. (concurring)

Southin J.A. agreed with Hutcheon and Rowles JJ.A. that the word "loiter" did not imply any evil or malevolent intent. She then considered whether s. 179(1)(*b*) violated either ss. 7 or 11(*d*) of the *Charter*. She found that the section did not violate s. 11(*d*) because the Crown had to prove the prior conviction and that the accused was "loitering" at one of the prohibited places.

Southin J.A. was of the view at p. 523 that Parliament, in the exercise of the authority conferred by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, could "attach new disabilities to persons convicted of a crime". Southin J.A. stated that, although s. 179(1)(*b*) did not expressly say that a person convicted of a sexual crime could not go to certain places, she was proceeding on the basis that it was a form of prohibition. She found that a measure imposing a disability has aspects of both punishment and prevention. She noted that the purpose of s. 179(1)(*b*) was to protect young persons from sexual attacks.

Southin J. approached the question of whether s. 7 was violated by making commendable use of analogy to case law under s. 12 with respect to minimum sentences. She considered whether s. 179(1)(*b*) was grossly disproportionate to its purpose, and whether it was necessary to achieve a valid criminal law purpose. In her opinion although the purpose of the section was valid, the means were not proportional. She found that the deprivation of liberty in s. 179(1)(*b*) was not in accordance with the principles of fundamental justice because it is for life, and there is no avenue of review to relieve those covered by the section in whole or in part from the disability. She was not satisfied that the s. 7 breach due to the lack of a review process could be justified under s. 1.

Le juge Southin (motifs concordants)

À l'instar des juges Hutcheon et Rowles, le juge Southin a reconnu que le terme «flâner» ne suppose pas d'intention mauvaise ou malveillante. Elle a ensuite examiné si l'al. 179(1)*b*) violait l'art. 7 ou l'al. 11*d*) de la *Charte*. À son avis, cette disposition ne violait pas l'al. 11*d*) parce que le ministère public devait prouver la déclaration antérieure de culpabilité et le fait que l'accusé avait été trouvé «flânant» dans l'un des endroits interdits.

Selon le juge Southin, à la p. 523, le législateur pouvait, dans le cadre de l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, [TRADUCTION] «imposer de nouvelles incapacités aux personnes déclarées coupables d'un crime». Elle a précisé qu'elle partait de la prémisse que l'al. 179(1)*b*) constituait une forme d'interdiction, même si cette disposition ne précisait pas expressément qu'une personne déclarée coupable d'un crime sexuel ne pouvait fréquenter certains endroits. Elle a dit qu'une mesure imposant une incapacité comporte des aspects tant de peine que de prévention. Elle a précisé que l'al. 179(1)*b*) visait à protéger les jeunes contre les agressions sexuelles.

Le juge Southin a examiné s'il y avait atteinte à l'art. 7 en procédant à une excellente analogie avec la jurisprudence quant aux peines minimales dans le contexte de l'art. 12. Elle a examiné si les effets de l'al. 179(1)*b*) étaient tout à fait disproportionnés à son objectif, et si cette disposition était nécessaire pour atteindre un objectif valide en droit criminel. À son avis, même si l'objectif de la disposition est valide, les moyens de l'atteindre ne sont pas proportionnels à cet objectif. Elle a conclu que l'atteinte à la liberté entraînée par l'application de l'al. 179(1)*b*) n'est pas compatible avec les principes de justice fondamentale parce que l'interdiction imposée est perpétuelle et ne comporte aucun mécanisme de contrôle qui permettrait de la lever, en tout ou en partie. Elle n'était pas convaincue que la violation de l'art. 7 pouvait, vu l'absence de mécanisme d'examen, être justifiée en vertu de l'article premier.

Constitutional Questions

On October 18, 1993 the Chief Justice stated the following constitutional questions:

1. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

2. If the answer to question 1 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

3. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to be presumed innocent until proven guilty according to law as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*?

4. If the answer to question 3 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

5. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment as guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

6. If the answer to question 5 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

7. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be arbitrarily detained or imprisoned as guaranteed by s. 9 of the *Charter*?

8. If the answer to question 7 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

9. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again, as guaranteed by s. 11(*h*) of the *Charter*?

10. If the answer to question 9 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

Les questions constitutionnelles

Le 18 octobre 1993, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

3. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*d*) de la *Charte* garantit à l'intimé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

5. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, que l'art. 12 de la *Charte* garantit à l'intimé?

6. Si la réponse à la cinquième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

7. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, que l'art. 9 de la *Charte* garantit à l'intimé?

8. Si la réponse à la septième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

9. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*h*) de la *Charte* garantit à l'intimé de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni?

10. Si la réponse à la neuvième question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

Analysis

I. *Legislative History of Section 179(1)(b)*

A review of the history of the vagrancy sections can be found in the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217. The offence of vagrancy was codified in ss. 207 and 208 of the 1892 *Criminal Code*, although its history dates back to the Middle Ages in England: See *Ledwith v. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232 (C.A.), at p. 271. Section 207 of the *Criminal Code*, S.C. 1892, c. 29, provided:

207. Every one is a loose, idle or disorderly person or vagrant who —

(*a.*) not having any visible means of maintaining himself lives without employment;

(*b.*) being able to work and thereby or by other means to maintain himself and family wilfully refuses or neglects to do so;

(*c.*) openly exposes or exhibits in any street, road, highway or public place, any indecent exhibition;

(*d.*) without a certificate signed, within six months, by a priest, clergyman or minister of the Gospel, or two justices of the peace, residing in the municipality where the alms are being asked, that he or she is a deserving object of charity, wanders about and begs, or goes about from door to door, or places himself or herself in any street, highway, passage or public place to beg or receive alms;

(*e.*) loiters on any street, road, highway or public place, and obstructs passengers by standing across the footpath, or by using insulting language, or in any other way;

(*f.*) causes a disturbance in or near any street, road, highway or public place, by screaming, swearing or singing, or by being drunk, or by impeding or incommoding peaceable passengers;

(*g.*) by discharging firearms, or by riotous or disorderly conduct in any street or highway, wantonly disturbs the peace and quiet of the inmates of any dwelling-house near such street or highway;

Analyse

I. *L'historique législatif de l'al. 179(1)b)*

Dans l'arrêt *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, la Cour d'appel de l'Ontario a procédé à un examen de l'historique des dispositions sur le vagabondage. L'infraction de vagabondage a été codifiée dans les art. 207 et 208 du *Code criminel* de 1892, mais son origine remonte au Moyen-Âge en Angleterre: voir l'arrêt *Ledwith c. Roberts*, [1937] 1 K.B. 232 (C.A.), à la p. 271. Voici le libellé de l'art. 207 du *Code criminel*, S.C. 1892, ch. 29:

207. Est réputé vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, quiconque, —

(*a.*) N'ayant pas de moyens visibles d'existence, vit sans recourir au travail;

(*b.*) Étant capable de travailler, et par là, ou par d'autres moyens, de se soutenir ainsi que sa famille, refuse ou néglige volontairement de le faire;

(*c.*) Étale ou expose dans les rues, chemins, grandes routes ou places publiques, des objets indécents;

(*d.*) Erre et mendie, ou va de porte en porte, ou séjourne dans les rues, grandes routes, passages ou places publiques pour mendier ou demander l'aumône, sans avoir un certificat signé, depuis moins de six mois, par un prêtre, un ecclésiastique ou un ministre de l'Évangile, ou par deux juges de paix, demeurant dans la municipalité où cette personne demande l'aumône, portant que celle-ci mérite qu'on lui fasse la charité;

(*e.*) Rôde dans les rues, grands chemins, routes ou places publiques, et gêne les passants en encombrant les trottoirs, ou en se servant d'un langage insultant, ou de toute autre manière;

(*f.*) Fait du tapage dans ou près les rues, chemins, grandes routes ou places publiques, en criant, jurant ou chantant, ou en étant ivre ou gênant ou incommodant les passants paisibles;

(*g.*) En déchargeant des armes à feu, ou en tenant une conduite tumultueuse ou tapageuse dans une rue ou sur une grande route, trouble, par dérèglement, la paix et la tranquillité des habitants d'une maison d'habitation près de cette rue ou grande route;

(*h.*) tears down or deface signs, breaks windows, or doors or door plates, or the walls of houses, roads or gardens, or destroys fences;

(*i.*) being a common prostitute or night walker, wanders in the fields, public streets or highways, lanes or places of public meeting or gathering of people, and does not give a satisfactory account of herself;

(*j.*) is a keeper or inmate of a disorderly house, bawdy-house or house of ill-fame, or house for the resort of prostitutes;

(*k.*) is in the habit of frequenting such houses and does not give a satisfactory account of himself or herself; or

(*l.*) having no peaceable profession or calling to maintain himself by, for the most part supports himself by gaming or crime, or by the avails of prostitution.

Section 208 provided:

208. Every loose, idle or disorderly person or vagrant is liable, on summary conviction before two justices of the peace, to a fine not exceeding fifty dollars or to imprisonment, with or without hard labour, for any term not exceeding six months, or to both.

Historically, the essence of the offence of vagrancy was that of being a loose, idle or disorderly person or vagrant, rather than the doing of any of the specific acts referred to in the vagrancy provisions. The vagrancy provisions remained virtually unchanged until the 1950s. The predecessor to s. 179(1)(*b*) was added to the vagrancy offences in S.C. 1951, c. 47, s. 13. This section provided that everyone is a loose, idle or disorderly person or vagrant who:

238. . . .

(*k*) having at any time been convicted of an offence under paragraph (*a*) of section two hundred and ninety-two, section two hundred and ninety-three, subsection one or two of section three hundred and one, or section three hundred and two, is found loitering or wandering in or near a school ground or playground or public park or public bathing area.

(*h.*) Enlève ou défigure des enseignes, brise des fenêtres, des portes ou des plaques de portes, des murs de maisons, de chemins ou de jardins, ou détruit des clôtures;

(*i.*) Étant une prostituée ou coureuse de nuit, erre dans les champs, les rues publiques ou grands chemins, les ruelles ou les lieux d'assemblées publiques ou de rassemblements, et ne rend pas d'elle-même un compte satisfaisant;

(*j.*) Tient ou habite une maison déréglée, de prostitution ou mal famée, ou une maison fréquentée par des prostituées;

(*k.*) A l'habitude de fréquenter ces maisons, et ne rend pas de lui-même ou d'elle-même un compte satisfaisant;

(*l.*) N'exerce pas de profession ou de métier honnête propre à le soutenir, mais cherche surtout des moyens d'existence dans les jeux de hasard, le crime ou les fruits de la prostitution.

L'article 208 prévoit:

208. Tout vagabond, libertin, désœuvré ou débauché est, sur conviction sommaire devant deux juges de paix, passible d'une amende n'excédant pas cinquante piastres, ou d'un emprisonnement, avec ou sans travail forcé, de six mois au plus, ou des deux peines à la fois.

Historiquement, le fondement de l'infraction de vagabondage était le fait d'être vagabond, libertin, désœuvré ou débauché, et non celui d'accomplir l'un des actes spécifiques visés dans les dispositions sur le vagabondage. Ces dispositions n'ont pratiquement pas été modifiées jusque dans les années 1950. La disposition antérieure à l'al. 179(1)*b*) a été ajoutée aux dispositions sur le vagabondage dans les S.C. 1951, ch. 47, art. 13. Cette disposition prévoyait qu'est un vagabond, libertin, désœuvré ou débauché quiconque:

238. . . .

k) Ayant à quelque époque été déclaré coupable d'une infraction visée par l'alinéa *a*) de l'article deux cent quatre-vingt-douze, l'article deux cent quatre-vingt-treize, le paragraphe un ou deux de l'article trois cent un ou l'article trois cent deux, est trouvé flânant ou errant sur ou près un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner.

In the 1953-54 *Criminal Code* (S.C. 1953-54, c. 51) the vagrancy provisions were restructured so that the focus shifted from being a vagrant to doing the acts prohibited by the section. However, it is significant that the acts prohibited were still primarily related to the status of the accused rather than the nature of the acts themselves. Section 164(1) of the 1953-54 *Code* provided:

164. (1) Every one commits vagrancy who

(*a*) not having any apparent means of support is found wandering abroad or trespassing and does not, when required, justify his presence in the place where he is found;

(*b*) begs from door to door or in a public place;

(*c*) being a common prostitute or night walker is found in a public place and does not, when required, give a good account of herself;

(*d*) supports himself in whole or in part by gaming or crime and has no lawful profession or calling by which to maintain himself; or

(*e*) having at any time been convicted of an offence under a provision mentioned in paragraph (*a*) or (*b*) of subsection (1) of section 661, is found loitering or wandering in or near a school ground, playground, public park or bathing area.

Section 164(1)(*e*), which eventually became the present s. 179(1)(*b*), has been amended since that time to conform to changes in the numbering of the predicate offences in the *Code*, and in the definitions of sexual offences in the *Code*. However, it has not changed in substance.

II. *How Should the Word "Loiter" be Defined in Section 179(1)(b)?*

The appellant submits that the word "loiter" in s. 179(1)(*b*) should be interpreted as requiring a malevolent intent while the respondent takes the position that "loiter" should be given its ordinary meaning.

Dans le *Code criminel* de 1953-1954 (S.C. 1953-54, ch. 51), le législateur a restructuré les dispositions sur le vagabondage pour mettre l'accent sur l'accomplissement des actes interdits par la disposition plutôt que sur le fait d'être un vagabond. Cependant, il est intéressant de constater que les actes interdits étaient encore principalement reliés à la situation de l'accusé plutôt qu'à la nature des actes mêmes. Voici le libellé du par. 164(1) du *Code* de 1953-1954:

164. (1) Commet un acte de vagabondage, toute personne qui,

a) n'ayant aucun moyen apparent de subsistance est trouvée allant çà et là ou agissant en intrus et, alors qu'elle en est requise, ne justifie pas sa présence à l'endroit où elle est trouvée;

b) mendie de porte en porte ou dans un endroit public;

c) étant une fille publique ou coureuse de nuit, est trouvée dans un endroit public et, lorsqu'elle en est requise, ne rend pas à son sujet un compte satisfaisant;

d) tire sa subsistance, en totalité ou en partie, du jeu ou du crime et n'a aucune profession ou occupation légitime lui permettant de gagner sa vie; ou

e) ayant à quelque époque été déclarée coupable d'une infraction visée par une disposition mentionnée à l'alinéa *a*) ou *b*) du paragraphe (1) de l'article 661, est trouvée flânant ou errant sur ou près un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner.

On a depuis modifié l'al. 164(1)*e*), maintenant l'al. 179(1)*b*), pour tenir compte des modifications apportées à la numérotation des infractions sous-jacentes prévues au *Code* et des définitions des infractions d'ordre sexuel du *Code*. Cependant, le fond en est demeuré le même.

II. *Comment faut-il définir le terme «flâner» à l'al. 179(1)b)?*

L'appelante soutient qu'il faut interpréter le terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*) comme exigeant une intention malveillante; l'intimé pour sa part est d'avis qu'il faut lui donner son sens ordinaire.

When a statutory provision is to be interpreted the word or words in question should be considered in the context in which they are used, and read in a manner which is consistent with the purpose of the provision and the intention of the legislature: Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87; *R. v. Hasselwander*, [1993] 2 S.C.R. 398. If the ordinary meaning of the words is consistent with the context in which the words are used and with the object of the act, then that is the interpretation which should govern.

What then is the ordinary meaning of the word "loiter"? *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), defines "loiter" in this manner:

loiter . . .

1. . . . **a.** In early use: To idle, waste one's time in idleness. Now only with more specific meaning: To linger indolently on the way when sent on an errand or when making a journey; to linger idly about a place; to waste time when engaged in some particular task, to dawdle. Freq. in legal phr. *to loiter with intent* (to commit a felony).

Similarly, *Black's Law Dictionary* (5th ed. 1979), defines "loiter" as follows:

To be dilatory; to be slow in movement; to stand around or move slowly about; to stand idly around; to spend time idly; to saunter; to delay; to idle; to linger; to lag behind.

It is significant that these definitions are essentially the same as those Constable German provided to the respondent on June 16, 1989. None of these definitions requires a malevolent intent or makes any reference to such a requirement.

Cases which have considered the meaning of "loiter" in other sections of the *Code* support the use of the ordinary meaning of "loiter" in s. 179(1)(*b*). In *R. v. Munroe*, *supra*, the Ontario Court of Appeal considered the meaning of "loiter" in what was then s. 171(1)(*c*) of the *Criminal Code* (now s. 175(1)(*c*)). That section makes it an offence to loiter in a public place and in any way obstruct persons who are in that place. The Ontario Court of Appeal gave "loiter" its ordinary dictionary meaning of "hanging idly about a place". It

Les mots d'une disposition législative doivent être interprétés dans le contexte où ils sont utilisés, en conformité avec l'objet de la disposition et l'intention du législateur: Elmer A. Driedger, *Construction of Statutes* (2e éd. 1983), à la p. 87; *R. c. Hasselwander*, [1993] 2 R.C.S. 398. Si l'acception courante des mots est compatible avec le contexte dans lequel ils sont utilisés et avec l'objet de la loi, c'est cette interprétation qui devrait être appliquée.

Quelle est alors l'acception courante du terme «flâner»? Voici la définition qu'en donne le *Grand Larousse de la langue française*, t. 3 (1973):

flâner . . .

1. Se promener sans but, au hasard, pour jouir du spectacle qui s'offre aux yeux [. . .] **2.** Avancer sans se presser [. . .] **3.** Paresser, perdre son temps . . .

Le *Black's Law Dictionary* (5e éd. 1979), donne la définition suivante du terme anglais «*loiter*»:

[TRADUCTION] Être dilatoire; bouger lentement; déambuler; rester sur place à ne rien faire; être oisif; se balader; tarder à faire quelque chose; traîner; prendre son temps ou s'attarder.

Il est intéressant de constater que ces définitions sont essentiellement celles que l'agent German a donné à l'intimé le 16 juin 1989. Aucune d'entre elles n'exige une intention malveillante ou ne fait mention d'une telle exigence.

La jurisprudence consacrée à l'interprétation du terme «flâner» utilisé dans d'autres dispositions du *Code* appuie l'acception courante de ce terme employé à l'al. 179(1)*b*). Dans l'arrêt *R. c. Munroe*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné l'interprétation à donner au terme «flâner» figurant à l'al. 171(1)*c*) du *Code criminel* (maintenant l'al. 175(1)*c*)). En vertu de cette disposition, commet une infraction quiconque flâne dans un endroit public et, de quelque façon, gêne des personnes qui s'y trouvent. La Cour d'appel de l'On-

further held that if a person has some purpose for "hanging idly about" such as waiting for a spouse, then he or she cannot be said to be idling. The decision in *Munroe* was followed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, at p. 232.

The same definition of "loiter" has been applied to s. 177 of the *Code*. That section like its predecessor makes it an offence to loiter or prowl by night near a dwelling house on the property of another person without a lawful excuse. In *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (B.C.C.A.), Davey J.A., writing for the court, held at p. 215 that "'hanging around' well expresses what is meant by 'loiters' as used in s. 162 [now s. 177]".

In *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (Q.B.), Geatros J., after considering *Munroe*, *supra*, and *Andsten*, *supra*, concluded at p. 54: "I find nothing in *Code* s. 173 to suggest that 'loiter' is to be construed other than in its ordinary and natural meaning". A similar definition was endorsed by the Quebec Court of Appeal in *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149. Chevalier J.A. writing for the court held at p. 147 Q.A.C. and at pp. 154-55 C.C.C.:

[TRANSLATION] I will also not undertake to repeat here the definitions supported by dictionaries, given in several judgments that I previously quoted, of the English terms "loitering" and "prowling". Their French equivalents "flâner" and "rôder" reflect the same notions in respect of the attitudes or acts involved. Other than mere dictionary definitions, and as confirmation of their correctness, the average person who hears these two words immediately knows the difference. And, for him, it is of great importance.

In the loiterer, he sees an individual who is wandering about, apparently without precise destination, who does not have, in his manner of moving, a purpose or reason to do so other than to pass the time, who is not looking for anything identifiable and who often is merely moti-

tario a donné au terme «flâner» le sens ordinaire de [TRADUCTION] «traîner dans un endroit», qui figure dans les dictionnaires. Elle a aussi dit qu'une personne ne «traîne» pas si elle a un motif de le faire, par exemple, si elle attend son conjoint. L'arrêt *Munroe* a été de nouveau appliqué par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'affaire *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, à la p. 232.

On a aussi appliqué cette définition du terme «flâner» à l'art. 177 du *Code*. À l'instar de celle qui l'a précédée, cette disposition prévoit que commet une infraction quiconque, sans excuse légitime, flâne ou rôde la nuit près d'une maison d'habitation sur la propriété d'autrui. Dans l'arrêt *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213 (C.A.C.-B.), le juge Davey, au nom de la cour, affirme, à la p. 215, que [TRADUCTION] «le terme «traîne» exprime bien ce que l'on entend par le mot «flâne» employé à l'art. 162 [maintenant l'art. 177]».

Dans l'arrêt *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (B.R.), après avoir examiné les arrêts *Munroe* et *Andsten*, précités, le juge Geatros a conclu à la p. 54: [TRADUCTION] «À mon avis, l'art. 173 du *Code* ne laisse aucunement entendre que le terme «flâner» doit être interprété autrement que dans son acception ordinaire et naturelle». Une définition similaire a été admise par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143. Le juge Chevalier, s'exprimant au nom de la Cour, affirme à la p. 147:

Je n'entreprendrai pas non plus de répéter ici les définitions que plusieurs des jugements que j'ai précédemment cités donnent, dictionnaires à l'appui, des mots anglais «loitering» et «prowling». Leurs équivalents français «flâner» et «rôder» épousent les mêmes contours quand il s'agit de décrire les attitudes ou les gestes qu'ils impliquent. Au-delà des simples définitions de dictionnaires, ou ici pour en confirmer l'exactitude, l'homme moyen qui entend ces deux mots sait immédiatement faire la différence. Et, pour lui, elle est de première grandeur.

Dans le flâneur, il reconnaît l'individu qui erre, apparemment sans destination précise, qui n'a pas, dans sa façon de bouger, de but et de raison de le faire autre que de passer le temps, qui ne cherche rien d'identifiable et dont, souvent, la démarche va au caprice de ses fantai-

vated by the whim of the moment. The dictionnaire des synonymes Bordas (1988), p. 424 gives the following as synonyms for the verb "to wander, stroll, to go for a jaunt, saunter, bum about, dawdle, dillydally, hang about, and so on". In short, it is conduct which essentially has nothing reprehensible about it if, as required by s. 173, it does not take place on private property where, in principle, a loiterer has no business.

See also *R. v. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184 (B.C. Co. Ct.).

Thus, where it is used in other sections of the *Code*, the word "loiter" has been given its ordinary dictionary definition.

The United States Supreme Court has also interpreted vagrancy statutes as not requiring proof of any special intent or malevolence in order to convict. In *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), the court held that a municipal vagrancy law was void for vagueness. In discussing the application of the vagrancy law, Douglas J., writing for the court, held that the law did not require a specific intent to commit an unlawful act. He wrote at p. 163: "The Jacksonville ordinance makes criminal activities which by modern standards are normally innocent".

The ordinary definition of "loiter" is also consistent with the purpose of s. 179(1)(*b*). The section is aimed at protecting children from becoming victims of sexual offences. This is apparent from the places to which the prohibition of loitering applies. School grounds, playgrounds, public parks and public bathing areas are typically places where children are likely to congregate. The purpose of the prohibition on loitering is to keep people who are likely to pose a risk to children away from places where they are likely to be found. Prohibiting any prolonged attendance in these areas, which is what the ordinary definition of "loiter" does, achieves this goal.

sies. À ce verbe, le **Dictionnaire de synonymes Bordas** ((1988), page 424) assimile errer, se promener, baguenauder, se balader, traîner, musarder, boulevarder, lambiner, lécher les vitrines, lanterner et le reste. Bref, en l'occurrence il s'agit d'une conduite qui, essentiellement, n'aurait rien de répréhensible si, comme l'exige l'article 173 (177), elle ne se déroulait pas sur la propriété privée où, en principe, un flâneur n'a pas d'affaires.

Voir aussi l'arrêt *R. c. Willis* (1987), 37 C.C.C. (3d) 184 (C. cté C.-B.).

En conséquence, lorsque le terme «flâner» est utilisé ailleurs dans le *Code*, on lui donne le sens ordinaire du dictionnaire.

Dans son interprétation des textes législatifs sur le vagabondage, la Cour suprême des États-Unis a elle aussi précisé qu'il n'était pas nécessaire de faire la preuve d'une intention spéciale ou de malveillance pour qu'une personne puisse être déclarée coupable. Dans l'arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972), la cour a statué qu'une loi municipale sur le vagabondage était nulle pour cause d'imprécision. Dans l'examen de l'application de la loi en question, le juge Douglas, au nom de la cour, a statué que cette loi n'exigeait pas une intention spécifique de commettre un acte illégal. Il a écrit à la p. 163: [TRADUCTION] «L'ordonnance de la ville de Jacksonville rend criminelles des activités qui, selon les normes modernes, sont habituellement innocentes».

Le sens ordinaire du terme «flâner» est également compatible avec l'objet de l'al. 179(1)*b*). Cette disposition vise à protéger les enfants contre les infractions sexuelles, objet évident si l'on considère les endroits où l'interdiction de flâner s'applique. Les terrains d'école, les terrains de jeu, les parcs publics ou les zones publiques où l'on peut se baigner sont généralement des endroits où les enfants sont susceptibles de se rassembler. L'objet de l'interdiction de flâner est de tenir loin de ces endroits les personnes qui sont susceptibles de présenter un risque pour les enfants. Interdire à ces personnes toute présence prolongée dans ces endroits — ce qui correspond au sens ordinaire du terme «flâner» — permet d'atteindre cet objectif.

Furthermore, the concept of malevolent intent favoured by the appellant (as opposed to a narrower formula such as unlawful intent, which the appellant does not endorse) raises problems of definition which make it unworkable. *The Oxford English Dictionary* defines "malevolent" as a person ". . . Desirous of evil to others; entertaining, actuated by, or indicative of ill-will; disposed or addicted to ill-will". These definitions make it apparent that it is a concept of very broad scope that is extremely difficult to define. Malevolent intent could mean almost anything, and its definition would be dependent upon the subjective views of the particular judge trying the case.

The appellant and the Attorney General of Canada argue that the legislative debates surrounding the passage of the section in 1951, and again when it was reconsidered in 1986-87 provide support for the proposition that "loiter" in s. 179(1)(*b*) includes the notion of some sort of malevolent intent. In my opinion this argument is not well founded. The admissibility of legislative debates to determine legislative intent in statutory construction is doubtful: Drieger, *supra*, at pp. 156-58; Pierre-André Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at pp. 353-67. This Court has repeatedly held that legislative history is not admissible as proof of legislative intent in the construction of statutes: *Gosselin v. The King* (1903), 33 S.C.R. 255, at pp. 264-68, *per* Taschereau C.J.; *Attorney General of Canada v. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] S.C.R. 775; *R. v. Popovic and Askov*, [1976] 2 S.C.R. 308, at p. 318; *Highway Victims Indemnity Fund v. Gagné*, [1977] 1 S.C.R. 785, at p. 792.

It is apparent that legislative history may be admissible for the more general purpose of showing the mischief Parliament was attempting to remedy with the legislation: *Toronto Railway Co. v. The Queen* (1894), 4 Ex. C.R. 262, at pp. 270-71; *Lyons v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 633, at pp. 683-84. Additionally, more flexible rules apply in the admission of legislative history in constitu-

Par ailleurs, le concept de l'intention malveillante préconisée par l'appelante (par opposition à une conception plus étroite comme l'intention illégale, à laquelle l'appelante n'adhère pas) soulève des problèmes de définition qui le rendent inapplicable. Selon le *Grand Larousse de la langue française*, t. 4 (1975), «malveillant» signifie: «Qui a, montre de la malveillance, qui est animé de mauvais sentiments à l'égard d'autrui». Cette définition fait manifestement ressortir qu'il s'agit d'un concept très large, extrêmement difficile à définir. Intention malveillante peut vouloir dire à peu près n'importe quoi et sa définition serait fonction des idées subjectives du juge saisi du dossier.

Selon l'appelante et le procureur général du Canada, les débats législatifs ayant entouré l'adoption de l'article en 1951, ainsi que ceux qui se sont déroulés lors du réexamen de la disposition en 1986 et 1987, appuient la proposition que le terme «flâner» visé à l'al. 179(1)*b*) inclut la notion d'une certaine forme d'intention malveillante. À mon avis, cet argument n'est pas bien fondé. Il est douteux que l'on puisse admettre les débats législatifs pour déterminer l'intention du législateur dans l'interprétation d'une loi: Driedger, *op. cit.*, aux pp. 156 à 158; Pierre-André Côté, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), aux pp. 402 à 418. Notre Cour a, à maintes reprises, statué que l'historique législatif n'est pas admissible comme preuve de l'intention du législateur dans le cadre de l'interprétation des lois: *Gosselin c. The King* (1903), 33 R.C.S. 255, aux pp. 264 à 268, le juge en chef Taschereau; *Attorney General of Canada c. The Reader's Digest Association (Canada) Ltd.*, [1961] R.C.S. 775; *R. c. Popovic et Askov*, [1976] 2 R.C.S. 308, à la p. 318; *Fonds d'indemnisation des victimes d'accidents d'automobile c. Gagné*, [1977] 1 R.C.S. 785, à la p. 792.

Il est évident que l'historique législatif peut être admissible dans le but plus général de démontrer le méfait auquel le législateur tentait de remédier: *Toronto Railway Co. c. The Queen* (1894), 4 R.C. de l'É. 262, aux pp. 270 et 271, et *Lyons c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 633, aux pp. 683 et 684. En outre, en matière constitutionnelle, des règles plus souples s'appliquent quant à l'utilisation de l'histo-

tional cases. In those cases the legislative history will not be used to interpret the enactments themselves, but to appreciate their constitutional validity: *Reference re Anti-Inflation Act*, [1976] 2 S.C.R. 373; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Schneider v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 112; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; and *R. v. Whyte*, [1988] 2 S.C.R. 3. Legislative history is also admissible in *Charter* cases to help interpret its provisions: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at pp. 506-9.

rique législatif. Dans ces cas, on ne se sert pas de l'historique législatif pour interpréter les lois mêmes, mais pour en déterminer la validité constitutionnelle: *Renvoi relatif à la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373; *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, et *R. c. Whyte*, [1988] 2 R.C.S. 3. L'historique législatif est également admissible dans les dossiers relevant de la *Charte* pour aider à en interpréter les dispositions: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, aux pp. 506 à 509.

Nonetheless there are persuasive reasons advanced which support the position that legislative history or debates are inadmissible as proof of legislative intent in statutory construction. Many of these same reasons are also put forward to demonstrate that such materials should be given little weight even in those cases where they are admitted. The main problem with the use of legislative history is its reliability. First, the intent of particular members of Parliament is not the same as the intent of the Parliament as a whole. Thus, it may be said that the corporate will of the legislature is only found in the text of provisions which are passed into law. Second, the political nature of Parliamentary debates brings into question the reliability of the statements made. Different members of the legislature may have different purposes in putting forward their positions. That is to say the statements of a member made in the heat of debate or in committee hearings may not reflect even that member's position at the time of the final vote on the legislation.

On a néanmoins avancé des motifs convaincants pour soutenir que l'historique législatif ou les débats ne sont pas admissibles comme preuve de l'intention du législateur en matière d'interprétation des lois. On invoque également un grand nombre de ces mêmes motifs pour établir qu'il faudrait accorder peu d'importance à ces documents même dans les cas où ils sont admis. Le principal problème de l'utilisation de l'historique législatif est sa fiabilité. Premièrement, l'intention de certains députés n'est pas toujours la même que celle de l'ensemble du Parlement. En conséquence, on peut affirmer que la volonté générale du législateur ne peut se dégager qu'à partir du libellé même des dispositions adoptées. Deuxièmement, le caractère politique des débats parlementaires soulève des doutes quant à la fiabilité des déclarations qui y sont faites. En effet, les députés peuvent avoir des objectifs différents lorsqu'ils présentent leur position. Ainsi, les déclarations faites par un député dans le feu d'un débat ou en comité parlementaire pourraient bien ne pas correspondre à sa position au moment du vote final sur le projet de loi.

Despite the apparent merits of the rule that legislative history is inadmissible to determine legislative intent in statutory construction, this Court has on occasion made use of such materials for this

Malgré le bien-fondé apparent de la règle selon laquelle l'historique législatif est inadmissible pour déterminer l'intention du législateur, notre Cour s'en est servie à l'occasion à cette fin même: voir

very purpose: see *R. v. Vasil*, [1981] 1 S.C.R. 469, at p. 487, and *Paul v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 621.

However, it is not necessary in this case to determine the admissibility of the debates for the purpose of determining legislative intent. The debates concerning s. 179(1)(*b*) are inconclusive with regard to the meaning of loitering. In both the 1951 debates (Hansard, June 25, 1951 at pp. 4664-66) and the 1986-87 Legislative Committee Minutes (November 27, 1986 at p. 1:46; December 11, 1986 at pp. 3:24-3:25; December 18, 1986 at pp. 6:18-6:19; February 5, 1987 at pp. 8:29-8:30; February 17, 1987 at pp. 9:70-9:75; March 17, 1987 at pp. 10:27-10:31) different members of Parliament applied different meanings to the word "loiter". Some used it to mean simply "hanging around", while others attached to it the connotation of lurking or the concept of not being able to give a good account of oneself. Thus, even if the debates were held to be admissible, they are of no assistance in determining the meaning that Parliament intended to be given to the word "loiter" in s. 179(1)(*b*).

Thus, the word "loiter" in s. 179(1)(*b*) should be given its ordinary meaning, namely to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle, etc. This is consistent with the meaning given to the word as used elsewhere in the *Code*, and with the context and purpose of s. 179(1)(*b*).

III. *Section 7 of the Charter*

There can be no question that s. 179(1)(*b*) restricts the liberty of those to whom it applies. Indeed, the appellant made no argument to the contrary. The section prohibits convicted sex offenders from attending (except perhaps to quickly walk through on their way to another location) at school grounds, playgrounds, public parks or bathing areas — places where the rest of the public is free to roam. The breach of this prohibition is punishable on summary conviction and, as

R. c. Vasil, [1981] 1 R.C.S. 469, à la p. 487, et *Paul c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 621.

Cependant, il n'est pas nécessaire en l'espèce d'établir l'admissibilité des débats pour dégager l'intention du législateur. Les débats relatifs à l'al. 179(1)*b*) ne sont pas concluants quant au sens du terme «flânant». Dans les débats de 1951 (hansard, 25 juin 1951, aux pp. 4794 à 4796) et les débats de 1986 et 1987 (Procès-verbaux du comité législatif, 27 novembre 1986, à la p. 1:46; 11 décembre 1986, aux pp. 3:24 et 3:25; 18 décembre 1986, aux pp. 6:18 et 6:19; 5 février 1987, aux pp. 8:29 et 8:30; 17 février 1987, aux pp. 9:70 à 9:75; 17 mars 1987, aux pp. 10:27 à 10:31), des députés donnaient des sens différents au terme «flâner». Certains étaient d'avis que ce terme signifiait simplement «traîner», et d'autres y attachaient l'idée de rôder ou le fait de ne pas être capable de rendre un compte satisfaisant de soi. Par conséquent, même si les débats étaient jugés admissibles, ils ne sont pas utiles pour déterminer le sens que le législateur a voulu donner au terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*).

En conséquence, le terme «flâner» à l'al. 179(1)*b*) devrait être interprété dans son sens ordinaire, c'est-à-dire, entre autres, déambuler, traîner, lambiner, se balader, s'attarder, musarder. Cette interprétation est compatible avec celle qui est donnée à ce terme utilisé dans d'autres dispositions du *Code*, et avec le contexte et l'objet de l'al. 179(1)*b*).

III. *L'article 7 de la Charte*

Il n'y a pas de doute que l'al. 179(1)*b*) restreint la liberté des personnes auxquelles il s'applique. En fait, l'appelante n'a pas prétendu le contraire. Cette disposition interdit aux contrevenants déclarés coupables d'infractions sexuelles de se trouver (sauf peut-être pour le traverser rapidement pour se rendre à un autre endroit) sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner — endroits où le reste du public est libre de se promener. Toute violation de cette interdiction est punissable sur déclaration de culpabilité par procédure som-

this case demonstrates, imprisonment is the consequence.

The question this Court must decide is whether this restriction on liberty is in accordance with the principles of fundamental justice. The respondent conceded in oral argument that a prohibition for the purpose of protecting the public does not *per se* infringe the principles of fundamental justice. *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at pp. 327-34, held that the indeterminate detention of a dangerous offender, the purpose of which was the protection of the public, did not *per se* violate s. 7. In light of that decision this concession was appropriate. If indeterminate detention in order to protect the public does not *per se* violate s. 7, then it follows the imposition of a lesser limit on liberty for the same purpose will not in itself constitute a violation of s. 7. The question, then, is whether some other aspect of the prohibition contained in s. 179(1)(*b*) violates the principles of fundamental justice. In my opinion it does. It applies without prior notice to the accused, to too many places, to too many people, for an indefinite period with no possibility of review. It restricts liberty far more than is necessary to accomplish its goal.

A. Overbreadth

This Court considered the issue of overbreadth as a principle of fundamental justice in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606. Writing for the Court, Gonthier J. discussed the relationship between overbreadth and vagueness at pp. 627-31. After looking at the notion of overbreadth in American constitutional law, he wrote at pp. 629-31:

This Court has repeatedly emphasized the numerous differences which exist between the *Charter* and the American Constitution. In particular, in the interpretation of s. 2 of the *Charter*, this Court has taken a route completely different from that of U.S. courts. In cases starting with *Irwin Toy* up to *Butler*, including the *Prostitution Reference* and *Keegstra*, this Court has given a

maire et passible d'emprisonnement, comme le démontre le présent dossier.

Notre Cour doit décider si cette atteinte à la liberté est conforme aux principes de justice fondamentale. Dans sa plaidoirie, l'intimé a reconnu qu'une interdiction visant à protéger le public ne constitue pas en soi une atteinte aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, aux pp. 327 à 334, notre Cour a statué que la détention d'un délinquant dangereux pendant une période indéterminée dans le but d'assurer la protection du public ne porte pas en soi atteinte à l'art. 7. Dans les circonstances, cette affirmation était appropriée. Si la détention d'une personne pendant une période indéterminée, dans le but d'assurer la protection du public, ne constitue pas en soi une violation de l'art. 7, il s'ensuit qu'une atteinte moindre à la liberté, pour la même fin, ne constituera pas en soi une violation de l'art. 7. La question est donc de savoir si tout autre aspect de l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) porte atteinte aux principes de justice fondamentale. À mon avis, il faut répondre par l'affirmative. Cette interdiction s'applique sans avis préalable à l'accusé, elle vise trop d'endroits et trop de personnes, et elle est d'une durée indéterminée sans possibilité de contrôle. Elle restreint la liberté beaucoup plus qu'il ne le faut pour atteindre son objectif.

A. La portée excessive

Dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, notre Cour a examiné la question de la portée excessive en tant que principe de justice fondamentale. S'exprimant au nom de la Cour, le juge Gonthier analyse le rapport entre la portée excessive et l'imprécision aux pp. 627 à 631. Après avoir examiné la notion de portée excessive en droit constitutionnel américain, il écrit aux pp. 629 à 631:

Notre Cour a maintes fois souligné les nombreuses différences entre la *Charte* et la Constitution américaine. En particulier, dans l'interprétation de l'art. 2 de la *Charte*, notre Cour a retenu une solution complètement différente du point de vue adopté par les tribunaux américains. Dans ses décisions, depuis l'arrêt *Irwin Toy*, jusqu'à l'arrêt *Butler*, dont le *Renvoi sur la prostitution* et

wide ambit to the freedoms guaranteed by s. 2 of the *Charter*, on the basis that balancing between the objectives of the State and the violation of a right or freedom should occur at the s. 1 stage. Other sections of the *Charter*, such as ss. 7 and 8, do however incorporate some element of balancing, as a limitation within the definition of the protected right, with respect to other notions such as principles of fundamental justice or reasonableness.

A notion tied to balancing such as overbreadth finds its proper place in sections of the *Charter* which involve a balancing process. Consequently, I cannot but agree with the opinion expressed by L'Heureux-Dubé J. in *Committee for the Commonwealth of Canada* that overbreadth is subsumed under the "minimal impairment branch" of the *Oakes* test, under s. 1 of the *Charter*. This is also in accordance with the trend evidenced in *Osborne* and *Butler*. Furthermore, in determining whether s. 12 of the *Charter* has been infringed, for instance, a court if it finds the punishment not grossly disproportionate for the accused, will typically examine reasonable hypotheses and assess whether the punishment is grossly disproportionate in these situations (*R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, and *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485). This inquiry also resembles the sort of balancing process associated with the notion of overbreadth.

In all these cases, however, overbreadth remains no more than an analytical tool. The alleged overbreadth is always related to some limitation under the *Charter*. It is always established by comparing the ambit of the provision touching upon a protected right with such concepts as the objectives of the State, the principles of fundamental justice, the proportionality of punishment or the reasonableness of searches and seizures, to name a few. There is no such thing as overbreadth in the abstract. Overbreadth has no autonomous value under the *Charter*. As will be seen below, overbreadth is not at the heart of this case, although it has been invoked in argument.

The relationship between vagueness and "overbreadth" was well expounded by the Ontario Court of Appeal in this oft-quoted passage from *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58:

> Vagueness and overbreadth are two concepts. They can be applied separately, or they may be closely interrelated. The intended effect of a statute may be

l'arrêt *Keegstra*, notre Cour a reconnu une large portée aux libertés garanties par l'art. 2 de la *Charte*, parce que c'est dans le cadre de l'article premier qu'il y a lieu de pondérer les objectifs de l'État et la violation d'un droit ou d'une liberté. Toutefois, d'autres articles de la *Charte*, notamment les art. 7 et 8, ont un certain élément de pondération, qui consiste en une restriction dans la définition du droit protégé, en ce qui concerne d'autres notions tels les principes de justice fondamentale ou le caractère raisonnable.

Une notion qui implique une pondération, comme la portée excessive, trouve tout à fait sa place dans les articles de la *Charte* qui exigent la prise en compte des intérêts divergents. Par conséquent, je ne peux que souscrire à l'opinion du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, selon qui la portée excessive est subsumée dans le «volet atteinte minimale» du critère de l'article premier énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Cette conclusion est aussi conforme à la tendance mise en lumière dans les arrêts *Osborne* et *Butler*. En outre, en décidant s'il y a eu violation de l'art. 12 de la *Charte*, par exemple, le tribunal, s'il estime que la peine n'est pas exagérément disproportionnée à ce que mérite l'accusé, examinera d'ordinaire des hypothèses raisonnables et vérifiera si la peine est exagérément disproportionnée dans ces situations (*R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, et *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485). Cet examen ressemble au processus de pondération associé à la notion de portée excessive.

Dans toutes ces décisions, la portée excessive reste cependant un simple outil analytique. La portée excessive alléguée se rapporte toujours à une restriction prévue dans la *Charte*. Elle est toujours établie par l'évaluation, d'une part, de la portée de la disposition touchant un droit protégé et, d'autre part, de notions tels les objectifs de l'État, les principes de justice fondamentale, la proportionnalité de la peine et le caractère non abusif des perquisitions, des fouilles et des saisies, pour n'en nommer que quelques-unes. La portée excessive n'a pas d'existence dans l'abstrait. Elle n'a pas de valeur intrinsèque au regard de la *Charte*. Comme nous le verrons plus loin, la portée excessive n'est pas au cœur du présent litige, encore qu'elle ait été invoquée dans les plaidoiries.

Le rapport entre l'imprécision et la «portée excessive» a été bien exposé par la Cour d'appel de l'Ontario dans ce passage souvent repris de l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158:

> [TRADUCTION] L'imprécision et la portée excessive d'une loi sont deux notions. Elles peuvent être appliquées séparément ou elles peuvent être intimement

perfectly clear and thus not vague, and yet its application may be overly broad. Alternatively, as an example of the two concepts being closely interrelated, the wording of a statute may be so vague that its effect is considered to be overbroad.

liées. L'effet recherché d'une loi peut être parfaitement clair et donc ne pas être vague, et pourtant son application peut être trop large. Par ailleurs, pour illustrer le fait que les deux notions peuvent être intimement liées, le libellé d'une loi peut être tellement imprécis qu'on juge son effet trop large.

I agree. A vague law may also constitute an excessive impairment of *Charter* rights under the *Oakes* test. This Court recognized this, when it mentioned the two aspects of vagueness under s. 1 of the *Charter*, in *Osborne* and *Butler*.

Je suis d'accord. Une loi imprécise peut aussi constituer une atteinte excessive à des droits garantis par la *Charte* selon le critère énoncé dans l'arrêt *Oakes*. Notre Cour l'a reconnu quand elle a mentionné les deux aspects de l'imprécision au regard de l'article premier de la *Charte* dans les arrêts *Osborne* et *Butler*.

For the sake of clarity, I would prefer to reserve the term "vagueness" for the most serious degree of vagueness, where a law is so vague as not to constitute a "limit prescribed by law" under s. 1 *in limine*. The other aspect of vagueness, being an instance of overbreadth, should be considered as such.

Par souci de clarté, je préférerais réserver l'emploi du mot «imprécision» au degré le plus grave de l'imprécision, lorsque la loi est imprécise au point de ne pas représenter une restriction prescrite par une «règle de droit» au sens de l'article premier *in limine*. L'autre aspect de l'imprécision, découlant de la portée excessive, devrait être considéré comme tel.

Overbreadth and vagueness are different concepts, but are sometimes related in particular cases. As the Ontario Court of Appeal observed in *R. v. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, at pp. 157-58, cited with approval by Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, the meaning of a law may be unambiguous and thus the law will not be vague; however, it may still be overly broad. Where a law is vague, it may also be overly broad, to the extent that the ambit of its application is difficult to define. Overbreadth and vagueness are related in that both are the result of a lack of sufficient precision by a legislature in the means used to accomplish an objective. In the case of vagueness, the means are not clearly defined. In the case of overbreadth the means are too sweeping in relation to the objective.

La portée excessive et l'imprécision sont des concepts différents, mais parfois connexes dans des cas particuliers. Comme la Cour d'appel de l'Ontario l'a fait remarquer dans l'arrêt *R. c. Zundel* (1987), 58 O.R. (2d) 129, aux pp. 157 et 158, que le juge Gonthier a cité et approuvé dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, le sens d'une loi peut être clair et alors cette loi ne sera pas imprécise; cependant, elle peut quand même avoir une portée excessive. Lorsqu'une loi est imprécise, elle peut aussi avoir une portée excessive, rendant difficile la détermination de l'étendue de son application. La portée excessive et l'imprécision sont connexes en ce que ces deux notions résultent du fait qu'un législateur n'a pas été suffisamment précis dans les moyens utilisés pour atteindre un objectif. Dans le cas de l'imprécision, les moyens ne sont pas clairement précisés. Dans le cas de la portée excessive, les moyens sont trop généraux par rapport à l'objectif.

Overbreadth analysis looks at the means chosen by the state in relation to its purpose. In considering whether a legislative provision is overbroad, a court must ask the question: are those means necessary to achieve the State objective? If the State, in pursuing a legitimate objective, uses means which are broader than is necessary to accomplish that objective, the principles of fundamental justice

L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante: ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État? Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura viola-

will be violated because the individual's rights will have been limited for no reason. The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate.

Reviewing legislation for overbreadth as a principle of fundamental justice is simply an example of the balancing of the State interest against that of the individual. This type of balancing has been approved by this Court: see *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, *per* Sopinka J., at pp. 592-95; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* La Forest J., at p. 298; *R. v. Lyons*, *supra*, *per* La Forest J., at pp. 327-29; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at pp. 538-39; and *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-53. However, where an independent principle of fundamental justice is violated, such as the requirement of *mens rea* for penal liability, or of the right to natural justice, any balancing of the public interest must take place under s. 1 of the *Charter*: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 517; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 977.

In analyzing a statutory provision to determine if it is overbroad, a measure of deference must be paid to the means selected by the legislature. While the courts have a constitutional duty to ensure that legislation conforms with the *Charter*, legislatures must have the power to make policy choices. A court should not interfere with legislation merely because a judge might have chosen a different means of accomplishing the objective if he or she had been the legislator. It is true that s. 7 of the *Charter* has a wide scope. This was stressed by Lamer J. (as he then was) in *Re B.C. Motor Vehicles Act*, *supra*, at p. 502. There he observed:

tion des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement un exemple de l'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier. Ce type d'évaluation a été approuvée par notre Cour: voir *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka, aux pp. 592 à 595; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge La Forest, à la p. 298; *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, aux pp. 327 à 329; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, aux pp. 538 et 539, et *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 à 153. Cependant, lorsqu'il y a atteinte à un principe indépendant de justice fondamentale, comme l'exigence de la *mens rea* en matière de responsabilité pénale ou encore le droit au respect des règles de justice naturelle, l'évaluation de l'intérêt public devrait se faire dans le contexte de l'article premier de la *Charte*: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 517, et *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 977.

Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la *Charte*, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe. Un tribunal ne devrait pas intervenir simplement parce que le juge aurait peut-être choisi des moyens différents d'atteindre l'objectif s'il avait été législateur. Il est vrai que l'art. 7 de la *Charte* a une vaste portée. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'a fait ressortir dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 502:

Sections 8 to 14 are illustrative of deprivations of those rights to life, liberty and security of the person in breach of the principles of fundamental justice.

However, before it can be found that an enactment is so broad that it infringes s. 7 of the *Charter*, it must be clear that the legislation infringes life, liberty or security of the person in a manner that is unnecessarily broad, going beyond what is needed to accomplish the governmental objective.

The purpose of s. 179(1)(*b*) is to protect children from becoming victims of sexual offences. This is apparent from the prohibition which applies to places where children are very likely to be found. In determining whether s. 179(1)(*b*) is overly broad and not in accordance with the principles of fundamental justice, it must be determined whether the means chosen to accomplish this objective are reasonably tailored to effect this purpose. In those situations where legislation limits the liberty of an individual in order to protect the public, that limitation should not go beyond what is necessary to accomplish that goal. In *Cunningham v. Canada*, *supra*, at p. 153, McLachlin J. held that changes to the *Parole Act* which adversely affected the liberty of prisoners were in accordance with the principles of fundamental justice because "the prisoner's liberty interest is limited only to the extent that this is shown to be necessary for the protection of the public".

In my opinion, s. 179(1)(*b*) suffers from overbreadth and thus the deprivation of liberty it entails is not in accordance with the principles of fundamental justice.

i. *Overbreadth in Geographical Ambit*

The section is overly broad in its geographical ambit. It applies not only to school grounds and playgrounds, but also to all public parks and bathing areas. Its application to schools and play-

Les articles 8 à 14 sont des exemples d'atteintes à ce droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui vont à l'encontre des principes de justice fondamentale.

Cependant, avant que l'on puisse conclure qu'un texte législatif a une portée si large qu'il contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, il doit être clair que ce texte porte atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne d'une façon qui est inutilement large, allant au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif gouvernemental.

L'objet de l'al. 179(1)*b*) est de protéger les enfants contre les infractions sexuelles, objet évident si l'on considère que l'interdiction de flâner vise des endroits où l'on trouve habituellement des enfants. Pour déterminer si la portée de l'al. 179(1)*b*) est excessive et n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, il faut établir si les moyens choisis pour atteindre l'objectif sont raisonnablement bien adaptés à cet objectif. Dans les cas où le texte législatif restreint la liberté d'une personne en vue de protéger le public, cette restriction ne devrait pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce but. Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, précité, à la p. 153, le juge McLachlin a statué que des modifications apportées à la *Loi sur la libération conditionnelle*, dont l'effet était de porter atteinte à la liberté de détenus, respectaient les principes de justice fondamentale parce que «le droit à la liberté du détenu n'est restreint que dans la mesure où l'on démontre que cela est nécessaire pour la protection du public».

À mon avis, l'al. 179(1)*b*) a une portée excessive, et l'atteinte à la liberté qu'il comporte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

i. *La portée excessive en raison des endroits visés*

La disposition a une portée excessive en raison des endroits qu'elle vise. Elle englobe non seulement les terrains d'école et les terrains de jeu, mais aussi tous les parcs publics et toutes les zones

grounds is appropriate, as these are the very places children are likely to congregate. But its application to all public parks and bathing areas is overly broad because not all such places are places where children are likely to be found. Public parks include the vast and remote wilderness parks. Bathing areas would include all the lakes in Canada with public beaches. Prohibiting individuals from loitering in all places in all parks is a significant limit on freedom of movement. Parks are places which are specifically designed to foster relaxation, indolent contemplation and strolling; in fact it may be assumed that "hanging around" and "idling" is encouraged in parks. The overly broad scope of this section was remarked upon by Maughan B.C. Prov. Ct. J. in *R. v. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146, in which she found that what was at the time s. 175 (now s. 179(1)(*b*)) of the *Criminal Code* violated the *Charter*. She wrote at p. 150:

The wording of s. 175 makes a person such as Mr. Graf, the accused, a person in a permanent state of exile within his community who is, because of his status, absolutely prohibited from standing idly in vast areas of this country. Mr. Graf, because of his status, does not have the liberty of movement and locomotion to go where other citizens are entitled to go and in the same manner as they are entitled to do. He is, for example, banned for life from standing idly about Stanley Park, including the aquarium and the zoo area, Lost Lagoon, the playing fields, the beaches and the entertainment area. Similarly are included Queen Elizabeth Park, English Bay, the Planetarium, Vanier Park, the endowment lands at the University of British Columbia, the Courthouse gardens, Jericho Beach, Spanish Banks, Kitsilano Park, the Sky Train greenbelt, the multitude of small city parks, Manning Park, the marine parks in the province, waterfront parks, Cleveland Dam, Capilano Hatchery, Mount Seymour ski area, Lynn Valley Park, Lynn Canyon Park and all beaches, lake and rivers in Canada capable of being used by people for bathing.

publiques où l'on peut se baigner. Il est approprié que soient inclus les terrains d'école et les terrains de jeu puisque ce sont dans ces endroits que les enfants sont susceptibles de se rassembler. Cependant, en visant aussi tous les parcs publics et toutes les zones publiques où l'on peut se baigner, la disposition a une portée excessive parce qu'il n'y aura pas nécessairement des enfants dans tous ces endroits. Les parcs publics comprennent les vastes parcs sauvages dans des régions éloignées. Les zones où l'on peut se baigner comprennent tous les lacs au Canada où existent des plages publiques. Interdire à une personne de flâner n'importe où dans tous les parcs constitue une importante restriction à la liberté de circulation. Les parcs sont des endroits qui sont spécifiquement conçus pour favoriser la relaxation, la contemplation nonchalante et les promenades; en fait, on peut supposer que l'on encourage les «balades» et l'«oisiveté» dans les parcs. Dans l'affaire *R. c. Graf* (1988), 42 C.R.R. 146, le juge Maughan de la Cour provinciale de la Colombie-Britannique a fait des commentaires sur la portée excessive de cette disposition, qui était alors l'art. 175 (maintenant l'al. 179(1)*b*)) du *Code criminel*, et elle a statué qu'elle contrevenait à la *Charte*. Elle a écrit, à la p. 150:

[TRADUCTION] Le libellé de l'art. 175 fait de M. Graf, l'accusé, une personne se trouvant en situation d'exil permanent au sein de sa collectivité puisque, en raison de sa situation, il lui est absolument interdit de se balader dans de nombreux endroits au pays. Monsieur Graf, à cause de sa situation, n'a pas la liberté de circulation pour se rendre là où d'autres citoyens ont le droit d'aller et de la même façon qu'ils le font. Par exemple, il lui est interdit à perpétuité de se balader dans le parc Stanley, y compris l'aquarium, le jardin zoologique, Lost Lagoon, les terrains de jeu, les plages et les zones de spectacle. L'interdiction porte également sur le parc Queen Elizabeth, l'English Bay, le Planetarium, le parc Vanier, les «*endowment lands*» de l'Université de la Colombie-Britannique, les jardins du Palais de justice, la plage Jericho, Spanish Banks, le parc Kitsilano, la ceinture de verdure du Sky Train, la multitude des petits parcs municipaux, le parc Manning, les parcs marins de la province, les parcs riverains, le barrage Cleveland, Capilano Hatchery, la station de ski du mont Seymour, le parc Lynn Valley, le parc Lynn Canyon et toutes les plages, tous les lacs et toutes les rivières où l'on peut se baigner.

If the particular park or part of the park or bathing area is not a place frequented by children, the object of protecting children is not enhanced by limiting the individual's freedom. In my opinion, such a limit should be more narrowly defined, to apply only to those parks and bathing areas where children can reasonably be expected to be present.

Dans le cas où un parc ou une partie de ce parc ou encore une zone de baignade n'est pas un endroit fréquenté par des enfants, restreindre la liberté d'une personne ne permet pas de mieux favoriser la réalisation de l'objectif de la protection des enfants. À mon avis, une telle restriction devrait être davantage circonscrite et viser seulement les parcs et les zones de baignade où l'on peut raisonnablement s'attendre à trouver des enfants.

ii. *Overbreadth by the Life-Time Prohibition Without a Review Process*

Section 179(1)(*b*) is also overly broad in another aspect. It applies for life, with no possibility of review. The absence of review means that a person who has ceased to be a danger to children (or who indeed never was a danger to children), is subject to the prohibition in s. 179(1)(*b*). In *R. v. Lyons*, *supra*, La Forest J., writing for the Court on this issue, held that the fact that a review process existed was essential to the finding that indeterminate sentences under the dangerous offender provisions did not violate s. 12. La Forest J. wrote at p. 341:

ii. *La portée excessive en raison de l'interdiction à vie, sans mécanisme de contrôle*

L'alinéa 179(1)*b*) a également une portée excessive relativement à un autre aspect. L'interdiction est perpétuelle, sans mécanisme de contrôle. L'absence de mécanisme de contrôle signifie qu'une personne qui cesse de constituer un danger pour les enfants (ou qui en fait n'en a jamais constitué un) est visée par l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*). Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, le juge La Forest, s'exprimant au nom de notre Cour sur cette question, a statué qu'il devait exister un processus de contrôle pour que l'on puisse conclure qu'une peine d'une durée indéterminée infligée en vertu des dispositions applicables aux délinquants dangereux ne portait pas atteinte à l'art. 12. Le juge La Forest a écrit à la p. 341:

> In my opinion, if the sentence imposed under Part XXI was indeterminate, *simpliciter*, it would be certain, at least occasionally, to result in sentences grossly disproportionate to what individual offenders deserved. However, I believe that the parole process saves the legislation from being successfully challenged under s. 12, for it ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require.

> À mon avis, si la peine imposée sous le régime de la partie XXI était pour une période indéterminée, purement et simplement, il en résulterait certainement, du moins parfois, des peines exagérément disproportionnées à ce que mériteraient des délinquants. Toutefois, j'estime que le processus de la libération conditionnelle vient empêcher que les dispositions législatives en cause ne puissent être contestées avec succès en vertu de l'art. 12, car ce processus est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances.

Thus the imposition of an indeterminate sentence upon dangerous offenders in the absence of a review procedure would constitute a cruel and unusual punishment and violate the principles of fundamental justice. It follows that there must be some review available for the prohibition in s. 179(1)(*b*) if it is to accord with the principles of fundamental justice. Admittedly, the prohibition in

En conséquence, infliger une peine d'une durée indéterminée à un délinquant dangereux constituerait, en l'absence d'une procédure de contrôle, une peine cruelle et inusitée et irait à l'encontre des principes de justice fondamentale. Il s'ensuit que l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) doit comporter un certain mécanisme de contrôle pour être conforme aux principes de justice fondamentale.

s. 179(1)(*b*) is a lesser infringement of liberty than the indeterminate detention of a dangerous offender. Yet, it is still a very significant limit on an individual's freedom of movement. Attendance at the places listed in s. 179(1)(*b*) has not as a rule been regulated in Canada, and still is not regulated for the general public who have not committed sex offences. In passing I would observe that a different conclusion regarding the need for a review might have been reached if the prohibition was in respect of a regulated activity such as driving or the possession of firearms.

Je l'admets, l'interdiction visée à l'al. 179(1)*b*) est une atteinte moindre à la liberté que la détention d'un délinquant dangereux pour une période indéterminée. Cependant, il demeure que c'est une restriction très importante à la liberté de circulation d'une personne. La fréquentation des endroits énumérés à l'al. 179(1)*b*) n'a jamais été réglementée au Canada pour le grand public qui n'a pas commis d'infractions sexuelles. En passant, je tiens à préciser que je serais peut-être arrivé à une conclusion différente quant à la nécessité d'un mécanisme de contrôle si l'interdiction avait visé une activité réglementée comme la conduite d'un véhicule ou la possession d'armes à feu.

The appellant and the Attorney General of Canada argued that the availability of a pardon under the *Criminal Records Act*, as amended, or the royal prerogative of mercy, meet any concerns about the need for review. In my opinion they do not. It is true that a pardon or the exercise of the royal prerogative of mercy would (subject to any conditions) vacate the conviction and remove the disqualification that resulted from the conviction: s. 5(*b*) of the *Criminal Records Act*; s. 749(3) of the *Code*; Clayton C. Ruby, *Sentencing* (3rd ed. 1987), at pp. 108-9. However, there are limits to the availability of pardons which make it inadequate and insufficient as a substitute for the review of the prohibition in s. 179(1)(*b*). For example, the conditions for granting pardons are not necessarily related to the dangerousness of the individual. A person who is not a danger to children may be denied a pardon. Under the *Criminal Records Act*, an individual may not apply for a pardon until five years after the completion of sentence in the case of an indictable offence, and three years after the completion of sentence in the case of a summary conviction offence: see s. 4 of the *Criminal Records Act*. As the prohibition applies to all persons convicted of the listed offences, there are individuals who will not be dangerous yet will,

Selon l'appelante et le procureur général du Canada, la possibilité d'obtenir une réhabilitation en vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, modifiée, et l'existence de la prérogative royale de clémence dissipent toute préoccupation quant à la nécessité d'un mécanisme de contrôle. À mon avis, tel n'est pas le cas. Certes, l'octroi d'une réhabilitation ou l'exercice de la prérogative royale de clémence (sous réserve de certaines conditions) efface les conséquences de la condamnation et fait cesser toute incapacité qui en découlait: al. 5*b*) de la *Loi sur le casier judiciaire*; par. 749(3) du *Code*; Clayton C. Ruby, *Sentencing* (3e éd. 1987), aux pp. 108 et 109. Cependant, il existe des restrictions à l'octroi d'une réhabilitation, ce qui fait que ce processus n'est pas suffisant pour remplacer le contrôle de l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*). Par exemple, les conditions d'octroi d'une réhabilitation ne sont pas nécessairement reliées à la dangerosité de l'individu. Une réhabilitation peut être refusée à une personne qui ne constitue pas un danger pour les enfants. En vertu de la *Loi sur le casier judiciaire*, la période consécutive à l'expiration d'une peine pendant laquelle la demande de réhabilitation ne peut être examinée est de cinq ans pour une infraction punissable par voie de mise en accusation et de trois ans pour une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire; voir l'art. 4 de la *Loi sur le casier judiciaire*. Puisque l'interdiction vise toutes les personnes déclarées coupables des infractions énumérées, il y a des personnes qui ne seront pas dangereuses et qui, dans la période dans laquelle elles

during the time they cannot apply for a pardon, still be subject to s. 179(1)(*b*).

A more serious problem is presented by the conditions which must be met in order to obtain a pardon. A person convicted of an indictable offence may only obtain a pardon if he has been "of good behaviour", and has not been convicted of an offence under federal legislation: s. 4.1(1) of the *Criminal Records Act*. A sex offender who has not committed any further sexual offences, and is not considered a danger to re-offend, would not be eligible for a pardon if he was considered not to have been of good behaviour in a manner completely unrelated to sexual offences. Even if the conditions are met, in the case of indictable offences a pardon is still discretionary. In the case of a person convicted of a summary conviction offence, a pardon is mandatory if the person has not been convicted of any offence under federal legislation: s. 4.1(2) of the *Criminal Records Act*. However, a person who was no longer a danger, but who had committed an unrelated driving offence would not be eligible for a pardon. With respect to the royal prerogative of mercy, its use is exceptional: *National Parole Board, Pardon Decision Policies, Annex: The Royal Prerogative of Mercy* (June 1993). Neither the availability of a pardon nor the royal prerogative of mercy can constitute an acceptable review process.

ne peuvent demander une réhabilitation, seront assujetties à l'al. 179(1)*b*).

Les conditions à satisfaire relativement à une réhabilitation présentent un problème plus grave. Une personne déclarée coupable d'une infraction par voie de mise en accusation peut seulement obtenir une réhabilitation si elle a eu une «bonne conduite» et n'a pas été déclarée coupable d'une infraction à une loi fédérale, voir le par. 4.1(1) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Un délinquant sexuel qui n'a pas commis d'autres infractions d'ordre sexuel et qui ne risque pas de récidiver ne serait pas admissible à la réhabilitation si l'on estime qu'il n'a pas une bonne conduite pour des choses n'ayant aucun rapport avec la perpétration d'infractions sexuelles. Dans le cas des infractions punissables par voie de mise en accusation, même si ces conditions sont satisfaites, l'octroi de la réhabilitation est encore discrétionnaire. Dans le cas d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, la réhabilitation est obligatoire si la personne n'a pas été déclarée coupable d'une infraction à une loi fédérale; voir le par. 4.1(2) de la *Loi sur le casier judiciaire*. Cependant, une personne qui ne constitue plus un danger, mais qui a commis une infraction distincte en matière de conduite automobile ne serait pas admissible à la réhabilitation. En ce qui concerne la prérogative royale de clémence, son utilisation est exceptionnelle: *Commission nationale des libérations conditionnelles, Politiques décisionnelles sur la réhabilitation, Annexe: La Prérogative royale de clémence* (juin 1983). Ni la possibilité d'une réhabilitation ni l'exercice de la prérogative royale de clémence ne peuvent constituer un processus acceptable de contrôle.

iii. *Overbreadth as to the People to Whom Section 179(1)(b) Applies*

Section 179(1)(*b*) is overly broad in respect to the people to whom it applies. It applies to all persons convicted of the listed offences, without regard to whether they constitute a danger to children. This approach is contrary to the position taken by this Court in earlier decisions. In *R. v. Swain*, *supra*, the detention of all persons found not guilty by reason of insanity was found to be

iii. *La portée excessive en raison des personnes visées*

L'alinéa 179(1)*b*) a une portée excessive quant aux personnes qu'il vise. Il s'applique à toutes les personnes déclarées coupables des infractions qui y sont énumérées, qu'elles présentent ou non un danger pour les enfants. Cette démarche va à l'encontre de la position adoptée par notre Cour dans d'autres arrêts. Dans l'arrêt *R. c. Swain*, précité, on a jugé que la détention de toutes les personnes

arbitrary because it was based on the overly inclusive assumption that all such persons were still dangerous at the time of sentencing: see pp. 1009, 1011-13. Similarly, in *R. v. Lyons*, *supra*, the necessity of showing that an individual was likely to be a danger in the future was one of the features which saved the legislation from violating s. 12 of the *Charter* (at p. 338). It is difficult to accept that a person who had sexually assaulted an adult fifteen years earlier with no subsequent offences should be assumed to still be a threat to children.

This Court has approved the use of reasonable hypotheses in determining whether legislation violates s. 12 of the *Charter*: *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485. I think the same process may properly be undertaken in determining the constitutionality of s. 179(1)(*b*). The effect of the section is that it could be applied to a man convicted at age 18 of sexual assault of an adult woman who was known to him in a situation aggravated by his consumption of alcohol. Even if that man never committed another offence, and was not considered to be a danger to children, at the age of 65 he would still be banned from attending, for all but the shortest length of time, a public park anywhere in Canada. The limitation on liberty in s. 179(1)(*b*) is simply much broader than is necessary to accomplish its laudable objective of protecting children from becoming victims of sexual offences.

A new s. 161 was passed following the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case and is set out later in these reasons. It is significant and telling that the new section only applies to persons who have committed the listed offences in respect of a person who is under the age of 14 years. In addition, under the new section, the order is discretionary, so that only those offenders who constitute a danger to children will

déclarées non coupables pour cause d'aliénation mentale constituait une détention arbitraire parce que la disposition en cause appliquait la présomption trop globale selon laquelle tous les prévenus acquittés en raison de leur aliénation mentale sont encore dangereux au moment où la peine est prononcée: voir les pp. 1009 et 1011 à 1013. De même dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité, la nécessité de démontrer que la personne pouvait constituer un danger dans l'avenir était l'un des éléments qui faisaient que la loi ne violait pas l'art. 12 de la *Charte* (p. 338). Il est difficile d'accepter qu'une personne qui a sexuellement agressé un adulte quelque quinze ans auparavant, sans récidive depuis, constitue encore une menace pour des enfants.

Notre Cour a approuvé le recours à des hypothèses raisonnables lorsqu'il faut déterminer si un texte législatif porte atteinte à l'art. 12 de la *Charte*: *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485. À mon avis, on pourrait procéder de la même façon dans la détermination de la constitutionnalité de l'al. 179(1)*b*). L'effet de cette disposition est qu'elle pourrait s'appliquer à un homme qui, à l'âge de 18 ans, aurait été déclaré coupable d'agression sexuelle sur la personne d'une femme adulte qu'il connaissait, dans une situation aggravée par la consommation d'alcool. Même si cet homme n'a jamais commis d'autre infraction et ne constituait pas un danger pour les enfants, il lui serait toujours interdit à l'âge de 65 ans de fréquenter, autrement que pour une très courte période, un parc public quel que soit l'endroit au Canada. L'atteinte à la liberté imposée par l'al. 179(1)*b*) est tout simplement beaucoup plus vaste qu'elle a besoin de l'être pour atteindre son objectif louable de protection des enfants contre les infractions sexuelles.

Un nouvel art. 161 a été adopté à la suite de la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce et est reproduit plus loin. Fait important et révélateur, le nouvel article s'applique seulement aux personnes qui ont commis l'une des infractions qui y est mentionnée à l'égard d'une personne âgée de moins de 14 ans. En outre, en vertu de cette nouvelle disposition, l'ordonnance relève du pouvoir discrétionnaire du juge, de sorte

be subject to a prohibition. I would add that in certain circumstances, legislative provisions for notice and for review of the prohibition may reduce the significance of the factor of overbreadth in the application of one impugned provision. It is noteworthy that the new s. 161 provides for both notice and review of the prohibition. These provisions are absent in s. 179(1)(*b*).

iv. *Absence of Notice*

There is another aspect in which the section offends the principles of fundamental justice. As Hutcheon J.A. observed, there is no provision for notice to be given to a person convicted of a predicate offence of his potential liability for breaching s. 179(1)(*b*). As he points out, great care is taken to give notice in connection with other provisions of the *Code*. For example, the prohibition against ownership, custody or control of a firearm under s. 100 must be made part of the sentencing proceeding following a conviction for the indictable offence involving violence. Notice must also be given of the prohibition of operating a motor vehicle, vessel or aircraft pursuant to s. 260. Similarly notice must be given of the terms of a probation order. The lack of a notice requirement for s. 179(1)(*b*) is unfair and unnecessarily so. It demonstrates that the section by the absence of a requirement of notice violates s. 7.

In summary, s. 179(1)(*b*) is overly broad to an extent that it violates the right to liberty proclaimed by s. 7 of the *Charter* for a number of reasons. First, it is overly broad in its geographical scope embracing as it does all public parks and beaches no matter how remote and devoid of children they may be. Secondly, it is overly broad in its temporal aspect with the prohibition applying for life without any process for review. Thirdly, it is too broad in the number of persons it encompasses. Fourth, the prohibitions are put in place

que seulement les contrevenants qui présentent un danger pour les enfants sont visés par l'interdiction. Je tiens à ajouter que, dans certaines circonstances, l'existence d'un avis à donner ou d'un processus de contrôle de l'interdiction pourrait réduire l'importance du facteur de la portée excessive dans l'application de la disposition contestée. Il importe de signaler que le nouvel art. 161 prévoit et une procédure d'avis et un processus de contrôle de l'interdiction. Ce qui n'existe pas à l'al. 179(1)*b*).

iv. *L'absence d'avis*

La disposition est incompatible avec les principes de justice fondamentale pour un autre motif. Comme le juge Hutcheon de la Cour d'appel l'a fait remarquer, l'al. 179(1)*b*) ne prévoit pas qu'une personne déclarée coupable d'une infraction sous-jacente doive être avisée de la responsabilité qu'elle encourt en cas de violation de cette disposition. Comme il l'indique, les avis ont une grande importance dans d'autres dispositions du *Code*. Par exemple, l'interdiction d'avoir en sa possession une arme à feu, ou d'en avoir la garde ou le contrôle, prévue à l'art. 100, doit être mentionnée dans la peine infligée à la suite d'une déclaration de culpabilité pour une infraction criminelle comportant des actes de violence. Il faut aussi donner à une personne avis d'une interdiction de conduire un véhicule à moteur, un bateau ou un aéronef, conformément à l'art. 260. De même, il faut donner avis des modalités d'une ordonnance de probation. L'absence d'exigence en matière d'avis à l'al. 179(1)*b*) crée une injustice et ce, sans nécessité. Ce fait même établit que la disposition porte atteinte à l'art. 7.

En résumé, l'al. 179(1)*b*) a, pour un certain nombre de raisons, une portée excessive dans la mesure où il contrevient au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*. Premièrement, il a une portée excessive en raison des endroits qu'il vise, englobant tous les parcs publics et toutes les plages publiques, même s'ils sont éloignés et n'accueillent pas d'enfants. Deuxièmement, il a une portée excessive de par son aspect temporel, l'interdiction imposée s'appliquant à vie, sans processus de contrôle. Troisièmement, il a une portée excessive

and may be enforced without any notice to the accused.

I am strengthened in this conclusion by a consideration of the new s. 161 of the *Criminal Code*, S.C. 1993, c. 45, s. 1, which was enacted shortly after the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. The section provides:

161. (1) Where an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 736, of an offence under section 151, 152, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 271, 272 or 273, in respect of a person who is under the age of fourteen years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(*a*) attending a public park or public swimming area where persons under the age of fourteen years are present or can reasonably be expected to be present, or a daycare centre, schoolground, playground or community centre; or

(*b*) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of fourteen years.

(2) The prohibition may be for life or for any shorter duration that the court considers desirable and, in the case of a prohibition that is not for life, the prohibition begins on the later of

(*a*) the date on which the order is made; and

(*b*) where the offender is sentenced to a term of imprisonment, the date on which the offender is released from imprisonment for the offence, including release on parole, mandatory supervision or statutory release.

quant au nombre de personnes qu'il vise. Quatrièmement, les interdictions sont mises en place et peuvent être exécutées sans que l'accusé ait reçu d'avis.

Mon examen du nouvel art. 161 du *Code criminel*, L.C. 1993, ch. 45, art. 1, adopté peu après la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce, appuie cette conclusion. Voici le libellé de ce nouvel article:

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous sous le régime de l'article 736 aux conditions prescrites dans une ordonnance de probation, d'une infraction visée aux articles 151, 152, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 271, 272 ou 273 à l'égard d'une personne âgée de moins de quatorze ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution sous condition, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant:

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner s'il y a des personnes âgées de moins de quatorze ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait, une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de quatorze ans.

Le tribunal doit dans tous les cas considérer l'opportunité de rendre une telle ordonnance.

(2) L'interdiction peut être perpétuelle ou pour la période que le tribunal juge souhaitable, auquel cas elle prend effet à la date de l'ordonnance ou, dans le cas où le contrevenant est condamné à une peine d'emprisonnement, à celle de sa mise en liberté à l'égard de cette infraction, y compris par libération conditionnelle ou d'office, ou sous surveillance obligatoire.

(3) A court that makes an order of prohibition or, where the court is for any reason unable to act, another court of equivalent jurisdiction in the same province, may, on application of the offender or the prosecutor, require the offender to appear before it at any time and, after hearing the parties, that court may vary the conditions prescribed in the order if, in the opinion of the court, the variation is desirable because of changed circumstances after the conditions were prescribed.

(4) Every person who is bound by an order of prohibition and who does not comply with the order is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for a term not exceeding two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

It can be seen that this section is limited to clearly defined geographical areas where children are or can reasonably be expected to be present. Further, the prohibition may be for life or a shorter period and a system of review is provided. Additionally, the order of prohibition is made part of the sentencing procedure so that the accused is aware of and notified of the prohibitions. It is thus apparent that overly broad provisions are not essential or necessary in order to achieve the aim of s. 179(1)(*b*).

The violation of s. 7 of the *Charter* is thus established. It is now necessary to consider whether the section may be saved by the provisions of s. 1 of the *Charter*.

IV. *Section 1 of the Charter*

This Court has expressed doubt about whether a violation of the right to life, liberty or security of the person which is not in accordance with the principles of fundamental justice can ever be justified, except perhaps in times of war or national emergencies: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518. In a case where the violation of the principles of fundamental justice is as a result of overbreadth, it is even more difficult to see how the limit can be justified. Overbroad legislation which infringes s. 7 of the *Charter* would appear to be

(3) Le tribunal qui rend l'ordonnance ou, s'il est pour quelque raison dans l'impossibilité d'agir, tout autre tribunal ayant une juridiction équivalente dans la même province peut, à tout moment, sur demande du poursuivant ou du contrevenant, requérir ce dernier de comparaître devant lui et, après audition des parties, modifier les conditions prescrites dans l'ordonnance si, à son avis, cela est souhaitable en raison d'un changement de circonstances depuis que les conditions ont été prescrites.

(4) Quiconque ne se conforme pas à l'ordonnance est coupable:

a) soit d'un acte criminel passible d'un emprisonnement maximal de deux ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

On constate que l'application de cette disposition est clairement restreinte aux endroits où il y a des enfants ou aux endroits où il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. De plus, l'interdiction peut être perpétuelle ou pour une période plus courte, et un système de contrôle est prévu. En outre, l'ordonnance d'interdiction fait partie de la procédure de détermination de la peine de sorte que l'accusé est au courant et avisé des interdictions. Il est donc évident que des dispositions de portée excessive ne sont ni essentielles ni nécessaires pour que le but de l'al. 179(1)*b*) puisse être atteint.

La violation de l'art. 7 de la *Charte* est en conséquence établie. Je dois maintenant examiner si l'alinéa peut être sauvegardé par l'article premier de la *Charte*.

IV. *L'article premier de la Charte*

Notre Cour a exprimé des doutes quant à savoir si l'on peut vraiment arriver à justifier une atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, qui ne serait pas conforme aux principes de justice fondamentale, sauf peut-être en période de guerre ou d'urgence nationale: *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518. Dans un cas où l'atteinte aux principes de justice fondamentale résulte de la portée excessive d'une disposition, il est encore plus difficile de voir comment l'on pourrait justifier cette atteinte. Un texte légis-

incapable of passing the minimal impairment branch of the s. 1 analysis.

The objective of s. 179(1)(*b*) is certainly pressing and substantial. The protection of children from sexual offences is obviously very important to society. Furthermore, at least in some of their applications, the means employed in s. 179(1)(*b*) are rationally connected to the objective. However, for the same reasons that s. 179(1)(*b*) is overly broad, it fails the minimal impairment branch of the s. 1 analysis. The new s. 161 is a good example of legislation which is much more carefully and narrowly fashioned to achieve the same objective as s. 179(1)(*b*). Section 179(1)(*b*) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

V. *Remedy*

Counsel for the appellant argued that even if s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code* is so overbroad as to result in a violation of s. 7 which cannot be saved by s. 1, rather than striking the section down in its entirety, the section should be read down so as to come within constitutional limits. In my opinion reading down is not appropriate in this case. The changes which would be required to make s. 179(1)(*b*) constitutional would not constitute reading down or reading in; rather, they would amount to judicial rewriting of the legislation.

This Court considered the application of flexible remedial alternatives under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* such as reading in and reading down in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679. Lamer C.J., writing for himself and four other members of the Court, held that reading in or reading down will only be warranted where: (i) the legislative objective is obvious, and reading in or reading down would constitute a lesser intrusion on that objective than striking down the legislatif d'une portée excessive qui contrevient à l'art. 7 de la *Charte* ne pourrait, selon toute évidence, satisfaire au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier.

L'objectif de l'al. 179(1)*b*) répond certainement à des préoccupations urgentes et réelles. La protection des enfants contre les infractions sexuelles est évidemment très importante pour la société. En outre, tout au moins dans certaines de leurs applications, les moyens choisis à l'al. 179(1)*b*) ont un lien rationnel avec l'objectif. Cependant, pour les mêmes motifs qui font que l'al. 179(1)*b*) a une portée excessive, cette disposition ne satisfait pas au volet de l'atteinte minimale de l'analyse fondée sur l'article premier. Le nouvel art. 161 est un bon exemple de disposition législative qui est beaucoup mieux adaptée et circonscrite pour atteindre le même objectif que l'al. 179(1)*b*). En conséquence, l'al. 179(1)*b*) ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*.

V. *La réparation*

Selon l'avocat de l'appelante, même si l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel* a une portée tellement excessive qu'il entraîne une violation de l'art. 7 qui ne peut se justifier en vertu de l'article premier, la disposition devrait, plutôt que d'être annulée complètement, recevoir une interprétation atténuée de façon à la rendre compatible avec la Constitution. À mon avis, il ne convient pas d'appliquer une interprétation atténuée en l'espèce. Les modifications nécessaires pour rendre l'al. 179(1)*b*) constitutionnel ne constitueraient pas une interprétation large ou une interprétation atténuée; elles équivaudraient plutôt à une réécriture du texte législatif par le tribunal.

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a examiné l'application des autres redressements souples possibles en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, comme l'interprétation large et l'interprétation atténuée. Le juge en chef Lamer, s'exprimant en son nom et au nom de quatre autres membres de notre Cour, a indiqué qu'il sera justifié d'opter pour l'interprétation large ou l'interprétation atténuée seulement dans les cas où: (i) l'objectif légis-

tion; (ii) the choice of means used by the legislature is not so unequivocal that reading in or reading down would unacceptably intrude into the legislative sphere; and (iii) reading in or reading down would not impact on budgetary decisions to such an extent that it would change the nature of the legislation at issue.

Reading in or reading down in this case would create an entirely new scheme. Parliament chose unequivocal means in s. 179(1)(*b*), namely, a prohibition on loitering for all persons convicted of the listed offences in all school grounds, playgrounds, public parks and bathing areas, for life, with no possibility of review. The changes required to make the section comply with s. 7 of the *Charter* would constitute a completely different approach to the problem, and would amount to an unwarranted intrusion into the legislative domain. Any changes required to be made over and above the provisions of the new s. 161 should be made by Parliament.

Disposition

The constitutional questions are, therefore, answered as follows:

1. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. Yes.

2. If the answer to question 1 is yes, is the limitation one which is reasonable, prescribed by law and demonstrably justified pursuant to s. 1 of the *Charter*?

A. No.

In view of the answers to the first two constitutional questions, it is unnecessary to answer the

latif est évident et l'interprétation large ou l'interprétation atténuée constituerait un empiétement moindre sur cet objectif que l'annulation de la loi; (ii) le choix des moyens utilisés par le législateur n'est pas assez incontestable pour que l'interprétation large ou l'interprétation atténuée constitue un empiétement inacceptable sur le domaine législatif; et (iii) l'interprétation large ou l'interprétation atténuée n'aurait pas sur les décisions financières du législateur une incidence telle qu'elle modifierait la nature du régime législatif en question.

L'interprétation large ou l'interprétation atténuée créerait en l'espèce un régime législatif entièrement nouveau. Le choix des moyens utilisés par le législateur à l'al. 179(1)*b*) est incontestable: une interdiction de flâner imposée à toute personne déclarée coupable d'une infraction prévue aux articles énumérés, sur tous les terrains d'école, terrains de jeu, parcs publics ou zones publiques où l'on peut se baigner, à perpétuité, sans possibilité de contrôle. Les modifications requises pour rendre cette disposition compatible avec l'art. 7 de la *Charte* constitueraient une façon tout à fait différente d'aborder le problème, et équivaudraient à un empiétement inacceptable sur le domaine législatif. Il appartient au législateur de procéder aux modifications qui s'imposeront en sus du nouvel art. 161.

Dispositif

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Oui.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, s'agit-il d'une limite raisonnable prescrite par une règle de droit, dont la justification puisse se démontrer conformément à l'article premier de la *Charte*?

R. Non.

Compte tenu des réponses aux deux premières questions constitutionnelles, il n'est pas nécessaire

other constitutional questions. The appeal is dismissed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — I have read the opinion of Justice Cory and, with all due respect, find I am unable to agree. The central issue in this case concerns the interpretation of s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. By giving the word "loiter" its ordinary meaning, Cory J. would interpret the provision as prohibiting lingering, tarrying, standing idly around, sauntering, delaying, dawdling, etc. in the enumerated areas. This interpretation leads him to conclude that the prohibition created by s. 179(1)(*b*) violates s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is not saved by s. 1 because it is overbroad in terms of the persons, places and time period to which it applies and because notice to the accused is not required. In my view, however, s. 179(1)(*b*) should be interpreted as prohibiting the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. My reasons for favouring this interpretation are drawn from the purpose and legislative history of s. 179(1)(*b*) as well as precedent and statutory context. The first two parts of my reasons are devoted to these points. In the third part, I examine the constitutionality of this interpretation.

A. The legislative history and purpose of s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*

Section 179(1)(*b*) makes it an offence for persons who have been convicted of certain enumerated offences to loiter "in or near a school ground, playground, public park or bathing area". The enumerated offences are:

de répondre aux autres questions. Le pourvoi est rejeté.

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge Cory et, en toute déférence, je ne puis y souscrire. Le litige porte sur l'interprétation de l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. En donnant au verbe «flâner» son sens ordinaire, le juge Cory interpréterait cet alinéa comme interdisant de lambiner, de déambuler, de traîner, de se balader, de s'attarder, de musarder, etc. dans les endroits énumérés. Cette interprétation l'amène à conclure que l'interdiction créée par l'al. 179(1)*b*) viole l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'elle n'est pas sauvegardée par l'article premier parce que sa portée est excessive quant aux personnes, aux endroits et à la période auxquels elle s'applique et parce que l'alinéa n'exige pas qu'avis soit donné à l'accusé. J'estime toutefois que l'al. 179(1)*b*) doit s'interpréter comme interdisant aux personnes visées de se trouver dans un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Si je préfère cette interprétation, c'est pour des raisons fondées sur l'objet et sur l'historique législatif de l'al. 179(1)*b*) ainsi que sur la jurisprudence et son contexte législatif. Les deux premières parties de mes motifs sont consacrées à ces points, tandis que, dans la troisième, j'examine la constitutionnalité de cette interprétation.

A. L'historique législatif et l'objet de l'al. 179(1)*b*) du *Code criminel*

Aux termes de l'al. 179(1)*b*), commet une infraction toute personne qui, ayant été déclarée coupable de certaines infractions énumérées, flâne «sur un terrain d'école, un terrain de jeu, un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner ou à proximité de ces endroits». Les infractions énumérées sont les suivantes:

- sexual interference, sexual touching or sexual exploitation of a person under 14 (ss. 151, 152 and 153 respectively);
- bestiality in the presence of a person under 14 (s. 160(3));
- sexual exposure to a person under 14 (s. 173(2));
- the sexual assault provisions (ss. 271, 272, 273); and
- the "serious personal injury offences" identified in s. 687 as it read before January 4, 1983 (rape, attempted rape, sexual intercourse with a female under fourteen or between fourteen and sixteen, indecent assault on a female or male and gross indecency).

Clearly a wide range of offenders are affected, in part because of the inclusion of the general sexual assault provisions and their antecedents. The central interpretive question relates to the scope of the prohibition. Guidance in answering this question can be taken from an examination of the legislative history of the section and an analysis of its purpose.

Though the prohibition of "vagrancy" in the common law world dates from at least the fourteenth century, s. 179(1)(*b*) of the *Code* was only added in 1951 (S.C. 1951, c. 47, s. 13). Excerpts from the parliamentary debates prior to the adoption of the offence aid in identifying the mischief which the offence was aimed at and its intended scope:

Mr. Garson: . . . The British Columbia section of the Canadian Bar Association made the suggestion. I think they were actuated in making it by several rather nasty cases that had arisen in which, as my hon. friend knows is often the case, children were the victims of these sex perverts. They thought that by keeping them away from the places indicated in this section the purpose they had in mind might be served.

. . .

- les contacts sexuels, les attouchements sexuels ou l'exploitation sexuelle d'enfants âgés de moins de 14 ans (art. 151, 152 et 153 respectivement);
- la bestialité en présence d'un enfant âgé de moins de 14 ans (par. 160(3));
- l'exhibitionnisme devant un enfant âgé de moins de 14 ans (par. 173(2));
- les différents types d'agression sexuelle (art. 271, 272 et 273);
- les «sévices graves à la personne» visés à l'art. 687 dans sa version antérieure au 4 janvier 1983 (viol, tentative de viol, rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans ou de plus de 14 ans mais de moins de 16 ans, attentat à la pudeur d'une personne du sexe féminin ou masculin et grossière indécence).

De toute évidence, cet alinéa vise un large éventail de contrevenants, ce qui tient en partie à l'inclusion des dispositions générales relatives à l'agression sexuelle et de celles qui les ont précédées. Sur le plan de l'interprétation, la question principale concerne la portée de l'interdiction. Pour y répondre, on peut se laisser guider par l'historique législatif de la disposition en cause et par l'analyse de son objet.

Quoique l'interdiction du «vagabondage» dans les ressorts de common law remonte au moins au XIV^e siècle, l'al. 179(1)*b*) n'a été ajouté au *Code* qu'en 1951 (S.C. 1951, ch. 47, art. 13). Les extraits suivants, tirés des débats parlementaires antérieurs à l'adoption de la disposition créant l'infraction, nous aident à cerner le mal qu'était destinée à réprimer cette infraction et à déterminer la portée qu'on a voulu lui donner:

M. Garson: . . . La disposition résulte d'observations qui nous sont venues de la Colombie-Britannique, plus exactement de la section provinciale du Barreau canadien. Je crois que cet organisme a été poussé à faire des démarches en ce sens par plusieurs cas particulièrement odieux où, comme cela arrive fréquemment, — le député le sait, — des enfants ont été victimes de ces pervers sexuels. La section provinciale du Barreau canadien a cru que la fin visée serait atteinte si on éloignait ces pervers des endroits indiqués à l'article.

. . .

Mr. Fleming: . . . If a man is listening to a band concert and behaves himself I do not think anyone will say he is loitering or wandering about. It seems to me a very sound idea that people with records like that who are found in these public areas loitering or wandering about should be liable to conviction on a charge of vagrancy. It is not any more serious than that, but I am sure it will give more effective opportunity to keep such people moving out of such places.

(*House of Commons Debates*, June 25, 1951, at pp. 4664 and 4666.)

These two passages demonstrate an intention to keep sex offenders away from places frequented by children, but not to prohibit them totally from the enumerated areas. As with legislative debates generally, the above passages are not determinative. They are, however, properly part of the evidence which a court may consider to identify the purpose of a statutory provision (see *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713, at pp. 744-45, *per* Dickson C.J. for the majority).

Turning to the legislative history of s. 179(1)(*b*), it should be noted that the original provision enacted in 1951 prohibited persons convicted of the enumerated offences from loitering or wandering in the same areas now listed in s. 179(1)(*b*). In 1985, after the reports of the Badgley and Fraser Commissions, the provision was kept, but amended to remove the word "wander". This specific deletion would indicate that the word "loiter" was considered by Parliament to have a different meaning from "wander". Indeed, the word "wander" is somewhat broader than "loiter". "Wander" merely connotes movement without specific destination; "loiter" has a variable connotation according to the context, though these connotations share the common element of idleness. *The Oxford English Dictionary* (2nd ed. 1989), defines "wander" in the following general terms:

wander . . .

1. . . . **a.** To move hither and thither without fixed course or certain aim; to be (in motion) without control

M. Fleming: . . . Personne n'accusera de flâner ni d'errer celui qui se conduit bien en écoutant une fanfare. Il me semble très sage que ceux qui ont déjà un dossier de ce genre et qui flânent et errent dans ces zones publiques soient passibles d'une condamnation pour vagabondage. Ce n'est pas plus grave que cela, mais ce sera un moyen plus efficace de tenir ces gens éloignés de ces endroits.

(*Débats de la Chambre des communes*, le 25 juin 1951, aux pp. 4794 et 4796.)

Ces deux passages témoignent de l'intention de tenir les délinquants sexuels éloignés des lieux fréquentés par les enfants, sans pour autant les exclure complètement des endroits énumérés. Comme c'est généralement le cas des débats législatifs, les passages reproduits ci-dessus ne sont nullement déterminants. Toutefois, ils font légitimement partie des éléments de preuve dont un tribunal peut tenir compte pour cerner l'objet d'une disposition législative (voir l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713, aux pp. 744 et 745, le juge en chef Dickson, au nom de la majorité).

Passant maintenant à l'historique législatif de l'al. 179(1)*b*), il est à noter que dans sa version primitive, adoptée en 1951, il interdisait à toute personne ayant été déclarée coupable des infractions énumérées de flâner ou errer dans les endroits actuellement mentionnés à l'al. 179(1)*b*). En 1985, à la suite des rapports des commissions Badgley et Fraser, la disposition a été conservée, mais modifiée par la suppression du mot «errer». Cette modification bien précise laisse entendre que le législateur attribuait au mot «flâner» un sens autre que «errer». De fait, le sens du mot «errer» est un peu plus large que celui du mot «flâner». «Errer» implique simplement un mouvement sans destination précise, tandis que «flâner» a une connotation différente selon le contexte, bien que ces connotations aient toutes un élément d'oisiveté. Le *Grand Larousse de la langue française*, t. 2 (1972), définit «errer» dans les termes généraux suivants:

errer . . .

1. Aller çà et là, au hasard, marcher sans but précis ou sans trouver son chemin . . .

or direction; to roam, ramble, go idly or restlessly about; to have no fixed abode or station.

. . .

e. To go or take one's way casually or without predetermined route; to go *to* a place by a devious and leisurely course; to stroll, saunter.

The word "loiter", by contrast, is defined more narrowly:

loiter . . .

1. . . . **a.** In early use: To idle, waste one's time in idleness. Now only with more specific meaning: To linger indolently on the way when sent on an errand or when making a journey; to linger idly about a place; to waste time when engaged in some particular task, to dawdle. Freq. in legal phr. *to loiter with intent* (to commit a felony).

Other evidence before the trial judge which is of assistance in understanding the purpose and scope of s. 179(1)(*b*) is the testimony of the psychiatric and psychological experts called on behalf of the Crown. Filmer Prov. Ct. J. summarized a crucial portion of this evidence in the following terms:

. . . the root cause of sexual offending is difficult to diagnose and treat. It involves a mechanism wherein sexual stimulation is found and relieved in various ways but usually in a fairly predictable cycle. The cycle involves an increasing need to be stimulated and is usually marked by an ever-increasing need to be near the object of arousal. To treat this drive, the subject must be disassociated from the objects, such as children, which may arouse. This separation is paramount in treatment. In many cases treatment is a lifelong endeavour.

A portion of the evidence of Dr. Semrau, a psychiatrist, more fully explains some of these points:

. . . one does not speak of curing sexual offenders and — and particularly so of pedophiles. The — one can hope to bring their offending tendency under some degree of control, but treatment has to involve a very long-term relapse prevention sort of component and so this kind of restriction is — is a critical part of that because perhaps an analogy could be made with that of an alcoholic, [the example was of an alcoholic going into a bar thinking it

Par contre, le terme «flâner» (t. 3 (1973)) est défini plus étroitement:

flâner . . .

1. Se promener sans but, au hasard, pour jouir du spectacle qui s'offre aux yeux [. . .] **2.** Avancer sans se presser [. . .] **3.** Paresser, perdre son temps . . .

D'autres éléments de preuve produits devant le juge du procès qui nous aident à saisir l'objet et la portée de l'al. 179(1)*b*) sont les témoignages des experts en psychiatrie et en psychologie cités par le ministère public. Le juge Filmer de la Cour provinciale a résumé comme suit une partie cruciale de ces témoignages:

[TRADUCTION] . . . il est difficile de diagnostiquer et de traiter la cause première de la délinquance sexuelle. Celle-ci se produit selon un mécanisme par lequel la stimulation sexuelle est recherchée, puis assouvie de diverses façons, mais habituellement suivant un cycle assez prévisible. Ce cycle consiste dans un besoin croissant de stimulation sexuelle qui se caractérise habituellement par un besoin toujours grandissant de se trouver auprès de l'objet qui provoque l'excitation. Pour traiter cette pulsion, il faut obliger l'intéressé à se tenir éloigné de tout ce qui est susceptible de l'exciter, par exemple, les enfants. Pareille séparation est primordiale aux fins du traitement, lequel, dans bien des cas, dure toute la vie.

L'extrait suivant du témoignage du Dr Semrau, psychiatre, précise davantage quelques-uns de ces points:

[TRADUCTION] . . . dans le cas des délinquants sexuels, et surtout dans celui des pédophiles, on ne parle pas de guérison. On peut espérer parvenir à maîtriser dans une certaine mesure leur tendance criminelle, mais le traitement doit être assorti d'un élément de prévention à très long terme de la récidive; ce genre de restriction représente donc un aspect essentiel de cette prévention puisqu'on pourrait peut-être faire une analogie avec la situa-

would not kill him. Such a person, however, is at perpetual risk of slipping into alcoholism again] but the same sort of analogy can be made that once one has engaged in some such behaviour it — it starts you on a slippery slope towards reoffending.

So that sort of provision in the Criminal Code is entirely compatible with, and in keeping with, and supportive of, the basic principles of treatment of sexual offenders.

The psychiatrist stated that offenders will often believe that their conduct is perfectly lawful; however, in reality they will be "on a slippery slope towards reoffending". He stressed that it is an important part of treatment to help offenders to recognize that such conduct, though normally lawful for everyone else, is not benign in their case but rather is part of the cycle of re-offending.

In addition to the possibility that the risk of reoffending may be perpetual and that disassociation aids treatment, there was also considerable evidence before the trial judge on the issue of crossover. Crossover refers to the situation where a sexual offender commits a different type of offence when she/he re-offends. An example of such crossover would be where a person convicted of a sexual assault against an adult later molests a child. Both Dr. Semrau and Dr. Glackman made reference to the work of Dr. Abel. Dr. Abel was described as one of "half a dozen top experts in the world in the area of sexual offenders". Contrary to conventional wisdom, Dr. Abel discovered that there is extensive cross-offending so that a given offender is likely to be involved in a variety of different activities throughout a lifetime. Dr. Semrau summarized the implications of this research in the following terms: "So that there is – there's, in fact, a large crossover from one category to another. A sexual offender convicted of a particular offence must be viewed also, in general, as having a substantial risk for all of the other kinds of sexual offences as well". The current state of knowledge therefore suggests that a person who demonstrates

tion d'un alcoolique [l'exemple donné était celui d'un alcoolique qui entre dans un bar en se disant que cela n'a rien de bien grave; cette personne se trouve toutefois constamment sous la menace de retomber dans l'alcoolisme], mais on peut dire par analogie qu'une fois engagé dans un comportement de ce genre, on glisse vers la récidive.

Alors, l'existence d'une telle disposition dans le Code criminel est entièrement compatible avec les principes fondamentaux du traitement des délinquants sexuels; elle est conforme à ces principes et vient les appuyer.

D'après le psychiatre, les délinquants tiennent souvent leur comportement pour parfaitement licite, alors qu'en réalité ils «glisse[nt] vers la récidive». Un élément important du traitement, a-t-il souligné, consiste à aider les délinquants à reconnaître que leur conduite, bien que normalement licite pour tous les autres, n'est pas anodine dans leur cas, mais s'inscrit dans le cycle de la récidive.

Outre la possibilité que le risque de récidive puisse être permanent et que l'éloignement favorise le traitement, le juge du procès disposait d'une preuve abondante concernant la question de la diversification. La diversification désigne la situation où le délinquant sexuel qui récidive commet un autre genre d'infraction. Un exemple est le cas d'une personne qui, ayant été déclarée coupable d'avoir agressé sexuellement un adulte, attente par la suite à la pudeur d'un enfant. Les D^rs^ Semrau et Glackman ont tous les deux fait mention du travail du D^r^ Abel, dont on a dit qu'il compte parmi [TRADUCTION] «les six plus grands experts au monde dans le domaine de la délinquance sexuelle». Le D^r^ Abel a découvert que, contrairement à l'idée reçue, la diversification est chose courante, si bien qu'un contrevenant donné se livrera vraisemblablement dans sa vie à diverses activités illicites. Le D^r^ Semrau a résumé ainsi les implications des recherches du D^r^ Abel: [TRADUCTION] «Il existe donc — il existe, en fait, un phénomène très courant de passage d'une catégorie à l'autre. Le délinquant sexuel qui a été reconnu coupable d'une infraction particulière doit aussi, en règle générale, être considéré comme présentant un risque considérable en ce qui concerne tous les autres types d'infractions sexuelles.» Il semble en conséquence, d'après ce que nous savons actuellement, qu'une

one form of sexually deviant behaviour may present a more general risk.

It is hard to deny that there will be individual cases where the risk of crossover or the risk of reoffending will not be present, but as both Dr. Semrau and Dr. Glackman stressed it is impossible, given the current state of knowledge, to identify such persons with any certainty. Dr. Semrau explained the problem in this way:

Again, for some individuals it may not be important, but given our lack of ability to get people to be honest with us or, indeed, we have no — we have some psychological and psychiatric testing and assessment methods which give us some clues to what an individual's tendencies are but it's very easy, given our current methods, for offenders to grossly mislead us with regard to what their tendencies are. Anyone who's worked in this area has had many painful experiences of finding that — that, despite perhaps a lot of experience, that they are — that they were woefully naive in believing people, and so we don't have the ability to separate out which, let's say adult female rapists, are going to be at risk for molesting children and which aren't. We know that a substantial proportion will, but we don't have any method of reliably identifying which of those individuals are at the highest risk for such behaviour, and so it certainly would be appropriate for all sexual offenders to — to avoid those kinds of high risk situations.

Later he reiterated a similar sense of frustration:

Again though, one can never be fully satisfied in any situation as to being able to relax the restrictions necessary. I've had more cases than I would like to think of in which an individual who seemed to be of the most benign sort and to be well treated and the problem seemed to be thoroughly dealt with, and — and I really felt inclined to relax about the particular offender where, you know, some horrendous thing comes out of the blue.

So, I mean, our — our ability to — to be certain that one can relax surveillance or restrictions on a particular individual is not very good at this point in history. Our methods of assessing sexual offenders are relatively

personne qui manifeste un certain type de comportement sexuel déviant peut présenter un risque plus général.

Il est difficile de nier que, dans certains cas, aucun risque de diversification ou de récidive ne se présentera, mais, comme l'ont souligné les Drs Semrau et Glackman, nos connaissances actuelles ne nous permettent pas de les identifier avec quelque assurance. Le problème, tel que l'a expliqué le Dr Semrau, est le suivant:

[TRADUCTION] Là encore, dans certains cas cela ne tire peut-être pas à conséquence, mais puisque nous ne disposons d'aucun moyen d'amener les gens à nous parler franchement, et que nous n'avons même pas — il existe des tests et des moyens d'évaluation psychologique et psychiatrique qui nous fournissent quelques indices quant aux tendances d'une personne, mais il est très facile pour les délinquants, étant donné nos méthodes actuelles, de nous induire gravement en erreur à ce sujet. On ne peut travailler dans ce domaine sans constater, à force de multiples expériences pénibles, que, si expérimenté soit-on, on s'est montré incroyablement naïf en ajoutant foi à ce que disent les gens. Ainsi, nous ne sommes pas à même de déterminer, par exemple, quels violeurs de femmes adultes risqueront d'attenter à la pudeur des enfants, et lesquels ne le feront pas. Nous savons que le risque existera dans une proportion importante des cas, mais nous ne disposons d'aucune méthode fiable pour déterminer dans quels cas le risque de ce genre de comportement est le plus élevé. Il conviendrait certainement par conséquent que tous les délinquants sexuels évitent les situations de grand risque.

Plus tard, il a réitéré son sentiment de frustration:

[TRADUCTION] Je le répète, on ne peut jamais être tout à fait certain, dans une situation donnée, de pouvoir assouplir les restrictions qui s'imposent. Plus souvent qu'à mon tour j'ai eu affaire à un délinquant qui me paraissait on ne peut plus anodin, pour lequel le traitement semblait avoir été bien choisi et dont le problème paraissait avoir été complètement réglé, et — et je me sentais vraiment porté à ne plus m'inquiéter à son sujet, et c'est justement là, voyez-vous, qu'il est arrivé, tout à fait à l'improviste, quelque chose d'épouvantable.

Alors, là où je veux en venir c'est que notre — notre capacité de — de savoir avec certitude qu'on peut relâcher la surveillance ou les restrictions dans un cas donné n'est pas très grande à l'heure actuelle. Nos méthodes

crude and we — the best therapists in this area frequently get nasty surprises in which they — they realize that they have been naive. We don't have very good methods of being able to make accurate predictions about what will happen with an individual, so one can speak in relative terms of individuals who have lesser or greater risk and where restrictive conditions are more or less necessary or appropriate, but it — one would never encounter a situation in which you could say that you could totally relax and completely omit any concern about a future problem.

(See also the evidence of Dr. Glackman.)

The concerns with regard to crossover and the potentially perpetual nature of the risk of reoffending contributed to the conclusion of both Dr. Glackman and Dr. Semrau that a person who was convicted of a "date rape" type sexual assault offence or a random sexual assault offence involving physical contact would be a person who should be subject to the kind of prohibition contained in s. 179(1)(*b*). The evidence on cross-offending and the difficulty of predicting who will cross-offend or repeat offend would thus seem to justify some form of restriction on the liberty of persons convicted of sexual offences given our current state of knowledge.

Taking the above as a whole, the objectives embodied in the s. 179(1)(*b*) prohibition are relatively clear. The courts below have unanimously recognized that the section has at its foundation a concern for public safety and a desire to aid in the treatment and rehabilitation of offenders. I agree and would stress that the provision applies broadly to all persons convicted of the enumerated offences and therefore provides protection not only to children but also to others who could be victims of sexual assault in the listed areas. These areas, it should be remembered, are places where people will generally lower their guard.

d'évaluation des délinquants sexuels sont plutôt rudimentaires et nous — les meilleurs thérapeutes dans ce domaine ont fréquemment des mauvaises surprises qui — qui leur font comprendre qu'ils ont été naïfs. Nous ne disposons pas de méthodes très efficaces qui nous permettent de prédire avec exactitude ce que fera telle ou telle personne. On peut donc parler en termes relatifs de personnes qui présentent un risque plus ou moins grand, et de situations où des conditions restrictives s'imposent ou conviennent dans une mesure plus ou moins grande, mais il — on ne se trouverait jamais devant un cas où l'on pourrait se permettre de baisser complètement sa garde et de ne pas se soucier le moindrement de problèmes futurs.

(Voir aussi le témoignage du Dr Glackman.)

Les préoccupations concernant la diversification et le risque potentiellement permanent de récidive ont contribué à faire conclure aux Drs Glackman et Semrau qu'une personne ayant été reconnue coupable d'une agression sexuelle du genre «viol commis par une connaissance», ou bien d'une agression sexuelle perpétrée au hasard et comportant contact physique, serait précisément une personne qui devrait être frappée d'une interdiction du type prévu à l'al. 179(1)*b*). Les constatations concernant la diversification, conjuguées à la difficulté de prédire qui commettra une infraction d'un autre genre ou récidivera, semblent en conséquence justifier, compte tenu de l'état actuel de nos connaissances, que certaines restrictions soient apportées à la liberté des personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles.

Dans cette perspective, les objectifs de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*) sont relativement clairs. Les juridictions inférieures ont été unanimes à reconnaître que cet alinéa repose sur le souci de la sécurité publique et sur le désir de favoriser le traitement et la resocialisation des délinquants. Je suis du même avis et je tiens à souligner qu'il s'agit d'une disposition de large portée qui s'applique à toutes les personnes reconnues coupables des infractions énumérées et qui, par conséquent, protège non seulement les enfants, mais aussi toute autre victime éventuelle d'agression sexuelle dans les endroits visés, où, rappelons-le, les gens sont généralement moins sur leurs gardes.

The above, though, does not allow us to identify as easily the specific conduct prohibited. The identified objectives are clearly achieved, and perhaps most efficiently, by the broad interpretation of the prohibition adopted by Cory J. A less intrusive interpretation which prohibits the persons affected from being in one of the enumerated places for a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences, however, is also consistent with the objectives. The more narrow interpretation would go beyond a mere "attempts" offence. It would preserve the preventive aspect of the section by allowing the state to deal with activities that are part of the cycle of re-offending, such as taking photos, which can be proven to reflect a malevolent or ulterior purpose related to the predicate offences. At the same time, this interpretation would allow the affected persons to use the listed areas for the legitimate purposes for which they were intended.

Ces observations ne nous permettent cependant pas de déterminer aussi facilement la conduite particulière qui est interdite. On atteint évidemment les objectifs cernés, et c'est peut-être là le moyen le plus efficace d'y arriver, en retenant, à l'égard de l'interdiction, l'interprétation large adoptée par le juge Cory. Est également compatible avec les objectifs, toutefois, une interprétation moins attentatoire qui interdit aux personnes visées de se trouver à l'un des endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Suivant l'interprétation plus stricte, ce ne serait pas seulement les «tentatives» de commettre une infraction qui seraient visées. Cette interprétation conserverait l'aspect préventif de l'alinéa en autorisant l'État à réprimer les activités s'inscrivant dans le cycle de la récidive, comme la prise de photos, au sujet desquelles on peut prouver qu'elles traduisent un but malveillant ou inavoué se rapportant aux infractions sous-jacentes. Par ailleurs cette interprétation permettrait aux personnes visées d'utiliser les endroits énumérés aux fins légitimes auxquelles ils sont destinés.

The deletion of "wandering" and the use of the word "loitering" as opposed to simply "attending at" or some other formulation can be seen as reflecting a concern to limit the scope of the prohibition. Portions of the legislative debates which I have noted above can also be invoked in this regard. My conclusion to adopt the less intrusive interpretation, however, is supported by the case law interpreting offences defined in terms of loitering as well as the statutory context in which s. 179(1)(*b*) is situated.

La suppression du mot «errer» et le fait que le législateur emploie le verbe «flâner» plutôt que de dire simplement «se trouver à» ou d'utiliser une autre formulation sont le signe d'une volonté de limiter la portée de l'interdiction. Peuvent également être invoqués au soutien de ce point de vue les passages tirés des débats législatifs, reproduits plus haut. Ma conclusion en faveur de l'interprétation moins attentatoire est toutefois appuyée par la jurisprudence interprétant les infractions qui traitent de flânerie, ainsi que par le contexte législatif dans lequel s'insère l'al. 179(1)*b*).

B. Case Law Interpreting the Word "Loiter" and the Statutory Context of Section 179(1)(*b*)

B. La jurisprudence interprétant le terme «flâner» et le contexte législatif de l'al. 179(1)*b*)

As Cory J. has noted, at p. 789, the ordinary or usual dictionary meaning of loiter is "to stand idly around, hang around, linger, tarry, saunter, delay, dawdle, etc." There is no suggestion in this definition that the term includes an evil or malevolent purpose. The dictionary definition of the French term "*flâner*" is similar.

Comme l'a fait remarquer le juge Cory, à la p. 789, selon son sens ordinaire ou courant attesté par les dictionnaires, le mot flâner signifie, entre autres, «déambuler, traîner, lambiner, se balader, s'attarder, musarder». Or, rien dans cette définition n'indique que le terme en question comporte un but mauvais ou malveillant. Ainsi en est-il également de la définition du terme anglais «*loiter*» que donnent les dictionnaires.

The Canadian case law interpreting the word "loiter" deals primarily with ss. 175(1)(*c*) and 177 of the *Code*:

175. (1) Every one who

. . .

(*c*) loiters in a public place and in any way obstructs persons who are in that place, . . .

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

177. Every one who, without lawful excuse, the proof of which lies on him, loiters or prowls at night on the property of another person near a dwelling-house situated on that property is guilty of an offence punishable on summary conviction.

As will be seen, the interpretation given to "loiter" in relation to these sections, though generally involving some part of the ordinary meaning of the word, has not been exactly the same in all cases.

In *R. v. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, *per* Cory J.A., as he then was, and in *R. v. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, the Ontario Court of Appeal gave loiter its ordinary meaning in the context of s. 175(1)(*c*): idly hanging about. *Munroe* dealt with a woman suspected of being a prostitute, while *Gauvin* concerned a man who insisted upon taking a seat reserved for others at a political meeting. In both cases the court refused to convict the accused persons on the basis that their activities were purposeful. Purposeful activity was held to be the antithesis of idleness.

In terms of prohibited physical activity, loiter has been given a similar meaning in the context of s. 177. In *R. v. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, 66 C.C.C. (3d) 149, the Quebec Court of Appeal also gave loiter its ordinary dictionary meaning and noted the absence of purpose as a defining element. In distinguishing loiter from prowl ("flâner" from "rôder"), the court underlined the "innocent" nature of loiter as compared to

La jurisprudence canadienne interprétant le mot «flâner» porte principalement sur l'al. 175(1)*c*) et sur l'art. 177 du *Code*, qui disposent:

175. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas:

. . .

c) flâne dans un endroit public et, de quelque façon, gêne des personnes qui s'y trouvent;

177. Quiconque, sans excuse légitime, dont la preuve lui incombe, flâne ou rôde la nuit sur la propriété d'autrui, près d'une maison d'habitation située sur cette propriété, est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire.

Comme nous le constaterons, l'interprétation donnée au verbe «flâner» figurant dans ces dispositions, quoique généralement fondée sur un élément quelconque du sens ordinaire du terme, n'a pas toujours été entièrement uniforme.

Dans *R. c. Munroe* (1983), 5 C.C.C. (3d) 217, le juge Cory (maintenant juge de notre Cour), et *R. c. Gauvin* (1984), 11 C.C.C. (3d) 229, la Cour d'appel de l'Ontario a donné au terme «flâner» son sens ordinaire dans le contexte de l'al. 175(1)*c*), à savoir, traîner oisivement. Il s'agissait dans l'affaire *Munroe* d'une femme soupçonnée d'être une prostituée, tandis que l'affaire *Gauvin* portait sur un homme qui tenait à occuper une place réservée à quelqu'un d'autre lors d'une assemblée politique. Dans les deux cas, la cour a refusé de déclarer les accusés coupables étant donné que leurs actes visaient un but particulier. Des actes visant un but particulier se situaient, a-t-on conclu, aux antipodes de l'oisiveté.

En ce qui concerne les activités physiques interdites, un sens analogue a été prêté au terme «flâner» dans le contexte de l'art. 177. Dans *R. c. Cloutier (M.)* (1991), 51 Q.A.C. 143, la Cour d'appel du Québec a, elle aussi, attribué à ce verbe son sens ordinaire d'après les dictionnaires et a fait remarquer l'absence de la notion de but parmi les éléments de la définition. En faisant la distinction entre «flâner» et «rôder», la cour a souligné le

prowl. The court wrote, at pp. 147-48 Q.A.C. and at pp. 154-55 C.C.C., respectively:

[TRANSLATION] In the loiterer, he sees an individual who is wandering about, apparently without precise destination, who does not have, in his manner of moving, a purpose or reason to do so other than to pass the time, who is not looking for anything identifiable and who often is merely motivated by the whim of the moment .... In short, it is conduct which essentially has nothing reprehensible about it if, as required by s. [177], it does not take place on private property where, in principle, a loiterer has no business.

Opposite to this, for the average person, "prowl" inspires a pejorative reaction. The verb includes a notion of evil; it depreciates in his eyes the person who is involved in the action that it represents.

Similarly, in *R. v. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (Q.B.), Geatros J. held that the accused could not be convicted of loitering within the terms of s. 177 because, in going to his girlfriend's home late one evening, he had a definite purpose in mind.

The interpretation of s. 177, however, has not been entirely consistent. In at least one case, a Court of Appeal has departed from the interpretation that the offence is defined by the absence of purpose associated with idleness. In *R. v. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213, the British Columbia Court of Appeal upheld the convictions of two private detectives who had been snooping around the complainant's house looking for evidence which would be relevant to divorce proceedings. The court concluded that "hanging around" expressed what was meant by loiter in s. 177. The existence or absence of a purpose was held to be irrelevant to the question of whether a person is loitering within the terms of s. 177 (*ibid.*, at p. 214). Davey J.A., perhaps foreseeing the difficulties presented by the different uses of the word loiter in the *Code*, was careful to stress that the court's discussion of the meaning of loiter was restricted to issues involving invasion of private property.

In my view, the case law summarized above suggests that the term "loiter" will vary to some

caractère «innocent» du premier terme, par opposition au second. Elle a dit, aux pp. 147 et 148:

Dans le flâneur, il reconnaît l'individu qui erre, apparemment sans destination précise, qui n'a pas, dans sa façon de bouger, de but et de raison de le faire autre que de passer le temps, qui ne cherche rien d'identifiable et dont, souvent, la démarche va au caprice de ses fantaisies. [. . .] Bref, en l'occurrence il s'agit d'une conduite qui, essentiellement, n'aurait rien de répréhensible si, comme l'exige l'article [177], elle ne se déroulait pas sur la propriété privée où, en principe, un flâneur n'a pas d'affaires.

À l'encontre, à l'homme moyen rôder inspire une réaction péjorative. Le verbe comporte une idée de mal, il déprécie à ses yeux la personne qui s'adonne à l'action qu'il représente.

De même, dans *R. c. Lozowchuk* (1984), 32 Sask. R. 51 (B.R.), le juge Geatros a conclu que l'accusé ne pouvait être déclaré coupable d'avoir flâné au sens de l'art. 177 parce que, en se rendant chez son amie tard dans la soirée, il avait un but précis.

L'interprétation de l'art. 177 ne s'est toutefois pas caractérisée par une parfaite uniformité. En effet, dans au moins une affaire, une cour d'appel s'est éloignée de l'interprétation voulant que l'infraction soit définie par l'absence de but particulier associée à l'oisiveté. Dans *R. c. Andsten and Petrie* (1960), 33 C.R. 213, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé les verdicts de culpabilité rendus contre deux détectives privés qui étaient allés fureter dans la maison du plaignant, à la recherche d'éléments de preuve qui seraient pertinents dans des procédures de divorce. La cour a conclu que [TRADUCTION] «traîner» correspondait au sens du verbe flâner employé à l'art. 177. L'existence ou l'inexistence d'un but a été jugée non pertinente relativement à la question de savoir si une personne flâne au sens de l'art. 177 (*ibid.*, à la p. 214). Prévoyant peut-être les difficultés que présenteraient les différents emplois du mot «flâner» au *Code*, le juge Davey de la Cour d'appel a eu soin de souligner qu'en examinant le sens de ce mot la cour se bornait aux questions concernant la violation de la propriété privée.

Selon moi, il ressort de la jurisprudence résumée ci-dessus que le sens du verbe «flâner» variera

extent according to its context. Ascribing an absence of purpose may make sense in terms of s. 175; however, as at least *Andsten and Petrie*, *supra*, clearly demonstrated, it may not be applicable under s. 177. Similarly, the absence of purpose element in the ordinary meaning of loiter can have no application in the context of s. 179(1)(*b*). Clearly Parliament intended to include conduct of convicted sex offenders whose purpose was related to re-offending.

My suggestion that the meaning of loiter will vary according to the specific statutory context is merely an illustration of a caveat to the general rule that words be given their ordinary meaning. Pierre-André Côté expressed this caveat in *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 221 (as quoted below), citing Laskin C.J., in *Attorney General for Ontario v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 1134, at p. 1145:

> The need to determine the word's meaning within the context of the statute remains. Dictionaries provide meanings for a number of standard and recurring situations. Even the best of them will only tersely indicate the context in which a particular meaning is used. The range of meanings in a dictionary is necessarily limited. It cannot be sufficiently repeated "how much context and purpose relate to meaning".

An illustration of this basic principle in relation to the word loiter and of the nuances which arise from context is found in a recent decision of the Judicial Committee of the Privy Council, *Attorney-General of Hong Kong v. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887.

In *Sham Chuen*, the Privy Council considered s. 160(1) of the Hong Kong Crimes Ordinance. Section 160(1) made it an offence to loiter in a public place or in the common parts of any building unless the person was able to give a satisfactory account of her/his presence. The crucial portions of

dans une certaine mesure en fonction de son contexte. Il peut être raisonnable, aux fins de l'art. 175, de s'arrêter à l'absence de but; cependant, au moins comme le démontre clairement l'arrêt *Andsten and Petrie*, précité, cela peut ne pas convenir dans le cas de l'art. 177. De même, l'absence de la notion de but dans le sens ordinaire de «flâner» ne saurait entrer en ligne de compte dans le contexte de l'al. 179(1)*b*). Visiblement, l'intention du législateur était d'inclure la conduite de délinquants sexuels déjà reconnus coupables et dont le but a un rapport avec la récidive.

Si je dis que le sens du verbe «flâner» est appelé à varier selon le contexte législatif précis dans lequel il s'insère, c'est simplement à titre d'exemple d'une exception à la règle générale voulant que les mots doivent recevoir leur sens ordinaire. Pierre-André Côté a formulé cette exception dans, *Interprétation des lois* (2e éd. 1990), à la p. 245 (ci-dessous), citant le juge en chef Laskin dans *Procureur général de l'Ontario c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 1134, à la p. 1145:

> . . . il ne faut pas oublier que l'interprète doit rechercher le sens qu'un mot a dans le contexte d'une loi donnée, et non uniquement le sens des dictionnaires. Ceux-ci définissent le sens des mots d'après leur usage dans un certain nombre de contextes récurrents et standards. Les meilleurs ouvrages indiqueront d'ailleurs par une phrase le contexte dans lequel le mot a le sens défini. La gamme des sens définis au dictionnaire est nécessairement limitée et l'interprète doit en tenir compte: on ne répétera jamais assez «à quel point le contexte et le but visé peuvent faire varier le sens d'un mot».

Ce principe fondamental en tant qu'il se rapporte au mot «flâner» et les nuances à apporter à celui-ci suivant son contexte sont illustrés dans l'arrêt récent du Comité judiciaire du Conseil privé, *Attorney-General of Hong Kong c. Sham Chuen*, [1986] 1 A.C. 887.

Dans l'arrêt *Sham Chuen*, le Conseil privé s'est penché sur le par. 160(1) du Crimes Ordinance de Hong-Kong. Aux termes de ce paragraphe, commettait une infraction quiconque, ne pouvant pas y justifier sa présence, flânait dans un endroit public ou dans les parties communes d'un immeuble. La

the Privy Council's reasoning as to the scope of the offence are contained in a single rather long paragraph. For ease of discussion, I have broken the paragraph (at pp. 895-96) into two parts.

A considerable amount of argument before the Board was directed to the meaning of "loitering" in section 160(1). Given that the acceptable dictionary meaning of the word was simply "lingering", three possible constructions of the word in its present context were suggested. These were (i) any lingering; (ii) lingering with no apparent purpose at all; and (iii) lingering in circumstances which suggest an unlawful purpose.... Reference was made at some length to the legislative history of this particular enactment and of similar enactments in other Commonwealth jurisdictions, as well as to a number of reported decisions on the interpretation of such enactments. In their Lordships' opinion no helpful guidance is to be obtained from any of them. The word is to be construed in the light of the context in which it appears in this particular enactment.

My review of the Canadian case law summarized above supports the Privy Council's suggestion that the task of ascertaining the specific meaning of "loiter" and therefore of the offence of which loiter is an element in any given case will not always be eased by referring to the interpretation of other enactments. Rather, as I have suggested and as the Privy Council concluded, a contextual approach attuned to the particular enactment is more apposite. The Privy Council's contextual interpretation of s. 160(1), however, is of some assistance to the interpretive question now before this Court. The Privy Council wrote, at p. 896:

Subsections (2) and (3) of section 160 are each concerned with loitering of a particular character, the first being loitering which causes an obstruction and the second being loitering which causes reasonable concern to a person for his safety or well-being. In their Lordships' opinion subsection (1) is also concerned with loitering of a particular character, namely loitering which calls for a satisfactory account of the loiterer and a satisfactory explanation for his presence. Obviously a person may loiter for a great variety of reasons, some entirely innocent and others not so. It would be unreasonable to construe the subsection to the effect that there might be subjected to questioning persons loitering for plainly inoffensive purposes, such as a tourist admiring the sur-

substance du raisonnement du Conseil privé concernant la portée de l'infraction se dégage d'un seul paragraphe, plutôt long (aux pp. 895 et 896). Pour en faciliter l'analyse, je le scinde en deux.

[TRADUCTION] L'argumentation devant le Comité a porté en grande partie sur le sens du mot *loitering* [«flâner»] au par. 160(1). Puisque, d'après la définition acceptable donnée par les dictionnaires, ce terme signifie simplement «s'attarder», on a proposé trois interprétations possibles du terme dans le contexte où il est employé en l'espèce, savoir: (i) le simple fait de s'attarder; (ii) s'attarder apparemment sans aucun but particulier; (iii) s'attarder dans des circonstances qui permettent de croire à un but illicite. [. . .] On a longuement évoqué l'historique législatif de la disposition en cause et de dispositions analogues adoptées ailleurs dans le Commonwealth, ainsi que plusieurs décisions publiées interprétant de telles dispositions. Leurs Seigneuries estiment que tout cela ne leur est d'aucun secours. Le mot doit être interprété en fonction du contexte où il apparaît dans le texte législatif en question.

Mon examen de la jurisprudence canadienne résumée plus haut appuie l'avis du Conseil privé que la tâche de préciser le sens exact du terme «flâner» et, par conséquent, de l'infraction dont la flânerie constitue un élément dans un cas donné ne sera pas nécessairement facilitée par le renvoi à l'interprétation donnée à d'autres dispositions législatives. Au contraire, comme je l'ai indiqué et comme l'a conclu le Conseil privé, il convient plutôt d'adopter une approche inspirée du contexte de la disposition en question. L'interprétation contextuelle du par. 160(1) par le Conseil privé nous est d'une certaine aide dans l'interprétation de la disposition en litige. Le Conseil privé écrit, à la p. 896:

[TRADUCTION] Les paragraphes (2) et (3) de l'art. 160 traitent chacun d'un type particulier de flânerie, soit, dans le premier cas, la flânerie qui gêne autrui, et, dans le second, la flânerie qui inspire à une personne une crainte raisonnable pour sa sécurité ou pour son bien-être. D'après leurs Seigneuries, le par. (1) vise également un type particulier de flânerie, soit celle qui comporte pour le flâneur l'obligation de se justifier et de donner une explication satisfaisante de sa présence dans l'endroit en question. On peut évidemment flâner pour une grande variété de raisons, dont certaines sont tout à fait innocentes, d'autres non. Il serait déraisonnable d'interpréter le paragraphe en cause de manière à ce que puissent être soumises à l'interrogation des personnes

rounding architecture. The subsection impliedly authorises the putting of questions to the loiterer, whether by a police officer or by any ordinary citizen. The putting of questions is intrusive, and the legislation cannot be taken to have contemplated that this would be done in the absence of some circumstances which make it appropriate in the interests of public order. So their Lordships conclude that the loitering aimed at by the subsection is loitering in circumstances which reasonably suggest that its purpose is other than innocent.

Despite the absence of any sort of charter of rights and freedoms in Hong Kong, the Privy Council concluded that the legislation should be given a circumscribed interpretation so that "innocent" loitering was not subject to criminal sanction. The Privy Council's decision demonstrates that the word "loiter" on its own may create an offence which is excessively intrusive. Generally, this has been the chief problem identified in regard to vagrancy or loitering provisions (see the discussion contained in the decision of the United States Supreme Court in *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)). As the decision in *Sham Chuen*, *supra*, demonstrates, however, such excessive intrusiveness can and should be avoided where it would be consistent with the statutory context.

As stated at the outset, I am of the view that the prohibition contained in s. 179(1)(*b*) should be narrowed to render the prohibition less intrusive and to tailor it more carefully to the objectives being pursued. Just as in *Sham Chuen*, *supra*, not all loitering should be caught by the prohibition contained in s. 179(1)(*b*). Rather, the intrusion into the activities of individuals should be tied to some reason of public order. The three provisions in which loiter is used in our *Code* suggest a structure with some parallels to the situation in Hong Kong. In each case, it is loitering of a particular character which is being prohibited. Section 175(1)(*c*) deals with loitering which causes an obstruction. Section 177 pertains to loitering at night on the property of another without lawful excuse. In this context, s. 179(1)(*b*) prohibits loitering related to the enumer-

qui flânent dans des buts manifestement anodins, par exemple, dans le cas du touriste qui admire l'architecture du quartier. Le paragraphe autorise implicitement que des questions soient posées au flâneur, que ce soit par un policier ou par un simple particulier. Or, questionner quelqu'un constitue une intrusion et on ne peut supposer que le législateur ait envisagé que cela se fasse en l'absence de circonstances qui rendent cette mesure appropriée pour défendre l'ordre public. Leurs Seigneuries concluent en conséquence que la flânerie que vise le paragraphe en question est celle qui se passe dans des circonstances qui portent à croire raisonnablement à un but qui n'est pas innocent.

En dépit de l'inexistence à Hong-Kong d'une charte quelconque des droits et libertés, le Conseil privé a conclu que la disposition législative en cause devait recevoir une interprétation restreinte, de telle sorte que la flânerie «innocente» n'entraînait pas de sanction pénale. L'arrêt du Conseil privé démontre que le mot «flâner» peut à lui seul créer une infraction de caractère excessivement attentatoire. En général, tel a été le problème principal cerné en ce qui concerne les dispositions relatives au vagabondage ou à la flânerie (voir l'analyse que contient l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis, *Papachristou c. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972)). Comme l'indique cependant l'arrêt *Sham Chuen*, précité, on peut et on doit éviter de donner à une disposition pareil effet excessivement attentatoire lorsque le contexte législatif le permet.

Reprenant mon propos au départ, j'estime qu'il y a lieu de restreindre la portée de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*) afin que celle-ci soit moins attentatoire et d'adapter plus soigneusement cette interdiction aux objectifs visés. Tout comme dans l'affaire *Sham Chuen*, précité, l'interdiction que prévoit l'al. 179(1)*b*) ne devrait pas s'appliquer à toutes les espèces de flânerie. Il convient plutôt, en effet, que l'empiétement sur les activités des particuliers soit lié à quelque motif fondé sur l'ordre public. Les trois dispositions où paraît le verbe «flâner» dans notre *Code* évoquent une structure qui présente certaines analogies avec la situation à Hong-Kong. Dans chaque cas l'interdiction porte sur un type particulier de flânerie. À l'alinéa 175(1)*c*), il s'agit d'une flânerie qui gêne autrui. L'article 177 vise le fait de flâner la nuit sur

ated sexual offences. The enumerated offences thus qualify the word "loiter" and limit the otherwise broad scope of the prohibition.

I draw additional support for narrowing the scope of the prohibition created by s. 179(1)(*b*) from the opinion of a distinguished commentator of the *Code*. In the 1962 edition of his treatise, *Droit pénal canadien*, Irénée Lagarde explained the antecedent version of s. 179(1)(*b*) as follows, at p. 224:

[TRANSLATION] [Persons who have been convicted of one of the enumerated offences] may not "loiter" or "prowl" near (1) a school, (2) a playground, (3) a public park or (4) a public beach. Like anyone else such a person is entitled to sit on a bench in a public park, to bathe at a public beach and to be found near a school or playground. The legislature is prohibiting not his or her presence but "loitering" or "prowling". What are we to understand by these terms? It seems to me that they mean a presence which tends to indicate a **probable** guilty intent and which by its persistence **might reasonably suggest** that the accused has the intention of sexually attacking children or adults. In other words, the legislature prohibits him or her from hanging about near a schoolyard, public beach or playground without any specific purpose. In a public park, the accused may relax peacefully but without "watching", "being on the lookout for" or "abnormally observing" persons who might become his or her victims. The particular circumstances of the case will determine whether or not there was "loitering". [Emphasis in original.]

While I do not entirely agree with Lagarde's description of the offence, his concern to exclude from the criminal prohibition presence in the enumerated areas for legitimate purposes would appear to be well founded. I also support the suggestion that the restriction created by s. 179(1)(*b*) will not be the same in each of the listed areas. While it may be perfectly legitimate to rest in a public park with no other apparent purpose, the same cannot be said for hanging around a school yard. An application of the section which is not

la propriété d'autrui sans excuse légitime. Dans le présent contexte, l'al. 179(1)*b*) interdit la flânerie liée aux infractions sexuelles énumérées. Celles-ci apportent donc des nuances au verbe «flâner» et limitent par là ce qui serait autrement la large portée de l'interdiction.

Pour restreindre la portée de l'interdiction que prévoit l'al. 179(1)*b*), je m'appuie en outre sur l'opinion d'un éminent commentateur du *Code*. Dans l'édition de 1962 de son traité, *Droit pénal canadien*, Irénée Lagarde explique comme suit, à la p. 224, la disposition qu'est venu remplacer l'al. 179(1)*b*):

[Quiconque a été reconnu coupable d'une des infractions énumérées] ne peut «flâner» ou «rôder» près de (1) une école, (2) un terrain de jeu, (3) un parc public ou (4) une plage publique. Comme toute autre, cette personne a le droit de s'asseoir sur un banc dans un parc public, de se baigner à une place (*sic*) publique, de se trouver près d'une école ou d'un terrain de jeu. Le législateur prohibe non la présence mais le «flânage» ou le «rôdage». Que doit-on comprendre par ces termes? C'est, me semble-t-il, une présence qui **tend** à révéler une intention coupable **probable** et qui par sa persistance, **porte à croire raisonnablement** que l'accusé, a l'intention de s'attaquer sexuellement à des enfants ou à des adultes. En d'autres termes, le législateur lui prohibe de s'attarder sans but défini près d'une cour d'école, d'une plage publique ou d'un terrain de jeu. Quant au parc public, le prévenu peut s'y reposer paisiblement mais sans «guetter», «épier» ou «observer d'une façon anormale» des personnes qui pourraient devenir ses victimes. Les circonstances particulières de l'affaire déterminent s'il y a eu ou non «flânage». [En caractères gras dans l'original.]

Quoique je n'accepte pas entièrement la description de l'infraction que donne Lagarde, c'est à juste titre qu'il tient à faire échapper à l'interdiction criminelle la présence pour des fins légitimes dans les endroits énumérés. De plus, j'approuve sa suggestion que l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) ne sera pas identique pour chacun des endroits énumérés. On peut certes se reposer légitimement dans un parc public sans avoir apparemment d'autre but, mais on ne saurait en dire autant du fait de traîner dans une cour d'école. Toute

sensitive to these points will create a prohibition which is more intrusive than necessary.

Additional support for the interpretation I would give to s. 179(1)(*b*) is found when the section is analyzed in conjunction with ss. 161 and 810.1. Sections 161 and 810.1 were enacted by Parliament following the decision of the British Columbia Court of Appeal in this case. Section 161 allows a court at the time of sentencing to make an order prohibiting a sexual offender from attending at day care centres, school grounds, playgrounds, community centres, or any public park or swimming area where persons under the age of 14 years are present or can reasonably by expected to be present. The section relies on a similar list of offences to that contained in s. 179(1)(*b*), but the s. 161 prohibition is available only in relation to persons who have committed offences against children under the age of 14. The prohibition may be for life or any shorter duration and the court which makes the order can vary it at any time on application of the offender or the prosecutor. This provision is thus a powerful means of enhancing public safety and aiding offender treatment. Section 161 though does not apply to sex offenders convicted prior to its enactment.

Sections 179(1)(*b*) and 810.1 read together, however, produce a similar result to that achieved by s. 161 in relation to those convicted prior to the enactment of s. 161. Section 810.1 allows any person who has reasonable grounds to fear that another person will commit one of a number of sexual offences to appear before a provincial court judge and seek an order prohibiting the person in question from attending areas where children under 14 are likely to be present. This procedure, while eventually achieving the same result as s. 161, would obviously require the expenditure of significant time and energy before a prohibition could be ordered. The interpretation I would give to s. 179(1)(*b*) allows it to serve as a useful means for law enforcement officers to take immediate

application de l'alinéa en question qui ne tient pas compte de ces nuances rendra l'interdiction plus attentatoire qu'il ne le faut.

Mon interprétation de l'al. 179(1)*b*) reçoit un appui additionnel lorsque l'alinéa est analysé en tenant compte des art. 161 et 810.1, adoptés par le législateur fédéral suite à l'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique en l'espèce. L'article 161 autorise le tribunal, lors du prononcé de la peine, à rendre une ordonnance interdisant au délinquant sexuel de se trouver dans une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu, un centre communautaire ou dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner, s'il y a dans ces endroits des personnes âgées de moins de 14 ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait. Bien que l'art. 161 comporte une liste d'infractions analogue à celle que contient l'al. 179(1)*b*), l'interdiction énoncée dans cet article ne s'applique qu'à l'égard de personnes ayant commis des infractions contre des enfants âgés de moins de 14 ans. L'interdiction peut être perpétuelle ou pour une période moins longue et le tribunal qui rend l'ordonnance peut la modifier à tout moment, sur demande du contrevenant ou du poursuivant. Cet article représente donc un moyen puissant d'améliorer la sécurité publique et d'aider au traitement du contrevenant. L'article 161 ne s'applique toutefois pas aux délinquants sexuels reconnus coupables antérieurement à son entrée en vigueur.

Pris ensemble, l'al. 179(1)*b*) et l'art. 810.1 produisent cependant un effet analogue à celui de l'art. 161 en ce qui concerne les personnes déclarées coupables avant l'entrée en vigueur de l'art. 161. Suivant l'art. 810.1, quiconque a des motifs raisonnables de craindre qu'une personne ne commette une des infractions sexuelles énumérées peut s'adresser à un juge d'une cour provinciale afin de demander une ordonnance interdisant à la personne en question de se trouver dans des endroits où il y aura vraisemblablement des enfants de moins de 14 ans. Bien que permettant d'obtenir éventuellement le même résultat que l'art. 161, cette procédure nécessiterait évidemment beaucoup de temps et de démarches avant que ne soit prononcée l'interdiction. Or, selon l'interprétation

preventive steps when a person who has been convicted of one of the enumerated sexual offences is in one of the listed areas and demonstrates an ulterior or malevolent purpose related to the predicate offences. In short, the provision allows the police to intervene before a previous offender re-offends. In such cases, s. 810.1 would then be available to subject the offender to a prohibition similar to s. 161 if it can be shown that there are reasonable grounds to fear that the person will commit one of the predicate offences specified in s. 161. Satisfying the requirements of s. 179(1)(*b*) and demonstrating that the accused had a malevolent or ulterior purpose related to one of the predicate offences would no doubt help to satisfy the reasonable grounds requirement in s. 810.1. An excessively broad view of the prohibition contained in s. 179(1)(*b*) would destroy this symmetry.

que j'en donnerais, l'al. 179(1)*b*) servirait de moyen utile, pour les responsables de l'application de la loi, de prendre immédiatement des mesures préventives lorsqu'une personne qui a été reconnue coupable d'une des infractions sexuelles énumérées se trouve dans un des endroits mentionnés et manifeste un but inavoué ou malveillant se rapportant aux infractions sous-jacentes. En bref, la disposition autorise la police à intervenir avant que la personne qui a déjà commis une infraction ne récidive. Dans ce genre de cas, l'art. 810.1 jouerait de manière à soumettre le contrevenant à une interdiction analogue à celle que prévoit l'art. 161, pourvu que l'on puisse établir l'existence de motifs raisonnables de craindre qu'il ne commette l'une des infractions sous-jacentes visées à ce dernier article. Le fait de satisfaire aux exigences de l'al. 179(1)*b*) et de démontrer que l'accusé avait un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une quelconque des infractions sous-jacentes contribuerait sans doute à remplir l'exigence quant aux motifs raisonnables que pose l'art. 810.1. Une interprétation excessivement large de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*) détruirait cette symétrie.

My review of the legislative history, purpose and context of s. 179(1)(*b*) thus leads to the conclusion that the offence should be interpreted as lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to any of the predicate offences. This interpretation is suggested by the terms of the offence and general desire to limit the intrusiveness of the prohibition while still achieving the objectives of public safety and offender treatment. As will be seen in the next section, this interpretation is also consistent with the *Charter*.

Mon étude de l'historique législatif, de l'objet et du contexte de l'al. 179(1)*b*) me mène donc à la conclusion que l'infraction devrait s'interpréter comme étant de s'attarder aux endroits énumérés ou d'y traîner dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à quelque infraction sous-jacente. Cette interprétation découle de l'énoncé de l'infraction et du désir général de limiter le caractère attentatoire de l'interdiction tout en atteignant les objectifs de la sécurité publique et du traitement du contrevenant. Comme nous le verrons sous la rubrique suivante, cette interprétation est également conforme à la *Charte*.

C. Section 179(1)(*b*) and Its Conformity with the *Charter*

The two primary *Charter* concerns raised by s. 179(1)(*b*) pertain to vagueness and overbreadth. The interpretation of the provision adopted by Filmer Prov. Ct. J. and Melvin J., requiring proof of an "untoward or improper motive", is arguably unconstitutionally vague. Cory J.'s broader interpretation of s. 179(1)(*b*) eliminates any vagueness

C. L'alinéa 179(1)*b*) et sa conformité avec la *Charte*

Dans le contexte de la *Charte*, les deux principales questions que soulève l'al. 179(1)*b*) concernent son imprécision et sa portée excessive. On pourrait prétendre que l'interprétation donnée à cet alinéa par le juge Filmer de la Cour provinciale et par le juge Melvin, interprétation nécessitant qu'on fasse la preuve d'un [TRADUCTION] «mobile

problem, but, in his view, leads to a prohibition which is unjustifiably overbroad. The interpretation I have adopted avoids both these problems.

As discussed in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 643, a provision which is unconstitutionally vague provides an intolerable level of prosecutorial discretion and fails to give those subject to the provision notice of its content. Put in its most simplistic form, what is prohibited will be what those charged with law enforcement decide at any given moment should be prohibited. Interpreting s. 179(1)(*b*) to prohibit lingering with an "untoward or improper motive" would arguably be an example of an unconstitutionally vague restriction on liberty. "Untoward or improper motive" gives little basis for legal debate within the terms of *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. It is difficult to identify the factors to be considered or the determinative elements in ascertaining whether a motive is untoward or improper. The United States Supreme Court made a similar suggestion in *Papachristou v. City of Jacksonville*, *supra*, at p. 164. Qualifying malevolent or ulterior purposes by reference to the predicate offences, however, eliminates any concerns as to vagueness. The enumerated offences provide a clear basis for legal debate and narrow the scope of potential liability. The persons affected would thus have notice of what is prohibited and prosecutorial discretion would be sufficiently restricted.

Cory J., however, suggests that the prohibition created by s. 179(1)(*b*) is overbroad in terms of the persons, places and time period to which it applies. I express no opinion on the soundness of this analysis of liberty because it is not necessary in this case to decide the issue. The interpretation I advo-

déplacé ou répréhensible», est d'une imprécision inconstitutionnelle. Quant à l'interprétation plus large retenue par le juge Cory, elle élimine le problème de l'imprécision, mais, selon lui, donne à l'interdiction une portée excessive qui ne se justifie pas. L'interprétation que j'adopte permet d'éviter l'un et l'autre problème.

Comme l'indique l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 643, une disposition qui est d'une imprécision inconstitutionnelle confère à la poursuite un pouvoir discrétionnaire d'une portée intolérable, et ce, sans que les personnes visées par la disposition ne soient informées de son contenu. Pour l'exprimer de la façon la plus simpliste, ce qui est interdit est ce qui, selon les responsables de l'application de la loi, devrait l'être à un moment donné. Interpréter l'al. 179(1)*b*) de manière à interdire qu'on s'attarde dans un endroit avec un «mobile déplacé ou répréhensible» constituerait, pourrait-on prétendre, un exemple d'une restriction d'une imprécision inconstitutionnelle apportée à la liberté. Le «mobile déplacé ou répréhensible» ne donne guère matière à un débat judiciaire au sens de l'arrêt *Nova Scotia Pharmaceutical Society*. Il est en effet difficile de cerner les facteurs à considérer ou de définir les éléments concluants aux fins de déterminer si un mobile est déplacé ou répréhensible. La Cour suprême des États-Unis a adopté une position semblable dans l'arrêt *Papachristou c. City of Jacksonville*, précité, à la p. 164. En définissant les buts malveillants ou inavoués par référence aux infractions sous-jacentes, on écarte cependant toute inquiétude à l'égard de l'imprécision. Les infractions énumérées constituent un solide fondement pour un débat judiciaire et servent à restreindre l'étendue de la responsabilité éventuelle. Les personnes visées seraient ainsi informées de ce qui est interdit et le pouvoir discrétionnaire de la poursuite serait suffisamment restreint.

Le juge Cory prétend toutefois que la portée de l'interdiction créée par l'al. 179(1)*b*) est excessive du point de vue des personnes, des endroits et de la période qu'elle vise. Pour ma part, je ne me prononce pas sur le bien-fondé de cette analyse de la liberté parce que la question n'a pas à être tranchée

cate eliminates Cory J.'s concern that the prohibition is overbroad. A lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is in no way objectionable or overbroad. Such a prohibition would impose a restriction on the liberty of the affected individuals to which ordinary citizens are not subject, but that restriction is directly related to preventing re-offending. The affected persons' history of offending, the uncertainties prevalent in treating offenders and a desire to disrupt the cycle of re-offending justify what is in effect a minor intrusion which does not breach the principles of fundamental justice.

That restraint of the affected persons' liberty is minor and easily illustrated. As noted above, use of public parks for the legitimate purposes for which they are intended would not be caught. Furthermore, though trite, it must be remembered that the Crown will bear the burden of proving all elements of the offence beyond a reasonable doubt. This burden guarantees that only loitering which can be proven to be related to one of the predicate offences will be subject to the criminal prohibition. I recognize that this formulation of the offence will likely lead to certain evidentiary presumptions which, absent a satisfactory explanation, may cause a judge to draw an adverse inference. Take for example a person with a history of offences in relation to children who is observed hanging around a playground and offering children candy. Similarly, as discussed above, just lingering about a school yard with no apparent purpose, as distinct from a public park, would give rise to legitimate suspicions. Such presumptions, however, in no way reverse the burden of proof, nor do they violate the accused's right to silence.

One of the most obvious objections to the more narrow formulation is that it is potentially less efficient than the alternatives in terms of achieving the

en l'espèce. L'interprétation que je préconise écarte la crainte du juge Cory que la portée de l'interdiction ne soit excessive. Interdire à perpétuité des activités ayant un but malveillant ou inavoué lié à la récidive n'a absolument rien de reprochable et n'a pas une portée excessive. Pareille interdiction apporterait certes à la liberté des personnes visées une restriction à laquelle ne sont pas assujettis les citoyens ordinaires, mais cette restriction se rapporte directement à la prévention de la récidive. Les antécédents des personnes visées, l'incertitude caractérisant le traitement des contrevenants ainsi que le désir de rompre le cycle de la récidive justifient ce qui ne constitue en réalité qu'une atteinte mineure à la liberté, qui ne va pas à l'encontre des principes de justice fondamentale.

La restriction de la liberté des personnes visées est mineure et facile à illustrer. Comme je l'indique plus haut, l'utilisation des parcs publics pour les fins légitimes auxquelles ils sont destinés ne serait pas défendue. En outre, et cela va de soi, on doit se rappeler qu'il incombe au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. Ce fardeau de la preuve nous assure que seule la flânerie qui se rapporte de façon démontrable à l'une des infractions sous-jacentes fera l'objet de l'interdiction criminelle. Je reconnais que cette formulation de l'infraction donnera vraisemblablement lieu à certaines présomptions en matière de preuve qui, en l'absence d'une explication satisfaisante, pourront amener un juge à tirer une conclusion défavorable. Cela se produira, par exemple, dans le cas d'une personne qui a commis une série d'infractions à l'égard d'enfants et que l'on voit traîner dans un terrain de jeu et offrir des bonbons à des enfants. De même, comme je l'ai dit précédemment, le simple fait de s'attarder dans une cour d'école, par opposition à un parc public, apparemment sans but particulier, ferait naître des soupçons légitimes. Ces présomptions ne renversent aucunement, toutefois, le fardeau de la preuve ni ne portent atteinte au droit de l'accusé de garder le silence.

L'une des objections les plus évidentes à l'interprétation plus étroite est qu'elle risque de s'avérer moins propre à atteindre l'objectif législatif que

legislative objective. As I noted above, a broad prohibition preventing certain persons from even attending at areas where the risk of re-offending is high may be a superior way to achieve the objectives of public safety and offender treatment. As Cory J. convincingly demonstrates, however, for such a broad prohibition to be constitutional, it would probably have to be accompanied by the same kind of guarantees present in the new s. 161. It is well beyond the proper scope of the judicial role to contemplate such extensive additions in this case.

In addition to overbreadth, the absence of any notice of the prohibition contained in s. 179(1)(*b*) was relied upon by Cory J. in concluding that s. 7 of the *Charter* was violated. The basis for this conclusion was that notice is provided for in the case of certain other prohibitions contained in the *Code* and that the lack of notice in the case of s. 179(1)(*b*) "is unfair and unnecessarily so". In so concluding, Cory J. would make notice, albeit in limited circumstances, a principle of fundamental justice. With all due respect, I cannot agree. It is a basic tenet of our legal system that ignorance of the law is not an excuse for breaking the law. This fundamental principle has been given legislative expression in s. 19 of the *Criminal Code*: "Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence." Though formal notice of the content of s. 179(1)(*b*) might be preferable, I can see no basis for transforming the legislator's decision to provide notice in respect of certain *Code* prohibitions into a principle of fundamental justice.

For his part and in addition to s. 7, the respondent alleges that s. 179(1)(*b*) violates ss. 9, 11(*d*), (*h*) and 12 of the *Charter*. These allegations are without foundation and can be dismissed summarily.

Section 9 of the *Charter* provides a guarantee against being arbitrarily detained or imprisoned. The respondent's argument that any detention or imprisonment pursuant to s. 179(1)(*b*) would be

d'autres. J'ai déjà fait remarquer d'ailleurs qu'une interdiction de large portée empêchant certaines personnes de simplement se trouver dans des endroits où le danger de récidive est grand peut être une façon supérieure de réaliser le double objectif de la sécurité publique et du traitement du contrevenant. Le juge Cory démontre cependant de façon convaincante que, pour qu'elle soit constitutionnelle, il faudrait probablement qu'une interdiction de si large portée soit assortie de garanties du même genre que celles que comporte le nouvel art. 161. Or, on dépasserait largement les limites du rôle légitime des tribunaux si l'on envisageait en l'espèce des ajouts aussi importants.

Pour conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte*, le juge Cory a invoqué, outre la portée excessive, l'absence de tout avis de l'interdiction énoncée à l'al. 179(1)*b*). Il a fondé sa conclusion sur le fait qu'un avis est prévu dans le cas de certaines autres interdictions contenues dans le *Code* et que l'al. 179(1)*b*), en n'en faisant pas autant, «crée une injustice et ce, sans nécessité». Par cette conclusion, le juge Cory ferait de l'avis, quoique dans des circonstances limitées, un principe de justice fondamentale. Je ne puis, en toute déférence, souscrire à ce point de vue. C'est un précepte fondamental de notre système de droit que l'ignorance de la loi n'en excuse pas la violation. L'article 19 du *Code criminel* donne expression à ce principe essentiel: «L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.» Bien qu'il puisse être préférable qu'un avis en bonne et due forme du contenu de l'al. 179(1)*b*) soit donné, je ne vois aucune raison d'ériger en principe de justice fondamentale la décision du législateur de prévoir un avis dans le cas de certaines interdictions énoncées au *Code*.

L'intimé, de son côté, fait valoir que l'al. 179(1)*b*) viole non seulement l'art. 7, mais aussi l'art. 9, les al. 11*d*) et *h*) et l'art. 12 de la *Charte*. Ces allégations sont dénuées de tout fondement et peuvent être sommairement écartées.

L'article 9 de la *Charte* contient une garantie contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires. L'argument de l'intimé selon lequel la détention ou l'emprisonnement résultant de l'ap-

arbitrary related largely to his objection to the absence of notice. As I have stated, the absence of notice does not provide a basis for attacking the validity of s. 179(1)(*b*). The reasoning set out above applies with equal force to the respondent's arguments in respect of s. 9 of the *Charter*.

Section 11(*d*) of the *Charter* enshrines the right to be presumed innocent until proven guilty. The respondent argues that s. 179(1)(*b*) presumes that an offender will re-offend and therefore violates the presumption of innocence. In reality, the provision does not assume recidivism, but rather provides the means to prevent it when convicted sex offenders demonstrate, through their conduct, a malevolent intent related to re-offending. Furthermore as I stressed above, anyone charged under s. 179(1)(*b*) will be presumed innocent and the burden remains on the Crown to prove beyond a reasonable doubt that the accused committed the offence as interpreted.

Section 11(*h*) protects a person found guilty and punished for an offence from being tried or punished again for the same offence. The class of persons to whom s. 179(1)(*b*) applies is identified by the fact of having been convicted of one of the enumerated offences. Any conviction under that section, however, will be based on violating its terms and not of having been convicted of one of the enumerated offences. Section 11(*h*) is therefore not violated.

Finally, the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment or punishment is also of no avail to the respondent. Even if the respondent could demonstrate that he is subject to a punishment or treatment within the meaning of s. 12, which I doubt, it is clear that any such punishment or treatment is not cruel and unusual. A punishment or treatment will only be cruel and unusual where it is "so excessive as to outrage standards of decency" or where its effect is "grossly disproportionate to what would have been appropriate" (see *R. v.*

plication de l'al. 179(1)*b*) seraient arbitraires tenait dans une large mesure à l'objection qu'il soulevait à l'égard de l'absence d'avis. Or, je le répète, on ne saurait invoquer l'absence d'avis pour attaquer la validité de l'al. 179(1)*b*). Le raisonnement exposé plus haut s'applique tout autant aux arguments de l'intimé relatifs à l'art. 9 de la *Charte*.

L'alinéa 11*d*) de la *Charte* consacre le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable. D'après l'intimé, l'al. 179(1)*b*), du fait qu'il présume la récidive, viole la présomption d'innocence. En réalité, loin de supposer la récidive, cette disposition prévoit des moyens de l'empêcher quand une personne ayant déjà été reconnue coupable d'une infraction sexuelle manifeste, par son comportement, une intention malveillante liée à la récidive. Qui plus est, comme je l'ai souligné plus haut, quiconque est inculpé en vertu de l'al. 179(1)*b*) est présumé innocent et c'est toujours au ministère public qu'il incombe de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis l'infraction telle qu'elle a été interprétée.

Aux termes de l'al. 11*h*), une personne déclarée coupable d'une infraction et punie ne peut être jugée ni punie de nouveau pour la même infraction. La catégorie de personnes auxquelles s'applique l'al. 179(1)*b*) se caractérise par le fait qu'elles ont été déclarées coupables de l'une des infractions énumérées. Toutefois, toute déclaration de culpabilité en vertu de cet alinéa sera fondée sur la violation de celui-ci et non pas sur le verdict de culpabilité rendu précédemment relativement à l'une des infractions énumérées. Par conséquent, il n'y a pas de violation de l'al. 11*h*).

Enfin, l'intimé ne saurait davantage se prévaloir de la garantie contre les traitements ou peines cruels et inusités énoncée à l'art. 12. Même s'il pouvait démontrer qu'il est exposé à une peine ou à un traitement au sens de l'art. 12, ce dont je doute, il est évident que cette peine ou ce traitement n'ont rien de cruel ni d'inusité. Une peine ou un traitement n'est cruel et inusité que s'il est «excessi[f] au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine» ou si son effet est «exagérément disproportionné à ce qui aurait été approprié»

Smith, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1072; *R. v. Goltz*, [1991] 3 S.C.R. 485, at p. 499). As explained above in the context of my discussion of s. 7 of the *Charter*, the lifetime prohibition of activities with a malevolent or ulterior purpose related to re-offending is both a minor and justifiable restraint of the affected persons' liberty. In the circumstances, neither the prohibition created by s. 179(1)(*b*) nor any punishment which would result from its infringement can be said to be grossly disproportionate to what would be appropriate or so excessive as to outrage the standards of decency.

Prohibiting lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to one of the predicate offences thus survives *Charter* scrutiny. The predicate offences provide an ample basis for limiting prosecutorial discretion and giving guidance as to what is prohibited to those affected. Furthermore, prohibiting only conduct which can be demonstrated to be part of the cycle of re-offending carefully balances the objectives of public safety and offender treatment with a desire to limit the intrusiveness of the prohibition.

D. Disposition

For the foregoing reasons, s. 179(1)(*b*) of the *Code* should be interpreted as prohibiting lingering or hanging about the enumerated areas for a malevolent or ulterior purpose related to any of the predicate offences. Based on this interpretation the constitutional questions are, therefore, answered as follows:

1. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to life, liberty and security of the person as guaranteed by s. 7 of the *Charter*?

A. No.

3. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent to be

(voir *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, à la p. 1072; *R. c. Goltz*, [1991] 3 R.C.S. 485, à la p. 499). Ainsi que je l'ai expliqué plus haut dans mon analyse de l'art. 7 de la *Charte*, l'interdiction perpétuelle d'activités entreprises dans un but malveillant ou inavoué lié à la récidive constitue une restriction à la fois mineure et justifiable de la liberté des personnes visées. Dans les circonstances, ni l'interdiction prévue à l'al. 179(1)*b*) ni la peine infligée par suite de sa violation ne peut être qualifiée d'exagérément disproportionnée à ce qui serait approprié ni d'excessive au point de ne pas être compatible avec la dignité humaine.

Résiste donc à l'examen fondé sur la *Charte* l'interdiction de l'acte consistant à s'attarder ou à traîner dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Ces dernières suffisent largement pour fonder la restriction du pouvoir discrétionnaire de la poursuite et renseignent amplement les personnes visées sur ce qui est défendu. De plus, le fait de n'interdire que le comportement qui s'insère de façon démontrable dans le cycle de la récidive permet d'établir un équilibre délicat entre le double objectif de la sécurité publique et du traitement des contrevenants d'une part et le désir de limiter le caractère attentatoire de l'interdiction d'autre part.

D. Dispositif

Pour les motifs exposés ci-dessus, l'al. 179(1)*b*) du *Code* doit s'interpréter comme interdisant qu'on s'attarde ou traîne, dans les endroits énumérés dans un but malveillant ou inavoué se rapportant à l'une des infractions sous-jacentes. Compte tenu de cette interprétation, les questions constitutionnelles reçoivent donc les réponses suivantes:

1. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, que l'art. 7 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

3. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*d*) de la

presumed innocent until proven guilty according to law as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*?

A. No.

5. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment as guaranteed by s. 12 of the *Charter*?

A. No.

7. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent not to be arbitrarily detained or imprisoned as guaranteed by s. 9 of the *Charter*?

A. No.

9. Does s. 179(1)(*b*) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, limit the right of the respondent, if finally found guilty and punished for the offence, not to be tried or punished for it again, as guaranteed by s. 11(*h*) of the *Charter*?

A. No.

Given the negative answers to questions 1, 3, 5, 7 and 9, it is unnecessary to answer questions 2, 4, 6, 8 and 10.

In this case, the evidence demonstrated beyond any doubt that the accused had a malevolent purpose related to the predicate offences. I would therefore allow the appeal and restore the accused's conviction.

Appeal dismissed, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER *and* MCLACHLIN JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: The Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent: Morahan & Aujla, Victoria.

Solicitor for the intervener: John C. Tait, Ottawa.

Charte garantit à l'intimé d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi?

R. Non.

5. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre tous traitements ou peines cruels et inusités, que l'art. 12 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

7. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit à la protection contre la détention ou l'emprisonnement arbitraires, que l'art. 9 de la *Charte* garantit à l'intimé?

R. Non.

9. L'alinéa 179(1)*b*) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, limite-t-il le droit que l'al. 11*h*) de la *Charte* garantit à l'intimé de ne pas être jugé ni puni de nouveau pour une infraction dont il a été définitivement déclaré coupable et puni?

R. Non.

Vu les réponses négatives données aux questions 1, 3, 5, 7 et 9, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions 2, 4, 6, 8 et 10.

En l'espèce, la preuve établit hors de tout doute que l'accusé avait un but malveillant se rapportant aux infractions sous-jacentes. Je suis en conséquence d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir le verdict de culpabilité rendu contre l'accusé.

Pourvoi rejeté, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, *et* MCLACHLIN *sont dissidents.*

Procureur de l'appelante: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé: Morahan & Aujla, Victoria.

Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.

TAB 21

Richard B. and Beena B. *Appellants*

v.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, the Official Guardian for Sheena B., an Infant, and the Attorney General for Ontario *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: B. (R.) *v.* CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

File No.: 23298.

Hearing and judgment on appeal: March 17, 1994.

Reasons and judgment on cross-appeal delivered: January 27, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to liberty — Fundamental justice — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' right to choose medical treatment for their infant contrary to s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — Infant receiving blood transfusion — Whether provisions of Child Welfare Act infringe parents' freedom of religion — If so, whether infringement

Richard B. et Beena B. *Appelants*

c.

Children's Aid Society of Metropolitan Toronto, le tuteur public de Sheena B., mineure, et le procureur général de l'Ontario *Intimés*

et

Le procureur général du Canada et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: B. (R.) *c.* CHILDREN'S AID SOCIETY OF METROPOLITAN TORONTO

N° du greffe: 23298.

Audition et jugement quant au pourvoi principal: 17 mars 1994.

Motifs et jugement quant au pourvoi incident déposés: 27 janvier 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la liberté — Justice fondamentale — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act portent-elles atteinte au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, contrairement à l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Transfusion sanguine pratiquée sur l'enfant — Les dispositions de la Child Welfare Act por-

1995 CanLII 115 (SCC)

justified as reasonable limit — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66, ss. 19(1)(b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Costs — Judicial discretion — Parents objecting to blood transfusion for their infant for religious reasons — Children's Aid Society granted temporary wardship of infant under Child Welfare Act — District Court judge dismissing parents' appeal and awarding costs against intervening Attorney General — Whether costs order should be overturned.

S.B. was born four weeks prematurely. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments, to which her parents, the appellants, consented. At their request the attending physicians avoided the use of a blood transfusion because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary. When S.B. was a month old, her haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. Following a hearing on short notice to the appellants, the Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship. At a status review two doctors testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. The head of ophthalmology at the hospital testified that he suspected the child had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and another doctor testified that a blood transfusion would be necessary. The wardship order was extended for a period of 21 days. S.B. received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma. A second Provincial Court order then terminated the respondent's wardship, and the child was returned to her parents. The appellants appealed both orders to the District Court, which dismissed the appeal and awarded costs against the Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The Court of Appeal dismissed the appellants' appeal and the Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs. This appeal is to determine whether s. 19(1)(*b*)(ix) of the Ontario

tent-elles atteinte à la liberté de religion des parents? — Dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée en tant que limite raisonnable? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b) — Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66, art. 19(1)b)(ix), 21, 27, 28(1), (10), (12), 30(1)2, 41.

Dépens — Pouvoir discrétionnaire judiciaire — Parents opposés pour des motifs religieux à ce que leur enfant en bas âge reçoive une transfusion sanguine — Tutelle de l'enfant accordée temporairement à la Children's Aid Society en application de la Child Welfare Act — Rejet par un juge de la Cour de district de l'appel des parents et condamnation aux dépens du procureur général intervenant — L'ordonnance relative aux dépens devrait-elle être écartée?

S.B. est née quatre semaines avant terme. Au cours des premières semaines de sa vie, elle a reçu, afin de remédier à de nombreux troubles physiques, plusieurs traitements médicaux auxquels ses parents, les appelants, ont consenti. Ces derniers ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire. Un mois après sa naissance, le taux d'hémoglobine de S.B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. À la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé une tutelle de 72 heures à la société d'aide à l'enfance intimée. Lors d'une instance en révision du statut de l'enfant, deux médecins ont témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le chef du département d'ophtalmologie de l'hôpital a témoigné qu'il redoutait que l'enfant soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et un autre médecin a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. La tutelle a été prolongée pour une période de 21 jours. S.B. a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté. Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a ensuite mis fin à la tutelle de l'intimée, et l'enfant a été rendue à ses parents. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances devant la Cour de district qui a rejeté l'appel et condamné aux dépens le procureur

1995 CanLII 115 (SCC)

Child Welfare Act, which defines "child in need of protection", together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Charter*, and, if so, whether the infringement is justifiable under s. 1 of the *Charter*. The issue raised in the cross-appeal is whether the District Court erred in awarding costs against the Attorney General of Ontario.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal): The appeal and the cross-appeal should be dismissed.

1. *Appeal*

Section 7

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: The liberty protected by s. 7 of the *Charter* does not mean unconstrained freedom. Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance.

The right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes deal-

général de l'Ontario qui était intervenu dans l'instance. La Cour d'appel a rejeté l'appel des appelants ainsi que l'appel incident du procureur général de l'Ontario sur la question des dépens. Le présent pourvoi vise à déterminer si le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la *Child Welfare Act* de l'Ontario, qui définit l'expression «enfant ayant besoin de protection», ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ou s'ils portent atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte*, et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiable en vertu de l'article premier de la *Charte*. La question soulevée dans le pourvoi incident est de savoir si la Cour de district a commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident): Les pourvois principal et incident sont rejetés.

1. *Pourvoi principal*

Article 7

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: La liberté garantie à l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne.

Les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions nécessaires à leur bien-être. Cette reconnaissance est fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. Bien que la philosophie qui sous-tend l'in-

1995 CanLII 115 (SCC)

ing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated, thereby confirming that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

While parents bear responsibilities toward their children, they must enjoy correlative rights to exercise them, given the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. Although this liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. While the state may intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health, such intervention must be justified.

While children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person, they are unable to assert these rights, and our society accordingly presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. The state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold, but in doing so it is limiting the constitutional rights of parents rather then vindicating the constitutional rights of children.

In the present case the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant and in so doing has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. This deprivation, however,

tervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité, ce qui confirme que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

Bien que les parents aient des responsabilités envers leurs enfants, ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter, étant donné l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Quoique ce droit à la liberté ne soit pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. Même si l'État peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant, cette intervention doit être justifiée.

Bien que les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne, ils ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits et notre société présume donc que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. L'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable, mais ce faisant, il restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants.

En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant, et la Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Cette privation était toutefois conforme aux

1995 CanLII 115 (SCC)

was made in accordance with the principles of fundamental justice. The common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction. The protection of a child's right to life and to health is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19(1)(*b*)(ix) of the Act, although broad in scope, is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life. The general procedure under the Act also accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts that it must present a strong case. Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed before its expiry.

The notice the parents received of the wardship hearing in this case was reasonable in the circumstances, and the initial wardship order was limited to 72 hours, to enable the parties to come back with further evidence. As well, although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

Per Cory, Iacobucci and Major JJ.: An exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child should be viewed as falling outside s. 7 of the *Charter*. While the right to liberty embedded in s. 7 may encompass the right of parents to have input into the education of their child, and in fact may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, it does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual,

principes de justice fondamentale. La common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé est un précepte fondamental de notre système juridique et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. Malgré sa large portée, le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie. La procédure générale établie dans la Loi est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux ont reconnu qu'elle doit présenter une preuve solide. Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée avant son expiration.

Le préavis que les parents ont reçu de l'audience relative à la tutelle était raisonnable compte tenu des circonstances, et l'ordonnance initiale de tutelle a été limitée à 72 heures afin de permettre aux parties de revenir avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les juges Cory, Iacobucci et Major: Il y a lieu de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7 de la *Charte*. Bien que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, puisse comprendre le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant et qu'en fait il puisse très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, il ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujetti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-

1995 CanLII 115 (SCC)

especially when that individual cannot speak for herself. Parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child. The exercise of parental beliefs that grossly invades those best interests is not activity protected by the right to liberty in s. 7. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter*'s goal of protecting the most vulnerable members of society.

même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté. Les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant. L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur cet intérêt n'est pas protégé par le droit à la liberté prévu à l'art. 7. Cet article ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société.

Per Lamer C.J.: The liberty interest protected by s. 7 of the *Charter* has not been infringed in this case because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of parental liberty is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7. By including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* did not intend to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The right to liberty protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; rather it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice. The wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. The principles of fundamental justice are a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person, and thus serve to establish the parameters of the interests. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty to which s. 7 refers must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power by which it may enforce the laws that it enacts. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or

Le juge en chef Lamer: Le droit à la liberté protégé par l'art. 7 de la *Charte* n'a pas été violé en l'espèce parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté parentale ne relève pas du champ d'application de l'art. 7. Par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Les principes de justice fondamentale constituent un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne, et servent donc à établir les paramètres de ces intérêts. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par

1995 CanLII 115 (SCC)

invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

The nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close connection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases this protection is therefore specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. The freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental are found in s. 2. If s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, the need for and purpose of s. 2 might be seriously questioned. The nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Since the right to life, liberty and security of the person are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision, there must be a connection or linkage among them. This connection is found in the person himself or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement. Moreover, extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom might mean that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe this liberty interest. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. In so doing the judiciary would inevitably be legislating, when this is not its function.

Per Sopinka J.: It is unnecessary to determine whether a liberty interest is engaged in this case because the threshold requirement of a breach of the principles

des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

La nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. On trouve à l'art. 2 les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte*. Si l'article 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. La nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. Puisque les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne sont trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition, il doit exister entre eux un lien ou un point commun. Le point de rattachement se situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement. Par ailleurs, élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté pourrait signifier qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à ce droit à la liberté. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ce faisant, le pouvoir judiciaire se trouverait inévitablement à légiférer alors que tel n'est pas son rôle.

Le juge Sopinka: Il n'est pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté est en cause en l'espèce du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des prin-

1995 CanLII 115 (SCC)

of fundamental justice is not met. In all other respects La Forest J.'s reasons were agreed with.

Section 2(a)

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier and McLachlin JJ.: The right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is a fundamental aspect of freedom of religion, guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. While the purpose of the Act, the protection of children, does not infringe on the appellants' freedom of religion, the legislative scheme it implements, culminating in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith. This infringement was justified, however, under s. 1 of the *Charter*. The state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. The process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents.

Per Lamer C.J. and Cory, Iacobucci and Major JJ.: A parent's freedom of religion, guaranteed under s. 2(*a*) of the *Charter*, does not include the imposition of religious practices which threaten the safety, health or life of the child. Although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, as it is subject to such limitations as are necessary to protect the fundamental rights and freedoms of others. Since S.B. has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith or any religion, there is an impingement on her freedom of conscience, which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. While s. 1 of the *Charter* may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required here, since the nexus of the balancing operates between the child's

cipes de justice fondamentale n'est pas remplie. Les motifs du juge La Forest sont acceptés à tout autre égard.

Alinéa 2a)

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier et McLachlin: Le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect fondamental de la liberté de religion garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte*. Bien que l'objet de la Loi, la protection de l'enfant, ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, le régime législatif qu'elle met en œuvre et qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant a gravement porté atteinte à leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi. Cette atteinte était toutefois justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. L'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, Iacobucci et Major: La liberté de religion d'un parent, garantie à l'al. 2*a*) de la *Charte*, ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie. Bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, puisqu'elle est assujettie aux restrictions qui sont nécessaires pour préserver les libertés et droits fondamentaux d'autrui. Puisque S.B. n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni à aucune religion, il y a atteinte à sa liberté de conscience qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Bien que l'article premier de la *Charte* puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce puisque

1995 CanLII 115 (SCC)

right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion.

2. *Cross-appeal*

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: While the awarding of costs against an intervening Attorney General acting in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute appears highly unusual, this case appears to have raised special and peculiar problems. The District Court's exercise of discretion, which was supported by the Court of Appeal, should thus not be interfered with.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The cross-appeal with respect to costs should be allowed. While it is true that appellate courts should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, a court of appeal can interfere where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Section 42(1) of the *Supreme Court Act* is aimed solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision, and does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. Awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. Moreover, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants this Court a wide discretion with respect to lower courts' costs orders.

The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is not absolute. Rule 57.01 of the Ontario *Rules of Civil Procedure* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and

le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion.

2. *Pourvoi incident*

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Même si la condamnation aux dépens du procureur général qui intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui conteste la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers. Il n'y a donc pas lieu d'intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district, qui a reçu l'appui de la Cour d'appel.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a lieu d'accueillir le pourvoi incident quant aux dépens. S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, une cour d'appel peut intervenir lorsque ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Le paragraphe 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême* ne vise qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire, et il n'empêche pas notre Cour d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Même si elle relève du pouvoir discrétionnaire judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. De plus, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à notre Cour un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance inférieure.

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue. La règle 57.01 des *Règles de procédure civile* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas

1995 CanLII 115 (SCC)

in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*.

The resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. It is contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and encourage marginal applications for constitutional challenges. While there are clearly cases where the government will be required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome, these cases remain very limited exceptions and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts. As well, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Thus, the District Court judge was correct in not basing his order for costs on the relative resources of the parties.

The District Court judge was also correct in finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General of Ontario. However, misconduct is only one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Consequently, even in the absence of misconduct, a costs order against a successful party could be justified. That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons.

None of the factors considered by the District Court judge and the Court of Appeal in support of the impugned costs order, in and of themselves or considered in totality, justify the costs order against the successful Attorney General of Ontario in the case at hand. First, the District Court judge, in awarding costs against the Attorney General of Ontario, suggested that the "litigation was originally triggered by an act of the state". However, while the fact that a state action is the trigger for a particular litigation may warrant some considera-

échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*.

Les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Il est contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Bien qu'il y ait manifestement des cas où le gouvernement sera tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci, ces cas demeurent des exceptions très limitées et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux. De même, dans ces cas, il est généralement convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. Aussi, le juge de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties.

Le juge de la Cour de district a également eu raison de conclure qu'il n'y avait pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. Cependant, l'inconduite est un seul critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. En conséquence, même en l'absence d'inconduite, la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause pourrait être justifiée. Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir discrétionnaire judiciaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres.

Aucun des facteurs considérés par le juge de la Cour de district et la Cour d'appel pour justifier l'ordonnance relative aux dépens qui est contestée ne justifie, en soi ou dans l'ensemble, la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause en l'espèce. Premièrement, en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario, le juge de la Cour de district a laissé entendre que le «litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État». Toutefois, bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un

1995 CanLII 115 (SCC)

tion in determining how costs are allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. Furthermore, in this case, it was the act of the appellant parents in refusing a blood transfusion for their daughter which originally triggered the litigation. The fact that the parents then challenged the constitutionality of the *Child Welfare Act* provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario, who intervened to defend the constitutionality of that statute. The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Furthermore, there is a general rule that a party granted intervener status in the public interest is neither entitled to nor liable for the costs in the matter.

Second, the District Court judge erred when he stated that the particular importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General of Ontario. While Rule 57.01(1)(*d*) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs, this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party. Furthermore, it is not apparent that this case raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance.

Third, Tarnopolsky J.A.'s reasons at the Court of Appeal, suggesting that an award of costs against the Attorney General of Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*, were not agreed with. The fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is not in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that

litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. De plus, en l'espèce, c'est le refus des parents appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine qui a déclenché initialement le litige. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui est intervenu pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, il existe une règle générale voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait pas droit aux dépens de l'instance, ni ne les assume.

Deuxièmement, le juge de la Cour de district a commis une erreur lorsqu'il a dit que l'importance particulière de l'affaire dont il était saisi justifiait la condamnation aux dépens de l'intervenant le procureur général de l'Ontario. Bien que la règle 57.01(1)*d*) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens, ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause. Par ailleurs, il n'appert pas que la présente affaire soulève des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas.

Troisièmement, on n'a pas souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky de la Cour d'appel, qui laissaient entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Le fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* n'est pas suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autre-

1995 CanLII 115 (SCC)

all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state.

Fourth, the District Court judge noted that this case "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner". However, the fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced cannot be a source of reproach to the Attorney General of Ontario and cannot serve as a basis for the impugned costs order. Besides, it is not evident that the present case was actually unusual in its proceedings.

Finally, even taken together, the factors considered by the District Court judge and Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Lavigne v. Ontario Public Service Employ-*

ment signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens.

Quatrièmement, le juge de la Cour de district a souligné que l'affaire «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue». Toutefois, le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où une nouvelle preuve a été produite ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance en matière de dépens contestée. De plus, il n'est pas évident que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles.

Enfin, même considérés ensemble, les facteurs dont le juge de la Cour de district et le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972); *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992); *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606; *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *E. (Mme) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Lavigne c.*

1995 CanLII 115 (SCC)

ees Union, [1991] 2 S.C.R. 211; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326.

By Iacobucci and Major JJ.

Referred to: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, aff'd [1989] 1 S.C.R. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.), appeal quashed and application to reinstate refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211.

By Lamer C.J.

Considered: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; **referred to:** *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357.

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting on the cross-appeal)

Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801; *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549; *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326;

Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326.

Citée par les juges Iacobucci et Major

Arrêts mentionnés: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140; *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328, conf. par [1989] 1 R.C.S. 1392; *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277; *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.), appel annulé et demande de rétablissement refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.); *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts examinés: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; **arrêts mentionnés:** *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

Citée par le juge Sopinka

Arrêt mentionné: *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente quant au pourvoi incident)

Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada (1986), 56 O.R. (2d) 240; *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801; *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645; *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549; *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110; *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042; *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367; *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326;

1995 CanLII 115 (SCC)

R. v. Corbett, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247; *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2; *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561; *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622; *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374; *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437; *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., No. 1954/76, September 13, 1988; *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Statutes and Regulations Cited

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

R. c. Corbett, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247; *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694; *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2; *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130; *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364; *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264; *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370; *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672; *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252; *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30; *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732; *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89; *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192; *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172; *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271; *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919; *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175; *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622; *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374; *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617; *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26; *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97; *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233; *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., nº 1954/76, 13 septembre 1988; *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145; *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59; *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33; *Janigan c. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5; *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316.

Lois et règlements cités

African Charter on Human and Peoples' Rights, art. 6.
American Convention on Human Rights, art. 7.

1995 CanLII 115 (SCC)

American Declaration of the Rights and Duties of Man, arts. 1, 25.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), (*b*), 3 to 5, 6, 7, 8 to 14, 15, 33.
Child and Family Services Act, 1984, S.O. 1984, c. 55.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, c. 66 [rep. S.O. 1984, c. 55, s. 208], ss. 19(1)(*b*)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, c. 279.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Courts of Justice Act, 1984, S.O. 1984, c. 11, ss. 122, 141(1) [now *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, ss. 109, 131(1)].
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 126(1).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, art. 5(1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, arts. 6, 9(1).
Rules of Civil Procedure, O. Reg. 560/84, r. 57.01(1)(*c*), (*d*), (2).
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 42(1), 47.
United States Constitution, Fourteenth Amendment.
Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3.

Authors Cited

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560.
House of Commons Debates, 1st Sess., 32nd Parl., October 6, 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, affirming a judgment of Whealy Dist. Ct. J. (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, affirming an order of Main Prov. Ct. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, granting wardship of an infant to the Children's Aid Society and an order of Walmsley A.C. Prov. J. (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, terminating the

American Declaration of the Rights and Duties of Man, art. 1, 25.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), *b*), 3 à 5, 6, 7, 8 à 14, 15, 33.
Child Welfare Act, R.S.O. 1980, ch. 66 [abr. L.O. 1984, ch. 55, art. 208], art. 19(1)*b*)(ix), 21, 27, 28(1), (6), (10), (11), (12), 30(1), 37, 41.
Children's Protection Act, R.S.O. 1927, ch. 279.
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 126(1).
Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5(1).
Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille, L.O. 1984, ch. 55.
Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires, L.O. 1984, ch. 11, art. 122, 141(1) [maintenant *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, art. 109, 131(1)].
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 42(1) [mod. 1993, ch. 34, art. 117], 47.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 6, 9(1).
Règles de procédure civile, Règl. de l'Ont. 560/84, r. 57.01(1)*c*), *d*), (2).

Doctrine citée

Bala, Nicholas, and J. Douglas Redfearn. «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274.
Colvin, Eric. «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560.
Débats de la Chambre des communes, 1re sess., 32e lég., 6 octobre 1980, p. 3285.
Orkin, Mark M. *The Law of Costs*, 2nd ed. Aurora: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

POURVOI PRINCIPAL et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93, qui a confirmé un jugement du juge Whealy de la Cour de district (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10, qui avait confirmé une ordonnance du juge Main de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 70, accordant la tutelle d'une mineure à la Children's Aid Society, et une ordonnance du juge en chef adjoint Walmsley de la Cour provinciale (1983), 36 R.F.L. (2d) 80, met-

1995 CanLII 115 (SCC)

wardship. Appeal and cross-appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting on the cross-appeal.

John M. Burns, *W. Glen How*, *Q.C.*, and *David C. Day*, *Q.C.*, for the appellants.

Alexander Duncan, for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, for the respondent the Official Guardian of Ontario.

Janet E. Minor and *Robert E. Charney*, for the respondent the Attorney General for Ontario.

Roslyn J. Levine, *Q.C.*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

1 LAMER C.J. — I have had the benefit of reading the reasons of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. I am in agreement with them with respect to the result of this appeal. For the reasons stated by my colleagues Iacobucci and Major JJ., I agree that the impugned provisions of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, now repealed, do not violate the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. With respect to the analysis under s. 7 of the *Charter*, however, I have arrived at this result for reasons that are different from those of my colleagues. More specifically, I am of the opinion that the liberty interest protected by s. 7 has not been infringed because it includes neither the right of parents to choose (or refuse) medical treatment for their children nor, more generally, the right to bring up or educate their children without undue interference by the state. While this type of liberty ("parental liberty") is important and fundamental within the more general concept of the autonomy or integrity of the family unit, it does not fall within the ambit of s. 7.

tant fin à la tutelle. Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au pourvoi incident.

John M. Burns, *W. Glen How*, *c.r.*, et *David C. Day*, *c.r.*, pour les appelants.

Alexander Duncan, pour l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

Debra Paulseth, pour l'intimé le tuteur public de l'Ontario.

Janet E. Minor et *Robert E. Charney*, pour l'intimé le procureur général de l'Ontario.

Roslyn J. Levine, *c.r.*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai eu l'avantage de prendre connaissance des motifs du juge La Forest, ainsi que des motifs conjoints des juges Iacobucci et Major. Je suis d'accord avec eux quant à l'issue du présent pourvoi. Pour les motifs exprimés par mes collègues les juges Iacobucci et Major, je conviens que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, maintenant abrogée, ne violent pas la liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. En ce qui a trait à l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, j'arrive cependant à ce résultat pour des motifs différents de ceux de mes collègues. Plus particulièrement, je suis d'avis que le droit à la liberté protégé par l'art. 7 n'a pas été violé parce qu'il n'inclut ni le droit des parents de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leurs enfants, ni, d'une façon plus générale, celui d'élever ou d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État. Bien qu'important et fondamental à l'intérieur du concept plus général de l'autonomie ou de l'intégrité de l'unité familiale, ce type de liberté (la «liberté parentale») ne relève pas du champ d'application de l'art. 7.

1995 CanLII 113 (SCC)

The Liberty Interest Protected by s. 7 of the *Charter*

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 500, I clearly expressed my agreement with the opinion of Wilson J., who had said in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 205, that "it is incumbent upon the Court to give meaning to each of the elements, life, liberty and security of the person, which make up the 'right' contained in s. 7". However, in analysing the rights protected by s. 7 of the *Charter*, this Court has often taken an exclusionary approach or has preferred to refrain from expressing an opinion as to the scope of the rights protected and has instead concluded that the impugned legislation complied with the principles of fundamental justice. Although the question in the case at bar could also be disposed of, as Tarnopolsky J.A. of the Court of Appeal did ((1992), 10 O.R. (3d) 321), by holding simply that, assuming that the type of liberty claimed by the appellants is protected by s. 7 of the *Charter*, the impugned statute does not violate the principles of fundamental justice, nevertheless I believe that it is necessary, having regard to the opinion expressed by my colleague La Forest J., to take time to consider the nature of the liberty interest which, in my view, is constitutionally protected in the context of s. 7 of the *Charter*.

With the exception of certain remarks by Wilson J., this Court has never really, up to this point, examined the concept of liberty in s. 7 except in close connection with the context of the criminal or penal law, by which the state takes action, through the courts or other agencies, to create or punish offences or, more generally, to exercise coercive power over certain human activities.

In *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, the appellant, a pastor of a fundamentalist church, educated his children and others in a school program operating in the church basement. He had refused both to send his children to public school and to seek an exemption as required by the Alberta *School Act*. He was charged with several counts of truancy, an offence for which the Act provided for punishment

Le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte*

Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 500, j'ai clairement exprimé mon accord avec l'opinion du juge Wilson qui avait dit, dans *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, à la p. 205, qu'il «incombe à la Cour de préciser le sens de chacun des éléments, savoir la vie, la liberté et la sécurité de la personne, qui constituent le «droit» mentionné à l'art. 7». Toutefois, en procédant à l'analyse des droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*, notre Cour a souvent procédé par exclusion ou encore préféré s'abstenir de se prononcer sur la portée des droits protégés pour plutôt conclure que la législation attaquée respectait les principes de justice fondamentale. Quoique, comme l'a fait le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321), la présente question pourrait également être tranchée en statuant simplement qu'en présumant que le type de liberté dont se réclament les appelants est protégé par l'art. 7 de la *Charte*, la loi contestée ne viole pas les principes de justice fondamentale, je crois néanmoins nécessaire, compte tenu de l'opinion exprimée par mon collègue le juge La Forest, de m'attarder sur la nature du droit à la liberté qui, selon moi, bénéficie d'une protection constitutionnelle dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*.

À l'exception de certaines remarques du juge Wilson, notre Cour n'a, jusqu'à maintenant, jamais vraiment envisagé le concept de liberté de l'art. 7 autrement qu'en relation étroite avec le contexte du droit criminel ou pénal par lequel l'État intervient, par l'entremise des tribunaux ou d'autres organismes, pour criminaliser, punir ou, d'une façon plus générale, exercer un pouvoir de coercition sur certaines activités humaines.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, l'appelant, pasteur d'une église fondamentaliste, éduquait ses enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église. Il avait refusé tant de les envoyer à l'école publique que de demander une exemption comme l'exigeait la *School Act* de l'Alberta. Il a été inculpé en vertu d'accusations de

1995 CanLII 115 (SCC)

by imprisonment in default of payment of the prescribed fine. The appellant argued that the impugned provisions of the Act in issue infringed his freedom of religion as guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter* and deprived him, contrary to s. 7, of his freedom to educate his children as he saw fit, in that the restrictions imposed by the Act with respect to evidence of efficient instruction prevented him from making a full answer and defence.

5 La Forest J., who wrote the reasons for the majority of this Court, concluded that assuming that liberty as used in s. 7 included the right of parents to educate their children as they saw fit, the impugned provisions did not deprive them of that right in a manner that was not in accordance with the principles of fundamental justice. Wilson J., dissenting, concluded, for herself alone, that the "liberty" protected by s. 7 includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs. Referring first to p. 205 of the decision in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, in which she had written, citing a passage from *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), "that the concepts of the right to life, the right to liberty, and the right to security of the person are capable of a broad range of meaning", she then noted, at p. 317, the full and generous interpretation given to the expression "liberty" by the United States Supreme Court, at p. 399 of the decision in *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

> Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

6 She then cited a passage from the comments of Dickson C.J. who wrote, in his examination of the

non-fréquentation scolaire de la part de ses enfants, infraction pour laquelle la loi prévoyait une peine d'emprisonnement, à défaut du paiement de l'amende prescrite. L'appelant a fait valoir que les dispositions contestées de la loi en cause violaient sa liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et le privaient, en violation de l'art. 7, de sa liberté d'éduquer ses enfants comme il l'entendait, en ce que les restrictions imposées par la Loi en matière de preuve de la conformité de son enseignement l'empêchaient d'opposer une défense pleine et entière.

Le juge La Forest qui a rédigé les motifs de notre Cour à la majorité a conclu qu'en présumant que la liberté, au sens de l'art. 7, comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendaient, les dispositions contestées ne les privaient pas de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Pour sa part, le juge Wilson, dissidente, conclut, pour son propre compte seulement, que la «liberté» protégée à l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Se référant d'abord à la p. 205 de l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, où elle avait écrit, en citant un extrait de l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), que «les concepts du droit à la vie, du droit à la liberté et du droit à la sécurité de sa personne peuvent avoir plusieurs acceptions», elle souligne ensuite, à la p. 317, l'interprétation large et généreuse que la Cour suprême des États-Unis a donnée au terme «liberté» à la p. 399 de l'arrêt *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923):

> [TRADUCTION] Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps [. . .] comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

Elle cite ensuite un extrait des commentaires du juge en chef Dickson qui, en examinant le rôle et

1995 CanLII 115 (SCC)

role and scope of s. 1 of the *Charter* in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136:

> The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

Before concluding that the "right to liberty" protected by s. 7 of the *Charter* includes the right of parents to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs, subject to the rights of the community, she added, at p. 318:

> I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such.

In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, this Court undertook a similar examination of the constitutionality of s. 251 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, in relation to the rights protected by s. 7 of the *Charter*. In that case the state, as a general rule, forced a woman, by threat of criminal sanction, to carry the foetus to term. In a few clearly defined, exceptional cases, however, therapeutic abortion was permitted when the criteria and procedural requirements laid down had first been met. However, a woman who underwent an abortion without complying with the criteria and formalities, and the practitioner who procured it, were liable to a sentence of imprisonment.

A majority of this Court concluded, although for varying reasons, that the legislative scheme set

la portée de l'article premier de la *Charte*, écrit dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136:

> Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

Avant de conclure que le «droit à la liberté» protégé par l'art. 7 de la *Charte* inclut, dans la limite du respect des droits de la collectivité, le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, elle ajoute, à la p. 318:

> Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel.

Dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, notre Cour a été amenée à examiner, de façon semblable, la constitutionnalité de l'art. 251 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, en regard des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Dans cette affaire, l'État, d'une façon générale, forçait la femme, sous la menace d'une sanction criminelle, à mener le fœtus à terme. Dans quelques cas exceptionnels bien circonscrits, l'avortement thérapeutique était cependant permis lorsque les critères et exigences procédurales prescrites étaient préalablement remplis. Toutefois, la femme qui subissait l'avortement alors que les critères et formalités n'avaient pas été respectés, de même que le praticien qui le lui procurait, étaient passibles d'une peine d'emprisonnement.

Notre Cour à la majorité a conclu, quoique pour des raisons différentes, que le régime législatif

1995 CanLII 115 (SCC)

forth in s. 251 of the *Code* violated the right to security of the person that is protected by s. 7 of the *Charter* and that the procedural requirements and restrictions laid down in s. 251 permitting a "legal" abortion to be obtained did not comply with the principles of fundamental justice. However, the question of whether the "right to liberty" protected by s. 7 had been violated was not addressed by the majority. Speaking for herself alone, Wilson J. stated that she was of the opinion that s. 251 of the *Code* violated not only the right to security of the person but also the right to liberty, also protected by s. 7, as well as the freedom of conscience guaranteed in s. 2(*a*) of the *Charter*. According to Wilson J., it may be concluded from the purpose of the *Charter* and from s. 7 thereof that the "right to liberty" guarantees to every individual, free from state intervention, a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, in order to preserve the human dignity of individuals and enable them to feel self-worth and exercise self-determination. She based that assertion on her analysis of the American jurisprudence on the subject of liberty, and on the comments of Dickson C.J. in *Oakes*, *supra*, and in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, where he wrote, at p. 346:

> It should also be noted, however, that an emphasis on individual conscience and individual judgment also lies at the heart of our democratic political tradition. The ability of each citizen to make free and informed decisions is the absolute prerequisite for the legitimacy, acceptability, and efficacy of our system of self-government. It is because of the centrality of the rights associated with freedom of individual conscience both to basic beliefs about human worth and dignity and to a free and democratic political system that American jurisprudence has emphasized the primacy or "firstness" of the First Amendment. It is this same centrality that in my view underlies their designation in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as "fundamental". They are the *sine qua non* of the political tradition underlying the *Charter*.

10 Wilson J. concluded, at p. 167: "This conception of the proper ambit of the right to liberty under our

énoncé à l'art. 251 du *Code* violait le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la *Charte* et que les exigences procédurales et les restrictions énoncées à l'art. 251, permettant l'obtention d'un avortement «légal», n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale. La question de la violation du «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'a toutefois pas été abordée par la majorité. S'exprimant en son propre nom seulement, le juge Wilson s'est dite d'avis que l'art. 251 du *Code* violait non seulement le droit à la sécurité de sa personne mais également le droit à la liberté, également protégé par l'art. 7, de même que la liberté de conscience garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Suivant le juge Wilson, l'objet de la *Charte* et de son art. 7 permettent de conclure que le «droit à la liberté» garantit à chaque individu, sans intervention de l'État, une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes et fondamentales touchant intimement à sa vie privée afin de préserver sa dignité humaine, de lui faire prendre conscience de sa propre valeur et d'assurer son autonomie. Elle fonde cette affirmation sur l'analyse qu'elle fait de la jurisprudence américaine traitant de la liberté et sur les commentaires du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Oakes*, précité, et dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, où il écrit, à la p. 346:

> Toutefois, il faut aussi remarquer que l'insistance sur la conscience et le jugement individuels est également au cœur de notre tradition politique démocratique. La possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées constitue la condition sine qua non de la légitimité, de l'acceptabilité et de l'efficacité de notre système d'auto-détermination. C'est précisément parce que les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique, que la jurisprudence américaine a insisté sur la primauté ou la prééminence du Premier amendement. À mon avis, c'est pour cette même raison que la *Charte canadienne des droits et libertés* parle de libertés «fondamentales». Celles-ci constituent le fondement même de la tradition politique dans laquelle s'insère la *Charte*.

Le juge Wilson conclut, à la p. 167: «Cette conception de la portée qu'il convient de donner au

Charter is consistent with the American jurisprudence on the subject." She recognized, however, that care must undoubtedly be taken to avoid a mechanical application of concepts developed in different cultural and constitutional contexts.

Thus, relying primarily on the comments of Dickson C.J. in *R. v. Oakes* and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* and on the American experience which, with the Fifth and Fourteenth Amendments, has given a broad interpretation to the concept of "liberty" and elevated the concept of the "integrity of the family unit" and of "parental rights" to the constitutional level, Wilson J. in *Jones* and *Morgentaler* expressly extended the ambit of the concept of the "right to liberty" in s. 7 to include protection of parents' right to bring up and educate their children in accordance with their conscientious beliefs and a woman's right to decide to terminate a pregnancy. I would note, however, that in both these cases the factual context in which Wilson J. made these comments was one in which the state was interfering in individual and personal choices in order to turn particular behaviour into a criminal offence.

To resolve the instant appeal my colleague La Forest J. proposes an approach analogous to the one adopted by Wilson J. I cannot concur in this interpretation, which is in my opinion, and I say this with great respect, wrong for several reasons.

First, I have already stated at p. 498 of *Re B.C. Motor Vehicle Act* and at p. 1171 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, that I rejected the application of the series of American decisions to the interpretation of s. 7 and the definition of the expression "liberty" in the context of our *Charter*, because those decisions were made in a specific historical context which, *inter alia*, does not have either s. 52 of the *Constitution Act* or the internal checks and balances of ss. 1 and 33 of the *Charter*, nor even an equivalent of s. 7 itself. In addition, these decisions ignore the fundamental differences in the structure and formulation of the two constidroit à la liberté sous le régime de notre *Charte* est conforme à la jurisprudence américaine sur le sujet.» Elle reconnaît cependant qu'il faut sans doute prendre garde d'appliquer mécaniquement des concepts élaborés dans des contextes culturels et constitutionnels différents.

Ainsi, s'appuyant principalement sur les commentaires du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes* et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et sur l'expérience américaine qui, avec les Cinquième et Quatorzième amendements, a donné une interprétation large au concept de «liberté» pour y élever la notion «d'intégrité de l'unité familiale» et de «droits parentaux» au niveau constitutionnel, le juge Wilson a, dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler*, explicitement étendu la portée du concept de «droit à la liberté» de l'art. 7 à la protection du droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances, et à celle du droit, pour la femme, de décider d'interrompre une grossesse. Je soulignerai toutefois que, dans ces deux arrêts, les commentaires du juge Wilson ont été faits dans un contexte factuel où l'État empiétait sur les choix individuels et personnels pour ériger en infraction criminelle un comportement déterminé. 11

Pour la solution du présent pourvoi, mon collègue le juge La Forest propose une approche analogue à celle adoptée par le juge Wilson. Je ne peux concourir à cette interprétation qui, soit dit en toute déférence, est à mon avis erronée pour plusieurs raisons. 12

D'une part, j'ai déjà mentionné, à la p. 498 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, et à la p. 1171 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, que je rejetais l'application de la série de décisions américaines à l'interprétation de l'art. 7 et à la définition du terme «liberté» dans le contexte de notre *Charte* parce que celles-ci ont été rendues dans un contexte historique particulier où on ne trouve ni l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ni le contrôle interne de l'article premier et de l'art. 33 de la *Charte*, ni l'équivalent de l'art. 7 lui-même. De plus, ces décisions ignorent les différences fondamentales de structure et de formula- 13

1995 CanLII 115 (SCC)

tutions, which mandate distinct interpretations. Moreover, while I do not deny the wisdom and accuracy of the various comments by Dickson C.J., cited earlier by Wilson J. and in the present case by La Forest J., I am nonetheless of the view that those comments must be given limited application in analysing and interpreting s. 7 of the *Charter*. They must be seen in the context in which they were written. In the comment cited from *Oakes*, Dickson C.J. listed various essential values and principles that must guide the courts in interpreting *Charter* provisions. I note that those values and principles are essentially connected with the fundamental freedoms and various categories of rights found in the *Charter*. It therefore appears to me that Dickson C.J. was speaking primarily of the purpose of the *Charter* when taken as a whole. Moreover, his comment cited from *Big M Drug Mart Ltd.* refers expressly to the ability of each citizen to make free and informed decisions as aspects of the right to freedom of conscience.

14 I do not believe that the mere presence of the word "liberty" in s. 7 means that we can transpose these comments by Dickson C.J. into that section without distinction or nuance. Not all individual freedoms are recognized, a priori, as fundamental values of our society. The text of s. 1 in no way suggests this; it says simply that "[t]he *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it . . ." (emphasis added). With due respect for the contrary opinion, I am not prepared to recognize that, by including the expression "right to liberty" in s. 7, the framers of the *Charter* intended to protect "liberty" in its broadest sense or in all its dimensions. The comments made by Dickson C.J. are certainly very proper and apposite but they are most meaningful when we consider them in reference to the principles that must guide the courts in interpreting the freedoms set out in the *Charter*. In my view, those freedoms are the freedoms guaranteed in particular by ss. 2 and 6. The other provisions, as their very wording indicates, refer to rights, although it is

tion entre les deux constitutions, lesquelles commandent des interprétations distinctes. Par ailleurs, sans nier la sagesse et la justesse des différents commentaires du juge en chef Dickson, cités antérieurement par le juge Wilson et, en l'espèce, par le juge La Forest, je suis néanmoins d'avis que ceux-ci doivent recevoir une application limitée lors de l'analyse et de l'interprétation de l'art. 7 de la *Charte*. Ils doivent être replacés dans le contexte dans lequel ils ont été écrits. Dans le commentaire rapporté de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson rappelle différentes valeurs et principes essentiels qui doivent guider les tribunaux lors de l'interprétation des dispositions de la *Charte*. Or, je constate que cette énumération se rattache essentiellement aux libertés fondamentales et aux différentes catégories de droits qui figurent dans la *Charte*. Il m'apparaît donc que le juge en chef Dickson s'est d'abord exprimé sur l'objet de la *Charte* considérée dans son ensemble. En outre, dans son commentaire tiré de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, il mentionne explicitement la possibilité qu'a chaque citoyen de prendre des décisions libres et éclairées en tant qu'aspects du droit à la liberté de conscience.

Je ne crois pas que la simple présence du terme «liberté» dans le texte de l'art. 7 permette, sans distinction ni nuance, d'y transposer ces propos du juge en chef Dickson. Ce ne sont pas toutes les libertés individuelles qui, a priori, sont reconnues comme des valeurs fondamentales de notre société. Le texte de l'article premier ne laisse rien entendre de tel; il dit simplement que «[l]a *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés» (je souligne). En toute déférence pour l'opinion contraire, je ne suis pas disposé à reconnaître que, par l'inclusion de l'expression «droit à la liberté» à l'art. 7, les rédacteurs de la *Charte* ont voulu protéger la «liberté» dans son sens le plus large ou dans toutes ses dimensions. Les commentaires du juge en chef Dickson sont certes très justes et pertinents mais ils prennent toute leur signification dans la mesure où ils renvoient aux principes qui doivent guider les tribunaux dans l'interprétation des libertés énoncées dans la *Charte*. À mon avis, ces libertés sont celles garanties notamment par les art. 2 et 6. Les autres

1995 CanLII 115 (SCC)

possible that a number of them could ground certain freedoms. Thus the "right to liberty" protected by s. 7 is not, within the meaning of the *Charter*, a fundamental freedom of the individual; it is a fundamental right which may be limited only in accordance with the principles of fundamental justice.

Although it is recognized that through judicial interpretation the courts are called upon to play an important creative and necessary role, which indeed enables the law to change and adapt constantly to our society, nevertheless such interpretation must be strictly limited and circumscribed by the guidelines laid down by the Constitution or the legislation that our country, through its elected leaders and representatives, has adopted. Thus while, as this Court has repeatedly said, we must adopt a large and liberal interpretation of the *Charter*, this does not in any way mean that its provisions can be given whatever interpretation might be deemed useful or convenient. The flexibility of the principles it expresses does not give us authority to distort their true meaning and purpose, nor to manufacture a constitutional law that goes beyond the manifest intention of its framers. I am therefore entirely in agreement with McIntyre J., who wrote, at p. 394 of *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313:

> . . . while a liberal and not overly legalistic approach should be taken to constitutional interpretation, the *Charter* should not be regarded as an empty vessel to be filled with whatever meaning we might wish from time to time.

This Court has already held that the purposive method of interpretation must be adopted when we are seeking to define the nature and scope of a freedom or right guaranteed by the *Charter*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, Dickson J. stated, at p. 344:

> This Court has already, in some measure, set out the basic approach to be taken in interpreting the *Charter*. In *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, this

dispositions, comme l'indique leur texte même, visent plutôt des droits, même s'il est possible qu'un certain nombre d'entre eux puissent sous-tendre certaines libertés. Ainsi, le «droit à la liberté» garanti par l'art. 7 n'est pas, au sens de la *Charte*, une liberté fondamentale de l'individu; c'est un droit fondamental qui ne peut être restreint qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Même s'il est reconnu que les cours de justice, par le biais de l'interprétation judiciaire, sont appelées à jouer un rôle créatif important et nécessaire qui permet, certes, l'évolution du droit et son adaptation constante à notre société, il demeure néanmoins que cette interprétation doit être strictement limitée et encadrée par les balises fixées par la Constitution ou les lois dont s'est doté notre pays par l'entremise de ses dirigeants et représentants élus. Ainsi, quoiqu'il faille, comme notre Cour l'a souvent répété, adopter une interprétation large et libérale de la *Charte*, il n'en découle pas pour autant que ses dispositions peuvent recevoir toute interprétation que l'on pourrait juger utile ou opportun de leur donner. La souplesse des principes qu'elle véhicule ne nous autorise pas à en dénaturer le sens et l'objet véritables, ou encore à forger un droit constitutionnel qui outrepasse l'intention manifeste de ses rédacteurs. Je suis donc entièrement d'accord avec le juge McIntyre qui, à la p. 394 du *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, écrivait:

> . . . bien qu'il faille adopter une attitude libérale et pas trop formaliste en matière d'interprétation constitutionnelle, la *Charte* ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner.

Notre Cour a déjà jugé que le mode d'interprétation en fonction de l'objet visé doit être adopté lorsque l'on cherche à circonscrire la nature et la portée d'une liberté ou d'un droit garanti par la *Charte*. Dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, le juge Dickson déclare, à la p. 344:

> Cette Cour a déjà, dans une certaine mesure, énoncé la façon fondamentale d'aborder l'interprétation de la *Charte*. Dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2

1995 CanLII 115 (SCC)

Court expressed the view that the proper approach to the definition of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* was a purposive one. The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect. [Emphasis in original.]

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*. The interpretation should be, as the judgment in *Southam* emphasizes, a generous rather than a legalistic one, aimed at fulfilling the purpose of the guarantee and securing for individuals the full benefit of the *Charter's* protection. [Emphasis added.]

17 Thus the wording of the provision, its structure, the context in which it is found, the relationship there may be between it and the other provisions, as well as the historical context in which the *Charter* was adopted, are all factors that must be taken into consideration in seeking to identify the purpose of a protected right or freedom, in order to preserve the coherence of the entire constitutional text and maintain the integrity of the intention of Parliament. A proper and prudent interpretation of the *Charter* is especially necessary because it is a constitutional document of great import that cannot be altered by a mere statutory amendment if this Court were to misunderstand or err as to the scope of the rights and freedoms to which exceptional protection is afforded.

18 Section 7 of the *Charter* provides:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

and the French version reads as follows:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit

R.C.S. 145, la Cour a exprimé l'avis que la façon d'aborder la définition des droits et des libertés garantis par la *Charte* consiste à examiner l'objet visé. Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. Comme on le souligne dans l'arrêt *Southam*, l'interprétation doit être libérale plutôt que formaliste et viser à réaliser l'objet de la garantie et à assurer que les citoyens bénéficient pleinement de la protection accordée par la *Charte*. [Je souligne.]

Ainsi, le texte de la disposition, sa structure, le contexte dans lequel elle s'insère, le rapport qui peut exister entre elle et les autres dispositions, de même que le contexte historique de l'adoption de la *Charte* sont tous des éléments qui doivent être pris en considération lors de la recherche de l'objet d'un droit ou d'une liberté protégés afin de préserver la cohérence de l'ensemble du texte constitutionnel et de conserver l'intégrité de l'intention du législateur. Une interprétation juste et prudente de la *Charte* est d'autant plus importante qu'il s'agit d'un document constitutionnel de très grande valeur qui ne peut être modifié par simple amendement législatif si notre Cour devait se méprendre ou se tromper sur la portée des droits et libertés auxquels une protection exceptionnelle est accordée.

L'article 7 de la *Charte* prévoit:

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

et la version anglaise se lit de la façon suivante:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof

1995 CanLII 115 (SCC)

qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

This section contains only three distinct rights, which may be dealt with independently: the right to life, the right to liberty and the right to security of the person (*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at pp. 204-5; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 500; and *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 52). As I said in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 501:

The principles of fundamental justice, on the other hand, are not a protected interest, but rather a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person.

As a qualifier, the phrase serves to establish the parameters of the interests but it cannot be interpreted so narrowly as to frustrate or stultify them. [Emphasis added.]

Thus, on the one hand, s. 7 means that the protection afforded to these rights is not absolute; the state may limit them as long as it does so in accordance with the principles of fundamental justice. On the other hand, the connection drawn between the principles of fundamental justice and the protected rights must be an indication of the nature and scope of the rights protected. The liberty in question must therefore be one that may be limited through the operation of some mechanism that involves and actively engages the principles of fundamental justice. Principles of fundamental justice pertain to the justice system. They are designed to govern both the means by which one may be brought before the judicial system and the conduct of judges and other actors once the individual is brought within it. Apart from a situation in which the state engages the judicial system, it is difficult to think of an application for the principles of fundamental justice. As I said at p. 503 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*:

. . . the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent

except in accordance with the principles of fundamental justice.

Cet article ne comprend que trois droits distincts qui peuvent être traités séparément: le droit à la vie, le droit à la liberté et le droit à la sécurité de la personne (*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, aux pp. 204 et 205, *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 500, et *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 52). Comme je le mentionne dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 501: 19

Les principes de justice fondamentale, d'autre part, constituent non pas un intérêt protégé, mais plutôt un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne.

À titre de modificatif, cette expression sert à établir les paramètres des intérêts, mais elle ne peut être interprétée étroitement au point de les rendre inutiles ou vides de sens. [Je souligne.]

L'article 7 signifie donc, d'une part, que la protection accordée à ces droits n'est pas absolue; l'État peut les restreindre, mais cette atteinte ne sera justifiée que dans la mesure où elle est conforme aux principes de justice fondamentale. D'autre part, le lien entre les principes de justice fondamentale et les droits protégés doit être un indice de la nature et de la portée des droits protégés. En l'espèce, il doit donc s'agir d'une liberté qui peut être restreinte par l'intervention d'un mécanisme qui fait appel aux principes de justice fondamentale et qui les engage activement. Les principes de justice fondamentale évoquent le système d'administration de la justice. Ils sont destinés à régir tant la façon dont une personne peut être amenée devant le système judiciaire que la conduite des juges et des autres intervenants lorsque l'individu se retrouve devant ce système. En dehors d'un contexte où l'État fait appel à l'appareil judiciaire, il est difficile de trouver une application aux principes de justice fondamentale. Comme je l'affirme, à la p. 503 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*: 20

. . . les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public

1995 CanLII 115 (SCC)

domain of the judiciary as guardian of the justice system. [Emphasis added.]

21 At pages 1173-74 of *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.), supra*, I also expressed the opinion that "[t]he interests protected by s. 7 are those that are properly and have been traditionally within the domain of the judiciary" and, more specifically, when the state "invokes the judiciary to restrict a person's physical liberty through the use of punishment or detention, when it restricts security of the person, or when it restricts other liberties by employing the method of sanction and punishment traditionally within the judicial realm" (emphasis added). I have not changed my opinion. Since the principles of fundamental justice are elements that are essentially within the domain of the justice system, the type of liberty s. 7 refers to must be the liberty that may be taken away or limited by a court or by another agency on which the state confers a coercive power to enforce its laws. In other words, s. 7 actively engages the principles of fundamental justice and demands that the state respect them when it intends to infringe on the right to life, liberty or security of the person. It is judges who invented and developed the concept of "fundamental justice". That concept, I repeat, essentially involves the judicial system and the decision-making bodies whose decisions are enforceable and are supported through the state's coercive power. The principles of fundamental justice must therefore be capable of being relevant to the rights that s. 7 is designed to protect. They must be capable of being implicated in the restriction of the rights set out otherwise these rights cannot be guaranteed. Accordingly, the subject matter of s. 7 must be the conduct of the state when the state calls on law enforcement officials to enforce and secure obedience to the law, or invokes the law to deprive a person of liberty through judges, magistrates, ministers, board members, etc.

22 With due respect for the contrary opinion, I am still convinced that the nature of the rights guaranteed by s. 7, taken as a whole, and the close con-

en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. [Je souligne.]

Aux pages 1173 et 1174 du *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, j'exprime également l'opinion que «[l]es intérêts protégés par l'art. 7 sont ceux qui relèvent traditionnellement et à proprement parler du pouvoir judiciaire» et, plus particulièrement lorsque l'État «recourt au pouvoir judiciaire pour restreindre la liberté physique d'une personne, par l'imposition d'une peine ou par la détention, lorsqu'il restreint la sécurité de la personne ou lorsqu'il restreint d'autres libertés en employant un mode de sanction et de peine qui relève traditionnellement du domaine judiciaire» (je souligne). Je n'ai pas changé d'opinion. Les principes de justice fondamentale étant des éléments qui relèvent essentiellement du système d'administration de la justice, le type de liberté visé par l'art. 7 doit être celui qui peut être retiré ou restreint par une cour de justice ou par un autre organisme auquel l'État confie un pouvoir de coercition permettant d'assurer le respect de ses lois. En d'autres termes, l'art. 7 engage, de façon active, les principes de justice fondamentale et commande à l'État de les respecter lorsqu'il entend porter atteinte aux droits à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Ce sont les juges qui ont inventé et élaboré le concept de «justice fondamentale», lequel, je le répète, implique essentiellement l'appareil judiciaire et les organismes décisionnels dont les décisions sont exécutoires grâce au pouvoir coercitif de l'État. Il faut donc que les principes de justice fondamentale puissent être pertinents quant aux droits que l'art. 7 entend protéger. Ils doivent pouvoir être impliqués dans la restriction des droits énoncés, sinon ces droits ne peuvent être garantis. Par conséquent, l'art. 7 doit viser le comportement de l'État lorsque celui-ci intervient par des forces répressives pour assurer l'application et le respect des lois ou lorsqu'il invoque la loi pour priver une personne de sa liberté par l'entremise des juges, magistrats, ministres, commissaires, etc.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je demeure convaincu que la nature de l'ensemble des droits garantis par l'art. 7 et la relation étroite

1995 CanLII 115 (SCC)

nection established between those rights and the principles of fundamental justice, necessarily mean that this constitutional protection is connected with the physical dimension of the word "liberty", which can be lost through the operation of the legal system. In a majority of cases, therefore, this protection is specific to our criminal or penal justice system and is triggered primarily by the operation of that system. I say a majority of cases, here, because I recognize, as Prof. Eric Colvin noted at p. 584 of his article "Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 560, that it is possible to imagine limited circumstances in which an individual could be deprived of his or her liberty otherwise than by the application of the criminal or penal law. For example, Prof. Colvin refers to the civil processes for restraining a mentally disordered person or isolating a contagious person. In any event in my view, the principle that must be adopted is that generally speaking s. 7 was not designed to protect even fundamental individual freedoms if those freedoms have no connection with the physical dimension of the concept of "liberty". There are other provisions in the *Charter* that perform that function.

Moreover, at p. 512 of *Re B.C. Motor Vehicle Act*, I also pointed out the close connection between ss. 8 to 14 and s. 7, in that they deal with specific infringements of the right to life, liberty and security of the person which offend the principles of fundamental justice and which therefore violate s. 7. These sections are therefore intended to illustrate, although not exhaustively, certain parameters of the nature of the rights protected by s. 7, which is a more general provision. Not only do these sections refer clearly and directly to various phases and aspects of the criminal justice process, which is the ultimate example of a system for depriving a person of liberty or limiting his or her liberty, but they also appear under the heading "Legal Rights".

In *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, Estey J. examined the role of headings in interpreting the *Charter*. He concluded, at pp. 376-77:

établie entre ces droits et les principes de justice fondamentale commandent que cette protection constitutionnelle soit reliée à la dimension physique du terme «liberté», laquelle peut être perdue par l'intervention du système juridique. Dans la majorité des cas, cette protection est donc spécifique à notre système de justice criminelle ou pénale et déclenchée principalement par son intervention. Je dis ici dans la majorité des cas parce que je reconnais, comme le mentionne le professeur Eric Colvin, à la p. 584 de son article «Section Seven of the Canadian Charter of Rights and Freedoms» (1989), 68 *R. du B. can.* 560, qu'il est possible d'envisager des circonstances limitées où l'individu pourra être privé de sa liberté autrement que par l'application du droit criminel ou pénal. À titre d'exemple, le professeur Colvin mentionne les procédures civiles permettant de détenir une personne souffrant de troubles mentaux ou d'isoler un malade contagieux. Quoi qu'il en soit, le principe qu'il faut à mon avis retenir est que, d'une façon générale, l'art. 7 n'est pas conçu pour protéger les libertés individuelles, même fondamentales, si celles-ci n'ont aucun lien avec la dimension physique du concept de «liberté». D'autres dispositions de la *Charte* assurent cette fonction.

23 Par ailleurs, je souligne également, à la p. 512 du *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, le lien étroit entre les art. 8 à 14 et l'art. 7, en ce qu'ils visent des atteintes spécifiques aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qui contreviennent aux principes de justice fondamentale et qui, en tant que telles, violent l'art. 7. Sans être limitatifs, ces articles doivent donc illustrer certains paramètres de la nature des droits protégés par la disposition plus générale qu'est l'art. 7. Or, non seulement ces articles visent-ils clairement et directement différents aspects et phases du processus de justice criminelle, système par excellence pour priver ou limiter la liberté, mais encore sont-ils chapeautés de la rubrique «Garanties juridiques».

24 Dans *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, le juge Estey a examiné le rôle des rubriques dans l'interprétation de la *Charte*. Il conclut, aux pp. 376 et 377:

1995 CanLII 115 (SCC)

It is clear that these headings were systematically and deliberately included as an integral part of the *Charter* for whatever purpose. At the very minimum, the Court must take them into consideration when engaged in the process of discerning the meaning and application of the provisions of the *Charter*. The extent of the influence of a heading in this process will depend upon many factors including (but the list is not intended to be all-embracing) the degree of difficulty by reason of ambiguity or obscurity in construing the section; the length and complexity of the provision; the apparent homogeneity of the provision appearing under the heading; the use of generic terminology in the heading; the presence or absence of a system of headings which appear to segregate the component elements of the *Charter*; and the relationship of the terminology employed in the heading to the substance of the headlined provision. . . .

At a minimum the heading must be examined and some attempt made to discern the intent of the makers of the document from the language of the heading. [Emphasis added.]

Il est manifeste que, quel qu'en soit le but, ces rubriques ont été ajoutées de façon systématique et délibérée de manière à faire partie intégrante de la *Charte*. La Cour doit, à tout le moins, en tenir compte pour déterminer le sens et l'application des dispositions de la *Charte*. L'influence qu'aura une rubrique sur ce processus dépendra de plusieurs facteurs dont (sans que cette énumération se veuille exhaustive) la difficulté d'interpréter l'article à cause de son ambiguïté ou de son obscurité, la longueur et la complexité de la disposition, l'homogénéité apparente de la disposition qui suit la rubrique, l'emploi de termes génériques dans la rubrique, la présence ou l'absence d'un ensemble de rubriques qui semblent séparer les divers éléments de la *Charte* et le rapport qui existe entre la terminologie employée dans la rubrique et le contenu de la disposition qui la suit. . .

Il faut à tout le moins examiner la rubrique et, à partir de son texte, tenter de discerner l'intention des rédacteurs du document. [Je souligne.]

25 The *Charter* includes a body of headings which, in my view, make it not only easier to read but also to separate and group its various elements. Thus we have the headings "Guarantee of Rights and Freedoms" (s. 1), "Fundamental Freedoms" (s. 2), "Democratic Rights" (ss. 3 to 5), "Mobility Rights" (s. 6), "Legal Rights" (ss. 7 to 14), "Equality Rights" (s. 15) and so on. The close relationship between the terminology used in the various headings and the substance of the provisions that follow each heading indicates, first, that the framers of the *Charter* clearly had in mind creating different categories of rights and freedoms, and second, that the meaning, scope and nature of the rights set forth must be different. Accordingly, we note that two headings, "Fundamental Freedoms" and "Mobility Rights" ("*Liberté de circulation et d'établissement*" in the French version), refer specifically to "freedom" in the sense of the ability of every individual to choose, act or "be" as he or she sees fit, free of any constraints. The other headings refer to different categories of rights.

La *Charte* comprend un ensemble de rubriques qui, à mon sens, permettent non seulement d'en faciliter la lecture mais également d'en séparer et regrouper les divers éléments. Ainsi retrouve-t-on les rubriques «Garantie des droits et libertés» (article premier), «Libertés fondamentales» (art. 2), «Droits démocratiques» (art. 3 à 5), «Liberté de circulation et d'établissement» (art. 6), «Garanties juridiques» (art. 7 à 14), «Droits à l'égalité» (art. 15), etc. Le rapport étroit entre la terminologie des différentes rubriques et le contenu des dispositions qui suivent chacune d'elles indique, d'une part, que les rédacteurs de la *Charte* ont clairement envisagé de créer différentes catégories de droits et libertés et, d'autre part, que le sens, la portée et la nature des droits énoncés doivent être différents. On remarque dès lors que deux rubriques, soit «Libertés fondamentales» et «Liberté de circulation et d'établissement», visent spécifiquement la «liberté» au sens de la faculté qu'a l'individu de choisir, d'agir, ou «d'être» comme il l'entend, en l'absence de toute contrainte. Les autres rubriques visent différentes catégories de droits.

26 Not only are the freedoms that the *Charter* expressly recognizes and identifies as fundamental grouped under a single heading, but they are also found within a single section (s. 2) which enumer-

Les libertés expressément reconnues et qualifiées de fondamentales par la *Charte* sont non seulement regroupées sous une même rubrique, mais également contenues à l'intérieur d'un même arti-

1995 CanLII 115 (SCC)

ates them in general terms that allow for inclusion of a great diversity of more specific "freedoms" reflecting the fundamental values of our society. Under s. 1, these freedoms are "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". The language of s. 2 also clearly indicates that it is intended to be exhaustive. It does not provide that "Everyone has the following fundamental freedoms, in particular", it states that "Everyone has the following fundamental freedoms" (emphasis added).

cle (art. 2) qui les énumère dans des termes généraux qui permettent d'y inclure une grande diversité de «libertés» plus spécifiques reflétant les valeurs fondamentales de notre société. Aux termes de l'article premier, ces libertés «ne peuvent être restreint[e]s que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». L'article 2 est également rédigé dans des termes qui indiquent clairement son caractère limitatif. Il ne prévoit pas que «Chacun a, notamment, les libertés fondamentales suivantes», il énonce que «Chacun a les libertés fondamentales suivantes» (je souligne).

With great respect for the contrary opinion, I am unable to believe that the framers would have limited the types of fundamental freedoms to which they intended to extend constitutional protection in such explicit terms, in s. 2, and then, in s. 7, conferred "general" protection by using a generic expression which would, unless its meaning were limited, include the freedoms already protected by ss. 2 and 6, as well as all freedoms that were not listed. This approach is clearly contrary to the principles of legislative drafting that require that a general provision be placed before the provisions for its specific application. Moreover, if s. 7 were to include any type of freedom whatever, provided that it could be described as fundamental, we might seriously question the need for and purpose of s. 2. Either it is redundant, or s. 7 should then be considered to be a residual provision so that we can make up for anything that Parliament may have left out.

En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis incapable de me convaincre que les rédacteurs ont pu, à l'art. 2, limiter dans des termes aussi explicites les types de libertés fondamentales auxquels ils entendaient assurer une protection constitutionnelle pour ensuite accorder, à l'art. 7, une protection «générale» par l'utilisation d'un terme générique qui, à moins d'en restreindre le sens, inclurait de toute évidence les libertés déjà protégées par les art. 2 et 6, de même que toutes celles qui n'ont pas été énumérées. Cette façon de faire va clairement à l'encontre des principes de rédaction législative qui commandent qu'une disposition générale soit placée devant ses dispositions d'application particulière. Par ailleurs, si l'art. 7 devait inclure tout type de liberté, pourvu qu'elle puisse être qualifiée de fondamentale, l'on pourrait se questionner sérieusement sur la pertinence et la raison d'être de l'art. 2. Ou bien il s'agit d'une redondance, ou bien l'art. 7 devrait alors être considéré comme une disposition résiduaire permettant de palier aux oublis du législateur.

With due respect for Wilson J., I believe that her reasons in *Jones* and *Morgentaler* reveal the difficulty caused by this approach. First, at p. 319 of the decision in *Jones*, she concluded that s. 7 includes the right of a parent to bring up and educate one's children in accordance with one's conscientious beliefs. Section 2(*a*) of the *Charter* itself expressly protects freedom of conscience and religion. Second, in *Morgentaler*, she concluded that s. 251 of the *Criminal Code* infringes the right

En toute déférence pour le juge Wilson, je crois que ses motifs dans les arrêts *Jones* et *Morgentaler* font ressortir la difficulté que soulève cette approche. D'une part, elle conclut, à la p. 319 de l'arrêt *Jones*, que l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Or, l'alinéa 2*a*) de la *Charte* protège explicitement la liberté de conscience et de religion. D'autre part, elle conclut, dans l'arrêt *Morgentaler*, que l'art. 251 du *Code*

1995 CanLII 115 (SCC)

to liberty set out in s. 7 which guarantees everyone a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting his or her private life, and she then stated, at pp. 175-76:

> In my view, the deprivation of the s. 7 right with which we are concerned in this case offends s. 2(*a*) of the *Charter*. I say this because I believe that the decision whether or not to terminate a pregnancy is essentially a moral decision, a matter of conscience. [Emphasis added.]

29 She therefore concluded, for the same reasons but using different words, that s. 251 of the *Code* also violated the freedom of conscience protected by s. 2(*a*). Finally, at pp. 179-80, she added:

> Accordingly, for the state to take sides on the issue of abortion, as it does in the impugned legislation by making it a criminal offence for the pregnant woman to exercise one of her options, is not only to endorse but also to enforce, on pain of a further loss of liberty through actual imprisonment, one conscientiously-held view at the expense of another. . . .
>
> Legislation which violates freedom of conscience in this manner cannot, in my view, be in accordance with the principles of fundamental justice within the meaning of s. 7. [Emphasis added.]

30 With due respect for the contrary opinion, these comments clearly show, in my view, the practical difficulty that arises from this interpretation. In any situation that could potentially fall within the ambit of s. 2, that same freedom would also be covered by s. 7. For example, we may ask what the legal solution would have been if, in *Jones*, the appellant had argued that the impugned legislative provisions violated his freedom of conscience, which is protected by s. 2(*a*), and his parental liberty, which is protected by s. 7. This situation would mean not only that the legislative foundation would be duplicated, but also that two distinct levels of analysis would have to be applied to assess the justification for the restriction that would render the impugned legislation valid. I do

criminel porte atteinte au droit à la liberté énoncé à l'art. 7 qui garantit à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur les décisions importantes touchant intimement à sa vie privée puis, elle affirme, aux pp. 175 et 176:

> À mon avis, l'atteinte au droit conféré par l'art. 7 qui nous intéresse en l'espèce enfreint l'al. 2*a*) de la *Charte*. Si je dis ceci, c'est que je crois que la décision d'interrompre ou non une grossesse est essentiellement une décision morale, une question de conscience. [Je souligne.]

Elle conclut donc, pour les mêmes motifs mais en utilisant d'autres mots, que l'art. 251 du *Code* viole également la liberté de conscience protégée par l'al. 2*a*). Elle ajoute enfin, aux pp. 179 et 180:

> Par conséquent, lorsque l'État prend parti sur la question de l'avortement, comme il le fait dans la loi contestée en incriminant l'exercice par la femme enceinte d'une de ses options, non seulement il adopte mais aussi il impose, sous peine d'une autre perte de liberté par emprisonnement, une opinion dictée par la conscience des uns aux dépens d'une autre. . .
>
> Une loi qui viole la liberté de conscience de cette manière ne saurait, à mon avis, être conforme aux principes de justice fondamentale au sens de l'art. 7. [Je souligne.]

En toute déférence pour l'opinion contraire, ces énoncés démontrent bien, à mon avis, la difficulté pratique que pose une telle interprétation. Dans toute situation relevant potentiellement du champ d'application de l'art. 2, cette même liberté serait également visée par l'art. 7. Par exemple, on peut se demander quelle aurait été la solution juridique si, dans l'affaire *Jones*, l'appelant avait allégué que les dispositions législatives contestées violaient sa liberté de conscience protégée par l'al. 2*a*) et sa liberté parentale protégée par l'art. 7. Cette situation engendrerait non seulement un dédoublement du fondement législatif mais également l'application concurrente de deux niveaux d'analyse distincts quant à la justification de la restriction pour valider la législation attaquée. Je ne crois pas que

1995 CanLII 115 (SCC)

not believe that this could have been Parliament's intention when it enacted ss. 2 and 7.

Others may try to explain this situation by arguing that s. 2, unlike s. 7, applies solely to the freedoms set out therein and differs from s. 7 in that it says nothing about the principles of fundamental justice applying so that an infringement of those freedoms may be legitimized. First, this is forgetting the existence of s. 1 which, to a large extent, plays a role equivalent to the role played by the principles of fundamental justice in s. 7: it circumscribes the extent to which the state may take action to limit the rights and freedoms protected. It is also forgetting that in most circumstances it is practically impossible to establish a relationship between the principles of fundamental justice and the type of freedoms listed in s. 2, other than by restricting the protection to circumstances in which it is appropriate. For example, the appellants in the case at bar argued that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* that allow for temporary legal custody of their child to be awarded to the Children's Aid Society violate their freedom of religion. In view of the fact that the statute provides that judicial authorization must first be obtained, it would be possible, in this precise context, to examine whether the infringement of freedom of religion complied with the principles of fundamental justice. But what principles of fundamental justice could be invoked, for example, if a statute limited freedom of expression by banning, on pain of payment of a fine, any statement concerning a member of a political body? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute banned, on pain of payment of a fine, any manifestation of religious convictions in a public place? What principles of fundamental justice could be invoked if a statute compelled me to have at least three children so that Canada would have its next generation – and so on? In these situations, the protected freedoms would indeed be violated, but clearly it is possible to imagine a host of circumstances in which it would be difficult to draw any connection whatever with the principles of fundamental justice in order to determine whether the infringement was lawful. Accordingly, it is apparent that this role has necessarily fallen to s. 1

telle ait pu être l'intention du législateur lorsqu'il a édicté les art. 2 et 7.

D'autres pourront tenter d'expliquer cet état de choses en soutenant que, contrairement à l'art. 7, l'art. 2 s'applique uniquement aux libertés qui y sont énoncées et diffère de l'art. 7 en ce qu'il ne fait aucune référence aux principes de justice fondamentale pour permettre de légitimer une atteinte à ces libertés. C'est d'abord oublier la présence de l'article premier qui, dans une large mesure, assure un rôle équivalent à celui que jouent les principes de justice fondamentale à l'art. 7, soit celui de circonscrire la mesure dans laquelle l'État peut intervenir pour restreindre les droits et libertés protégés. C'est également oublier que, dans la plupart des circonstances, il est pratiquement impossible d'établir un lien entre les principes de justice fondamentale et le type de libertés énumérées à l'art. 2, si ce n'est en restreignant la protection aux circonstances qui s'y prêtent. Par exemple, les appelants allèguent en l'espèce que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act*, qui permettent d'accorder la garde légale temporaire de leur enfant à la Children's Aid Society, violent leur liberté de religion. Compte tenu du fait que la loi prévoit qu'une autorisation judiciaire doit être préalablement obtenue, il serait possible, dans ce contexte précis, d'examiner si l'atteinte à la liberté de religion est conforme aux principes de justice fondamentale. Mais, par exemple, quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi restreignait la liberté d'expression en interdisant, sous peine d'amende, toute déclaration concernant un membre d'un corps politique? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi interdisait, sous peine d'amende, toute forme de manifestation de convictions religieuses dans un endroit public? Quels principes de justice fondamentale pourraient être invoqués si une loi m'obligeait à avoir au moins trois enfants pour assurer la relève canadienne, etc.? Dans ces situations, les libertés protégées seraient certes violées mais l'on constate qu'il est possible d'imaginer une multitude de circonstances dans lesquelles il serait difficile de faire quelque lien que ce soit avec les principes de justice fondamentale pour vérifier la légitimité de l'atteinte. On

31

1995 CanLII 115 (SCC)

of the *Charter* and that it is difficult not to conclude that the subject matter of s. 2 and of s. 7, as reflected in the different dimensions of "liberty" that each is designed to protect, is quite obviously different. Moreover, since the fundamental freedoms set out in s. 2 are formulated in terms that refer to sufficiently broad concepts, it is reasonable to think that the framers of the *Charter* did not intend to make the right to liberty in s. 7 a residual right that could include any component of the fundamental freedoms set out in s. 2.

32 This approach, which aims to include in s. 7 any freedom that is deemed to be fundamental in a free and democratic Canadian society, also presents a major disadvantage in terms of the actual nature of the freedom that may be invoked, since all the freedoms that have already been identified as fundamental by the framers and set out in s. 2 could and should be included in the "liberty" protected by s. 7. Since, moreover, they are set forth in terms that are capable of covering a very broad ground, the same would be true of all the components or manifestations of those various rights. Thus everyone would have not only the fundamental freedom of religion, conscience, expression and so on, but also the "right to liberty" of religion, of conscience, of expression and so on.

33 I am still convinced that s. 7 is not a tautology, particularly because it adds two distinct rights that are not set out anywhere else in the *Charter* and that are not in any way connected with what are called fundamental freedoms. In my view, the nature of the other rights set out in s. 7 is another element of interpretation that militates in favour of a distinction between the scope of the words "freedom" and "liberty" as they are used in ss. 2 and 7. Section 7 provides that everyone has the right to life, liberty and security of the person. As I noted earlier, these are three distinct rights which the framers deliberately placed, in sequence, in a single provision. There must therefore be a connection or linkage among these different rights. In my opinion, the connection is found in the person him-

constate dès lors que ce rôle est nécessairement dévolu à l'article premier de la *Charte* et qu'il est difficile de ne pas conclure que les art. 2 et 7 visent manifestement des réalités distinctes qui se reflètent au niveau des différentes dimensions du terme «liberté» que chacun est destiné à protéger. Par ailleurs, les libertés fondamentales énoncées à l'art. 2 étant formulées dans des termes visant des concepts suffisamment larges, il est raisonnable de penser que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas entendu faire du droit à la liberté de l'art. 7 un droit résiduaire susceptible d'inclure tout démembrement des libertés fondamentales énoncées à l'art. 2.

Cette approche tendant à inclure dans l'art. 7 toute liberté jugée fondamentale dans une société canadienne libre et démocratique présente également un inconvénient majeur au niveau de la qualification même de la liberté qui peut être invoquée, puisque toutes les libertés déjà qualifiées de fondamentales par les rédacteurs et énoncées à l'art. 2 pourraient et devraient être incluses dans «la liberté» protégée par l'art. 7. Étant par ailleurs énoncées en des termes susceptibles d'un vaste contenu, il en serait de même de toutes les composantes ou manifestations de ces différents droits. Ainsi, chacun aurait non seulement la liberté fondamentale de religion, de conscience, d'expression, etc., mais également «droit à la liberté» de religion, de conscience, d'expression, etc.

Je demeure convaincu que l'art. 7 n'est pas tautologique, d'autant plus qu'il ajoute deux droits distincts, énoncés nulle part ailleurs dans la *Charte*, et qui n'ont aucun lien avec les libertés dites fondamentales. À mon avis, la nature des autres droits énoncés à l'art. 7 est un autre élément d'interprétation qui milite en faveur d'une distinction entre la portée du terme «liberté» utilisé aux art. 2 et 7. L'article 7 édicte que chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne. Comme je l'ai déjà mentionné, il s'agit de trois droits distincts que les rédacteurs ont sciemment intégrés, l'un à la suite de l'autre, à l'intérieur d'une seule et même disposition. Il doit donc exister un lien ou un point commun entre ces différents droits. À mon avis, le point de rattachement se

1995 CanLII 115 (SCC)

self or herself, as a corporeal entity, as opposed to the person's spirit, aspirations, conscience, beliefs, personality or, more generally, the expression or realization of what makes up the person's non-corporeal identity. The right to liberty, in this context, must therefore be set up against imprisonment, detention or any form of control or of constraint on freedom of movement.

I agree with my colleague La Forest J. that the word "liberty" in its broadest sense does not mean the mere absence of physical restraint. In French, this word certainly includes two distinct dimensions, the physical and the abstract or intangible. These two dimensions are reflected in ss. 7 and 2, respectively, of the *Charter*, the English version of which uses the words "liberty" and "freedom". With due respect for the contrary opinion, I am of the opinion that the fact that two different expressions are used in the English version is neither meaningless nor accidental. The expression "freedom" refers to a concept that is related to but distinct from the expression "liberty", but it has no equivalent in French, where the two dimensions are expressed in one single word: "*liberté*". The meaning is then determined by the context.

Moreover, since most laws have the effect of limiting a freedom, the same approach could mean, depending on the facts, that a large proportion of the legislative provisions in force could be challenged on the ground that they infringe the liberty guaranteed by s. 7 of the *Charter*. It would then be for the courts, in each case, to decide whether or not the freedom invoked was a fundamental freedom in our free and democratic society, whether the limit complied with the principles of fundamental justice which, as I noted, often do not apply, or whether the limit was reasonable and could be justified in a free and democratic society. We must keep in mind, first, that what may be important and fundamental to one person may very well not be to another, including the judge who hears the case, and second, that by adopting this approach the judiciary would inevitably be legis-

situe au niveau de la personne elle-même en tant qu'entité corporelle, par opposition à son esprit, ses aspirations, sa conscience, ses croyances, sa personnalité ou, plus généralement, l'expression ou la réalisation de ce qui compose son identité immatérielle. Le droit à la liberté, dans ce contexte, doit donc être opposé à l'emprisonnement, à la détention ou à toute forme de contrôle ou de contrainte sur la liberté de mouvement.

Je conviens avec mon collègue le juge La Forest que le terme «liberté», dans son sens le plus large, ne s'entend pas simplement de l'absence de contrainte physique. Ce terme, dans la langue française, inclut certainement deux dimensions distinctes, les dimensions physique et abstraite ou intangible. Ces deux dimensions se reflètent respectivement dans les art. 7 et 2 de la *Charte* qui, dans sa version anglaise, utilise les termes «*liberty*» et «*freedom*». En toute déférence pour l'opinion contraire, je suis d'avis que l'utilisation de deux termes différents dans la version anglaise n'est pas sans signification, ni le fruit du hasard. Le terme «*freedom*» vise un concept apparenté mais distinct de celui de «*liberty*», mais il n'a cependant pas d'équivalent dans la langue française où les deux dimensions s'expriment par un seul et même mot: «liberté». Le sens est alors déterminé par le contexte.

Par ailleurs, puisque la plupart des lois ont pour effet de restreindre une liberté, cette même approche pourrait signifier, dans les faits, qu'une grande partie des dispositions législatives en vigueur pourraient être contestées pour le motif qu'elles portent atteinte à la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte*. Il appartiendrait alors aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la liberté invoquée constitue ou non une liberté fondamentale de notre société libre et démocratique, si la restriction est conforme aux principes de justice fondamentale qui, je le rappelle, ne trouveront souvent aucune application, ou encore si la restriction est raisonnable et peut se justifier dans le cadre d'une société libre et démocratique. Or, l'on doit garder à l'esprit, d'une part, que ce qui peut être important et fondamental pour l'un peut très bien ne pas l'être pour l'autre, notamment pour le juge qui entend la

1995 CanLII 114 (SCC)

lating, when this is not its function. With respect, I believe that this situation does not reflect the purpose of the *Charter* or of s. 7, or the intention of Parliament.

36 To summarize my opinion, I would simply say that extending the scope of the word "liberty" in s. 7 to include any type of freedom other than that which is connected with the physical dimension of the word "liberty" would not only be contrary to the structure of the *Charter* and of the provision itself, but would also be contrary to the scheme, the context and the manifest purpose of s. 7. Furthermore, it would have the effect of conferring *prima facie* constitutional protection on all eccentricities expressed by members of our society under the rubric of "liberty", in addition to taking away all legitimacy or purpose from other provisions of the *Charter* such as s. 2 or s. 6, for example, since they would be redundant. It seems apparent to me that this cannot be the purpose of s. 7, or of the *Charter* itself, which is a constitutional instrument. It must also be clearly understood that this approach would inevitably lead to a situation where we would have government by judges. This is not the case at present, but I would emphasize again that it must not become the case.

37 Finally, I would add the following brief comments. First, there may be those who may believe that I am trying, by what may appear an overly restrictive interpretation, to limit the ambit of s. 7 and that I risk closing the door on the possible adaptation of the values and principles expressed by the *Charter* to society's future realities and aspirations. I shall simply note that while I am limiting the scope of the "right to liberty" to its essentially physical dimension, which is at issue primarily, but surely not exclusively, in the criminal justice system, this right may cover a multitude and variety of situations. Most statutes interfere with individual liberty and most are enforced by sanctions imposed after conviction for federal or provincial offences. Where a statute does not make it an offence to contravene its provisions, s. 126(1)

cause et, d'autre part, que l'adoption de cette approche amènerait inévitablement le pouvoir judiciaire à légiférer alors que tel n'est pas son rôle. En toute déférence, je crois que cette situation ne reflète ni l'objet de la *Charte*, ni celui de l'art. 7, ni l'intention du législateur.

Pour résumer ma pensée, je dirai simplement qu'élargir la portée du terme «liberté» de l'art. 7 pour y inclure tout type de liberté autre que celui qui se rattache à la dimension physique du terme «liberté» irait à l'encontre non seulement de la structure de la *Charte* et de la disposition elle-même mais également à l'encontre de l'économie, du contexte et de l'objet manifeste de l'art. 7. Qui plus est, cela aurait pour effet d'accorder une protection constitutionnelle *prima facie* à toutes les excentricités véhiculées sous le vocable de «liberté» par les membres de notre société, en plus de retirer toute légitimité ou raison d'être à d'autres dispositions de la *Charte* tels les art. 2 ou 6, par exemple, puisqu'ils seraient redondants. Il m'apparaît évident que tel ne peut être l'objet de l'art. 7, ni même celui du document constitutionnel qu'est notre *Charte*. Il faut également bien comprendre que cette approche aboutirait inévitablement à une situation de gouvernement par les juges. Ce n'est pas le cas présentement, mais j'insisterais de nouveau pour dire que cela ne doit pas le devenir non plus.

J'ajouterai enfin les brefs commentaires suivants. D'abord, certains pourront croire que je tente, par mon interprétation qui peut paraître trop restrictive, de limiter le champ d'application de l'art. 7 et que je risque de fermer la porte aux possibilités d'adaptation des valeurs et principes véhiculés par la *Charte* à la réalité et aux aspirations de la société de demain. Je mentionnerai simplement que, quoique je limite la portée du «droit à la liberté» à sa dimension essentiellement physique, laquelle est mise en cause principalement, mais sûrement pas seulement, par le système de justice criminelle, ce droit peut viser une multitude et une variété de situations. En effet, la plupart des lois touchent à la liberté individuelle et la plupart d'entre elles sont mises en application au moyen de sanctions imposées à la suite d'une déclaration

1995 CanLII 115 (SCC)

of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

126. (1) Every one who, without lawful excuse, contravenes an Act of Parliament by wilfully doing anything that it forbids or by wilfully omitting to do anything that it requires to be done is, unless a punishment is expressly provided by law, guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

The circumstances in which the state may take action to deprive a person of liberty occur often enough and are diverse enough that we can appreciate the importance of the rights protected by s. 7 of the *Charter* and understand that provision's obvious purpose.

The approach that I am adopting also appears to me to be supported by the international human rights instruments on which the framers of our *Charter* drew extensively. On October 6, 1980, in the Debates of the House of Commons (at p. 3285), the Minister of Justice, Jean Chrétien, stated:

Sections 7 to 14 of the Charter set out basic legal rights of Canadians. Some of these rights derive from the Canadian Bill of Rights and some are new. Of the latter, some derive from the International Covenant on Civil and Political Rights. [Emphasis added.]

Article 9(1) of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, reads as follows:

Article 9. 1. Everyone has the right to liberty and security of person. No one shall be subjected to arbitrary arrest or detention. No one shall be deprived of his liberty except on such grounds and in accordance with such procedure as are established by law.

With the exception of the fact that this article does not set forth the right to life (which is provided for in art. 6 of the Covenant), this passage is strikingly similar to what we find in s. 7 of our *Charter*. If we consult selected decisions of the Human Rights Committee we find that this article has been

de culpabilité d'infraction à une loi fédérale ou provinciale. Lorsque la loi ne prévoit aucune infraction pour une contravention à ses dispositions, le par. 126(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, prévoit:

126. (1) À moins qu'une peine ne soit expressément prévue par la loi, quiconque, sans excuse légitime, contrevient à une loi fédérale en accomplissant volontairement une chose qu'elle défend ou en omettant volontairement de faire une chose qu'elle prescrit, est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans.

Les circonstances dans lesquelles l'État peut intervenir pour priver une personne de sa liberté sont suffisamment fréquentes et diversifiées pour permettre d'apprécier l'importance des droits protégés par l'art. 7 de la *Charte* et de comprendre l'objet manifeste de cette disposition.

L'approche que j'adopte m'apparaît également appuyée par les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme dont les rédacteurs de notre *Charte* se sont largement inspirés. Le 6 octobre 1980, dans les débats de la Chambre des communes (à la p. 3285), le ministre de la Justice Jean Chrétien disait:

Les articles 7 à 14 de la Charte énoncent les garanties juridiques des Canadiens. Certains de ces droits découlent de la Déclaration canadienne des droits adoptés à la Chambre par le très honorable M. Diefenbaker, et certains sont nouveaux. Parmi ces derniers, certains proviennent du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. [Je souligne.]

Or, le par. 9(1) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 R.T.N.U. 171, se lit de la façon suivante:

Article 9. 1. Tout individu a droit à la liberté et à la sécurité de sa personne. Nul ne peut faire l'objet d'une arrestation ou d'une détention arbitraires. Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi.

À l'exception du fait que cet article n'énonce pas le droit à la vie (celui-ci est prévu à l'art. 6 du Pacte), ce texte s'apparente remarquablement à celui que l'on trouve à l'art. 7 de notre *Charte*. La consultation de décisions sélectionnées du Comité des droits de l'homme démontre que cet article a

1995 CanLII 115 (SCC)

38

invoked in cases of allegedly unlawful arrest, detention, imprisonment, mistreatment and torture. I have not found any decision that raised any question other than a violation of the physical dimension of the person. Moreover, art. 5(1) of the *European Convention on Human Rights*, 213 U.N.T.S. 221, also sets forth the right to liberty and security of the person. The provisions of the various paragraphs of that article indicate unequivocally that "physical liberty" alone is contemplated by this provision, as is confirmed by an examination of a few decisions of the European Court of Human Rights. Other instruments relating to human rights that set forth a right to liberty and security of the person are to the same effect (*American Convention on Human Rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, arts. 1 and 25). For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to art. 9 of the *International Covenant on Civil and Political Rights* or art. 5 of the *European Convention on Human Rights*. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the *Charter* may have intended to give to the expression "right to liberty" in the context of s. 7.

39 Finally, but without stating an opinion on the question, I would note, with respect, that I would be much more receptive to the appellants' argument and my colleague's reasons concerning the constitutional protection of parental rights if it had been argued that this right, or the freedom to make choices for our children, was protected by the freedom of conscience guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. As Dickson J. stated so aptly, at p. 346 of *Big M Drug Mart Ltd.*, it is precisely the rights associated with freedom of individual conscience that are central "both to basic beliefs about human

été invoqué dans des cas d'arrestation présumément illégale, de détention, d'emprisonnement, de mauvais traitements et de torture. Je n'ai repéré aucune décision soulevant autre chose qu'une atteinte à la dimension physique de la personne. Par ailleurs, le par. 5(1) la *Convention européenne des droits de l'homme*, 213 R.T.N.U. 221, énonce également le droit à la liberté et à la sécurité de la personne. Les différentes dispositions que contient cet article indiquent sans équivoque qu'il vise seulement la «liberté physique», ce que confirme l'examen de plusieurs décisions de la Cour européenne des droits de l'homme. D'autre textes relatifs aux droits de l'homme énonçant un droit à la liberté et à la sécurité de la personne vont dans le même sens (*American Convention on Human rights*, art. 7; *African Charter on Human and Peoples' Rights*, art. 6; *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 3; *American Declaration of the Rights and Duties of Man*, art. 1 et 25). Je ne prétends aucunement, pour les fins du présent pourvoi, fonder ma conclusion sur l'interprétation qui est donnée à l'art. 9 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, ni sur celle de l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme*. Je suis pleinement conscient de la valeur relative de ce qui précède mais je crois néanmoins qu'il y a là, à tout le moins, une indication supplémentaire de la portée que les rédacteurs de la *Charte* ont pu entendre donner à l'expression «droit à la liberté» dans le cadre de l'art. 7.

Enfin, sans toutefois me prononcer sur la question, je mentionnerais, en toute déférence, que je serais beaucoup plus réceptif à l'argumentation des appelants et aux motifs de mon collègue concernant la protection constitutionnelle des droits parentaux si l'on avait fait valoir que ce droit, ou la liberté de faire des choix pour nos enfants, était protégé par la liberté de conscience garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Comme le dit si bien le juge Dickson à la p. 346 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, ce sont précisément les droits qui se rattachent à la liberté de conscience individuelle qui «se situent au cœur non seulement des convictions fondamentales quant à la valeur et à la dignité de

1995 CanLII 115 (SCC)

worth and dignity and to a free and democratic political system . . .".

Disposition

I am therefore of the opinion that the appeal should be dismissed on the ground that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not violate the appellants' freedom of religion or their "parental rights" or, more precisely, their right to choose (or refuse) medical treatment for their child, since such a right is not protected by s. 7 of the *Charter*.

I would dispose of the cross-appeal in the manner proposed by my colleague La Forest J.

The judgment of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. was delivered by

LA FOREST J. — This appeal raises the constitutionality of state interference with child-rearing decisions. The appellants are parents who argue that the Ontario *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, infringes their right to choose medical treatment for their infant in accordance with the tenets of their faith. They claim that this right is protected under both ss. 7 and 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Facts

Sheena B. was born four weeks prematurely, on June 25, 1983. Soon after, she was transferred to the Hospital for Sick Children in Toronto because of her physical condition. Within the first few weeks of her life she exhibited many physical ailments and received a number of medical treatments. Her parents, the appellants, consented to all the treatments provided during those initial weeks. At their request, the attending physicians avoided the use of a blood transfusion in the treatment of Sheena because, as Jehovah's Witnesses, the appellants objected to it for religious reasons; they also claimed it was unnecessary.

l'être humain, mais aussi de tout système politique libre et démocratique . . .»

Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne violent ni la liberté de religion des appelants, ni leur «droits parentaux» ou, plus précisément, leur droit de choisir (ou de refuser) un traitement médical pour leur enfant, tel droit n'étant pas protégé par l'art. 7 de la *Charte*.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi incident de la manière proposée par mon collègue le juge La Forest.

Version française du jugement des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendu par

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'intervention de l'État dans les décisions relatives à l'éducation d'un enfant. Les appelants sont des parents qui font valoir que la *Child Welfare Act* de l'Ontario, R.S.O. 1980, ch. 66, porte atteinte à leur droit de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme aux dogmes de leur foi. Ils soutiennent que ce droit est protégé par l'art. 7 et l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Les faits

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. Elle a peu après été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto en raison de son état physique. Au cours des premières semaines qui ont suivi sa naissance, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques. Ses parents, les appelants, ont consenti à tous les traitements qui lui ont été administrés pendant ces premières semaines. Ils ont demandé aux médecins traitants de ne procéder à aucune transfusion sanguine pour traiter Sheena, parce qu'en tant que témoins de Jéhovah ils s'y opposaient pour des motifs religieux; ils soutenaient également qu'une telle procédure n'était pas nécessaire.

1995 CanLII 115 (SCC)

44 On July 30, the child's haemoglobin level had dropped to such an extent that the attending physicians believed her life was in danger and that she might require a blood transfusion to treat potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, following a hearing on short notice to the appellants, Judge Main of the Ontario Provincial Court (Family Division) granted the respondent Children's Aid Society a 72-hour wardship, on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. A status review was held on August 3, but was adjourned; it resumed on August 18 and 19. Dr. Pape and Dr. Swyer both testified that although the child's condition had improved, it was still marginal, and they wished to maintain the ability to transfuse in case of an emergency. Dr. Morin, head of ophthalmology at the Hospital for Sick Children, testified that he suspected Sheena had infantile glaucoma and needed to undergo exploratory surgery within the following week to confirm the diagnosis. This procedure had to be performed under general anaesthetic, and Dr. Swyer testified that a blood transfusion would be necessary. Main Prov. Ct. J. extended the wardship order for a period of 21 days: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. On August 23, Sheena received a blood transfusion as part of the examination and operation for the suspected glaucoma.

Le 30 juillet, le taux d'hémoglobine de l'enfant a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont estimé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet, à la suite d'une audience tenue après que les appelants eurent été avisés à la dernière minute, le juge Main de la Cour provinciale de l'Ontario (Division de la famille) a accordé à l'intimée, la Children's Aid Society (la «société d'aide à l'enfance»), une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Une instance en révision du statut de l'enfant a été tenue le 3 août, puis ajournée. Elle a repris le 18 août et s'est poursuivie le lendemain. Les Drs Pape et Swyer ont tous deux témoigné que, malgré son amélioration, l'état de santé de l'enfant était encore précaire, et qu'ils souhaitaient demeurer en mesure de pratiquer une transfusion en cas d'urgence. Le Dr Morin, chef du département d'ophtalmologie du Hospital for Sick Children, a témoigné qu'il redoutait que Sheena soit atteinte de glaucome infantile et doive subir une chirurgie exploratoire dans les semaines suivantes afin de confirmer le diagnostic. Cette procédure nécessitait une anesthésie générale et le Dr Swyer a témoigné qu'une transfusion sanguine serait nécessaire. Le juge Main a prolongé la tutelle pour une période de 21 jours: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Le 23 août, Sheena a reçu une transfusion sanguine dans le cadre de l'examen et de l'opération pour le glaucome redouté.

1995 CanLII 115 (SCC)

45 A second Provincial Court order terminated the respondent's wardship on September 15, and the child was returned to her parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Both orders of the Provincial Court were appealed to the District Court by the appellants. The respondent Children's Aid Society countered with a motion to dismiss which was allowed on the grounds that the transfusion had been administered and the wardship terminated, thereby leaving no *lis* between the parties, and that the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act,*

Une seconde ordonnance de la Cour provinciale a mis fin à la tutelle de l'intimée, le 15 septembre, et l'enfant a été rendue à ses parents: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80. Les appelants ont interjeté appel contre les deux ordonnances de la Cour provinciale, devant la Cour de district. La société d'aide à l'enfance intimée a répliqué au moyen d'une requête en rejet d'appel, qui a été accueillie pour le motif, d'une part, que plus aucun litige n'opposait les parties étant donné que la transfusion avait été administrée et que la tutelle avait pris fin, et, d'autre part, que toute la question était devenue

1984, S.O. 1984, c. 55, thus rendering the whole issue moot: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

On an appeal to the Court of Appeal, that court held that the District Court had erred in so holding as there remained the issues of interference with the rights of the parents in determining their child's medical treatment, and of the constitutionality of the *Child Welfare Act*. These issues were referred back to the District Court and a hearing of the appeal, including the constitutional questions, was ordered on the merits: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. The District Court dismissed the appellants' appeal from the Provincial Court on the merits: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. The court awarded costs against the respondent Attorney General of Ontario, who had intervened in the proceedings. The appellants' appeal to the Court of Appeal was dismissed. The respondent Attorney General of Ontario's cross-appeal on the issue of costs was also dismissed, Houlden J.A. dissenting: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

The Courts Below

Provincial Court, Family Division (Wardship Application, July 31, 1983)

At the initial wardship application hearing, Main Prov. Ct. J. was concerned with the issue of whether the increase in the child's haemoglobin level following a transfusion would, as was the opinion of Dr. Perlman, reduce the risk of fatal congestive heart failure or pulmonary deficiency in the event of a crisis. Main Prov. Ct. J. observed:

I believe that the decision for this must lie with the court, not with the Children's Aid Society nor the parents. It is the decision of this court this afternoon that the rights of the parents are going to be subject to the rights of the child, and that the choices and decisions to be made will, for a very short period of time, be left in the hands of persons other than the parents. This is a very serious step and one not taken lightly and one not

théorique du fait que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55: (1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149.

46 En appel, la Cour d'appel a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en tirant cette conclusion puisque la question de l'intervention dans les droits des parents de décider quels traitements médicaux seront administrés à leur enfant, et celle de la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* demeuraient entières. Ces questions ont été renvoyées à la Cour de district et une audition au fond a été ordonnée notamment sur les questions constitutionnelles: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388. La Cour de district a rejeté l'appel au fond des appelants contre les ordonnances de la Cour provinciale: (1989), 14 A.C.W.S. (3d) 10. La cour a condamné aux dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, qui était intervenu dans l'instance. Les appelants ont été déboutés en Cour d'appel. L'appel incident de l'intimé, le procureur général de l'Ontario, sur la question des dépens a également été rejeté, le juge Houlden étant dissident: (1992), 10 O.R. (3d) 321, 96 D.L.R. (4th) 45, 43 R.F.L. (3d) 36, 58 O.A.C. 93.

Les juridictions inférieures

Cour provinciale, Division de la famille (demande de tutelle, 31 juillet 1983)

47 Lors de la première audition sur la demande de tutelle, le juge Main de la Cour provinciale s'est demandé si l'augmentation du taux d'hémoglobine de l'enfant obtenue grâce à une transfusion réduirait, comme l'affirmait le Dr Perlman, le risque d'une insuffisance cardiaque globale ou d'une déficience pulmonaire en cas de crise. Le juge Main s'exprime ainsi:

[TRADUCTION] J'estime qu'il appartient à la cour et non à la société d'aide à l'enfance, ou aux parents, de prendre une décision à cet égard. Notre cour conclut, cet après-midi, que les droits des parents seront assujettis aux droits de l'enfant, et qu'il appartiendra, pendant une très brève période, à des personnes autres que les parents de faire les choix et de prendre les décisions qui s'imposent. Il s'agit là d'une mesure très importante qui

1995 CanLII 115 (SCC)

taken automatically, as I must be satisfied, and I am. I have seen stronger cases on behalf of the Society than this one, but on the balance of probabilities and despite the number of positive things in favour of the parents' case, I am going to make the order.

48 Main Prov. Ct. J. awarded wardship to the Children's Aid Society for 72 hours rather than the 30-day period requested. This order was made in light of the fact that the appellants had received short notice of the hearing; Main Prov. Ct. J. wanted to give them the opportunity to present further evidence and submissions.

Provincial Court, Family Division (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

49 Main Prov. Ct. J. considered a significant amount of evidence over a two-day hearing before ordering that the wardship be continued for a period of 21 days. The appellants chose not to call any expert witnesses although they testified themselves and their counsel cross-examined the respondent's witnesses.

50 Main Prov. Ct. J. reviewed the current medical status of Sheena, whom he found to be still in a critical condition and requiring a high level of intensive care. He noted that she continued to suffer from serious but undiagnosed problems and that she risked suffering several types of crises. He stated in particular that "[t]he thing which is of concern and for which there is not one single shred of evidence in contradiction is that should a crisis occur, it could be less than 30 minutes before the child is dead" (p. 75). Should such a situation arise, doctors would have needed to be able to react immediately in order to save the infant's life.

51 Main Prov. Ct. J. recognized that there was a heavy onus upon the respondent to establish the need for intervention in violation of parental rights. He held that this onus had been met, and

ne doit pas être prise à la légère, ni automatiquement; je dois être convaincu, et je le suis. La société a cité des causes plus convaincantes que celle-ci, mais selon la prépondérance des probabilités et en dépit des nombreux points positifs en faveur de la prétention des parents, je vais rendre l'ordonnance.

Le juge Main a confié la tutelle de l'enfant à la société d'aide à l'enfance pour 72 heures plutôt que pour la période de 30 jours demandée. Ce faisant, il a tenu compte du fait que les appelants avaient été avisés de la tenue de l'audition à la dernière minute; le juge Main souhaitait leur offrir la possibilité de présenter d'autres éléments de preuve et arguments.

Cour provinciale, Division de la famille (1983), 36 R.F.L. (2d) 70

Le juge Main a examiné une grande quantité d'éléments de preuve pendant une audience de deux jours, avant d'ordonner que la tutelle soit maintenue pour une période de 21 jours. Les appelants ont choisi de n'appeler aucun témoin expert, bien qu'ils aient eux-mêmes témoigné et que leur avocat ait contre-interrogé les témoins de l'intimée.

Le juge Main a examiné l'état de santé de Sheena qui, à son avis, était toujours critique et nécessitait des soins intensifs accentués. Il a fait remarquer qu'elle souffrait encore de problèmes graves mais non diagnostiqués, et qu'elle risquait d'être victime de plusieurs formes de crises. Il a affirmé, notamment, qu'[TRADUCTION] «[u]n fait demeure important, et il n'y a pas le moindre élément de preuve qui le contredise, c'est que si une crise devait survenir, l'enfant pourrait mourir en moins de 30 minutes» (p. 75). Si une telle situation s'était présentée, les médecins auraient dû être en mesure de réagir immédiatement pour sauver la vie de l'enfant.

Le juge Main a reconnu que l'intimée devait s'acquitter du lourd fardeau d'établir la nécessité d'une intervention violant les droits des parents. Il a conclu que l'intimée s'était acquittée de ce far-

1995 CanLII 115 (SCC)

that state intervention in the family was "absolutely essential" (p. 77). He added, at p. 78:

It is my firm opinion that the court does not have to wait until the situation gets to the stage where the parents wish to deny the child any medical assistance, as has been submitted.

Main Prov. Ct. J. also expressed the desire that the appellants be permitted to seek a second opinion before the transfusion and the eye examination.

District Court of Ontario

In the District Court, the appellants argued that s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act was loosely worded so as to delegate to a doctor, rather than a judge, the decision as to whether a child is in need of protection. Whealy Dist. Ct. J. disagreed and noted specifically the way in which the section was interpreted by the judge at first instance: Main Prov. Ct. J. placed the civil onus on the state and only granted a restricted order; he also allowed a delay so that the appellants could present medical evidence.

With respect to s. 2(*a*) of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. held that the Act, which originated from a statute first adopted in 1927, was not aimed at Jehovah's Witnesses since they have only refused blood transfusions on grounds of religious principles since 1945. On that basis and relying on case law, he concluded that the purpose of the legislation did not infringe s. 2(*a*) of the *Charter*.

With respect to s. 7 of the *Charter*, Whealy Dist. Ct. J. decided the following:

When an infant, totally incapable of making any decision, is in a life threatening situation and the appropriate treatment is denied or refused by its parents, it cannot be said that any potential protection as given under section 7 for the family unit can be invoked against the right of the infant to live. Section 7 addresses itself also to "the principles of fundamental justice". It can hardly be said

deau et que l'intervention de l'État dans la famille était [TRADUCTION] «absolument essentielle» (p. 77). Il ajoute ceci, à la p. 78:

[TRADUCTION] Je crois fermement que la cour n'est pas tenue d'attendre que la situation en vienne au point où les parents souhaitent refuser à l'enfant toute assistance médicale, comme on l'a soumis.

Le juge Main a également exprimé le souhait que les appelants soient autorisés à demander une seconde opinion avant la transfusion et l'examen des yeux.

Cour de district de l'Ontario

Devant la Cour de district, les appelants ont fait valoir que le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi était rédigé en des termes généraux de façon à déléguer à un médecin, plutôt qu'à un juge, la tâche de décider si l'enfant a besoin de protection. Écartant cet argument, le juge Whealy a souligné précisément la façon dont le juge de première instance avait interprété cette disposition: le juge Main de la Cour provinciale a imposé le fardeau civil à l'État et n'a accordé qu'une ordonnance limitée; il a également accordé un délai afin de permettre aux appelants de soumettre une preuve médicale. 52

En ce qui concerne l'al. 2*a*) de la *Charte*, le juge Whealy a conclu que la Loi, qui émanait d'un texte de loi adopté pour la première fois en 1927, ne visait pas les témoins de Jéhovah puisque ce n'est que depuis 1945 qu'ils refusent les transfusions sanguines pour des raisons de principes religieux. Pour ce motif et se fondant sur la jurisprudence, il a conclu que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2*a*) de la *Charte*. 53

Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Whealy décide ceci: 54

[TRADUCTION] Lorsque la vie d'un enfant en bas âge, totalement incapable de prendre une décision, est en danger, et que ses parents refusent qu'on lui administre le traitement indiqué, on ne saurait dire que toute protection susceptible d'être accordée à la cellule familiale par l'article 7 peut être opposée au droit de vivre de l'enfant. L'article 7 mentionne également les «principes de

1995 CanLII 115 (SCC)

that the principles of fundamental justice could be invoked to deny a child a chance to live.

It is worth noting as well that the rights set out in section 7 are conditional and not absolute. The rights therein set out can be interfered with if done in accordance with the principles of fundamental justice. The scheme of the *Child Welfare Act*, in my view, meets all the tests of fundamental justice, including a fair hearing before an impartial judicial tribunal.

55 Whealy Dist. Ct. J. examined whether there was sufficient evidence before the trial judge to support the wardship order and held that Main Prov. Ct. J. "viewed it with appropriate care and caution, and that he applied the appropriate onus in making his decision".

56 Whealy Dist. Ct. J. also had to decide whether the evidence presented before him altered his conclusion. He heard evidence from Dr. Morin, who defended his 1983 diagnosis of glaucoma, and from Dr. McCormick, who believed there had been no urgent need for an eye examination. Whealy Dist. Ct. J. relied on the evidence of Dr. Morin, since four other doctors had agreed with his diagnosis of probable congenital glaucoma, and because he believed Dr. McCormick's suspicion was without foundation. He also heard from anesthesiologists and haematologists on the issue of whether a transfusion was necessary to undertake the surgery. He preferred the evidence of the respondents' witnesses that anaesthetic could not safely be administered without a transfusion, to that of Dr. Furman to the effect that general anaesthetic could have safely been administered without a transfusion by the use of haemo-dilution. The appellants presented evidence to show that there were inherent risks involved in using blood transfusions in the non-surgical treatment of Sheena, and that alternative treatments could have been used. However, Whealy Dist. Ct. J. accepted the evidence of Dr. Andrew-O'Brodovich that a transfusion was necessary given the risks of administering a general anaesthetic to a child with such a low haemoglobin level, and the evidence of Dr. Sinclair that, in the circumstances, no alternative to blood transfusions would have raised the

justice fondamentale». On ne saurait guère soutenir qu'il est possible de les invoquer pour refuser à un enfant la chance de vivre.

Il vaut également la peine de souligner que les droits énoncés à l'article 7 sont conditionnels et non absolus. Il peut y être porté atteinte conformément aux principes de justice fondamentale. L'économie de la *Child Welfare Act* satisfait, selon moi, à tous les critères de justice fondamentale, dont le droit à un procès équitable devant une cour de justice impartiale.

Le juge Whealy s'est demandé si le juge de première instance disposait d'une preuve suffisante pour justifier l'ordonnance de tutelle, et il a conclu que le juge Main [TRADUCTION] «a considéré [la preuve] avec tout le soin et la circonspection nécessaires, et qu'il a appliqué le fardeau approprié en prenant sa décision».

Le juge Whealy devait également déterminer si la preuve qui lui avait été soumise modifiait sa conclusion. Il a entendu le témoignage du Dr Morin, qui a défendu le diagnostic de glaucome qu'il avait posé en 1983, et celui du Dr McCormick qui était d'avis qu'il n'y avait eu aucun besoin urgent de procéder à un examen de la vue. Le juge Whealy s'est fondé sur le témoignage du Dr Morin, puisque quatre autres médecins avaient souscrit à son diagnostic de glaucome congénital probable, et parce qu'il croyait que les doutes du Dr McCormick étaient sans fondement. Il a également entendu des anesthésistes et des hématologistes sur la question de savoir s'il était nécessaire de procéder à une transfusion au cours de la chirurgie. Il a préféré les propos des témoins des intimés, selon lesquels l'anesthésie ne pouvait être pratiquée sans danger en l'absence d'une transfusion, au témoignage du Dr Furman, selon lequel une anesthésie générale aurait pu être pratiquée de façon sécuritaire sans transfusion au moyen de l'hémodilution. Par la preuve qu'ils ont soumise, les appelants ont tenté de démontrer que le recours à des transfusions sanguines dans le traitement non chirurgical de Sheena comportait des risques inhérents et que l'on aurait pu recourir à d'autres traitements. Cependant, le juge Whealy a accepté le témoignage du Dr Andrew-O'Brodovich suivant lequel une transfusion était nécessaire étant donné les risques que comporte une anesthésie générale

1995 CanLII 115 (SCC)

haemoglobin level as required. He also relied on Dr. Sinclair's opinion that a transfusion in these circumstances represented a medically accepted standard of practice. Dr. Scherz testified that alternatives to blood transfusion would have been appropriate in the circumstances. Whealy Dist. Ct. J. disregarded the evidence on the basis that it did not address the issue of oxygen-carrying capacity in the red blood cells while under general anaesthetic in an infant with Sheena's problems. He did not take into account the opinion of Dr. Spence that blood transfusions were often unnecessary since he found Dr. Spence's work to be "on the cutting edge of new medical therapy rather than in the main body of the medical profession".

pour un enfant dont le taux d'hémoglobine est si bas, ainsi que le témoignage du Dr Sinclair selon lequel, dans les circonstances, seule une transfusion sanguine aurait permis d'élever le taux d'hémoglobine au niveau requis. Il s'est également appuyé sur l'opinion du Dr Sinclair suivant laquelle une transfusion représentait, dans ces circonstances, une norme de pratique médicale acceptée. Le Dr Scherz a témoigné que d'autres solutions auraient convenu dans les circonstances. Le juge Whealy n'a pas tenu compte de ce témoignage pour le motif qu'il n'abordait pas la question de la capacité oxyphorique des globules rouges au moment où un enfant qui a les problèmes de Sheena est sous anesthésie générale. Il n'a pas tenu compte de l'opinion du Dr Spence, selon laquelle les transfusions sanguines étaient souvent inutiles, puisqu'il a conclu que les travaux du Dr Spence se situent [TRADUCTION] «à l'avant-garde des nouvelles thérapies médicales et non dans le courant principal de la profession médicale».

On the issue of costs, Whealy Dist. Ct. J. stated:

Sur la question des dépens, le juge Whealy affirme ceci: 57

As to costs, it is my view, because the Court of Appeal regarded this case as an opportunity to have a test case, because the Attorney General and the Official Guardian have intervened and fully participated before the Court of Appeal and before me, and because in order to consider all of this highly technical material, both counsel and I required daily transcripts, that this is an appropriate case to order costs to be paid by the Attorney General of this province.

[TRADUCTION] En ce qui concerne les dépens, je suis d'avis qu'il convient, en l'espèce, de condamner aux dépens le procureur général de notre province, étant donné que la Cour d'appel a estimé que la présente affaire pourrait être un cas type, que le Procureur général et le tuteur public sont intervenus et ont participé pleinement en Cour d'appel et devant moi, et que, pour considérer tous ces documents fort techniques, les deux avocats et moi-même avons dû recourir à des transcriptions quotidiennes.

However, he gave the parties the opportunity to present further submissions before making a final order. In an addendum to his reasons, Whealy Dist. Ct. J. awarded costs against the Attorney General of Ontario, given that the case had "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any case where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence". 58

Il a toutefois donné aux parties la possibilité de soumettre d'autres arguments avant de rendre une ordonnance définitive. Dans un addenda à ses motifs, le juge Whealy a condamné aux dépens le procureur général de l'Ontario pour le motif que l'affaire [TRADUCTION] «s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés, et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve».

1995 CanLII 115 (SCC)

Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

59 Tarnopolsky J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal, did not disrupt the findings of the District Court judge regarding the need for the eye surgery performed by Dr. Morin, the need for a blood transfusion in conjunction with the anaesthetic used in the eye surgery, or the need for a blood transfusion in the non-surgical treatment of Sheena. With respect to s. 7 of the *Charter*, Tarnopolsky J.A. followed the approach adopted by this Court in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, and held that assuming an interference with the parents' liberty interest, the legislation did not violate the principles of fundamental justice. In particular, he found that s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act did not delegate to the doctor the decision whether a child was in need of protection. The definition in s. 19(1)(*b*)(ix), he noted, was qualified by two distinct requirements, only one of which had to be met to warrant intervention: "The first is that the parents have acted contrary to the recommendations of a medical practitioner. The second is that the treatment is 'necessary for the child's health and well-being'" (pp. 335-36). The trier of fact, therefore, ultimately determined whether the child was in need of protection.

60 The appellants complained of the lack of disclosure at the summary protection hearing, in particular of the fact that Dr. Perlman did not disclose a contrary view he had received, on consultation, with respect to congestive heart failure. Tarnopolsky J.A. found that this shortfall "was not so significant that it denied the appellants a fair hearing" (p. 344). As for other procedural complaints, he was of the view that these did not deprive the appellants of their liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice either. He stated, at pp. 345-46:

In my view, the respondents are correct that the procedures outlined in s. 28 of the *Child Welfare Act* ensure

Cour d'appel (1992), 10 O.R. (3d) 321

S'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le juge Tarnopolsky n'a pas modifié les conclusions du juge de la Cour de district relativement à la nécessité pour le Dr Morin d'effectuer une chirurgie oculaire, à la nécessité de procéder à une transfusion sanguine parallèlement à l'anesthésie pratiquée au cours de la chirurgie oculaire, ou à la nécessité de recourir à une transfusion sanguine dans le traitement non chirurgical de Sheena. Quant à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Tarnopolsky a suivi la méthode adoptée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, pour conclure qu'à supposer qu'il y ait eu entrave au droit à la liberté des parents, la loi en cause ne violait pas les principes de justice fondamentale. En particulier, il a conclu que le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi ne déléguait pas au médecin la tâche de décider si un enfant avait besoin de protection. La définition énoncée au sous-al. 19(1)*b*)(ix), a-t-il souligné, était tempérée par deux exigences distinctes, dont une seule devait être remplie pour justifier l'intervention: [TRADUCTION] «La première est que les parents aient agi contrairement aux recommandations d'un médecin. La seconde est que le traitement soit «nécessaire pour la santé et le bien-être de l'enfant»» (pp. 335 et 336). Le juge des faits a donc finalement décidé si l'enfant avait besoin de protection.

Les appelants se sont plaint de l'absence de communication de la preuve lors de l'instance sommaire portant sur la protection de l'enfant, et, en particulier, du fait que le Dr Perlman n'a pas divulgué l'opinion contraire qu'il avait reçue, lors d'une consultation, relativement à l'insuffisance cardiaque globale. Le juge Tarnopolsky a conclu que cette lacune [TRADUCTION] «n'était pas grave au point de nier aux appelants une audition équitable» (p. 344). Quant aux autres plaintes en matière de procédure, il s'est dit d'avis que leur objet n'avait pas non plus privé les appelants de leur liberté d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Il dit ceci, aux pp. 345 et 346:

[TRADUCTION] À mon avis, les intimés ont raison d'affirmer que les procédures énoncées à l'art. 28 de la

1995 CanLII 115 (SCC)

that the interests of the parents are given full judicial protection. Pursuant to that provision, witnesses were summoned at the initial hearing on July 31, 1983, to give evidence and produce records. The parents were notified of the hearing, although not until the day on which it was held. The parents were represented by counsel and they, too, gave evidence. Their counsel, who is extensively experienced in issues of this kind, was permitted to cross-examine all of the witnesses called by the C.A.S. As well, there was no suggestion that the judge hearing the application was in any way biased. In light of the dire need for preventive action, which was revealed by the evidence presented at the hearing, it is my opinion that the hearing was conducted in accordance with the principles of fundamental justice.

Tarnopolsky J.A. then considered whether the impugned sections of the Act violated s. 2(*a*) of the *Charter*. He agreed with the District Court judge that the purpose of the Act did not violate s. 2(*a*). However, he stated that the legislation had the effect of restraining the appellants from manifesting their religious views by controlling the treatment provided to Sheena. While he acknowledged that the right of the appellants to choose medical treatment for their infant in accordance with their religious beliefs was protected under s. 2(*a*) of the *Charter*, he added that it was so only so long as it did not impede the vital and overriding state interest in the life and health of a child. He was of the view that any limitations on freedom of religion were best addressed under s. 1 of the *Charter*. After reviewing the four branches of the s. 1 test, set out recently in *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303, he decided that a violation of s. 2(*a*) would be saved by s. 1. He held that the connection between the means used in this case and the objective of the *Child Welfare Act* was obvious. He also stated, at p. 353:

> In my opinion, where a blood transfusion may be necessary to save the life of a child or to protect it from a serious handicap, it is difficult to imagine a means of ensuring that treatment is provided once the actual necessity arises, which is a less restrictive means than that employed in this case. The appellants' rights were only impeded once a court came to the conclusion that the exercise of those rights would endanger the health of the child.

Child Welfare Act garantissent que les droits des parents jouissent d'une pleine protection judiciaire. Conformément à cette disposition, des témoins ont été appelés, à l'audition initiale du 31 juillet 1983, pour témoigner et produire des dossiers. Les parents ont été avisés de l'audition, quoique le jour même seulement. Ils étaient représentés par un avocat et ont eux aussi témoigné. Leur avocat, très expérimenté dans ce domaine, a été autorisé à contre-interroger tous les témoins appelés par la C.A.S. En outre, on n'a pas donné à entendre que le juge saisi de la demande était de quelque façon impartial. Compte tenu de la nécessité extrême, établie par la preuve soumise à l'audition, d'une action préventive, je suis d'avis que l'audition s'est déroulée conformément aux principes de justice fondamentale.

Le juge Tarnopolsky s'est ensuite demandé si les dispositions contestées de la Loi violaient l'al. 2*a*) de la *Charte*. Il a convenu avec le juge de la Cour de district que l'objet de la Loi ne violait pas l'al. 2*a*). Toutefois, il a indiqué que la mesure législative avait pour effet d'empêcher les appelants de manifester leurs croyances religieuses en contrôlant le traitement administré à Sheena. Même s'il a reconnu que l'al. 2*a*) de la *Charte* protégeait le droit des appelants de choisir pour leur enfant un traitement médical conforme à leurs croyances religieuses, il a ajouté qu'il n'en était ainsi que si ce droit n'entravait pas l'intérêt vital et primordial qu'a l'État dans la vie et la santé d'un enfant. Il s'est dit d'avis que toute restriction de la liberté de religion était mieux abordée dans le cadre de l'article premier de la *Charte*. Après avoir examiné les quatre volets du critère de l'article premier, formulés récemment dans l'arrêt *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303, il a décidé qu'une violation de l'al. 2*a*) serait sauvegardée par l'article premier. Il a conclu que le lien entre les moyens utilisés en l'espèce et l'objectif de la *Child Welfare Act* était évident. Il dit également ceci, à la p. 353:

> [TRADUCTION] À mon sens, lorsqu'une transfusion sanguine peut se révéler nécessaire pour sauver la vie d'un enfant ou pour le protéger d'un handicap grave, on peut difficilement imaginer un moyen de garantir que l'on administrera, lorsque le besoin se fera sentir, un traitement moins restrictif que celui utilisé dans la présente affaire. Les droits des appelants n'ont été enfreints que lorsqu'un tribunal a conclu que leur exercice compromettrait la vie de l'enfant.

1995 CanLII 115 (SCC)

62 On the issue of costs raised in the cross-appeal, Tarnopolsky J.A. acknowledged the peculiarity of the order, but stated that there was no compelling reason to interfere with the discretionary power of the court below.

63 Goodman J.A. agreed with the reasoning of Tarnopolsky J.A. and simply commented on the award of costs made by the District Court judge. Houlden J.A. also concurred with the reasons of the majority on the main appeal. He expressed the view that even if the appellants had been successful in their appeal, they would not have been entitled to the declaratory relief they were seeking, as it intruded on the legislative function. In any event, the Act had been amended without incorporating the guidelines proposed by the appellants. However, Houlden J.A. dissented on the issue of costs because, in his view, Whealy Dist. Ct. J.'s order would create a dangerous precedent.

Issues

64 The following constitutional questions were set by the Chief Justice:

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' free-

Quant à la question des dépens soulevée lors de l'appel incident, le juge Tarnopolsky a reconnu la singularité de l'ordonnance, mais il a déclaré qu'il n'y avait aucune raison sérieuse de s'immiscer dans le pouvoir discrétionnaire du tribunal d'instance inférieure.

Le juge Goodman a souscrit au raisonnement du juge Tarnopolsky et a simplement commenté l'attribution de dépens par le juge de la Cour de district. Le juge Houlden a lui aussi souscrit aux motifs de la majorité quant à l'appel principal. Il s'est dit d'avis que, même si leur appel avait été couronné de succès, les appelants n'auraient pas eu droit au jugement déclaratoire sollicité puisqu'il empiétait sur la fonction législative. Quoi qu'il en soit, la Loi a été modifiée sans qu'y soient incorporées les directives proposées par les appelants. Par ailleurs, le juge Houlden était en désaccord sur la question des dépens parce qu'à son avis l'ordonnance du juge Whealy créait un dangereux précédent.

Les questions en litige

Le Juge en chef a énoncé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et

1995 CanLII 115 (SCC)

dom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

The issue raised in the respondent's cross-appeal was whether the District Court erred in making its award of costs against the Attorney General of Ontario.

The Court rendered judgment from the bench on March 17, 1994. It dismissed the appeal and answered the first constitutional question in the negative. Question 2 does not, therefore, arise. The Court, however, reserved decision, reasons to follow, as regards whether it was under question 3 or question 4 that the legislation was constitutionally valid. Decision was also reserved on the cross-appeal.

Analysis

I shall first deal with the constitutional questions raised in the main appeal. I shall then briefly address the issue of costs raised in the cross-appeal.

Appeal: Constitutional Questions

In addition to the constitutional issues, the appellants raised certain questions of fact. As these were amply addressed by the courts below, there is no need to discuss them at length. While the appellants were, at the time of the initial wardship hearing and review, unable to adduce their own evidence and call their own experts owing to the summary nature of the proceedings, the frailty in the factual record was remedied by the admission of fresh evidence before the District Court. The appellants contended, however, that conflicting medical evidence was presented, and that Whealy

(12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question que l'intimée a soulevée, dans le pourvoi incident, était de savoir si la Cour de district avait commis une erreur en condamnant aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Notre Cour a rendu jugement à l'audience le 17 mars 1994. Elle a rejeté le pourvoi et répondu par la négative à la première question constitutionnelle. La seconde question ne se pose donc pas. Notre Cour a toutefois mis sa décision en délibéré, avec motifs à suivre, quant à savoir si c'est relativement à la troisième ou à la quatrième question que la mesure législative était constitutionnelle. La décision a également été mise en délibéré relativement au pourvoi incident.

Analyse

Je me pencherai d'abord sur les questions constitutionnelles soulevées dans le pourvoi principal. J'aborderai ensuite brièvement la question des dépens soulevée dans le pourvoi incident.

Pourvoi: Questions constitutionnelles

Outre les questions constitutionnelles, les appelants ont soulevé certaines questions de fait. Comme celles-ci ont été analysées abondamment par les tribunaux d'instance inférieure, il n'est pas nécessaire de s'y attarder. Bien que les appelants n'aient pas été en mesure, à l'époque de l'instance initiale portant sur la tutelle et la révision, de présenter leur propre preuve et d'appeler leurs propres experts en raison de la nature sommaire des procédures, il a été remédié à la faiblesse du dossier factuel par l'admission de nouveaux éléments de preuve devant la Cour de district. Les appelants

1995 CanLII 115 (SCC)

Dist. Ct. J. should have deferred to their opinion regarding the necessity of a blood transfusion to assist with the anaesthetic while performing the eye surgery, as there was no right or wrong answer and a court of law was ill-placed to substitute its decision for that of the parents.

69 Whealy Dist. Ct. J. almost uniformly preferred the evidence of the respondents' witnesses to that of the appellants', as the latter did not accord with the accepted medical practice of the time. He did so after a careful examination of the position of each witness, and in every case clearly stated persuasive reasons for preferring the testimony of one witness over another. Far from substituting his decision for that of the parents, Whealy Dist. Ct. J. simply performed his duty under the law, namely appraising the weight and credibility of the competing testimony. Whealy Dist. Ct. J.'s findings of fact were upheld by the Court of Appeal, after a careful review of all the evidence. The appellants have not demonstrated any compelling grounds for disturbing these findings.

Section 7 of the *Charter*

70 Turning now to s. 7 of the *Charter*, the appellants argued that the right to choose medical treatment for their infant is a liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, and that the infringement of that interest in the present case did not conform with the principles of fundamental justice. Whealy Dist. Ct. J., we saw, dismissed the contentions of the appellants, and the Court of Appeal simply stated that even on the assumption that s. 7 of the *Charter* afforded some protection to the interest claimed by the appellants, any infringement of their liberty was done in accordance with the principles of fundamental justice.

Section 7 of the Charter and Parental Liberty

71 Although I am of the view that the principles of fundamental justice have been complied with in the present case, I nonetheless propose to comment on the scope of the protection afforded by the

ont toutefois soutenu qu'une preuve médicale contradictoire avait été présentée et que le juge Whealy aurait dû s'en remettre à leur opinion concernant la nécessité d'assortir l'anesthésie d'une transfusion sanguine pendant la chirurgie oculaire, puisqu'il n'y avait aucune bonne ou mauvaise réponse et qu'une cour de justice était mal placée pour substituer sa décision à celle des parents.

Le juge Whealy a presque constamment préféré les opinions des témoins des intimés à celles des appelants, du fait que ces dernières n'étaient pas compatibles avec la pratique médicale acceptée à l'époque. Il en a décidé ainsi après avoir examiné soigneusement la position de chaque témoin, et, dans chaque cas, il a exposé clairement des motifs convaincants de préférer le témoignage d'un témoin à celui d'un autre. Loin de substituer sa décision à celle des parents, le juge Whealy s'est simplement acquitté de la tâche, qui lui incombait en droit, d'évaluer le poids et la crédibilité des témoignages opposés. Après avoir examiné attentivement l'ensemble de la preuve, la Cour d'appel a maintenu les conclusions de fait du juge Whealy. Les appelants n'ont fourni aucune raison sérieuse de modifier ces conclusions.

L'article 7 de la *Charte*

En ce qui concerne l'art. 7 de la *Charte*, les appelants ont soutenu que le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant relève du droit à la liberté que garantit cet article et que l'atteinte à ce droit en l'espèce n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale. Le juge Whealy, nous l'avons vu, a rejeté les prétentions des appelants et la Cour d'appel a simplement affirmé que, même si l'on présumait que l'art. 7 de la *Charte* offre une certaine protection au droit invoqué par les appelants, toute atteinte qu'il pouvait y avoir eu à leur liberté était conforme aux principes de justice fondamentale.

L'article 7 de la Charte et la liberté parentale

Bien que je sois d'avis que les principes de justice fondamentale ont été respectés dans la présente affaire, j'entends néanmoins faire des commentaires sur la portée de la protection offerte par

1995 CanLII 115 (SCC)

Charter as it relates to the right of parents to choose medical treatment for their infant. This Court has, on many occasions, stated that the principles of fundamental justice vary according to the context; see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869. An examination of the scope of the liberty interest appears warranted, since its formulation may affect the determination of the principles of fundamental justice. I also note that while this case can be disposed of solely on the issue of the right of parents to choose medical treatment for their infant, it is not without consequence for child protection as a whole. Intervention may well be compelling here, but this appeal raises the more general question of the right of parents to rear their children without undue interference by the state.

The appellants claim that parents have the right to choose medical treatment for their infant, relying for this contention on s. 7 of the *Charter*, and more precisely on the liberty interest. They assert that the right enures in the family as an entity, basing this argument on statements made by American courts in the definition of liberty under their Constitution. While, as I will indicate, American experience may be useful in defining the scope of the liberty interest protected under our Constitution, I agree that s. 7 of the *Charter* does not afford protection to the integrity of the family unit as such. The Canadian *Charter*, and s. 7 in particular, protects individuals. It is the individual's right to liberty under the *Charter* with which we are here concerned. The concept of the integrity of the family unit is itself premised, at least in part, on that of parental liberty. N. Bala and J. D. Redfearn, "Family Law and the 'Liberty Interest': Section 7 of the Canadian Charter of Rights" (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, note that a general discussion of the "family unit" often obscures two separate interests, at p. 281:

> It is, however, possible to distinguish at least two different, yet interrelated interests. One is familial integrity — an interest in upholding the family as an autonomous,

la *Charte* dans la mesure où elle a trait au droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant. Notre Cour a, à maintes reprises, déclaré que les principes de justice fondamentale varient selon le contexte; voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869. Une analyse de la portée du droit à la liberté paraît justifiée puisque sa formulation peut influer sur la détermination des principes de justice fondamentale. Je remarque également que, bien que la présente affaire puisse être tranchée uniquement sur la question du droit des parents de choisir un traitement médical pour leur enfant, elle n'est pas sans conséquence pour la protection générale de l'enfant. Une intervention pourrait bien s'imposer ici, mais le présent pourvoi soulève la question plus générale du droit des parents d'éduquer leurs enfants sans ingérence indue de la part de l'État.

Les appelants prétendent que les parents ont le droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, invoquant à l'appui de cette prétention l'art. 7 de la *Charte* et, plus précisément, le droit à la liberté. Ils soutiennent que ce droit s'applique à la famille en tant qu'entité, fondant leur argument sur les affirmations qu'ont faites les tribunaux américains pour définir la liberté sous le régime de leur Constitution. Bien que, comme je vais l'indiquer, l'expérience américaine puisse être utile pour définir la portée du droit à la liberté garanti par notre Constitution, je conviens que l'art. 7 de la *Charte* ne protège pas l'intégrité de la cellule familiale comme telle. La *Charte* canadienne et, en particulier, son art. 7 protègent les individus. Ce dont il est question ici, c'est du droit à la liberté que la *Charte* garantit à l'individu. Le concept de l'intégrité de la cellule familiale repose lui-même, du moins en partie, sur celui de la liberté parentale. Dans «Family Law and the «Liberty Interest»: Section 7 of the Canadian Charter of Rights» (1983), 15 *Ottawa L. Rev.* 274, à la p. 281, N. Bala et J. D. Redfearn font observer qu'une analyse générale de la «cellule familiale» éclipse fréquemment deux droits distincts:

> [TRADUCTION] Il est toutefois possible de distinguer au moins deux droits qui, quoique étroitement liés, diffèrent. L'un est l'intégrité familiale — le droit de mainte-

1995 CanLII 115 (SCC)

independent unit in society. The other is parental authority — a *parental* right to enjoy family life and control various aspects of a child's life, free from unnecessary outside interference. [Emphasis in original.]

73 The term "liberty" has yet to be authoritatively defined in this Court, although comments have been made on both ends of the spectrum. In *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, Wilson J., speaking for Dickson C.J., Lamer J. (as he then was) as well, noted that it was incumbent upon the Court to define "liberty", and conceded that the concept was susceptible of a broad range of meanings. Although she did not venture to define the scope of the liberty interest protected under s. 7 of the *Charter*, she cited the following dictum of Stewart J. in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at p. 572, as an example of the liberal interpretation the United States Supreme Court has given to the Fourteenth Amendment, at p. 205:

"While this Court has not attempted to define with exactness the liberty . . . guaranteed (by the Fourteenth Amendment), the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men." *Meyer* v. *Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. In a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of "liberty" must be broad indeed. See, *e.g.*, *Bolling* v. *Sharpe*, 347 U.S. 497, 499-500; *Stanley* v. *Illinois*, 405 U.S. 645.

74 In *R. v. Jones*, *supra*, speaking alone in dissent, Wilson J. gave a broad formulation of the concept of liberty. She stated, at p. 318:

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to

nir l'autonomie et l'indépendance de la famille dans la société. L'autre est l'autorité parentale — le droit *parental* de jouir de la vie familiale et de contrôler divers aspects de la vie de l'enfant, en l'absence de toute ingérence extérieure inutile. [En italique dans l'original.]

Notre Cour n'a pas encore défini péremptoirement le terme «liberté», bien que des commentaires aient été faits aux deux extrémités du spectre. Dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson a souligné, au nom du juge en chef Dickson et du juge Lamer (maintenant Juge en chef), qu'il incombait à la Cour de définir le terme «liberté», puis elle a admis que le concept était susceptible d'avoir plusieurs acceptions. Bien qu'elle n'ait pas entrepris de définir la portée du droit à la liberté garanti à l'art. 7 de la *Charte*, elle cite, à la p. 205, l'opinion incidente suivante que le juge Stewart a exprimée dans *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), à la p. 572, pour illustrer l'interprétation libérale que la Cour suprême des États-Unis a donnée au Quatorzième amendement:

[TRADUCTION] «Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté . . . garantie (par le Quatorzième amendement), ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps . . . comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.» *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390, 399. Dans la Constitution d'un peuple libre, il ne fait aucun doute que le terme «liberté» doit avoir un sens large. Voir, par exemple, *Bolling* v. *Sharpe*, 347 U.S. 497, 499 et 500; *Stanley* v. *Illinois*, 405 U.S. 645.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, le juge Wilson, seule dissidente, formule en des termes généraux le concept de liberté. Elle affirme ceci, à la p. 318:

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser

1995 CanLII 115 (SCC)

plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it".

While she was of the view that s. 7 protected the right of parents to bring up and educate their children according to their conscientious beliefs, Wilson J. acknowledged that this freedom was not "untrammelled". Some limits could be placed on the interest, as "liberty" did not imply the right to bring up and educate one's children "as one sees fit".

On the other hand, Lamer J., speaking for himself alone in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, rejected the line of American cases pertaining to contractual liberty, noting that such an extension of the liberty interest had also been subject to criticism in the United States. The text of the Canadian *Charter* — which does not mention "property" — and the context of its adoption were sufficiently different to mandate a distinct interpretation. According to him, s. 7, which appears in the *Charter* under the heading "Legal Rights", had to be construed in light of the rights enunciated in ss. 8 to 14, which set out traditional criminal law guarantees. Further, the term "liberty" had to be read in conjunction with its modifier, the principles of fundamental justice. Thus, a restriction on liberty had to occur as a result of an interaction with the justice system. Lamer J. appeared to limit "liberty" to its physical dimension, though he would appear to give the expression "security of the person" a somewhat broader ambit. He summarized his position as follows, at pp. 1177-78:

Put shortly, I am of the view that s. 7 is implicated when the state, by resorting to the justice system, restricts an individual's physical liberty in any circumstances. Section 7 is also implicated when the state restricts individuals' security of the person by interfering with, or

son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir».

Même si elle était d'avis que l'art. 7 garantissait aux parents le droit d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leurs croyances intimes, le juge Wilson a reconnu que cette liberté n'était pas «sans entrave». Certaines limites peuvent être imposées au droit puisque la «liberté» n'implique pas le droit d'élever et d'éduquer les enfants «comme on l'entend».

Par contre, dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, le juge Lamer a, en son propre nom seulement, rejeté le courant de jurisprudence américaine portant sur la liberté contractuelle, en soulignant qu'une telle extension du droit à la liberté avait également fait l'objet de critiques aux États-Unis. Le texte de la *Charte* canadienne — qui ne fait pas mention du mot «bien» — et le contexte de son adoption étaient suffisamment différents pour commander une interprétation distincte. Selon lui, l'art. 7, qui figure dans la *Charte* sous la rubrique «Garanties juridiques», devait être interprété à la lumière des droits énoncés aux art. 8 à 14 qui énoncent les garanties traditionnelles en matière de droit criminel. En outre, le terme «liberté» devait être interprété en fonction de son déterminant, les principes de justice fondamentale. Ainsi, la restriction de la liberté devait être le résultat d'une interaction avec le système judiciaire. Le juge Lamer a semblé cantonner la «liberté» à sa dimension physique, tout en paraissant donner à l'expression «sécurité de la personne» une portée quelque peu plus large. Il résume ainsi sa position, aux pp. 1177 et 1178:

Bref, je suis d'avis que l'art. 7 entre en jeu lorsque l'État, en faisant appel au système judiciaire, restreint la liberté physique d'un individu dans quelque contexte que ce soit. L'article 7 entre également en jeu lorsque l'État restreint la sécurité de la personne en portant

1995 CanLII 115 (SCC)

removing from them, control over their physical or mental integrity. Finally, s. 7 is implicated when the state, either directly or through its agents, restricts certain privileges or liberties by using the threat of punishment in cases of non-compliance.

Although this may appear to be a limited reading of s. 7, it is my view that it is neither wise nor necessary to subsume all other rights in the *Charter* within s. 7. A full and generous interpretation of the *Charter* that extends the full benefit of its protection to individuals can be achieved without the incorporation of other rights and freedoms within s. 7. [Emphasis in original.]

76 Lamer J. added, however, that "[t]his is not to say that 'liberty' as a value underlying the *Charter* does not permeate the document in a broader, more general sense, especially as it relates to the maintenance of Canada as a 'free and democratic society'" (p. 1179). In that case, Lamer J. was concerned with the narrower issue of "economic liberty" and the right to choose one's profession. The case did not address an issue similar to that raised in the present appeal, where the interest claimed by the appellants is of a different nature altogether, and where the state does use the justice system to restrict it.

77 While I agree that ss. 8 to 14 are of value in interpreting s. 7 of the *Charter*, these are not the only sections to which one must turn for guidance. The interpretation of s. 7 is also informed by the other provisions of the *Charter*. Speaking for the Court in *R. v. Lyons*, *supra*, I put the matter as follows (at p. 326):

> . . . the rights and freedoms protected by the *Charter* are not insular and discrete . . . . Rather, the *Charter* protects a complex of interacting values, each more or less fundamental to the free and democratic society that is Canada (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 136), and the particularization of rights and freedoms contained in the *Charter* thus represents a somewhat artificial, if necessary and intrinsically worthwhile attempt to structure and focus the judicial exposition of such rights and freedoms. The necessity of structuring the discussion should not, however, lead us to overlook the importance of appreciating the manner in which the amplifica-

atteinte au contrôle que l'individu exerce sur son intégrité physique ou mentale et en supprimant ce contrôle. Enfin, l'art. 7 intervient lorsque l'État, directement ou par ses mandataires, restreint certains privilèges ou libertés par la menace de sanctions dans les cas de violation.

Bien que cela puisse paraître une lecture restrictive de l'art. 7, j'estime qu'il n'est ni sage ni nécessaire d'englober tous les autres droits de la *Charte* dans l'art. 7. On peut parvenir à une interprétation large et généreuse de la *Charte* qui accorde aux individus tout le bénéfice de sa protection sans incorporer d'autres droits et libertés à l'art. 7. [Souligné dans l'original.]

Le juge Lamer ajoute, toutefois, que «[c]ela ne veut pas dire que la «liberté» comme valeur sous-jacente à la *Charte* n'apparaît pas en filigrane partout dans le document dans un sens plus large et général, particulièrement dans la mesure où elle se rapporte au maintien au Canada d'une «société libre et démocratique»» (p. 1179). Dans cette affaire, le juge Lamer s'intéressait à la question plus restreinte de la «liberté économique» et du droit d'exercer la profession de son choix. L'affaire ne portait pas sur une question semblable à celle soulevée en l'espèce, où le droit qu'invoquent les appelants est de nature entièrement différente et où l'État a effectivement recours au système judiciaire pour le restreindre.

Bien que je convienne que les art. 8 à 14 soient utiles pour interpréter l'art. 7 de la *Charte*, ce ne sont pas là les seuls articles vers lesquels il faut se tourner pour se guider. L'interprétation de l'art. 7 tient également des autres dispositions de la *Charte*. Voici comment j'expose la question au nom de la Cour, dans l'arrêt *R. c. Lyons*, précité (à la p. 326):

> . . . les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas séparés et distincts les uns des autres [. . .] Au contraire, la *Charte* sert à sauvegarder un ensemble complexe de valeurs interreliées, dont chacune constitue un élément plus ou moins fondamental de la société libre et démocratique qu'est le Canada (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, à la p. 136), et la spécification des droits et libertés dans la *Charte* représente en conséquence une tentative quelque peu artificielle, quoique nécessaire et intrinsèquement valable, de structurer et d'orienter l'expression judiciaire de ces mêmes droits et libertés. La nécessité d'une analyse structurée ne devrait toutefois

1995 CanLII 115 (SCC)

tion of the content of each enunciated right and freedom imbues and informs our understanding of the value structure sought to be protected by the *Charter* as a whole and, in particular, of the content of the other specific rights and freedoms it embodies.

One particular provision which affords a clue to what liberty means is s. 1 of the *Charter*, the general balancing provision. It is useful to recall its wording: the *Charter* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits as can be demonstrably justified in a free and democratic society. In *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, Dickson C.J. stated the following (at p. 136):

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The type of balance I have in mind was well expressed by Dickson J. (as he then was) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. In that case, Dickson J. gave a liberal interpretation of the word "freedom", albeit in the context of s. 2(*a*) of the *Charter* (at pp. 336-37):

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compul-

pas nous amener à perdre de vue l'importance que revêt la manière dont l'élargissement de la portée de chaque droit et liberté énoncé donne sens et forme à notre compréhension du système de valeurs que vise à protéger la *Charte* dans son ensemble et, en particulier, à notre compréhension de la portée des autres droits et libertés qu'elle garantit.

78 L'article premier de la *Charte*, qui est la disposition générale exigeant l'appréciation des intérêts en jeu, nous offre une indication de ce que la liberté signifie. Il est utile d'en rappeler le texte: la *Charte* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés, lesquels ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le juge en chef Dickson s'exprime ainsi (à la p. 136):

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

79 Le genre d'équilibre que j'ai à l'esprit a été bien exposé par le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Dans cette affaire, le juge Dickson a donné une interprétation libérale au terme «liberté», quoique ce fut dans le contexte de l'al. 2*a*) de la *Charte* (aux pp. 336 et 337):

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans

1995 CanLII 115 (SCC)

sion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.

des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

Although the English version of the *Charter* employs two different words, "freedom" and "liberty", both emanate from the same concept. In French, the term "*liberté*" is used in s. 2 as well as in s. 7.

Malgré le fait que la version anglaise de la *Charte* utilise deux termes différents, soit «*freedom*» et «*liberty*», tous deux émanent du même concept. En français, le terme «liberté» est utilisé tant à l'art. 2 qu'à l'art. 7.

80 The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained freedom; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 (*per* Wilson J., at p. 524); *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. In *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, Wilson J. noted that the liberty interest was rooted in the fundamental concepts of human dignity, personal autonomy, privacy and choice in decisions going to the individual's fundamental being. She stated, at p. 166:

La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486 (le juge Wilson, à la p. 524); *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu. Elle affirme, à la p. 166:

Thus, an aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make funda-

Ainsi, un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des

1995 CanLII 115 (SCC)

mental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in *Singh*, is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

While I was in dissent in that case, I agree with this statement, and, indeed, I later observed in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I was sympathetic to the view that s. 7 of the *Charter* included a right to privacy. On this point, the American experience can give us valuable guidance as to the proper meaning and limits of liberty. The United States Supreme Court has given a liberal interpretation to the concept of liberty, as it relates to family matters. It has elevated both the notion of the integrity of the family unit and that of parental rights to the status of constitutional values, through its interpretation of the Fifth and Fourteenth Amendments. *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925), are the two landmark cases most often cited. In the former, the Supreme Court invalidated a statute that purported to limit the teaching of foreign languages. Its decision was grounded, in part at least, on a finding that the statute interfered with the right of the parents to control the education of their children. In *Pierce v. Society of Sisters*, the Supreme Court declared unconstitutional a statute that required that children attend public schools. McReynolds J. stated, at pp. 534-35:

> Under the doctrine of *Meyer* v. *Nebraska*, 262 U.S. 390, we think it entirely plain that the Act of 1922 unreasonably interferes with the liberty of parents and guardians to direct the upbringing and education of children under their control. As often heretofore pointed out, rights guaranteed by the Constitution may not be abridged by legislation which has no reasonable relation to some purpose within the competency of the State. The fundamental theory of liberty upon which all governments in this Union repose excludes any general power of the State to standardize its children by forcing them to accept instruction from public teachers only. The child is not the mere creature of the State; those who nurture him and direct his destiny have the right,

décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt *Singh*, est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

Quoique je fus dissident dans cette affaire, je souscris à cet énoncé et, en réalité, j'ai subséquemment fait observer, dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 412, que j'étais sympathique à l'idée que l'art. 7 de la *Charte* protège un droit à la vie privée. À cet égard, l'expérience américaine peut nous être d'une aide précieuse quant à la bonne signification et aux limites de la liberté. La Cour suprême des États-Unis a donné une interprétation libérale au concept de la liberté en matière familiale. Elle a élevé la notion d'intégrité de la cellule familiale et des droits parentaux au rang de valeurs constitutionnelles grâce à son interprétation des Cinquième et Quatorzième amendements. Les deux arrêts marquants les plus fréquemment cités sont *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925). Dans le premier cas, la Cour suprême a invalidé une loi censée restreindre l'enseignement de langues étrangères. Sa décision était fondée, en partie du moins, sur la conclusion que la loi en cause empiétait sur le droit des parents de contrôler l'enseignement offert à leurs enfants. Dans l'arrêt *Pierce c. Society of Sisters*, la Cour suprême a déclaré inconstitutionnelle une loi qui forçait les enfants à fréquenter les écoles publiques. Le juge McReynolds déclare ceci, aux pp. 534 et 535:

> [TRADUCTION] Suivant le principe de l'arrêt *Meyer* c. *Nebraska*, 262 U.S. 390, il est, à notre avis, tout à fait clair que la Loi de 1922 empiète déraisonnablement sur la liberté des parents et tuteurs de diriger l'éducation des enfants dont ils ont la garde et l'enseignement qui leur est donné. Comme on l'a souvent signalé jusqu'à maintenant, les droits garantis par la Constitution ne peuvent être restreints par une loi qui n'a aucun lien raisonnable avec un objectif relevant de la compétence de l'État. La théorie fondamentale de la liberté sur laquelle s'appuient tous les gouvernements de l'Union exclut tout pouvoir général de l'État d'uniformiser ses enfants en les forçant à fréquenter les écoles publiques uniquement. L'enfant n'est pas la simple créature de l'État;

1995 CanLII 115 (SCC)

coupled with the high duty, to recognize and 0prepare him for additional obligations.

82 Those two cases have survived the *Lochner* era, a much criticized period in which the Supreme Court engaged in substantive review of many economic and social statutes. Despite the lack of unanimity on the formulation of liberty and the role of the courts in reviewing legislation, the dicta on liberty, in so far as family matters are concerned, have been consistently broad. In *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), although the Court upheld a statute prohibiting child labour, Rutledge J. stated, for the Court (at p. 166): "It is cardinal with us that the custody, care and nurture of the child reside first in the parents, whose primary function and freedom include preparation for obligations the state can neither supply nor hinder." These cases have often been reaffirmed by the Supreme Court; see, for example, *Stanley v. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), and *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, *supra*. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), which echoed this broad conception of liberty, was again recently reaffirmed in *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania v. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

83 Where to draw the line between interests and regulatory powers falling within the accepted ambit of state authority will often raise difficulty. But much on either side of the line is clear enough. On that basis, I would have thought it plain that the right to nurture a child, to care for its development, and to make decisions for it in fundamental matters such as medical care, are part of the liberty interest of a parent. As observed by Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter* was not enacted in a vacuum or absent a historical context. The common law has long recognized that parents are in the best position to take care of their children and make all the decisions necessary to ensure their well-being. In *Hepton v. Maat*, [1957] S.C.R. 606, our Court stated (at p. 607): "The view of the child's welfare conceives it to lie, first,

ceux qui l'élèvent et qui dirigent sa destinée ont le droit, de même que le devoir suprême, de le reconnaître et de le préparer à assumer des obligations supplémentaires.

Ces deux arrêts ont survécu à l'ère *Lochner*, une période fort critiquée au cours de laquelle la Cour suprême s'est engagée dans un examen au fond de nombreuses lois économiques et sociales. En dépit de l'absence d'unanimité sur la formulation de la liberté et le rôle des tribunaux dans la révision de mesures législatives, les opinions exprimées sur la liberté en matière familiale ont toujours été générales. Dans l'arrêt *Prince c. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944), bien que la Cour ait maintenu une loi prohibant le travail des enfants, le juge Rutledge a déclaré au nom de la Cour (à la p. 166): [TRADUCTION] «Il est essentiel pour nous que la garde, les soins et l'éducation de l'enfant appartiennent d'abord aux parents, qui ont notamment pour tâche et liberté principales de préparer l'enfant à assumer des obligations, préparation que l'État ne peut ni fournir ni empêcher.» Ces arrêts ont souvent été confirmés par la Cour suprême; voir, par exemple, *Stanley c. Illinois*, 405 U.S. 645 (1972), *Wisconsin c. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972), et *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, précité. L'arrêt *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), qui reprend cette conception libérale de la liberté, était encore confirmé récemment dans l'arrêt *Planned Parenthood of South-Eastern Pennsylvania c. Casey*, 112 S.Ct. 2791 (1992).

Il sera souvent difficile de tracer la ligne entre les intérêts et les pouvoirs de réglementation relevant de la portée reconnue de l'autorité de l'État. Mais de chaque côté de la ligne, beaucoup d'éléments sont suffisamment clairs. Pour cette raison, j'aurais cru qu'il serait évident que les droits d'éduquer un enfant, de prendre soin de son développement et de prendre des décisions pour lui dans des domaines fondamentaux comme les soins médicaux, font partie du droit à la liberté d'un parent. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte* n'a pas été adoptée sur une table rase ou en l'absence d'un contexte historique. La common law reconnaît depuis longtemps que les parents sont les mieux placés pour prendre soin de leurs enfants et pour prendre toutes les décisions néces-

1995 CanLII 115 (SCC)

within the warmth and security of the home provided by his parents". This recognition was based on the presumption that parents act in the best interest of their child. The Court did add, however, that "when through a failure, with or without parental fault, to furnish that protection, that welfare is threatened, the community, represented by the Sovereign, is, on the broadest social and national grounds, justified in displacing the parents and assuming their duties" (pp. 607-8). Although the philosophy underlying state intervention has changed over time, most contemporary statutes dealing with child protection matters, and in particular the Ontario Act, while focusing on the best interest of the child, favour minimal intervention. In recent years, courts have expressed some reluctance to interfere with parental rights, and state intervention has been tolerated only when necessity was demonstrated. This only serves to confirm that the parental interest in bringing up, nurturing and caring for a child, including medical care and moral upbringing, is an individual interest of fundamental importance to our society.

saires à leur bien-être. Dans l'arrêt *Hepton c. Maat*, [1957] R.C.S. 606, notre Cour affirme (à la p. 607): [TRADUCTION] «Selon ce point de vue, le bien-être de l'enfant repose d'abord dans la chaleur et la sécurité du foyer que lui fournissent ses parents.» Cette reconnaissance était fondée sur la présomption que les parents agissent dans l'intérêt de leur enfant. La Cour ajoute toutefois que [TRADUCTION] «si, en raison de l'omission de fournir cette protection, avec ou sans faute de la part des parents, ce bien-être est menacé, la collectivité, représentée par le Souverain, est, pour les motifs sociaux et nationaux les plus généraux, justifiée d'évincer les parents et d'assumer leurs obligations» (pp. 607 et 608). Bien que la philosophie qui sous-tend l'intervention de l'État ait évolué au fil des ans, la plupart des lois contemporaines en matière de protection des enfants et, en particulier, la Loi de l'Ontario, tout en mettant l'accent sur l'intérêt de l'enfant, favorisent une intervention minimale. Au cours des dernières années, les tribunaux ont fait preuve d'une certaine hésitation à s'immiscer dans les droits des parents et l'intervention de l'État n'a été tolérée que lorsqu'on en avait démontré la nécessité. Cela ne fait que confirmer que le droit des parents d'élever, d'éduquer et de prendre soin de l'enfant, notamment de lui procurer des soins médicaux et de lui offrir une éducation morale, est un droit individuel d'importance fondamentale dans notre société.

The respondents have argued that the "parental liberty" asserted by the appellants is an obligation owed to the child which does not fall within the scope of s. 7 of the *Charter*. Some decisions seem to give credit to this thesis. In *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (Nfld. U.F.C.), for example, a case similar to the present one, Riche J. observed, at p. 303:

> The parents have individual rights which they hold as members of society. With respect to their children, they have obligations or responsibilities. The parents have a right to custody of their children while they are children and for as long as they discharge their obligations to those children. The parents maintain a right to attempt to raise their children in the same religious faith as their's [*sic*]. As between the parents and the children, the parents have few rights and many obligations.

Les intimés ont soutenu que la «liberté parentale» invoquée par les appelants est une obligation due à l'enfant qui ne relève pas de l'art. 7 de la *Charte*. Certaines décisions semblent accréditer cette thèse. Dans la décision *Re C.P.L.* (1988), 70 Nfld. & P.E.I.R. 287 (C.U.F.T.-N.), par exemple, une affaire semblable à celle dont nous sommes saisis, le juge Riche fait observer, à la p. 303:

> [TRADUCTION] Les parents jouissent de droits individuels en tant que membres de la société. À l'égard de leurs enfants, ils ont des obligations et des responsabilités. Ils ont un droit de garde de leurs enfants tant que ceux-ci sont des enfants et aussi longtemps qu'ils s'acquittent de leurs obligations envers ceux-ci. Les parents conservent le droit de tenter d'élever leurs enfants dans la même religion que la leur. Dans la relation qu'ils ont avec leurs enfants, les parents ont peu de droits et de nombreuses obligations.

84

1995 CanLII 115 (SCC)

Riche J. concluded that the right of the child to parental care, rather than the rights of the parents, had been breached in a manner that did not conform to the principles of fundamental justice.

Le juge Riche a conclu que c'était le droit de l'enfant aux soins de ses parents, et non les droits des parents, qui avait été violé d'une manière qui n'était pas conforme aux principes de justice fondamentale.

85 While acknowledging that parents bear responsibilities towards their children, it seems to me that they must enjoy correlative rights to exercise them. The contrary view would not recognize the fundamental importance of choice and personal autonomy in our society. As already stated, the common law has always, in the absence of demonstrated neglect or unsuitability, presumed that parents should make all significant choices affecting their children, and has afforded them a general liberty to do as they choose. This liberty interest is not a parental right tantamount to a right of property in children. (Fortunately, we have distanced ourselves from the ancient juridical conception of children as chattels of their parents.) The state is now actively involved in a number of areas traditionally conceived of as properly belonging to the private sphere. Nonetheless, our society is far from having repudiated the privileged role parents exercise in the upbringing of their children. This role translates into a protected sphere of parental decision-making which is rooted in the presumption that parents should make important decisions affecting their children both because parents are more likely to appreciate the best interests of their children and because the state is ill-equipped to make such decisions itself. Moreover, individuals have a deep personal interest as parents in fostering the growth of their own children. This is not to say that the state cannot intervene when it considers it necessary to safeguard the child's autonomy or health. But such intervention must be justified. In other words, parental decision-making must receive the protection of the *Charter* in order for state interference to be properly monitored by the courts, and be permitted only when it conforms to the values underlying the *Charter*.

Bien que je reconnaisse que les parents ont des responsabilités envers leurs enfants, il me semble qu'ils doivent jouir de droits corrélatifs de s'en acquitter. Une opinion contraire ferait fi de l'importance fondamentale du choix et de l'autonomie personnelle dans notre société. Comme je l'ai déjà mentionné, la common law a toujours présumé, en l'absence d'une démonstration de négligence ou d'inaptitude, que les parents devraient faire tous les choix importants qui touchent leurs enfants, et elle leur a accordé une liberté générale de le faire comme ils l'entendent. Ce droit à la liberté n'est pas un droit parental équivalent à un droit de propriété sur les enfants. (Heureusement, nous nous sommes dissociés de l'ancienne conception juridique selon laquelle les enfants étaient les biens de leurs parents.) L'État est maintenant activement présent dans bon nombre de domaines traditionnellement perçus comme étant, à juste titre, du ressort privé. Néanmoins, notre société est loin d'avoir répudié le rôle privilégié que les parents jouent dans l'éducation de leurs enfants. Ce rôle se traduit par un champ protégé de prise de décision par les parents, fondé sur la présomption que ce sont eux qui devraient prendre les décisions importantes qui touchent leurs enfants parce qu'ils sont plus à même d'apprécier ce qui est dans leur intérêt et que l'État n'est pas qualifié pour prendre ces décisions lui-même. En outre, les individus ont un intérêt personnel profond, en tant que parents, à favoriser la croissance de leurs propres enfants. Cela ne signifie pas que l'État ne peut intervenir lorsqu'il considère nécessaire de préserver l'autonomie ou la santé de l'enfant. Cette intervention doit cependant être justifiée. En d'autres termes, le pouvoir décisionnel des parents doit être protégé par la *Charte* afin que l'intervention de l'État soit bien contrôlée par les tribunaux et permise uniquement lorsqu'elle est conforme aux valeurs qui sous-tendent la *Charte*.

1995 CanLII 113 (SCC)

The respondents also argued that the infant's rights were paramount to those of the appellants and, on that basis alone, state intervention was justified. This was the conclusion reached by Whealy Dist. Ct. J. Children undeniably benefit from the *Charter*, most notably in its protection of their rights to life and to the security of their person. As children are unable to assert these, our society presumes that parents will exercise their freedom of choice in a manner that does not offend the rights of their children. If one considers the multitude of decisions parents make daily, it is clear that in practice, state interference in order to balance the rights of parents and children will arise only in exceptional cases. In fact, we must accept that parents can, at times, make decisions contrary to their children's wishes — and rights — as long as they do not exceed the threshold dictated by public policy, in its broad conception. For instance, it would be difficult to deny that a parent can dictate to his or her child the place where he or she will live, or which school he or she will attend. However, the state can properly intervene in situations where parental conduct falls below the socially acceptable threshold. But in doing so, the state is limiting the constitutional rights of parents rather then vindicating the constitutional rights of children. On this point, N. Bala and J. D. Redfearn, *supra*, observe, at. p. 301:

> . . . while the state may be justified in limiting parental rights, it is wrong to conceive of this as a situation where the court or state is somehow protecting *constitutional* rights of the child. Rather this should be viewed as a situation in which the state limits the constitutional rights of parents, and sometimes those of a child, to promote the welfare of the child. . . . However, it seems inappropriate to allow an agency of the state to invoke the Charter of Rights to limit the rights of a citizen. The Charter is intended to protect individuals from the state, not to justify state interference. [Emphasis in original.]

A similar approach, albeit in a different context, was taken in *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, where a majority of this Court agreed that it would be inappropriate to limit the scope of an individual's freedom of expression under s. 2(*b*) by refer-

Les intimés soutiennent également que les droits de l'enfant en bas âge l'emportaient sur ceux des appelants et que, pour ce seul motif, l'intervention de l'État était justifiée. C'est ce qu'a conclu le juge Whealy. Les enfants bénéficient indéniablement de la protection de la *Charte*, plus particulièrement en ce qui concerne leur droit à la vie et à la sécurité de leur personne. Comme les enfants ne sont pas en mesure de faire valoir ces droits, notre société présume que leurs parents exerceront leur liberté de choix d'une manière qui ne violera pas les droits de leurs enfants. Si l'on considère la multitude de décisions que les parents prennent tous les jours, il est évident qu'en pratique l'intervention de l'État visant à soupeser les droits des parents et ceux des enfants n'aura lieu que dans des cas exceptionnels. En fait, nous devons convenir que les parents peuvent parfois prendre des décisions contraires aux vœux — et aux droits — de leurs enfants, du moment qu'ils n'excèdent pas le seuil prescrit par l'ordre public au sens large. Ainsi, on pourrait difficilement nier à un parent le pouvoir d'imposer à son enfant l'endroit où il vivra ou l'école qu'il fréquentera. Toutefois, l'État peut à bon droit intervenir dans les cas où le comportement des parents ne respecte pas la norme minimale socialement acceptable. Mais ce faisant, l'État restreint les droits constitutionnels des parents plutôt que de défendre les droits constitutionnels des enfants. Sur ce point, N. Bala et J. D. Redfearn, *loc. cit.*, font remarquer à la p. 301:

> [TRADUCTION] . . . bien que l'État puisse être justifié de limiter les droits parentaux, c'est à tort que l'on en conclut que le tribunal ou l'État protège en quelque sorte les droits *constitutionnels* de l'enfant. On devrait plutôt considérer que l'État restreint les droits constitutionnels des parents, et parfois ceux d'un enfant, pour favoriser le bien-être de ce dernier [. . .] Toutefois, il semble inapproprié de permettre à un mandataire de l'État d'invoquer la Charte des droits pour restreindre les droits d'un citoyen. La Charte vise à protéger les individus contre l'État, et non à justifier l'intervention de l'État. [En italique dans l'original.]

Un point de vue semblable, quoique dans un contexte différent, a été adopté dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, où notre Cour à la majorité a convenu qu'il ne conviendrait pas de limiter la portée de la liberté d'expression que l'al.

1995 CanLII 115 (SCC)

ence to the conflicting s. 15 and s. 27 rights of others.

87 Once it is decided that the parents have a liberty interest, further balancing of parents' and children's rights should be done in the course of determining whether state interference conforms to the principles of fundamental justice, rather than when defining the scope of the liberty interest. Even assuming that the rights of children can qualify the liberty interest of their parents, that interest exists nonetheless. In the case at bar, the application of the Act deprived the appellants of their right to decide which medical treatment should be administered to their infant. In so doing, the Act has infringed upon the parental "liberty" protected in s. 7 of the *Charter*. I now propose to determine whether this deprivation was made in accordance with the principles of fundamental justice.

Principles of Fundamental Justice

88 This Court has on different occasions stated that the principles of fundamental justice are to be found in the basic tenets and principles of our judicial system, as well as in the other components of our legal system; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*; *R. v. Beare*, *supra*. The state's interest in legislating in matters affecting children has a long-standing history. In *R. v. Jones*, *supra*, for example, I acknowledged the compelling interest of the province in maintaining the quality of education. More particularly, the common law has long recognized the power of the state to intervene to protect children whose lives are in jeopardy and to promote their well-being, basing such intervention on its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Hepton v. Maat*, *supra*; *E. (Mrs.) v. Eve*, [1986] 2 S.C.R. 388. The protection of a child's right to life and to health, when it becomes necessary to do so, is a basic tenet of our legal system, and legislation to that end accords with the principles of fundamental justice, so long, of course, as it also meets the requirements of fair procedure. Section 19 of the Act is but one of the numerous legislative expressions of the *parens patriae* power. It contemplates different situations where state intervention is mandated in order to ensure the protection

2*b*) garantit à l'individu, par renvoi aux droits opposés que les art. 15 et 27 garantissent à autrui.

Dès qu'il est déterminé que les parents ont un droit à la liberté, il y a lieu de soupeser leurs droits et ceux des enfants pour déterminer si l'intervention de l'État est conforme aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer la portée du droit à la liberté. Même en tenant pour acquis que les droits des enfants peuvent atténuer le droit à la liberté de leurs parents, ce droit existe néanmoins. En l'espèce, l'application de la Loi a privé les appelants de leur droit de décider quel traitement médical devrait être administré à leur enfant. La Loi a donc enfreint la «liberté» parentale garantie à l'art. 7 de la *Charte*. Il s'agit maintenant de déterminer si cette privation d'un droit était conforme aux principes de justice fondamentale.

Les principes de justice fondamentale

Notre Cour a, à différentes occasions, indiqué que les principes de justice fondamentale doivent être puisés dans les préceptes fondamentaux de notre système judiciaire, de même que dans les composantes de notre système juridique; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* et *R. c. Beare*, précités. Le droit de l'État de légiférer dans les domaines touchant les enfants ne date pas d'hier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai reconnu le droit impérieux de la province de maintenir la qualité de l'éducation. Plus particulièrement, la common law reconnaît depuis longtemps le pouvoir de l'État d'intervenir pour protéger l'enfant dont la vie est en danger et pour promouvoir son bien-être, en fondant cette intervention sur sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Hepton c. Maat*, précité, et *E. (M^me^) c. Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388. La protection du droit de l'enfant à la vie et à la santé, lorsqu'il devient nécessaire de le faire, est un précepte fondamental de notre système juridique, et toute mesure législative adoptée à cette fin est conforme aux principes de justice fondamentale, dans la mesure, évidemment, où elle satisfait également aux exigences de la procédure équitable. L'article 19 de la Loi n'est qu'une des nombreuses expressions législatives de la compé-

1995 CanLII 115 (SCC)

of children. Only one of those is of interest here. It appears in s. 19(1)(*b*)(ix), which reads:

> **19.** — (1) In this Part and Part IV,
>
> . . .
>
> (*b*) "child in need of protection" means,
>
> (ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately, [Emphasis added.]

I note at the outset that this section is not limited to situations where the life of the child may be in jeopardy. It encompasses situations where treatments might be warranted to ensure his or her health or well-being. Although broad in scope, the section is compatible with a modern conception of life that embodies the notion of quality of life.

The appellants do not really contest the legitimacy of the principle that the state may intervene to protect children. Rather, they take issue with the procedure for intervention provided in the Act, and seek a declaratory judgment setting out guidelines that should be read into the Act for overriding parental choices. In light of the disposition of this appeal, there is no need to address in detail the availability of the remedy or the merits of the guidelines. Suffice it to say that the appellants propose that in a true emergency situation, there would be no need for a court order, as the common law permits doctors to provide treatment despite parental refusal. In a non-emergency situation, doctors would need a court order to override parental refusal, which could only be granted if the treatment was found by the court to be necessary, there was no alternative medical management, no

tence *parens patriae*. Il envisage diverses situations où l'intervention de l'État est requise pour garantir la protection des enfants, dont une seule est d'intérêt ici. Elle figure au sous-al. 19(1)*b*)(ix), qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **19.** — (1) Les définitions suivantes s'appliquent à la présente partie et à la partie IV.
>
> . . .
>
> *b*) «enfant ayant besoin de protection» désigne
>
> (ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement, [Je souligne.]

Je souligne, au départ, que cette disposition ne se limite pas aux situations où la vie de l'enfant peut être en danger. Elle vise également celles où des traitements pourraient être justifiés pour protéger sa santé ou son bien-être. Malgré sa large portée, la disposition est compatible avec une conception moderne de la vie qui englobe celle de la qualité de vie.

89

Les appelants ne contestent pas vraiment la légitimité du principe selon lequel l'État peut intervenir pour protéger les enfants. Ils contestent plutôt la procédure d'intervention prévue dans la Loi et demandent un jugement déclaratoire énonçant des directives qui devraient être considérées comme incluses dans la Loi pour passer outre aux choix des parents. Compte tenu de l'issue du présent pourvoi, il n'est pas nécessaire d'analyser en détail la possibilité d'obtenir réparation ou le bien-fondé des directives. Il suffit de dire que les appelants proposent que, dans une situation véritablement urgente, il ne soit pas nécessaire d'obtenir une ordonnance judiciaire, puisque la common law permet aux médecins d'administrer un traitement malgré le refus des parents. En l'absence d'urgence, les médecins devraient obtenir une ordonnance judiciaire pour passer outre au refus des

1995 CanLII 115 (SCC)

doctor to provide alternative medical care, and 48 hours notice and full disclosure to the parents.

90 While the pleadings have been centred mostly on the constitutionality of s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act, it is necessary to examine briefly the powers conferred on the courts in ss. 30(1) and 41, as well as the procedure established in ss. 21, 27 and 28. This will enable us to have a better understanding of the scheme devised by the legislature, and to address the appellants' arguments relating to the conformity of the deprivation of their rights to the principles of fundamental justice.

91 When the Children's Aid Society has reasonable and probable grounds to believe that a child is in need of protection within the meaning of s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act, it can apprehend the child without a warrant and take or confine him or her to a designated place of safety (s. 21). Upon such apprehension, s. 27 requires that the matter be brought before a court within five days for a determination of whether the child is in need of protection. Section 28 governs the procedure to be followed at the court hearing, and allows a judge to summon and compel witnesses, and to hear evidence from parents and other interested parties. Section 28(6) requires that a parent or other person with custody of the child must be given "reasonable notice" of the hearing. Section 28(10) allows the court to dispense with notice when it cannot be served and "any delay might endanger the health or safety of the child". If, at the s. 28 hearing, the court determines that the child is in need of protection, then it may make an order under s. 30(1) that the child be returned to its parents subject to society supervision, or that it be committed as a ward of the relevant Children's Aid Society. Only when the latter order is made is the Children's Aid Society, pursuant to s. 41 of the Act, vested with all rights and responsibilities of a legal guardian, including the right to consent to medical treatment. Finally, the Children's Aid Society must apply to

parents, laquelle ne pourrait être accordée que si la cour juge le traitement nécessaire, s'il n'y a aucune autre solution sur le plan médical ni aucun autre médecin pour administrer un traitement médical subsidiaire, si un préavis de 48 heures est donné et si tous les renseignements sont communiqués aux parents.

Bien que les plaidoiries aient surtout porté sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi, il est nécessaire d'examiner brièvement les pouvoirs conférés aux tribunaux par le par. 30(1) et l'art. 41, de même que les procédures établies aux art. 21, 27 et 28. Cela nous permettra de mieux comprendre le régime conçu par le législateur, et de répondre aux arguments des appelants concernant la conformité de la privation de leurs droits avec les principes de justice fondamentale.

Lorsque la société d'aide à l'enfance a des motifs raisonnables et probables de croire qu'un enfant a besoin de protection au sens du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi, elle peut appréhender l'enfant sans mandat et l'amener ou le confiner dans un endroit sûr désigné (art. 21). Une fois l'enfant ainsi appréhendé, l'art. 27 requiert que le dossier soit soumis à un tribunal dans les cinq jours afin qu'il détermine si l'enfant a besoin de protection. L'article 28 régit la procédure à suivre lors de l'audience judiciaire, autorise le juge à assigner et à contraindre des témoins et à entendre les témoignages des parents et des autres parties intéressées. Le paragraphe 28(6) exige qu'un parent ou une autre personne ayant la garde de l'enfant reçoive un [TRADUCTION] «préavis raisonnable» de l'audience. Le paragraphe 28(10) permet au tribunal de ne pas exiger de préavis lorsqu'il ne peut être signifié et que [TRADUCTION] «tout délai pourrait compromettre la vie ou la sécurité de l'enfant». Si, lors de l'audience fondée sur l'art. 28, le tribunal juge que l'enfant a besoin de protection, il peut alors, en vertu du par. 30(1), ordonner que l'enfant soit retourné à ses parents sous la surveillance de la société, ou qu'il devienne pupille de la société d'aide à l'enfance compétente. Ce n'est que lorsque cette dernière ordonnance est rendue que, conformément à l'art. 41 de la Loi, la société d'aide à l'enfance est investie de tous les droits et responsa-

1995 CanLII 115 (SCC)

the court to have the child's status reviewed before the expiry of the wardship order (s. 37).

The appellants attack the general procedure under the *Child Welfare Act*, and in particular the specific way in which it was carried out in the present case. As for the constitutionality of the procedure under the Act, there is no need to discuss it at length, since I am of the opinion that the scheme designed by the legislature accords with the principles of fundamental justice. The parents must receive reasonable notice of the hearing in which their rights might be affected. "Reasonable" is a flexible criterion that permits adjustments to different situations. While it is possible to hold a wardship hearing without notice in situations of emergency, s. 28(11) of the Act provides that the wardship order cannot, in the absence of another hearing with notice, exceed 30 days. In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, this Court held that an injunction granted *ex parte* did not violate s. 7 of the *Charter*. That case differs from the present one, but its underlying proposition holds true: the procedural requirements of the principles of fundamental justice can be attenuated when urgent and unusual circumstances require expedited court action.

Further, the wardship order depriving the parents of the right to refuse medical treatment for their infant is granted by a judge following an adversarial process where conflicting evidence may be presented. The parents can act through counsel, present arguments, cross-examine witnesses, and so on. The onus of proof is on the Children's Aid Society, and it has been recognized by the courts, and by Main Prov. Ct. J. in this case, that the Children's Aid Society must present a strong case.

Finally, the initial order granting wardship to the Children's Aid Society must be reviewed

bilités d'un tuteur public, dont celui de consentir à un traitement médical. Enfin, la société d'aide à l'enfance doit demander au tribunal de réviser le statut de l'enfant avant l'expiration de l'ordonnance de tutelle (art. 37).

92 Les appelants contestent la procédure générale établie dans la *Child Welfare Act* et, en particulier, la façon dont elle a été appliquée dans le cas qui nous occupe. Quant à la constitutionnalité de la procédure établie par la Loi, il n'est pas nécessaire de l'analyser en détail, puisque je suis d'avis que le régime conçu par le législateur est conforme aux principes de justice fondamentale. Les parents doivent recevoir un préavis raisonnable de l'audience au cours de laquelle leurs droits pourront être touchés. Le caractère «raisonnable» est un critère souple qui permet de s'ajuster aux différentes situations. Bien qu'il soit possible de tenir une audience sur la tutelle sans préavis dans les cas d'urgence, le par. 28(11) de la Loi prévoit que l'ordonnance de tutelle ne peut, en l'absence d'une autre audience précédée d'un avis, excéder 30 jours. Dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, notre Cour a conclu qu'une injonction accordée *ex parte* ne violait pas l'art. 7 de la *Charte*. Cette affaire est différente de celle qui nous occupe, mais le principe qui la sous-tend demeure juste: les exigences des principes de justice fondamentale, sur le plan de la procédure, peuvent être atténuées lorsque des circonstances urgentes et inhabituelles requièrent que les tribunaux agissent rapidement.

93 En outre, l'ordonnance de tutelle qui prive les parents du droit de refuser un traitement médical pour leur enfant est rendue par un juge à la suite d'une procédure contradictoire où des éléments de preuve opposés peuvent être présentés. Les parents peuvent agir par l'intermédiaire d'un avocat, soumettre des arguments, contre-interroger des témoins, et ainsi de suite. Le fardeau de la preuve incombe à la société d'aide à l'enfance, et les tribunaux, de même que le juge Main en l'espèce, ont reconnu que la société d'aide à l'enfance doit présenter une preuve solide.

94 Enfin, l'ordonnance initiale accordant la tutelle à la société d'aide à l'enfance doit être révisée

1995 CanLII 115 (SCC)

before its expiry. In *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto v. M. (C.)*, [1994] 2 S.C.R. 165, this Court held that the status review procedure under the *Child and Family Services Act* — which does not substantially differ from the old Act — is aimed at reviewing the determination of the status of the child (i.e. whether the child is still in need of protection), and not merely the opportuneness of prolonging the order. Such an interpretation best accords with the purpose of the Act, as it enables the court to monitor any relevant changes that might affect the status of the child.

95 I now propose to analyze the scheme as it has been applied to this case, and respond to the other concerns voiced by the appellants. I shall first deal with the initial wardship order of July 31, 1983. I shall then turn to the status review of August 18 and 19, 1983.

(i) Wardship Order of July 31, 1983

96 The doctors responsible for Sheena's care informed the Children's Aid Society that her life was at risk, because her parents were refusing to consent to a blood transfusion, the need of which, in the doctors' view, was imminent. It is upon those facts that the Children's Aid Society founded its reasonable and probable grounds to engage the process contemplated by the Act. The evidence indicates that the Children's Aid Society had to proceed diligently. The parents received notice of the hearing the day it was held. In light of the circumstances, the notice was reasonable. Main Prov. Ct. J., who acknowledged the short notice, limited the initial wardship order to 72 hours, so as to enable the parties to come back before him with further evidence. And although the appellants were not able to present conflicting medical evidence at the initial hearing, they were nonetheless represented by counsel, who cross-examined the witnesses summoned by the Children's Aid Society and presented submissions.

97 The appellants argued, in particular, that Dr. Perlman, who testified for the Children's Aid Soci-

avant son expiration. Dans l'arrêt *Catholic Children's Aid Society of Metropolitan Toronto c. M. (C.)*, [1994] 2 R.C.S. 165, notre Cour a conclu que la procédure qui gouverne la révision du statut de l'enfant en vertu de la *Loi sur les services à l'enfance et à la famille* — qui ne diffère pas substantiellement de l'ancienne loi — vise à réviser la détermination du statut de l'enfant (c'est-à-dire si l'enfant a toujours besoin de protection), et non simplement à déterminer s'il est opportun de prolonger l'ordonnance. Une telle interprétation s'accorde le mieux avec l'objectif de la Loi, car elle permet à la cour de surveiller tout changement pertinent qui pourrait influer sur le statut de l'enfant.

J'entends maintenant analyser le régime tel qu'il a été appliqué en l'espèce, et répondre aux autres préoccupations exprimées par les appelants. J'analyserai d'abord l'ordonnance initiale de tutelle rendue le 31 juillet 1983, puis ensuite l'instance de révision du statut tenue les 18 et 19 août 1983.

(i) Ordonnance de tutelle du 31 juillet 1983

Les médecins chargés de soigner Sheena ont avisé la société d'aide à l'enfance que sa vie était en danger parce que ses parents refusaient de consentir à une transfusion sanguine dont le besoin était, selon eux, imminent. C'est sur ces faits que la société d'aide à l'enfance a fondé ses motifs raisonnables et probables d'enclencher le processus prévu dans la Loi. La preuve indique que la société d'aide à l'enfance devait agir avec diligence. Les parents ont été avisés de l'audience le jour même où elle a été tenue. Compte tenu des circonstances, le préavis était raisonnable. Le juge Main, qui a reconnu que le préavis avait été donné à la dernière minute, a limité à 72 heures l'ordonnance initiale de tutelle, de façon à permettre aux parties de revenir devant lui avec une preuve supplémentaire. En outre, bien que les appelants aient été incapables de présenter une preuve médicale contradictoire lors de l'audience initiale, ils ont néanmoins été représentés par un avocat qui a contre-interrogé les témoins appelés par la société d'aide à l'enfance et présenté des arguments.

Les appelants ont fait valoir, notamment, que le Dr Perlman, qui a témoigné au nom de la société

1995 CanLII 115 (SCC)

ety, failed to disclose the findings of Dr. Benson, the cardiologist who examined Sheena the day of the hearing. Dr. Benson was of the view that Sheena did not present any imminent risk of congestive heart failure. The respondents argued that this evidence was not available at the time of the hearing on July 31. In any event, the Court of Appeal observed that while these findings should have been disclosed, the failure to include evidence that no congestive heart condition existed was not, particularly with the benefit of hindsight, an omission of much significance. I see no reason to interfere with that conclusion. Moreover, Dr. Perlman was a witness at the wardship hearing, and assuming that there was a breach of the duty to disclose, it did not affect the conformity of the legislative scheme with the principles of fundamental justice.

(ii) Status Review of August 18 and 19, 1983

The hearing of August 18 and 19, 1983, held pursuant to s. 37 of the Act, was to review Sheena's status and to determine if the wardship order should be prolonged. The appellants received notice of the hearing at the beginning of the month of August. Although they would have had time to adduce some medical evidence to counter that of the Children's Aid Society with respect to the congestive heart condition, the appellants chose not to do so. While the child's health had slightly improved, the Children's Aid Society demonstrated, to the satisfaction of Main Prov. Ct. J., that an eventual blood transfusion was still a reasonable course of action, due to the fragile state of the child. The Children's Aid Society wished to retain the authority to consent to a blood transfusion if an emergency were to arise.

The hearing also revolved around the testimony of Dr. Morin, who testified that the child needed to undergo exploratory surgery under general anaesthetic to confirm a diagnosis of infantile glaucoma which, if established, would require surgery to preserve the child's sight. Evidence that Sheena needed to receive a transfusion in order to sustain the anaesthetic was also adduced. The appellants argued that the testimony of the ophthalmologist

d'aide à l'enfance, n'a pas révélé les conclusions du Dr Benson, le cardiologue qui a examiné Sheena le jour de l'audience. Le Dr Benson était d'avis que Sheena ne présentait aucun risque imminent d'insuffisance cardiaque globale. Les intimés ont soutenu que cette preuve n'était pas disponible à l'époque de l'audience le 31 juillet. Quoi qu'il en soit, la Cour d'appel a fait remarquer que, même si ces conclusions auraient dû être révélées, le défaut d'inclure une preuve qu'il n'y avait pas insuffisance cardiaque globale n'était pas, en particulier avec le bénéfice du recul, une omission de grande importance. Je ne vois aucune raison de modifier cette conclusion. En outre, le Dr Perlman a témoigné lors de l'audience sur la tutelle et, si l'on présume qu'il y a eu manquement à l'obligation de divulguer, cela n'a rien changé à la conformité du régime législatif avec les principes de justice fondamentale.

(ii) Révision du statut les 18 et 19 août 1983

98 L'audience des 18 et 19 août 1983, tenue conformément à l'art. 37 de la Loi, visait à réviser le statut de Sheena pour déterminer si l'ordonnance de tutelle devait être prolongée. Les appelants ont été avisés de l'audience au début du mois d'août. Même s'ils avaient le temps de produire une preuve médicale pour contrer celle de la société d'aide à l'enfance relativement à l'insuffisance cardiaque globale, les appelants ont choisi de ne pas le faire. Même si la santé de l'enfant s'était légèrement améliorée, la société d'aide à l'enfance a démontré, à la satisfaction du juge Main, qu'une transfusion sanguine représentait toujours une solution raisonnable en raison de l'état de santé précaire de l'enfant. La société d'aide à l'enfance souhaitait conserver le pouvoir de consentir à une transfusion sanguine en cas d'urgence.

99 L'audience a également porté sur le témoignage du Dr Morin qui a déclaré que l'enfant devait subir une chirurgie exploratoire sous anesthésie générale pour confirmer un diagnostic de glaucome infantile qui, s'il était établi, nécessiterait une chirurgie afin de préserver la vue de l'enfant. On a également produit une preuve que Sheena avait besoin d'une transfusion pour être anesthésiée. Les appelants ont soutenu que le témoignage de l'ophtalmo-

1995 CanLII 115 (SCC)

took them by surprise, as they were not informed of it in the notice. In reviewing the evidence, however, it appears that even if the appellants and their counsel were unaware that Dr. Morin would be called to testify, they had for some time been aware of this aspect of Sheena's condition. Dr. Pape, the neonatologist responsible for Sheena's care, testified on August 18 that the suspected glaucoma was diagnosed when Sheena was three to four weeks old, and that she had discussed with the appellants the desirability of exploratory surgery. Moreover, Main Prov. Ct. J., who was sensitive to the fact that the appellants did not have time to seek their own medical opinion, recommended that they be permitted to seek a second opinion before the exploratory surgery. In fact, the appellants did consult an ophthalmologist beforehand, who simply confirmed Dr. Morin's diagnosis. I do not think that the failure to notify the appellants that Dr. Morin would testify violated the principles of fundamental justice.

100 The appellants have also argued that the standard provided for in the Act — necessity of treatment — was not met in the case at bar, as there never was any emergency. They argued that the existence of an emergency was the premise on which the Court of Appeal based its analysis. This argument is tied to the questions of fact I have addressed above. As I am of the view that "necessity" under the Act was demonstrated, there is no need to canvass this issue further.

101 An examination of the application of the impugned provisions to the facts of this case amply demonstrates that the legislative scheme, which deprives parents of their right to choose medical treatment for their infant under certain circumstances, is in accordance with the principles of fundamental justice. Section 7 requires that a deprivation of liberty be in conformity with the principles of fundamental justice, but it does not guarantee the most equitable process of all; it dictates a threshold below which state intervention will not be tolerated: see *R. v. Lyons*, *supra*. Therefore, while the guidelines proposed by the appellants are more stringent than those found in the legislative

logiste les a pris au dépourvu puisqu'ils n'en avaient pas été informés dans le préavis. À l'examen de la preuve, il appert toutefois que, même si les appelants et leur avocat ignoraient que le Dr Morin serait appelé à témoigner, ils connaissaient depuis quelque temps déjà cet aspect de l'état de Sheena. Le Dr Pape, la néonatalogiste chargée de soigner Sheena, a témoigné le 18 août que le glaucome redouté avait été diagnostiqué lorsque Sheena était âgée de trois ou quatre semaines, et qu'elle avait étudié avec les appelants l'opportunité de procéder à une chirurgie exploratoire. De plus, le juge Main, qui était sensible au fait que les appelants n'avaient pas eu le temps de recueillir leur propre opinion médicale, a recommandé qu'ils soient autorisés à demander une seconde opinion avant la chirurgie exploratoire. En fait, les appelants ont préalablement consulté un ophtalmologiste qui a simplement confirmé le diagnostic du Dr Morin. Je ne crois pas que l'omission d'aviser les appelants que le Dr Morin témoignerait a violé les principes de justice fondamentale.

Les appelants ont également fait valoir qu'en l'espèce on n'a pas satisfait à la norme prévue dans la Loi — la nécessité du traitement — car il n'y a jamais eu urgence. Ils soutiennent que c'est sur l'existence d'une urgence que la Cour d'appel a fondé son analyse. Cet argument est lié aux questions de fait que j'ai abordées précédemment. Puisque je suis d'avis que la «nécessité» au sens de la Loi a été démontrée, il n'est pas nécessaire d'approfondir davantage cette question.

Un examen de l'application des dispositions contestées aux faits de la présente affaire démontre amplement que le régime législatif, qui prive les parents de leur droit de choisir un traitement médical pour leur enfant dans certaines circonstances, est conforme aux principes de justice fondamentale. L'article 7 requiert que la privation de liberté soit conforme aux principes de justice fondamentale, mais il ne garantit pas le processus le plus équitable entre tous; il établit le seuil sous lequel l'intervention de l'État ne sera pas tolérée: voir l'arrêt *R. c. Lyons*, précité. Par conséquent, bien que les directives proposées par les appelants soient plus strictes que celles prévues dans le

1995 CanLII 115 (SCC)

scheme, the process nonetheless respects the constitutional requirements. In fact, those guidelines were, in substance, contemplated by the legislative scheme. Section 19(1)(*b*)(ix) of the Act applies to treatments which are deemed necessary. The hearing is adversarial, so that a debate on the medical questions can be presented. The Act requires that the Children's Aid Society notify the parents of a hearing that might affect their rights. The epithet "reasonable" ensures that the process will be adaptable to a myriad of situations. The wardship order is circumscribed and must be reviewed before its expiry.

In sum, the appellants were entitled to such notice, access to information and rights of representation as may be fair and reasonable having regard to the nature of the proceedings and the urgency with which they must be carried out. Tarnopolsky J.A. carefully examined these issues and concluded, and I agree with him, that the procedure, having regard to all the circumstances, did not violate the principles of fundamental justice.

Section 2(*a*) of the *Charter*

Turning now to s. 2(*a*) of the *Charter*, the appellants argued that the Act, which deprives them of the right to refuse medical treatment for their infant on religious grounds, violates their freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. Whealy Dist. Ct. J. found that the purpose of the statute was secular; and consequently, that there could not be any violation of the appellants' freedom of religion. Tarnopolsky J.A., on the other hand, was of the view that the Act, in its effect, infringed on the freedom of religion of the appellants, but that the infringement was justified under s. 1 of the *Charter*. I note at the outset that it is the freedom of religion of the appellants — Sheena's parents — that is at stake in this appeal, not that of the child herself. While it may be conceivable to ground a claim on a child's own freedom of religion, the child must be old enough to entertain some religious beliefs in order to do so. Sheena was only a few weeks old at the time of the transfusion.

régime législatif, le processus satisfait néanmoins aux exigences constitutionnelles. En fait, ces directives étaient essentiellement envisagées par le régime législatif. Le sous-alinéa 19(1)*b*)(ix) de la Loi s'applique aux traitements réputés nécessaires. L'audience est de nature contradictoire, de sorte que les questions médicales peuvent être débattues. La Loi exige que la société d'aide à l'enfance avise les parents de l'audience qui pourrait toucher leurs droits. L'épithète «raisonnable» garantit que le processus pourra être adapté à une multitude de situations. L'ordonnance de tutelle est limitée et doit être revue avant son expiration.

Somme toute, les appelants avaient droit au préavis, à l'accès aux renseignements et à la représentation qui peuvent être justes et raisonnables, compte tenu de la nature et de l'urgence des procédures. Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a étudié ces questions et a conclu, ce à quoi je souscris, que, compte tenu de toutes les circonstances, la procédure n'a pas violé les principes de justice fondamentale.

L'alinéa 2*a*) de la *Charte*

En ce qui concerne l'al. 2*a*) de la *Charte*, les appelants font valoir que la Loi, qui les prive du droit de refuser, pour des motifs religieux, un traitement médical pour leur enfant, viole leur liberté de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. Le juge Whealy de la Cour de district a conclu que l'objet de la Loi était laïque et, conséquemment, qu'il ne pouvait y avoir de violation de la liberté de religion des appelants. Pour sa part, le juge Tarnopolsky était d'avis que la Loi, de par son effet, portait atteinte à la liberté de religion des appelants, mais que cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. Je souligne, au départ, que c'est la liberté de religion des appelants — les parents de Sheena — qui est en jeu en l'espèce, et non celle de l'enfant. Même si, en théorie, il est possible de fonder une demande sur la liberté de religion de l'enfant, il faut alors que ce dernier soit suffisamment âgé pour nourrir des croyances religieuses. Sheena n'était âgée que de quelques semaines au moment de la transfusion.

1995 CanLII 115 (SCC)

104 Like the other provisions of the *Charter*, s. 2(*a*) must be given a liberal interpretation with a view to satisfying its purpose: see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, Dickson J. stated, at p. 336:

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice of by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

105 In *R. v. Jones*, *supra*, I observed that freedom of religion encompassed the right of parents to educate their children according to their religious beliefs. In *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, a case involving a custody dispute in which one of the parents was a Jehovah's Witness, L'Heureux-Dubé J. stated that custody rights included the right to decide the child's religious education. It seems to me that the right of parents to rear their children according to their religious beliefs, including that of choosing medical and other treatments, is an equally fundamental aspect of freedom of religion.

106 It is evident that the purpose of the Act is not directed at limiting the freedom of Jehovah's Witnesses to choose medical treatment for their children, including the freedom to refuse a blood transfusion on religious grounds. It was not until 1945 that the Jehovah's Witnesses adhered to that precept, while the Act originates from a law first adopted in 1927, the *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, c. 279. I do not rely solely on this historical fact, however. It seems to me that a simple reading of the Act makes it clear that its purpose is nothing more or less than the protection of children. But if the purpose of the Act does not infringe on the freedom of religion of the appellants, the same cannot be said of its effects. The legislative scheme implemented by the Act, which culminates in a wardship order depriving the parents of the custody of their child, has denied them the right to choose medical treatment for their infant according to their religious beliefs.

À l'instar des autres dispositions de la *Charte*, l'al. 2*a*) doit être interprété libéralement de façon à atteindre son objectif: voir l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, le juge Dickson affirme, à la p. 336:

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

Dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, j'ai fait remarquer que la liberté de religion comprenait le droit des parents d'éduquer leurs enfants selon leurs croyances religieuses. Dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, une affaire où l'un des parents qui demandaient la garde était témoin de Jéhovah, le juge L'Heureux-Dubé a affirmé que les droits de garde incluaient le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant. Il me semble que le droit des parents d'éduquer leurs enfants suivant leurs croyances religieuses, dont celui de choisir les traitements médicaux et autres, est un aspect tout aussi fondamental de la liberté de religion.

Il est évident que la Loi ne vise pas à limiter la liberté des témoins de Jéhovah de choisir un traitement médical pour leurs enfants, dont la liberté de refuser une transfusion sanguine pour des motifs religieux. Ce n'est qu'en 1945 que les témoins de Jéhovah ont adhéré à ce précepte, alors que la Loi tire son origine d'une loi adoptée pour la première fois en 1927, à savoir la *Children's Protection Act*, R.S.O. 1927, ch. 279. Cependant, je ne me fonde pas uniquement sur ce fait historique. Il me semble qu'une simple lecture de la Loi permet de conclure qu'elle ne vise ni plus ni moins qu'à protéger l'enfant. Cependant, si l'objet de la Loi ne porte pas atteinte à la liberté de religion des appelants, on ne peut en dire autant de ses effets. Le régime législatif mis en œuvre par la Loi, qui aboutit à une ordonnance de tutelle privant les parents de la garde de leur enfant, les a privés du droit de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément à leurs croyances religieuses.

1995 CanLII 115 (SCC)

However, as the Court of Appeal noted, freedom of religion is not absolute. While it is difficult to conceive of any limitations on religious beliefs, the same cannot be said of religious practices, notably when they impact on the fundamental rights and freedoms of others. The United States Supreme Court has come to a similar conclusion; see *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, this Court observed that freedom of religion could be subjected to "such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others" (p. 337). Similarly, in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. wrote, in *obiter*, at p. 182:

> I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(*a*) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion.

A more difficult issue is whether the freedom of religion of the appellants is intrinsically limited by the very reasons underlying the state's intervention, namely the protection of the health and well-being of Sheena, or whether further analysis should be carried out under s. 1 of the *Charter*. In support of this thesis, the respondents have brought to this Court's attention a number of American cases, in which the scope of freedom of religion was limited. However, these cases are of little assistance, as the American Constitution contains no balancing provision comparable to s. 1 of the *Charter*.

This Court has consistently refrained from formulating internal limits to the scope of freedom of

Toutefois, comme la Cour d'appel l'a fait remarquer, la liberté de religion n'est pas absolue. Bien qu'il soit difficile d'imaginer quelque limite aux croyances religieuses, il n'en va pas de même pour les pratiques religieuses, notamment lorsqu'elles ont une incidence sur les libertés et les droits fondamentaux d'autrui. La Cour suprême des États-Unis en est venue à une conclusion semblable; voir *Cantwell c. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940). Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, notre Cour a souligné que la liberté de religion pouvait être assujettie aux «restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui» (p. 337). De même, dans l'arrêt *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé écrit, à titre d'opinion incidente, à la p. 182:

> J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2*a*) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents.

Se pose donc la question plus difficile de savoir si la liberté de religion des appelants est intrinsèquement limitée par les motifs mêmes qui sous-tendent l'intervention de l'État, soit la protection de la santé et du bien-être de Sheena, ou de savoir si une autre analyse devrait être faite en vertu de l'article premier de la *Charte*. À l'appui de cette thèse, les intimés ont porté à l'attention de notre Cour un certain nombre de décisions américaines dans lesquelles la portée de la liberté de religion a été restreinte. Toutefois, ces décisions ne sont guère utiles puisque la Constitution américaine ne contient aucune disposition exigeant l'appréciation des intérêts en jeu qui soit comparable à l'article premier de la *Charte*.

Notre Cour s'est toujours gardée de poser des limites internes à la portée de la liberté de religion

1995 CanLII 115 (SCC)

religion in cases where the constitutionality of a legislative scheme was raised; it rather opted to balance the competing rights under s. 1 of the *Charter*; see *R. v. Jones, supra*, and *R. v. Edwards Books and Art Ltd., supra*. A similar approach was taken in the context of s. 2(*b*) of the *Charter*, freedom of expression. In *R. v. Keegstra, supra*, Dickson C.J., writing for the majority, stated that s. 1 was better suited than s. 2(*b*) to facilitate the necessary balance between state and individual interests. McLachlin J. (in dissent but not on this point) also rejected several proposed limits to the scope of s. 2(*b*) rights. She suggested that expression should not be excluded from the scope of s. 2(*b*) merely because the effect of such expression was to impede free expression by others.

dans les cas où la constitutionnalité d'un régime législatif était soulevée; elle a plutôt choisi de soupeser les droits opposés dans le cadre de l'article premier de la *Charte*; voir *R. c. Jones* et *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, précités. Un point de vue semblable a été adopté dans le contexte de l'al. 2*b*) de la *Charte*, celui de la liberté d'expression. Dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, le juge en chef Dickson a affirmé, au nom de la majorité, que l'article premier convient mieux que l'al. 2*b*) pour établir l'équilibre nécessaire entre les intérêts de l'État et ceux de l'individu. Le juge McLachlin (dissidente, mais non sur ce point) a elle aussi rejeté plusieurs limites proposées à la portée des droits garantis par l'al. 2*b*). Elle a laissé entendre que l'expression ne devrait pas être exclue de la portée de l'al. 2*b*) simplement parce qu'elle avait pour effet d'empêcher d'autres personnes de s'exprimer librement.

110 In my view, it appears sounder to leave to the state the burden of justifying the restrictions it has chosen. Any ambiguity or hesitation should be resolved in favour of individual rights. Not only is this consistent with the broad and liberal interpretation of rights favoured by this Court, but s. 1 is a much more flexible tool with which to balance competing rights than s. 2(*a*). As Dickson C.J. stated in *R. v. Keegstra, supra*, while it is not logically necessary to rule out internal limits within s. 2, it is analytically practical to do so (at pp. 733-34):

À mon avis, il paraît plus judicieux de laisser à l'État la tâche de justifier les restrictions qu'il a choisi d'imposer. Toute ambiguïté ou hésitation devrait être dissipée en faveur des droits de l'individu. Non seulement cela est-il conforme à l'interprétation large et libérale des droits que préconise notre Cour, mais encore l'article premier est un outil beaucoup plus souple que l'al. 2*b*) pour soupeser des droits opposés. Comme le juge en chef Dickson l'a écrit dans l'arrêt *R. c. Keegstra*, précité, bien qu'il ne soit pas logiquement nécessaire d'écarter des limites internes à l'art. 2, il est pratique de le faire sur le plan analytique (à la p. 734):

> Suffice it to say that I agree with the general approach of Wilson J. in *Edmonton Journal, supra*, where she speaks of the danger of balancing competing values without the benefit of a context. This approach does not logically preclude the presence of balancing within s. 2(*b*) — one could avoid the dangers of an overly abstract analysis simply by making sure that the circumstances surrounding both the use of the freedom and the legislative limit were carefully considered. I believe, however, that s. 1 of the *Charter* is especially well suited to the task of balancing, and consider this Court's previous freedom of expression decisions to support this belief. It is, in my opinion, inappropriate to attenuate the s. 2(*b*) freedom on the grounds that a particular context requires such; the large and liberal interpretation given the freedom of expression in *Irwin Toy* indicates that the preferable

> Qu'il suffise de dire que j'approuve l'approche générale adoptée par le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal*, précité, où elle parle du danger qu'il y a à soupeser des valeurs concurrentes sans l'avantage d'un contexte. Cette approche n'exclut pas logiquement la possibilité de procéder à une telle évaluation sous le régime de l'al. 2*b*) — on pourrait en effet éviter les dangers d'une analyse excessivement abstraite en s'assurant simplement que soient soumises à un examen minutieux les circonstances de l'usage de la liberté en question et de la restriction législative. Je crois cependant que l'article premier de la *Charte* convient particulièrement bien à l'évaluation relative des valeurs et j'estime que les arrêts antérieurs de notre Cour concernant la liberté d'expression étayent cette conclusion. Il n'y a pas lieu, selon moi, d'affaiblir la liberté garantie par l'al. 2*b*) pour le

1995 CanLII 115 (SCC)

course is to weigh the various contextual values and factors in s. 1. [Emphasis in original.]

This is not to say that an elaborate examination of the criteria established in *R. v. Oakes*, *supra*, will always be necessary. The effect on religious beliefs will often be so insubstantial, having regard to the nature of the legislation, that *Charter* concerns will obviously be overridden. But in this case, it cannot be maintained that the effect on the rights of the appellants was of a minor character. As I am of the view that the Act seriously infringed on the appellants' freedom to choose medical treatment for their child in accordance with the tenets of their faith, it remains to be determined whether this infringement was justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter*

Turning now to s. 1 of the *Charter*, the appellants have argued that the state has not demonstrated, on a balance of probabilities, that Sheena was in need of protection within the meaning of the Act when she was apprehended by the Children's Aid Society. This argument fails to distinguish between the demonstration of the necessity of the treatment, as contemplated in the Act, and the demonstration of the reasonable nature of the legislative scheme, under s. 1 of the *Charter*. For the reasons already stated, one must take for granted the necessity of the medical treatment and thus, the need for protection under the Act.

The appellants have conceded that the state interest in protecting children at risk is a pressing and substantial objective. The Act allows the state to assume parental rights when a judge has determined that a child is in need of treatment that his parents will not consent to. As already stated when discussing the conformity of state intervention with the principles of fundamental justice, the process contemplated by the Act is carefully crafted, adaptable to a myriad of different situations, and far from arbitrary. The Act makes provision for

motif qu'un contexte particulier l'exige, car suivant l'interprétation large et libérale donnée à la liberté d'expression dans l'arrêt *Irwin Toy*, il est préférable de soupeser les divers facteurs et valeurs contextuels dans le cadre de l'article premier. [Souligné dans l'original.]

111 Cela ne signifie pas qu'il sera toujours nécessaire de procéder à un examen approfondi des critères établis dans l'arrêt *R. c. Oakes*, précité. L'effet sur les croyances religieuses sera souvent si négligeable, eu égard à la nature de la mesure législative en cause, que les préoccupations fondées sur la *Charte* seront de toute évidence supplantées. Or, en l'espèce, on ne saurait soutenir que l'effet sur les droits des appelants était négligeable. Puisque je suis d'avis que la Loi a gravement porté atteinte à la liberté des appelants de choisir un traitement médical pour leur enfant, conformément aux préceptes de leur foi, il reste à déterminer si cette atteinte était justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

L'article premier de la *Charte*

112 Quant à l'article premier de la *Charte*, les appelants ont fait valoir que l'État n'a pas démontré, selon la prépondérance des probabilités, que Sheena avait besoin de protection au sens de la Loi lorsqu'elle a été appréhendée par la société d'aide à l'enfance. Cet argument ne fait aucune distinction entre la démonstration de la nécessité du traitement, prévue par la Loi, et celle de la nature raisonnable du régime législatif, au sens de l'article premier de la *Charte*. Pour les motifs déjà énoncés, il faut tenir pour acquis la nécessité du traitement médical et, par conséquent, le besoin de protection au sens de la Loi.

113 Les appelants ont reconnu que l'intérêt de l'État dans la protection des enfants en danger est un objectif urgent et réel. La Loi permet à l'État d'assumer les droits parentaux lorsqu'un juge détermine qu'un enfant a besoin d'un traitement auquel ses parents ne consentiront pas. Comme je l'ai mentionné en analysant la conformité de l'intervention de l'État avec les principes de justice fondamentale, le processus prévu par la Loi est conçu avec soin, est adaptable à une multitude de situations différentes et est loin d'être arbitraire. La Loi

1995 CanLII 115 (SCC)

notice to be given, for evidence to be called, for time limits to be imposed upon Crown wardship and other orders, as well as for procedural protections to be afforded to parents. The restrictions the Act imposes on parental rights are, in my view, amply justified.

Addendum

114 Since writing the foregoing, I have read the reasons of my colleagues, Justices Iacobucci and Major. I must confess to being somewhat mystified by the purport they attribute to my reasons. I agree, of course, that parents may not, in the exercise of their rights to nurture their children, refuse them medical treatment that is necessary and for which there is no reasonable alternative. That, I thought, was the conclusion I came to. That conclusion is, of course, clearly contemplated by s. 1 of the *Charter*, which is the provision that "guarantees the rights and freedoms set out in it", but it does so "subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society", and as far as s. 7 is concerned by the requirements of fundamental justice.

115 If my colleagues are concerned with my mode of approach — the approach, I may say, traditionally employed by this Court from the earliest stages of *Charter* adjudication —, I have concerns with their method of limiting one constitutional right against another without relevance to context. Thus some of their remarks may be understood as supporting a parent's rights being overturned simply because a professional thinks it is necessary to do so. I would be very much concerned if a medical professional were able to override the parent's views without demonstrating that necessity. On my approach to the issues so far as s. 7 is concerned, it would be necessary to show that such action would not be contrary to the principles of fundamental justice. More generally, s. 1 requires an interference with the right to be demonstrably justified. That, I think, is perfectly right. In a case like the present where there is no immediate urgency, a

contient des dispositions concernant le préavis à donner, la preuve à produire, la durée de la tutelle de la Couronne et d'autres ordonnances, de même que les garanties procédurales à accorder aux parents. Les restrictions que la Loi impose aux droits parentaux sont, à mon avis, amplement justifiées.

Addenda

Depuis que j'ai écrit ce qui précède, j'ai pris connaissance des motifs de mes collègues les juges Iacobucci et Major. J'avoue que le sens qu'ils prêtent à mes motifs me laisse quelque peu perplexe. Je conviens certes que, dans l'exercice de leur droit d'éduquer leurs enfants, les parents ne peuvent leur refuser un traitement médical nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. C'est la conclusion à laquelle je croyais être arrivé. Cette conclusion, il va sans dire, est clairement envisagée par l'article premier de la *Charte* qui «garantit les droits et libertés qui y sont énoncés», lesquels toutefois «ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» et, dans la mesure où l'art. 7 est concerné, qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

Si mes collègues sont préoccupés par ma façon de procéder — celle-là même, si je puis dire, à laquelle notre Cour a traditionnellement eu recours depuis ses toutes premières décisions fondées sur la *Charte* —, je m'inquiète de leur façon de restreindre un droit constitutionnel en fonction d'un autre droit sans rapport avec le contexte. Ainsi, certaines de leurs observations sont susceptibles d'être interprétées comme justifiant de passer outre aux droits des parents simplement parce qu'un professionnel juge nécessaire de le faire. Je serais fort inquiet si un professionnel de la santé pouvait passer outre à l'opinion des parents sans avoir à démontrer la nécessité de le faire. Suivant ma façon d'aborder les questions en litige, dans la mesure où l'art. 7 est concerné, il serait nécessaire de démontrer que pareille mesure ne serait pas contraire aux principes de justice fondamentale. Plus généralement, l'article premier exige que la

1995 CanLII 115 (SCC)

procedure meeting the demands of fundamental justice, which I was at pains to note the Act fully provides for, would be required.

In an emergency, the demands of fundamental justice are more easily met. In *R. v. Dyment*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 432, this Court alluded to a medical doctor's powers to take reasonable steps in such circumstances. These powers conform to the practices and procedures followed in this area and are consistent with principles of fundamental justice. The state's powers to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction would, in my view, similarly be justified under the principles of fundamental justice. As well, these actions "prescribed by law" seem to me quite clearly to be "reasonable limits prescribed by law [that] can be demonstrably justified in a free and democratic society".

My colleagues express concern that my reasons would create a situation in which a child's right to life or security is reduced to a limitation of the parent's constitutionally protected right. I should observe that my approach is dictated by the nature of the case presented to us. The sole issue before us was that raised by the parents, i.e. that their constitutional rights were infringed in the circumstances in which medical treatment was given to the child. In such a case, the parent's rights must, under s. 1, be balanced against the interests of others in a free and democratic society — in this particular case the right of their child. In that situation, I, not surprisingly, found the parent's rights were clearly overridden. If a situation arose where it was alleged that the child's right was violated, other rights might be raised as reasonable limits, but if the right alleged was the security of the child as in the present case, then the child's right would again prevail over a parent's rights. In short the

justification d'une atteinte au droit puisse se démontrer. Cela est, à mon avis, parfaitement légitime. Lorsque, comme en l'espèce, il n'y a aucune urgence immédiate, il serait nécessaire de suivre une procédure qui respecte les exigences de la justice fondamentale et que, me suis-je donné la peine de signaler, la Loi prévoit parfaitement.

Il est plus aisé de respecter les impératifs de la justice fondamentale lorsqu'il y a urgence. Dans l'arrêt *R. c. Dyment*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 432, notre Cour a fait allusion au pouvoir d'un médecin de prendre des mesures raisonnables dans ces circonstances. Ce pouvoir est conforme aux pratiques et aux procédures suivies dans le domaine et respecte les principes de justice fondamentale. Le pouvoir de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime serait à mon avis pareillement justifié en vertu des principes de justice fondamentale. De même, ces mesures prescrites «par une règle de droit» me semblent clairement constituer des «limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Mes collègues disent craindre que mes motifs créent une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction du droit des parents garanti par la Constitution. Je tiens à souligner que ma position est dictée par la nature de l'affaire dont nous sommes saisis. L'unique question à trancher était celle qu'ont soulevée les parents, savoir que leurs droits constitutionnels ont été violés lorsqu'un traitement médical a été administré à l'enfant. Dans un tel cas, les droits des parents doivent, en vertu de l'article premier, être soupesés en fonction des droits d'autrui dans le cadre d'une société libre et démocratique — dans ce cas-ci, le droit de leur enfant. Il n'est donc guère surprenant que j'aie conclu qu'on a clairement passé outre aux droits des parents. Si on alléguait que le droit de l'enfant a été violé, d'autres droits pourraient être invoqués à titre de limites raisonnables, mais si le droit allégué était la sécurité de l'enfant, comme c'est le cas en l'es-

1995 CanLII 115 (SCC)

issue raised governs the form, but not the substance of the analysis.

118 I am happy to see that my colleagues concede that the balancing of the competing rights could be integrated in a s. 1 analysis, since apart from specific provisions such as "fundamental justice", that is the only balancing mechanism provided under the *Charter*. The *Charter* makes no provision for directly balancing constitutional rights against one another. It is aimed rather at governmental and legislative intrusion against the protected rights; see s. 32 of the *Charter*.

119 There are occasions where it may be necessary to define a right narrowly to make it workable as in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at p. 320, where the freedom of association was qualified to permit associations that are necessary and inevitable in a free and democratic society. That is not this case. This is simply a situation where competing constitutional rights fall within the equation in the balance called for by ss. 1 and 7. This can easily be accommodated in a s. 1 or s. 7 analysis; see, for example, *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. I should also underline that in *Lavigne*, the right was interpreted as widely as possible consistent with its being workable. Wilson J., hardly an opponent of broad *Charter* interpretation, found it necessary to define the right more narrowly than I did. I thus fail to see the analogy my colleagues would draw between *Lavigne* and the present case. In the former, it was essential to narrow the right to make it workable. Here what is attempted is to limit a right by another, with no stated mechanism for judicially determining just when, on the facts, the first right is overridden. To get a fuller appreciation of what this means in the present context, one need simply postulate that the Act impugned here, with all its inbuilt protection for parental rights, did not exist, and was substituted by an Act that made no provision even for notifying parents when some state

pèce, alors celui-ci l'emporterait encore sur les droits des parents. Bref, la question soulevée régit la forme et non le fond de l'analyse.

Je suis heureux de constater que mes collègues conviennent que l'évaluation des droits opposés pourrait être intégrée dans une analyse fondée sur l'article premier puisque, à l'exception de dispositions spécifiques comme la «justice fondamentale», cette analyse représente le seul instrument d'évaluation prévu sous le régime de la *Charte*. Cette dernière ne prévoit aucune évaluation directe de droits constitutionnels l'un par rapport à l'autre. Elle vise plutôt l'ingérence gouvernementale et législative dans les droits garantis; voir l'art. 32 de la *Charte*.

Il est parfois nécessaire de définir strictement un droit afin de le rendre applicable, comme ce fut le cas dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, à la p. 320, où il a été jugé que la liberté d'association permettait les associations qui sont nécessaires et inévitables dans le cadre d'une société libre et démocratique. Il n'en est rien en l'espèce. Il s'agit simplement d'une situation où des droits constitutionnels opposés entrent en ligne de compte dans l'évaluation requise par l'article premier et l'art. 7. Cela est facilement réalisable dans une analyse fondée sur l'article premier ou sur l'art. 7; voir, par exemple, *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Je tiens également à souligner que, dans *Lavigne*, on a interprété le droit en question aussi libéralement que possible afin de le rendre applicable. Le juge Wilson, qui n'était guère contre une interprétation libérale de la *Charte*, a jugé nécessaire de donner au droit une définition plus stricte que je ne l'ai fait moi-même. Je ne vois donc pas l'analogie que mes collègues établiraient entre *Lavigne* et la présente affaire. Dans l'arrêt *Lavigne*, il était nécessaire de restreindre la portée du droit pour le rendre applicable, alors qu'en l'espèce on tente de restreindre un droit par un autre, sans moyen explicite de déterminer judiciairement exactement quand, d'après les faits, on a passé outre au premier droit. Pour pouvoir mieux appré-

1995 CanLII 115 (SCC)

agent decided a certain treatment was necessary for a child.

In my view, *Charter* rights should always be interpreted broadly. Apart from the fact that this brings in the full contextual picture in balancing them with other rights under s. 1, a narrower interpretation has the effect of forever narrowing the ambit of judicial review, and so limiting the scope of judicial intervention for the protection of the individual rights guaranteed under the *Charter*. This approach forms the basis of my disagreement with the Chief Justice's approach to s. 7, first enunciated in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, under which he would confine liberty to physical liberty.

I add incidentally that I do not (as my colleagues Iacobucci and Major JJ. appear to suggest) think that liberty is all encompassing. I have been at pains to underline that it is limited to those essentially personal rights that are inherent to the individual which in my view include (and on this I believe we agree) the right of parents to nurture their children. Even as so defined, an interference with liberty may be justified as being in conformity with the principles of "fundamental justice". At bottom, I think "liberty" means the ordinary liberty of free men and women in a democratic society to engage in those activities that are inherent to the individual. These may not be extensive, but where they exist, they must under the Constitution be protected from state intervention unless that intervention can be justified. Sometimes that justification is evident. In other cases, it will require close contextual analysis. Here the security of the child was clearly paramount. What was more difficult, and what in the end the appellants really directed their argument to, is whether the procedures to

cier ce que cela signifie dans le présent contexte, il suffit simplement de supposer que la Loi contestée en l'espèce, avec toute la protection qu'elle accordait aux droits des parents, n'existait pas et qu'elle a été remplacée par une loi qui ne prévoyait même pas qu'il fallait aviser les parents lorsqu'un mandataire de l'État décidait qu'un traitement donné était nécessaire à un enfant.

À mon avis, les droits garantis par la *Charte* devraient toujours être interprétés libéralement. Outre le fait que cela permet d'obtenir un portrait complet du contexte lorsqu'ils sont évalués en fonction d'autres droits en vertu de l'article premier, une interprétation restrictive a pour effet de restreindre à jamais la portée du contrôle judiciaire et de limiter ainsi celle d'une intervention judiciaire visant la protection des droits individuels garantis par la *Charte*. C'est là le fondement de mon désaccord avec la façon dont le Juge en chef aborde l'art. 7, qui, exposée pour la première fois dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, consiste à cantonner la liberté à sa dimension physique.

J'ajoute, en passant, que, contrairement à ce que mes collègues les juges Iacobucci et Major semblent laisser entendre, je ne crois pas que la liberté soit absolue. J'ai pris la peine de souligner qu'elle se limite aux droits essentiellement personnels qui sont inhérents à l'individu et qui, à mon avis, incluent (et, à cet égard, je crois que nous sommes d'accord) le droit des parents d'éduquer leurs enfants. Même ainsi définie, une atteinte à la liberté peut être justifiée pour le motif qu'elle est conforme aux principes de «justice fondamentale». Au fond, je crois que la «liberté» s'entend de la liberté ordinaire qu'ont les hommes et les femmes libres, dans une société démocratique, de se livrer aux activités inhérentes à l'individu. Celles-ci ne sont peut-être pas nombreuses, mais lorsqu'elles existent, elles doivent, en vertu de la Constitution, être protégées contre l'intervention de l'État, à moins que cette intervention ne soit justifiable. Ce caractère justifiable est parfois manifeste. Dans d'autres cas, il exigera un examen attentif du contexte. En l'espèce, c'est nettement la sécurité de

1995 CanLII 115 (SCC)

determine respect for the parents' rights under the Act were sufficient to satisfy ss. 1 and 7 of the *Charter*. That such procedures must have effect before, and not following the action invasive of the parents' rights, seems to me to be essential and to be clearly required by ss. 1 and 7.

l'enfant qui compte le plus. Ce qui est plus difficile et ce sur quoi les appelants ont, en définitive, vraiment axé leur plaidoirie, c'est de savoir si les procédures visant à déterminer s'il y avait respect des droits des parents, en vertu de la Loi, étaient suffisantes pour satisfaire à l'article premier et à l'art. 7 de la *Charte*. Il me semble être essentiel et nettement requis par l'article premier et l'art. 7 que de telles procédures se déroulent avant et non pas après la mesure qui empiète sur les droits des parents.

Cross-appeal: Costs

122 The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

Pourvoi incident: dépens

L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Disposition

123 The concern voiced by the appellants in the present appeal raises the more general question of the appropriateness of proceeding with treatments for which the medical benefits are highly questionable, when parental refusal is in part only grounded on religious beliefs. However, the medical evidence presented in 1983, as well as that presented before Whealy Dist. Ct. J., does not permit us to question the necessity of the blood transfusion, although some might in retrospect be tempted to do so. This appeal does remind us, however, of the necessity of proceeding with care when overriding parental refusal. However, I am satisfied that the courts did just that in this case. For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and the cross-appeal, and answer the constitutional questions in the following manner:

Dispositif

La préoccupation exprimée par les appelants en l'espèce soulève la question plus générale de l'opportunité d'administrer des traitements dont les vertus thérapeutiques sont très douteuses lorsque le refus des parents n'est qu'en partie fondé sur des croyances religieuses. Toutefois, la preuve médicale présentée en 1983, comme celle qui a été présentée au juge Whealy, ne nous permet pas de douter de la nécessité de la transfusion sanguine, bien que certains puissent, avec le recul, être tentés de le faire. Ce pourvoi nous rappelle cependant la nécessité de procéder avec soin lorsqu'il s'agit de passer outre au refus des parents. Cependant, je suis convaincu que c'est ce que les tribunaux ont fait en l'espèce. Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi principal et le pourvoi incident, et de répondre aux questions constitutionnelles de la façon suivante:

1995 CanLII 115 (SCC)

1. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), deny parents a right to choose medical treatment for their infants, contrary to s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

This question does not arise.

3. Does the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12), infringe the appellants' freedom of religion as guaranteed under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

4. If the answer to question 3 is in the affirmative, is s. 19(1)(*b*)(ix), together with the powers in ss. 30(1)2 and 41 and the procedures in ss. 21, 27, 28(1), (10) and (12) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Yes.

I would make no order as to costs in this Court.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting on the cross-appeal) — This case consists of both an appeal and a cross-appeal. The appeal concerns the constitutionality of s. 19(1)(*b*)(ix) of the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66, as well as that of the legislative scheme established under ss. 21, 27, 28(1), (10)

1. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), privent-ils les parents du droit de choisir un traitement médical pour leurs enfants en bas âge, contrairement à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

La question ne se pose pas.

3. La *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12), portent-ils atteinte à la liberté de religion que garantit aux appelants l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Oui.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, le sous-al. 19(1)*b*)(ix), ainsi que les pouvoirs conférés à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41, et les procédures énoncées aux art. 21 et 27 et aux par. 28(1), (10) et (12) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, sont-ils justifiés en tant que limites raisonnables par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et donc compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Oui.

Je suis d'avis de n'accorder aucuns dépens devant notre Cour. 124

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au pourvoi incident) — Cet appel comporte deux volets: l'un principal, l'autre incident. Le pourvoi principal porte sur la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, et sur celle du régime législatif établi aux 125

1995 CanLII 115 (SCC)

and (12), 30(1)2 and 41 of that Act. As appears from the judgment rendered orally from the Bench on March 17, 1994, I agree with my colleagues that this principal appeal should be dismissed. In this respect, I concur with the reasons of my colleague La Forest J. However, I part company with my colleagues when it comes to the cross-appeal, on which this Court had reserved judgment at the time of the hearing. Unlike my colleagues, I would allow the cross-appeal.

126 The issue on the cross-appeal is whether the Ontario Court of Appeal erred in upholding the decision of the Ontario District Court to award costs against the Attorney General for Ontario who intervened in support of the legislation which was constitutionally challenged by the appellants. I agree with Houlden J.A., dissenting on this issue at the Ontario Court of Appeal, that the cross-appeal should be allowed and that no costs should have been awarded against the Attorney General for Ontario by the Ontario District Court.

127 In explaining this conclusion, I will refer, in order to simplify matters, to the Attorney General for Ontario, the respondent in the principal appeal, as the "respondent", and to Richard and Beena B., the appellants in the principal appeal, as the "appellants", even though, on the cross-appeal, the Attorney General for Ontario is the appellant and Richard and Beena B. are the respondents. Furthermore, I note that while my reasons specifically refer to the Attorney General for Ontario's position, they also apply to that of the Attorney General of Canada, who intervened before us to support the position of the Attorney General for Ontario on the cross-appeal.

I — Facts and Proceedings

128 Sheena B. was born four weeks prematurely on June 25, 1983 and, as a result of her physical condition, was transferred to the Sick Children's Hospital in Toronto. During the following few weeks, the doctors responsible for her care detected many physical ailments and she received a number of medical treatments. The appellants, her parents,

art. 21 et 27, aux par. 28(1), (10) et (12), à l'al. 30(1)2 et à l'art. 41 de la Loi. Comme il appert du jugement rendu oralement à l'audience le 17 mars 1994, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que le pourvoi principal doit être rejeté. À cet égard, je souscris aux motifs de mon collègue le juge La Forest. Toutefois, je fausse compagnie à mes collègues quant au pourvoi incident que notre Cour a mis en délibéré à l'audience. Contrairement à eux, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident.

La question que soulève le pourvoi incident est de savoir si la Cour d'appel de l'Ontario a commis une erreur en confirmant la décision de la Cour de district de l'Ontario de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui est intervenu en faveur de la loi dont les appelants contestaient la constitutionnalité. Je suis d'accord avec le juge Houlden, dissident sur cette question en Cour d'appel de l'Ontario, pour dire que le pourvoi incident devrait être accueilli et que la Cour de district de l'Ontario n'aurait pas dû condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

Afin de simplifier les choses, dans le cours de mes motifs j'appellerai le procureur général de l'Ontario, intimé dans le pourvoi principal, l'«intimé», et Richard et Beena B., appelants dans le pourvoi principal, les «appelants», même si, dans le pourvoi incident, le procureur général de l'Ontario est l'appelant et Richard et Beena B. sont les intimés. En outre, je signale que, même si mes motifs réfèrent explicitement à la position du procureur général de l'Ontario, ils s'appliquent également à celle du procureur général du Canada qui est intervenu devant nous pour appuyer la position du procureur général de l'Ontario dans le pourvoi incident.

I — Les faits et les procédures

Sheena B. est née le 25 juin 1983, quatre semaines avant terme. En raison de son état physique, elle a été transférée au Hospital for Sick Children de Toronto. Pendant les semaines qui ont suivi, elle a reçu plusieurs traitements médicaux afin de remédier à de nombreux troubles physiques décelés par ses médecins traitants. Ses parents, les

1995 CanLII 115 (SCC)

consented to all of these treatments although, at their request, the attending physicians avoided the use of blood transfusions in treating Sheena B. The appellants, as Jehovah's Witnesses, objected to blood transfusions on religious grounds.

On the night of July 30, 1983 and during the early morning hours of July 31, 1983, Sheena B.'s haemoglobin level dropped to such an extent that the attending physicians believed that her life was in danger and that she might require a blood transfusion in order to treat a potentially life-threatening congestive heart failure. On July 31, 1983, upon an application by the respondent Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (the "CAS") under the *Child Welfare Act*, Judge Main of the Provincial Court (Family Division) granted a 72-hour wardship to the CAS on the basis of the evidence of Dr. Perlman that a transfusion might be necessary and that it would not be for experimental purposes. On August 19, 1983, upon a status review application pursuant to the *Child Welfare Act*, this temporary wardship was extended by Judge Main for a further three-week period: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Ultimately, on August 23, 1983, Sheena B. received a blood transfusion as part of the standard procedure for the examination and operation for a suspected glaucoma.

Once the blood transfusion had been administered, the respondent CAS's wardship order was terminated: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (Walmsley A.C. Prov. J.). Sheena B.'s parents, however, appealed the two orders of the Provincial Court relating to the wardship to the District Court where they challenged the constitutional validity of s. 19(1)(*b*)(ix) and s. 28(10) of the *Child Welfare Act*. The respondent Attorney General for Ontario and the intervener Attorney General of Canada were each served with a Notice of Constitutional Question in accordance with s. 122 of the Ontario *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43). The Attorney General for Ontario intervened to defend the legislation in this and all sub-

appelants, ont consenti à tous les traitements, bien qu'à leur demande les médecins traitants n'aient procédé à aucune transfusion sanguine pour soigner Sheena B. Les appelants, qui sont témoins de Jéhovah, s'opposaient aux transfusions sanguines pour des motifs religieux.

129 Au cours de la nuit du 30 juillet 1983 et tôt le matin du 31 juillet 1983, le taux d'hémoglobine de Sheena B. a chuté à tel point que les médecins traitants ont craint pour sa vie et ont jugé qu'il pourrait être nécessaire de procéder à une transfusion sanguine pour traiter une insuffisance cardiaque globale qui risquait d'être fatale. Le 31 juillet 1983, à la suite d'une demande présentée par l'intimée, la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto (la «CAS»), en vertu de la *Child Welfare Act*, le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a accordé à la CAS une tutelle de 72 heures en se fondant sur le témoignage du Dr Perlman, selon lequel une transfusion pourrait être nécessaire et ne servirait aucune fin expérimentale. Le 19 août 1983, à la suite d'une demande de révision de statut fondée sur la *Child Welfare Act*, le juge Main a prolongé la tutelle temporaire pour une période de trois semaines: (1983), 36 R.F.L. (2d) 70. Sheena B. a finalement reçu une transfusion sanguine le 23 août 1983, dans le cadre de la procédure normale d'examen et d'opération pour un glaucome redouté.

130 Dès que la transfusion sanguine eut été administrée, l'ordonnance de tutelle en faveur de l'intimée, la CAS, a pris fin: (1983), 36 R.F.L. (2d) 80 (le juge en chef adjoint Walmsley de la C. prov.). Les parents de Sheena B. ont toutefois interjeté appel contre les deux ordonnances de tutelle rendues par la Cour provinciale, devant la Cour de district où ils ont contesté la constitutionnalité du sous-al. 19(1)*b*)(ix) et du par. 28(10) de la *Child Welfare Act*. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, et l'intervenant, le procureur général du Canada, ont tous deux reçu un avis de question constitutionnelle conformément à l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires* de l'Ontario, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43). Le

1995 CanLII 115 (SCC)

sequent legal proceedings leading up to the present appeal.

131 Upon the respondent CAS's motion, the appeal to the District Court was dismissed on the ground that the case was moot since there was no longer a *lis* between the parties and the *Child Welfare Act* had been repealed and replaced by the *Child and Family Services Act, 1984*, S.O. 1984, c. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (Webb Dist. Ct. J.)). On a further appeal, the Ontario Court of Appeal held that the District Court had erred in dismissing the original appeal and referred the case back to the District Court to be decided on its merits, namely the right of parents to determine their child's medical treatment and the constitutionality of the *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (Grange and Krever JJ.A., Griffiths J.A. dissenting).

132 As a result, the District Court reheard the appeal on its merits. This hearing proceeded as a trial *de novo*, with fresh evidence being adduced pursuant to s. 122(4) (now 109(4)) of the Act. The respondent Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. The whole hearing ran over a 20-day period. Ultimately, Whealy Dist. Ct. J. dismissed the appeal and upheld the constitutionality of the *Child Welfare Act*. In an addendum to his reasons for judgment, Whealy Dist. Ct. J. ordered the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) to pay the costs of the appellants, on a party-and-party basis. No order as to costs was made against the respondents CAS or the Official Guardian.

133 The appellants further appealed to the Ontario Court of Appeal and the respondent Attorney General for Ontario cross-appealed the order as to costs. The appeal and the cross-appeal were both dismissed, without costs on the appeal and cross-appeal. This Court then granted the appellants leave to appeal and the respondent Attorney General for Ontario intervened to defend the Act in this appeal and in all subsequent proceedings.

procureur général de l'Ontario est intervenu pour défendre la Loi dans cet appel et dans toutes les procédures subséquentes qui ont abouti au présent pourvoi.

À la requête de l'intimée, la CAS, l'appel devant la Cour de district a été rejeté pour le motif que le débat était théorique étant donné que plus aucun litige n'opposait les parties et que la *Child Welfare Act* avait été abrogée et remplacée par la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, L.O. 1984, ch. 55 ((1985), 32 A.C.W.S. (2d) 149 (le juge Webb)). À la suite d'un appel subséquent, la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que la Cour de district avait commis une erreur en rejetant le premier appel, et lui a renvoyé l'affaire pour qu'elle la tranche au fond, c'est-à-dire pour qu'elle statue sur le droit des parents de déterminer le traitement médical que subira leur enfant et sur la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*: (1988), 63 O.R. (2d) 385, 47 D.L.R. (4th) 388, 15 R.F.L. (3d) 388 (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident).

La Cour de district a donc réentendu l'appel au fond. Cette audition a pris la forme d'un nouveau procès, une nouvelle preuve étant présentée conformément au par. 122(4) (maintenant le par. 109(4)) de la Loi. L'intimé, le procureur général de l'Ontario, a appelé à témoigner six des huit experts de l'intimée, la CAS, et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'audition s'est étalée sur une période de 20 jours. Le juge Whealy de la Cour de district a finalement rejeté l'appel et confirmé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Dans un addenda à ses motifs de jugement, il a ordonné à l'intimé, le procureur général de l'Ontario (alors intervenant), de payer aux appelants leurs dépens comme entre parties. Aucun des intimés, que ce soit la CAS ou le tuteur public, ne s'est vu ordonner de payer des dépens.

Les appelants ont interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario et l'intimé, le procureur général de l'Ontario, a interjeté un appel incident contre l'ordonnance sur les dépens. L'appel principal et l'appel incident ont tous deux été rejetés, sans dépens. Notre Cour a, par la suite, accordé aux appelants l'autorisation de se pourvoir, et à l'in-

1995 CanLII 115 (SCC)

eral for Ontario leave to cross-appeal from the Ontario Court of Appeal decision: [1993] 1 S.C.R. ix.

II — Judgments concerning the Issues Raised in the Cross-Appeal

Ontario District Court

Although the appellants lost on the merits, Whealy Dist. Ct. J., relying on the discretion conferred by Rule 57.01(2) of the Ontario *Rules of Civil Procedure*, O. Reg. 560/84 (hereinafter the "*Rules*"), awarded the appellants costs on a party-and-party basis against the respondent Attorney General for Ontario, for essentially the following reasons:

1. This case was distinguishable from those where it was decided that costs should not be awarded against a successful party;
2. The original litigation was triggered by state action through the respondent CAS;
3. The issue was of province-wide importance; and
4. The manner of hearing the appeal was "almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks". In addition, the case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned", leading to a re-trial on the basis of fresh evidence at the appellate level.

Although Whealy Dist. Ct. J. ordered costs against the respondent Attorney General for Ontario, he nonetheless agreed with the Attorney General for Ontario on two points. First, he agreed that there was no bad conduct on behalf of the Attorney General for Ontario which would justify a punitive award of costs against a successful party. Second, he agreed that the fact that the appellants were individuals of modest means (even if supported by their church) and that the Attorney General for Ontario had practically unlimited resources was not relevant to the allocation of costs, for otherwise the result would be a flood of marginal appli-

timé, le procureur général de l'Ontario, l'autorisation de former un pourvoi incident contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario: [1993] 1 R.C.S. ix.

II — Décisions concernant les questions soulevées dans le pourvoi incident

Cour de district de l'Ontario

134 Bien que les appelants aient perdu au fond, le juge Whealy, invoquant le pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01(2) des *Règles de procédure civile* de l'Ontario, Règl. de l'Ont. 560/84 (ci-après les «*Règles*»), a condamné l'intimé, le procureur général de l'Ontario, à payer aux appelants des dépens comme entre parties, pour essentiellement les motifs suivants:

1. L'affaire est distincte de celles où l'on a décidé de ne pas condamner aux dépens la partie obtenant gain de cause;
2. Le litige initial a été déclenché par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de l'intimée, la CAS;
3. La question est importante pour toute la province;
4. Le mode d'audition de l'appel est «quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines». En outre, l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés», aboutissant à un nouveau procès sur la foi d'une nouvelle preuve au niveau d'appel.

135 Bien qu'il ait condamné au dépens l'intimé, le procureur général de l'Ontario, le juge Whealy s'est néanmoins dit d'accord avec celui-ci sur deux points. Premièrement, il a convenu que le procureur général de l'Ontario n'avait pas fait preuve de conduite répréhensible qui justifierait de condamner la partie ayant obtenu gain de cause à payer des dépens punitifs. Deuxièmement, il a convenu que le fait que les appelants soient des particuliers aux moyens modestes (même s'ils recevaient le soutien de leur église) et que le procureur général de l'Ontario dispose de ressources quasi illimitées n'était pas pertinent en matière d'attribution de dépens,

1995 CanLII 115 (SCC)

cations against the Crown. To this end, Whealy Dist. Ct. J. referred to the following remarks of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), at p. 242: ". . . it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged".

car, autrement, il en résulterait une multitude de demandes marginales contre le ministère public. À cette fin, le juge Whealy a rappelé les remarques suivantes du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada* (1986), 56 O.R. (2d) 240 (H.C.), à la p. 242: [TRADUCTION] «. . . il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales».

Ontario Court of Appeal (1992), 10 O.R. (3d) 321

Cour d'appel de l'Ontario (1992), 10 O.R. (3d) 321

136 Tarnopolsky J.A., for the majority, agreed with Whealy Dist. Ct. J. that the respondent Attorney General for Ontario was completely successful and had exhibited no "bad conduct". Furthermore, he noted, as Whealy Dist. Ct. J. had, that the available resources of the parties were irrelevant to the decision on costs and, in any event, that there was no evidence as to the appellants' or the respondent's resources.

Le juge Tarnopolsky a, au nom de la cour à la majorité, convenu avec le juge Whealy de la Cour de district que l'intimé, le procureur général de l'Ontario, avait obtenu gain de cause sur toute la ligne et qu'il n'avait fait preuve d'aucune «mauvaise conduite». En outre, a-t-il fait remarquer à l'instar du juge Whealy, les ressources dont disposaient les parties n'avaient rien à voir avec la décision relative aux dépens et, quoi qu'il en soit, aucune preuve n'a été produite quant aux ressources des appelants et de l'intimé.

137 Furthermore, Tarnopolsky J.A. observed that, even though the litigation in question was originally triggered by an act of the state, this was not in and of itself sufficient for granting the appellants their costs, since, on that basis, any accused person could successfully claim costs. However, he concluded that since the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, this case fell within the ambit of Rule 57.01(1)(*d*) ("the importance of the issues"), because the question raised was of "province-wide importance", "national importance" and "international significance".

De plus, le juge Tarnopolsky a souligné que, bien que le litige en question ait été déclenché initialement par l'action de l'État, cela ne constituait pas en soi un motif suffisant pour accorder aux appelants leurs dépens puisque, sur ce fondement, toute demande de dépens de la part d'une personne inculpée pourrait réussir. Toutefois, il a conclu que, comme les appelants s'étaient opposés à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, cette affaire relevait de la règle 57.01(1)*d*) («l'importance des questions en litige») puisque la question soulevée était d'«importance pour toute la province», d'«importance nationale» et d'«importance internationale».

138 Tarnopolsky J.A. also referred to and did not disturb Whealy Dist. Ct. J.'s finding that this case proceeded in a "most unusual fashion and laborious manner for all concerned". In addition he then made the following remarks (at pp. 355-56):

Le juge Tarnopolsky a aussi mentionné, sans la modifier, la conclusion du juge Whealy que l'affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés». De plus, il a ensuite fait les observations suivantes (aux pp. 355 et 356):

1995 CanLII 115 (SCC)

In any event, the case before Whealy D.C.J. was complicated, the hearings were very lengthy, and were a form of retrial. The Attorney General submits that a factor that should have been considered was that the learned District Court judge found two of the appellants' witnesses "not too helpful", that he found that one of the other witnesses "did not materially advance either position put before the court", and that two others were "irrelevant". However, it was Whealy D.C.J. who heard all these witnesses and yet granted costs to the appellants. Apparently, although he did not accept their evidence in preference to that of the respondents, he did not consider the evidence on behalf of the appellants to be so "improper, vexatious or unnecessary" (rule 57.01(1)(*f*)(i)) as to override the other considerations. I do not believe that an appellate court should second-guess him on this.

[TRADUCTION] Quoi qu'il en soit, l'affaire dont était saisi le juge Whealy de la Cour de district était complexe, et les auditions ont été très longues et ont constitué une sorte de nouveau procès. Le Procureur général soutient qu'on aurait dû tenir compte du fait que le juge de la Cour de district a conclu que le témoignage de deux des témoins des appelants n'était «pas très utile», que l'un des autres témoins «n'a pas fait avancer sensiblement l'une ou l'autre position soumise à la cour», et que deux autres témoignages étaient «sans pertinence». Toutefois, le juge Whealy, qui a entendu tous ces témoins, a néanmoins accordé des dépens aux appelants. Apparemment, bien qu'il n'ait pas préféré leur témoignage à ceux des intimés, il n'a pas considéré que la preuve des appelants était «irrégulière, vexatoire ou inutile» (règle 57.01(1)*f*)(i)) au point de supplanter les autres considérations. Je ne crois pas qu'une cour d'appel doive le critiquer après coup à cet égard.

In view of the factors he identified, Tarnopolsky J.A. dismissed the respondent's argument that Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs would encourage marginal applications for constitutional challenges, which, in any event, was not the case here. Accordingly, Tarnopolsky J.A. affirmed Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs and dismissed the cross-appeal. However, he did not award costs on the appeal or the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal. 139

Compte tenu des facteurs qu'il a identifiés, le juge Tarnopolsky a écarté l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens encouragerait des demandes marginales de contestations constitutionnelles, ce qui, de toute façon, n'était pas le cas en l'espèce. Le juge Tarnopolsky a donc confirmé l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens et rejeté l'appel incident. Toutefois, il n'a accordé aucuns dépens quant à l'appel ou à l'appel incident interjeté devant la Cour d'appel de l'Ontario.

Goodman J.A. concurred with Tarnopolsky J.A. but expressed the opinion that costs should be awarded against a successful party only in exceptional cases. However, he was not persuaded that the case before him was not a proper case for such an award, and therefore concluded that he would not "interfere with the discretion exercised by the District Court judge in his award of costs to the appellants" (p. 356). 140

Le juge Goodman a souscrit aux motifs du juge Tarnopolsky, mais il s'est dit d'avis que la partie obtenant gain de cause ne devrait être condamnée aux dépens que dans des cas exceptionnels. Toutefois, comme il n'était pas convaincu qu'il ne convenait pas, dans cette affaire, d'accorder de tels dépens, il a décidé de ne pas [TRADUCTION] «intervenir dans le pouvoir discrétionnaire que le juge de la Cour de district a exercé en accordant des dépens aux appelants» (p. 356).

Houlden J.A., dissenting, would have allowed the cross-appeal on the basis that the Attorney General for Ontario was required by the *Courts of Justice Act* to intervene in the proceedings in order to uphold the validity of the legislation and, furthermore, was successful in doing so. In his view, it would "create a dangerous precedent to award 141

Dissident, le juge Houlden aurait accueilli l'appel incident pour le motif que la *Loi sur les tribunaux judiciaires* obligeait le procureur général de l'Ontario à intervenir dans les procédures afin de confirmer la validité de la loi en question et que, par ailleurs, il l'avait fait avec succès. À son avis, [TRADUCTION] «condamner aux dépens le Procu-

1995 CanLII 115 (SCC)

costs against the Attorney General in these circumstances" (p. 360).

142 I note that my colleague La Forest J. disposes of the cross-appeal in a manner similar to Goodman J.A. of the Court of Appeal. At page 390 he states:

> The order to award costs against an intervening Attorney General, acting as she is statutorily authorized to, in the public interest in favour of a party who raises the constitutionality of a statute, appears highly unusual, and only in very rare cases should this be permitted. Nevertheless, this case appears to have raised special and peculiar problems, and the District Court's exercise of discretion was supported by the Court of Appeal. I am loath to interfere with the exercise of their discretion in this case.

I, however, disagree with this conclusion for the following reasons.

III — Jurisdiction

143 At the hearing before us, the jurisdiction of this Court to interfere with the exercise of judicial discretion was raised and s. 42(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, was discussed in that regard. Section 42(1) reads:

> **42.** (1) No appeal lies to the Court from a judgment or order made in the exercise of judicial discretion except in proceedings in the nature of a suit or proceeding in equity originating elsewhere than in the Province of Quebec and except in *mandamus* proceedings.

However, this Court held in *Pelech v. Pelech*, [1987] 1 S.C.R. 801, at p. 826 (*per* Wilson J.), that s. 42(1) (then s. 44(1)) does not prevent this Court from interfering with a trial judge's discretion if he or she erred in formulating the principles upon which the discretion was exercised. This is a question of law, in respect of which s. 42(1) does not apply. In addition, s. 42(1) does not preclude this Court from interfering with a trial judge's discretion if it was not exercised judicially. As Lamer J. (as he then was) indicated at p. 1657 of *R. v. Pringle*, [1989] 1 S.C.R. 1645, s. 42 of the *Supreme*

reur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent» (p. 360).

Je remarque que mon collègue le juge La Forest tranche le pourvoi incident d'une manière semblable à celle qu'a adoptée le juge Goodman de la Cour d'appel. À la page 390 de ses motifs, il écrit:

> L'ordonnance condamnant aux dépens le Procureur général qui, comme la Loi l'autorise à le faire, intervient, dans l'intérêt public, en faveur d'une partie qui soulève la question de la constitutionnalité d'une loi, paraît fort inhabituelle et ne devrait être permise que dans des cas très rares. Néanmoins, cette affaire paraît avoir soulevé des problèmes spéciaux et particuliers, et l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la Cour de district a reçu l'appui de la Cour d'appel. Je ne suis pas disposé à intervenir dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Je ne suis, cependant, pas d'accord avec cette conclusion pour les motifs qui suivent.

III — Compétence

Lors de l'audience tenue devant nous, la question de la compétence de notre Cour pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire a été soulevée, et le par. 42(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, a été examiné à cet égard. Le paragraphe 42(1) se lit ainsi:

> **42.** (1) Ne sont pas susceptibles d'appel devant la Cour les jugements ou ordonnances rendus dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, sauf dans les procédures de la nature d'une poursuite ou procédure en equity nées hors du Québec et sauf dans les procédures de *mandamus*.

Cependant, notre Cour a conclu, dans l'arrêt *Pelech c. Pelech*, [1987] 1 R.C.S. 801, à la p. 826 (le juge Wilson), que le par. 42(1) (alors le par. 44(1)) ne l'empêche pas d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance s'il a commis une erreur en formulant les principes sur lesquels il a fondé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Il s'agit d'une question de droit, à l'égard de laquelle le par. 42(1) ne s'applique pas. En outre, le par. 42(1) n'empêche pas notre Cour d'intervenir lorsque le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance n'a pas été exercé

1995 CanLII 115 (SCC)

Court Act "aims solely at preventing parties from bringing an appeal from a purely discretionary decision" (emphasis added).

While it is true that courts of appeal should, in general, respect a trial judge's discretion and should not interfere lightly with the exercise of such a discretion, this rule is not absolute. This Court has, on numerous occasions, held that it has jurisdiction to interfere with the judicial exercise of discretion if not properly exercised. For instance, in *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. v. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 S.C.R. 549, this Court concluded that it was within the jurisdiction of the New Brunswick Court of Appeal to grant leave to appeal to a person seeking leave which was not a party to the original action and was applying out of time. Although this constituted the exercise of a discretionary power, it was reviewable by this Court. Speaking for the Court on this issue, Wilson J. had this to say (at p. 606):

> The concept of a "judicial exercise of discretion" seems to have two prerequisites, namely (1) that the subject matter be within the jurisdiction of the Court; and (2) that the Court must take into consideration all the relevant factors. [Emphasis added.]

In *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 S.C.R. 110, Beetz J., writing for the Court, outlined (at pp. 155-56) the circumstances where a court of appeal could interfere with the discretion of a trial judge with respect to stays of proceedings and interlocutory injunctions by quoting the following passage from the House of Lords' unanimous decision in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, at p. 1046 (*per* Lord Diplock):

> [The appellate court] may set aside the judge's exercise of his discretion on the ground that it was based on a misunderstanding of the law or of the evidence before

judiciairement. Comme le juge Lamer (maintenant Juge en chef) l'indique, à la p. 1657 de l'arrêt *R. c. Pringle*, [1989] 1 R.C.S. 1645, l'art. 42 de la *Loi sur la Cour suprême* «ne vise [. . .] qu'à empêcher les parties de porter en appel une décision purement discrétionnaire» (je souligne).

144 Même s'il est vrai que les cours d'appel devraient, en général, respecter le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance et ne pas intervenir à la légère dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, cette règle n'est pas absolue. Notre Cour a, à maintes reprises, conclu qu'elle était compétente pour intervenir dans l'exercice d'un pouvoir judiciaire discrétionnaire, si celui-ci n'avait pas été exercé régulièrement. Par exemple, dans *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick Inc. c. Association of Parents for Fairness in Education*, [1986] 1 R.C.S. 549, notre Cour a conclu que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick était compétente pour accorder l'autorisation d'en appeler à une personne qui n'était cependant pas partie à l'action initiale et dont la demande était hors délai. Même s'il s'agissait là de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, celui-ci pouvait faire l'objet d'un examen par notre Cour. Le juge Wilson s'exprime ainsi, au nom de la Cour, à ce sujet (à la p. 606):

> Le concept d'un «exercice judiciaire du pouvoir discrétionnaire» semble comporter deux exigences préalables, savoir (1) que la question relève de la compétence de la cour et (2) que la cour prenne en considération tous les éléments pertinents. [Je souligne.]

145 Dans l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, [1987] 1 R.C.S. 110, le juge Beetz énonce, au nom de la Cour, aux pp. 155 et 156, les circonstances dans lesquelles une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance relativement aux arrêts de procédures et aux injonctions interlocutoires, en citant le passage suivant de l'arrêt unanime de la Chambre des lords *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, [1982] 1 All E.R. 1042, à la p. 1046 (lord Diplock):

> [TRADUCTION] [La cour d'appel] peut annuler la décision rendue par le juge dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, soit pour le motif que cette décision repose sur

1995 CanLII 115 (SCC)

him or on an inference that particular facts existed or did not exist, which, although it was one that might legitimately have been drawn on the evidence that was before the judge, can be demonstrated to be wrong by further evidence that has become available by the time of the appeal, or on the ground that there has been a change of circumstances after the judge made his order that would have justified his acceding to an application to vary it. Since reasons given by judges for granting or refusing interlocutory injunctions may sometimes be sketchy, there may also be occasional cases where even though no erroneous assumption of law or fact can be identified the judge's decision to grant or refuse the injunction is so aberrant that it must be set aside on the ground that no reasonable judge regardful of his duty to act judicially could have reached it.

une erreur de droit ou sur une interprétation erronée de la preuve produite devant lui ou sur une conclusion à l'existence ou à l'inexistence de certains faits, conclusion dont, bien qu'elle puisse avoir été justifiée par la preuve produite devant le juge, le caractère erroné peut être démontré par des éléments de preuve supplémentaires dont on dispose au moment de l'appel, soit pour le motif qu'après que le juge a rendu son ordonnance les circonstances ont changé d'une manière qui aurait justifié qu'il accède à une demande en modification de cette ordonnance. Puisque les raisons données par les juges pour accorder ou refuser des injonctions interlocutoires se révèlent parfois sommaires, il peut à l'occasion y avoir des cas où, bien qu'on ne puisse découvrir aucune conclusion erronée de droit ou de fait, la décision du juge d'accorder ou de refuser l'injonction est à ce point aberrante qu'elle doit être infirmée pour le motif qu'aucun juge raisonnable conscient de son obligation d'agir judiciairement aurait pu la rendre.

146 In *Elsom v. Elsom*, [1989] 1 S.C.R. 1367, this Court reviewed the exercise of a trial judge's discretion under provincial matrimonial property legislation, the *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, to order an unequal division of the matrimonial property of the spouses upon the breakup of their marriage. While this Court unanimously concluded that the British Columbia Court of Appeal had erred in interfering with the discretion of the trial judge, Gonthier J. made the following remarks, which are particularly apposite here (at pp. 1374-75):

Dans l'arrêt *Elsom c. Elsom*, [1989] 1 R.C.S. 1367, notre Cour a examiné l'exercice par un juge du pouvoir discrétionnaire, que lui conférait une loi provinciale relative aux biens matrimoniaux, la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, d'ordonner un partage inégal des biens familiaux des époux à la dissolution de leur mariage. Bien que notre Cour ait conclu à l'unanimité que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait commis une erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, le juge Gonthier fait les remarques suivantes qui sont particulièrement justes en l'espèce (aux pp. 1374 et 1375):

Courts of Appeal should be highly reluctant to interfere with the exercise of a trial judge's discretion. It is he who has the advantage of hearing the parties and is in the best position to weigh the equities of a case. The principle of non-interference has been emphasized by this Court in a number of cases concerning the division of family property. In *Harper v. Harper*, [1980] 1 S.C.R. 2, the Court did interfere with the discretion of the trial judge, but only because the trial judge had acted on certain irrelevant considerations and the Court of Appeal had been misled on a matter of evidence by one of the parties. Chief Justice Laskin for the majority wrote at p. 18:

(A)n appellate Court, and especially an ultimate Court, should ordinarily refrain from interfering with

Les cours d'appel devraient avoir beaucoup d'hésitation à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. C'est lui qui a l'avantage d'entendre les parties et qui est le mieux placé pour apprécier l'équité d'une affaire. Cette Cour a souligné le principe de la non-intervention dans plusieurs arrêts concernant la répartition de biens familiaux. Dans l'arrêt *Harper c. Harper*, [1980] 1 R.C.S. 2, la Cour est bien intervenue dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, mais seulement parce que celui-ci s'était fondé sur certaines considérations non pertinentes et que la Cour d'appel avait été induite en erreur par une des parties sur une question de preuve. Le juge en chef Laskin écrit au nom de la majorité à la p. 18:

(U)ne cour d'appel et particulièrement une cour de dernière instance doit habituellement éviter d'interve-

1995 CanLII 156 (SCC)

the exercise by a trial judge of the type of broad discretionary jurisdiction conferred by s. 8 of the *Family Relations Act*. . . .

In the same case, Estey J. for the minority, dissenting in part, but only as to the share the wife should have in the matrimonial home, wrote at p. 24:

> An appellate Court should be extremely reluctant to interfere with the exercise of a discretionary power by a trial judge. However, there are cases, and for the reasons given above I believe this is one, where justice demands that the exercise of discretion be reviewed.
>
> If a judge proceeds on principle properly applicable to the facts of a case and makes a decision judicially, in the exercise of his discretion, this Court will not interfere. But, if it appears that a judge has misdirected himself, or that his decision is so clearly wrong as to amount to an injustice, the Court can and should review the facts upon which the judgment ought to be given. (*Re Hull Estate per* Laidlaw J.A., ([1943] O.R. 778 (C.A.)), at p. 785.) [Emphasis added.]

In a subsequent case, this Court dealt with the discretionary nature of the direct action in nullity under art. 33 of the Quebec *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée v. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 S.C.R. 326. Referring to *Manitoba (Attorney General) v. Metropolitan Stores Ltd.*, *supra*, and adopting the observations of Lord Diplock in *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton*, *supra*, Gonthier J. wrote, at p. 370:

> I would point out that discretion and arbitrary action should not be confused. While arbitrary action means power exercised at will, just as the person likes, discretion, though it removes the strict duty to act, is subject to certain rules. A judge hearing a direct action in nullity does not decide to do what he feels like doing, but must exercise his power of review in a judicial manner, direct himself correctly in law and observe the applicable principles. [Emphasis added.]

The power of appellate courts to interfere with a trial judge's discretion is also well recognized in criminal law (see, *inter alia*: *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 698 (*per* Dickson C.J.); *R. v.*

nir dans l'exercice par un juge de première instance des larges pouvoirs discrétionnaires prévus à l'art. 8 de la *Family Relations Act* . . .

Dans le même arrêt, le juge Estey au nom de la minorité, dissident seulement quant à la part que l'épouse devait avoir dans la résidence familiale, écrit à la p. 24:

> Une cour d'appel doit avoir beaucoup de répugnance à modifier la décision d'un juge de première instance fondée sur l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Cependant, il existe des cas, et, pour les motifs que je viens d'exprimer, j'estime que le présent cas en est un, où la justice exige la révision d'une décision fondée sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire.
>
> [TRADUCTION] Si un juge se fonde sur les principes applicables aux faits et tranche judiciairement, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, cette cour n'interviendra pas. Mais s'il appert qu'un juge s'est fondé sur des considérations erronées ou que sa décision est erronée au point de créer une injustice, la Cour peut et doit revoir les faits sur lesquels le jugement aurait dû être fondé. (*Re Hull Estate*, le juge d'appel Laidlaw, ([1943] O.R. 778 (C.A.)), à la p. 785.) [Je souligne.]

147 Dans une affaire subséquente, notre Cour s'est penchée sur la nature discrétionnaire de l'action directe en nullité prévue à l'art. 33 du *Code de procédure civile* du Québec, L.R.Q., ch. C-25: *Immeubles Port Louis Ltée c. Lafontaine (Village)*, [1991] 1 R.C.S. 326. Invoquant l'arrêt *Manitoba (Procureur général) c. Metropolitan Stores Ltd.*, précité, et adoptant les observations de lord Diplock dans *Hadmor Productions Ltd. c. Hamilton*, précité, le juge Gonthier écrit, à la p. 370:

> Je précise qu'il ne faut pas confondre discrétion et arbitraire. Alors que l'arbitraire désigne le pouvoir exercé à sa guise, selon son bon vouloir, la discrétion elle, est assujettie, à certaines règles, même si elle écarte l'obligation stricte d'agir. Le juge saisi d'une action directe en nullité ne décide pas selon son bon plaisir ce qu'il lui plaît, mais doit exercer judiciairement son pouvoir de contrôle, bien se diriger en droit et respecter les principes qui s'appliquent. [Je souligne.]

148 Le pouvoir des cours d'appel d'intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance est également bien reconnu en droit criminel (voir, notamment, *R. c. Corbett*, [1988] 1

1995 CanLII 115 (SCC)

Finta, [1994] 1 S.C.R. 701, at p. 856 (*per* Cory J.)).

149 In the same vein, although this Court has often reiterated that a court of appeal should refrain from interfering with findings of facts made by a trial judge, it has also made it clear that a court of appeal can, and should, interfere if the trial judge has made a manifest error, has ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or has drawn erroneous conclusions from the evidence. In other words, a court of appeal can interfere with a trial judge's fact-finding discretion if he or she does not exercise it judicially. See: *Toneguzzo-Norvell (Guardian ad litem of) v. Burnaby Hospital*, [1994] 1 S.C.R. 114, at p. 121 (*per* McLachlin J.) and all cases cited therein; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141, at pp. 188-89 (*per* L'Heureux-Dubé J.) and all cases cited therein; *N.V. Bocimar S.A. v. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 S.C.R. 1247, at pp. 1249-50 (*per* Le Dain J.); *Lewis v. Todd and McClure*, [1980] 2 S.C.R. 694, at pp. 700-701 (*per* Dickson J. (as he then was)); and *Jaegli Enterprises Ltd. v. Taylor*, [1981] 2 S.C.R. 2, at p. 4 (*per* Dickson J.).

150 In *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, [1992] 1 S.C.R. 3, this Court considered the propriety of a Federal Court of Appeal decision to reverse a decision by a motions judge of the Federal Court Trial Division to dismiss the respondent Society's application for orders in the nature of *certiorari* and mandamus to compel the Minister of Transport and Minister of Fisheries and Oceans to comply with the federal *Environmental Assessment and Review Process Guidelines Order*, SOR/84-467. Before us, the appellants argued that the Federal Court of Appeal had erred in interfering with the trial judge's exercise of discretion. La Forest J., writing for the majority, was of the opinion that a court of appeal can interfere with a trial judge's discretion when he or she "refuse[s] to take into consideration a

R.C.S. 670, à la p. 698 (le juge en chef Dickson); *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, à la p. 856 (le juge Cory)).

Dans la même veine, bien que notre Cour ait souvent réitéré qu'une cour d'appel devrait se garder d'intervenir dans les conclusions de fait d'un juge de première instance, elle a également précisé qu'une cour d'appel peut et devrait intervenir si le juge de première instance a commis une erreur manifeste, s'il n'a pas tenu compte d'un élément de preuve déterminant ou pertinent, s'il a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. En d'autres termes, une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance de tirer des conclusions de fait si ce dernier ne l'exerce pas judiciairement. Voir: *Toneguzzo-Norvell (Tutrice à l'instance de) c. Burnaby Hospital*, [1994] 1 R.C.S. 114, à la p. 121 (le juge McLachlin), et toute la jurisprudence qui y est citée, *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141, aux pp. 188 et 189 (le juge L'Heureux-Dubé), et toute la jurisprudence qui y est citée, *N.V. Bocimar S.A. c. Century Insurance Co. of Canada*, [1987] 1 R.C.S. 1247, aux pp. 1249 et 1250 (le juge Le Dain), *Lewis c. Todd et McClure*, [1980] 2 R.C.S. 694, aux pp. 700 et 701 (le juge Dickson (plus tard Juge en chef)), et *Jaegli Enterprises Ltd. c. Taylor*, [1981] 2 R.C.S. 2, à la p. 4 (le juge Dickson).

Dans l'arrêt *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, [1992] 1 R.C.S. 3, notre Cour s'est penchée sur l'opportunité de la décision de la Cour d'appel fédérale d'annuler la décision d'un juge des requêtes de la Section de première instance de la Cour fédérale de rejeter la demande de la société intimée visant à obtenir des ordonnances de la nature d'un *certiorari* et d'un *mandamus* qui auraient contraint le ministre des Transports et le ministre des Pêches et des Océans à respecter le *Décret sur les lignes directrices visant le processus d'évaluation et d'examen en matière d'environnement* fédéral, DORS/84-467. Les appelants ont fait valoir, devant notre Cour, que la Cour d'appel fédérale avait commis une erreur en intervenant dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge

1995 CanLII 115 (SCC)

major element for the determination of the case" (at p. 77, citing Beetz J.'s words in *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, at p. 588). La Forest J. therefore concluded that the Federal Court of Appeal did not err in interfering with the trial judge's discretion, since the trial judge did not adequately weigh the proper factors.

de première instance. Le juge La Forest a, au nom de la Cour à la majorité, exprimé l'avis qu'une cour d'appel peut intervenir dans le pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance lorsqu'il «refus[e] de tenir compte d'un élément prépondérant en l'espèce» (à la p. 77, citant les propos du juge Beetz dans l'arrêt *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561, à la p. 588). Le juge La Forest a donc conclu que la Cour d'appel fédérale n'avait pas commis d'erreur en intervenant dans le pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, puisque ce dernier n'avait pas soupesé adéquatement les facteurs pertinents.

The principles governing appellate review of a lower court's exercise of discretion are also found in the following statement of Viscount Simon L.C. in *Charles Osenton & Co. v. Johnston*, [1942] A.C. 130, at p. 138 (reproduced by La Forest J. in *Friends of the Oldman River Society v. Canada (Minister of Transport)*, *supra*, at pp. 76-77):

151

Les principes qui régissent le contrôle par une cour d'appel de l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'instance inférieure sont également exposés dans l'énoncé suivant du lord chancelier le vicomte Simon, dans *Charles Osenton & Co. c. Johnston*, [1942] A.C. 130, à la p. 138 (reproduit par le juge La Forest dans *Friends of the Oldman River Society c. Canada (Ministre des Transports)*, précité, aux pp. 76 et 77):

The law as to the reversal by a court of appeal of an order made by the judge below in the exercise of his discretion is well-established, and any difficulty that arises is due only to the application of well-settled principles in an individual case. The appellate tribunal is not at liberty merely to substitute its own exercise of discretion for the discretion already exercised by the judge. In other words, appellate authorities ought not to reverse the order merely because they would themselves have exercised the original discretion, had it attached to them, in a different way. But if the appellate tribunal reaches the clear conclusion that there has been a wrongful exercise of discretion in that no weight, or no sufficient weight, has been given to relevant considerations such as those urged before us by the appellant, then the reversal of the order on appeal may be justified. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] La règle relative à l'annulation par une cour d'appel d'une ordonnance rendue par un juge d'une instance inférieure dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire est bien établie, et tous les problèmes qui se présentent résultent seulement de l'application de principes déterminés à un cas particulier. Le tribunal d'appel n'a pas la liberté de simplement substituer l'exercice de son propre pouvoir discrétionnaire à celui déjà exercé par le juge. En d'autres termes, les juridictions d'appel ne devraient pas annuler une ordonnance pour la simple raison qu'elles auraient exercé le pouvoir discrétionnaire original, s'il leur avait appartenu, d'une manière différente. Toutefois, si le tribunal d'appel conclut que le pouvoir discrétionnaire a été exercé de façon erronée, parce qu'on n'a pas accordé suffisamment d'importance, ou qu'on n'en a pas accordé du tout, à des considérations pertinentes comme celles que l'appelante a fait valoir devant nous, il est alors possible de justifier l'annulation de l'ordonnance. [Je souligne.]

In light of this jurisprudence, I conclude that it is well within the powers of a court of appeal, and consequently within the powers of this Court, to interfere with a trial judge's wrongful exercise of discretion. The case law clearly indicates that awards of costs, while within judicial discretion, can be reviewed by an appellate court on the basis

152

Compte tenu de cette jurisprudence, je conclus qu'il est tout à fait conforme aux pouvoirs d'une cour d'appel et, par conséquent, à ceux de notre Cour d'intervenir dans l'exercice erroné du pouvoir discrétionnaire d'un juge de première instance. La jurisprudence indique clairement que, même si elle relève du pouvoir discrétionnaire

1995 CanLII 115 (SCC)

that they were made, *inter alia*, on wrong principles, on a misapprehension of significant facts or in a non-judicial manner. See also: *539618 Ontario Ltd. v. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), at p. 380 (*per* Osborne J.A.); *Prodon v. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (Alta. Q.B.), at pp. 265-66 (*per* Matheson J.); *Nolet v. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), at p. 374 (*per* Macdonald J.A.); *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. v. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (Ont. H.C.), at p. 674 (*per* Parker J.); *Andrews v. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (Ont. C.A.), at p. 259 (*per* Houlden J.A.); *Kalesky v. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (Ont. C.A.), at p. 32 (*per* Gale C.J.O.); and *Donald Campbell and Co. v. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

153 Moreover, as to costs, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Supreme Court of Canada a wide discretion with respect to lower courts' costs orders:

> **47.** The Court may, in its discretion, order the payment of the costs of the court appealed from, of the court of original jurisdiction, and of the appeal, or any part thereof, whether the judgment is affirmed, or is varied or reversed.

154 In my opinion, the above disposes of the question of whether or not this Court has jurisdiction to review a costs order made by a lower court. It clearly does have such jurisdiction. The question which remains, however, is whether or not, on the facts of this case, the costs order in question, which has already been upheld on an earlier cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, should be reversed by this Court.

IV — The Costs

155 The long-standing rule regarding costs is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. A successful litigant has a reasonable expectation that his or her costs will be paid by the unsuccessful party. The

judiciaire, l'attribution de dépens peut être contrôlée par une cour d'appel pour le motif, notamment, qu'elle est fondée sur des principes erronés ou une mauvaise compréhension de faits importants, ou parce qu'elle a été faite d'une manière non judiciaire. Voir également: *539618 Ontario Ltd. c. Stathopoulos* (1992), 11 O.R. (3d) 364 (C.A.), à la p. 380 (le juge Osborne), *Prodon c. Vickrey* (1988), 31 C.P.C. (2d) 264 (B.R. Alb.), aux pp. 265 et 266 (le juge Matheson), *Nolet c. Nolet* (1985), 68 N.S.R. (2d) 370 (C.A.), à la p. 374 (le juge Macdonald), *Smov Industrie Ceramiche S.P.A. c. Sole Ceramic Importing Ltd.* (1983), 141 D.L.R. (3d) 672 (H.C. Ont.), à la p. 674 (le juge Parker), *Andrews c. Andrews* (1980), 120 D.L.R. (3d) 252 (C.A. Ont.), à la p. 259 (le juge Houlden), *Kalesky c. Kalesky* (1974), 51 D.L.R. (3d) 30 (C.A. Ont.), à la p. 32 (le juge en chef Gale), et *Donald Campbell and Co. c. Pollak*, [1927] A.C. 732 (H.L.).

Par ailleurs, en ce qui concerne les dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* confère expressément à la Cour suprême du Canada un large pouvoir discrétionnaire relativement aux ordonnances rendues en la matière par les tribunaux d'instance:

> **47.** La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement des dépens des juridictions inférieures, y compris du tribunal de première instance, ainsi que des frais d'appel, en tout ou en partie, quelle que soit sa décision finale sur le fond.

À mon avis, cette disposition résout la question de savoir si notre Cour a compétence pour contrôler les ordonnances en matière de dépens rendues par un tribunal d'instance. Elle a nettement compétence pour le faire. La question qui demeure, toutefois, est de savoir si, compte tenu des faits de la présente affaire, notre Cour devrait annuler l'ordonnance rendue en l'espèce sur les dépens, que la Cour d'appel de l'Ontario a déjà maintenue à la suite d'un appel incident antérieur.

IV — Les dépens

Selon la règle qui s'applique depuis longtemps en la matière, des dépens sont généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, à moins d'une conduite répréhensible de sa part. Cette même partie s'attend donc raisonnablement à

rationale for this rule is based on the fact that, had the unsuccessful party initially agreed to the position of the successful one, no costs would have been incurred by the successful party. Accordingly, it is only logical that the party who has been found to be wrong must be ready to support the costs of a litigation that could have been avoided.

Mark M. Orkin states the general rule as follows in his book *The Law of Costs* (2nd ed. 1993), at pp. 2-17 and 2-18, para. 205.2:

Prior to the enactment of [Ontario Rule 57.01] . . . the law had been well settled that where a plaintiff is wholly successful in an action and there is no misconduct on his or her part, the plaintiff is entitled to costs on the ground that there is no material on which a court can exercise a discretion to deprive him or her of costs. The rule has also been applied where a plaintiff succeeded as to a substantial part of his claim. Similarly, a successful defendant is entitled to his or her costs on the same ground, namely, that *prima facie* the unsuccessful party is to be charged with the costs of the suit. Where it is impossible to say whether either party was successful, no order should be made as to costs.

This long-standing rule is supported by the case law. See, *inter alia*: *Downey v. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), at p. 89 (*per* Blake V.C.); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), at p. 197 (*per* Armour C.J.); *London & British North America Co. v. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (Sask. K.B.), at p. 174 (*per* MacDonald J.); *Hudson's Bay Co. v. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (Sask. K.B.), at p. 271 (*per* MacDonald J.). For example, in *Villeneuve v. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (Sask. C.A.), at p. 925, Martin J.A. stated:

Where a plaintiff comes to enforce a legal right and completely succeeds, and has been guilty of no misconduct, there is no material upon which a Court can exercise a discretion, and the plaintiff is entitled to his costs. *Edmanson* v. *Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper* v. *Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc.* v. *Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, para. 324. As the plaintiffs in the present case have succeeded in obtaining the relief for which

ce que ses dépens soient payés par la partie perdante. Cette règle repose sur le raisonnement selon lequel, si la partie perdante avait, au départ, accepté la position de la partie gagnante, celle-ci n'aurait engagé aucuns frais. Il n'est donc que logique que la partie qui a été jugée en tort soit prête à assumer les coûts d'un litige qui aurait pu être évité.

Mark M. Orkin formule ainsi la règle générale dans son ouvrage intitulé *The Law of Costs* (2e éd. 1993), aux pp. 2-17 et 2-18, par. 205.2:

[TRADUCTION] Avant l'adoption de [la règle 57.01 de l'Ontario] [. . .] il était bien établi que le demandeur qui avait entièrement gain de cause dans une action et qui n'était coupable d'aucune inconduite avait droit aux dépens, car il n'y avait aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire de l'en priver. La règle a également été appliquée lorsque la demande du demandeur était en grande partie accueillie. De même, un défendeur qui l'emporte a droit à ses dépens pour le même motif, c'est-à-dire qu'à première vue la partie perdante doit assumer les coûts de l'action. Lorsqu'il est impossible de dire si l'une ou l'autre partie a obtenu gain de cause, il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens.

Cette règle de longue date est étayée par la jurisprudence. Voir, notamment, *Downey c. Roaf* (1873), 6 P.R. 89 (Chy. Cham.), à la p. 89 (le vice-chancelier Blake); *In Re Pattullo and The Corporation of the Town of Orangeville* (1899), 31 O.R. 192 (H.C.), à la p. 197 (le juge en chef Armour); *London & British North America Co. c. Haigh*, [1922] 1 W.W.R. 172 (B.R. Sask.), à la p. 174 (le juge MacDonald); *Hudson's Bay Co. c. Sjostrom*, [1924] 3 W.W.R. 271 (B.R. Sask.), à la p. 271 (le juge MacDonald). Par exemple, dans l'arrêt *Villeneuve c. Rur. Mun. Kelvington*, [1929] 2 D.L.R. 919 (C.A. Sask.), à la p. 925, le juge Martin affirme:

[TRADUCTION] Si le demandeur qui vient faire valoir un droit a entièrement gain de cause et n'est coupable d'aucune inconduite, il n'y a aucune raison pour que la cour exerce son pouvoir discrétionnaire, et le demandeur a droit à ses dépens. *Edmanson* c. *Chilie* (1914), 7 S.L.R. 34; *Cooper* c. *Whittingham* (1880), 15 Ch. D. 501; *Civil Service Co-op Soc.* c. *Gen'l Steam Nav. Co.*, [1903] 2 K.B. 756; 23 Hals., p. 179, par. 324. Comme les demandeurs, en l'espèce, ont réussi à obtenir la réparation

1995 CanLII 115 (SCC)

they ask [action for a declaration as to the invalidity of an award and an assessment based thereon], and as they have not been guilty of any misconduct connected with the questions involved in the proceedings, they are entitled to costs. [Emphasis added.]

157 This rule, however, is not absolute. Orkin, for example, notes (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-20, para. 205.2(2)):

> The principle that a successful party is entitled to his or her costs is of long standing, and should not be departed from except for very good reasons.[164] [Emphasis added.]

164. *Macfie v. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (Ont. S.C.), aff'd 64 D.L.R. 511 (App. Div.).

Furthermore, in Ontario, s. 141(1) of the *Courts of Justice Act* (now s. 131), and Rules 57.01(1) and (2) of the *Rules*, clearly make the award of costs a matter for the courts' discretion and articulate guidelines for the exercise of this discretion:

> **141.** — (1) [Costs] Subject to the provisions of an Act or rules of court, the costs of and incidental to a proceeding or a step in a proceeding are in the discretion of the court, and the court may determine by whom and to what extent the costs shall be paid.

> **57.01** (1) [Factors in Discretion] In exercising its discretion under section 141 [now s. 131] of the *Courts of Justice Act, 1984* to award costs, the court may consider, in addition to the result in the proceeding and any offer to settle made in writing,
>
> (a) the amount claimed and the amount recovered in the proceeding;
>
> (b) the apportionment of liability;
>
> (c) the complexity of the proceeding;
>
> (d) the importance of the issues;
>
> (e) the conduct of any party that tended to shorten or to lengthen unnecessarily the duration of the proceeding;
>
> (f) whether any step in the proceeding was,
>
> (i) improper, vexatious or unnecessary, or
>
> (ii) taken through negligence, mistake or excessive caution;

demandée [action en vue d'obtenir un jugement déclarant invalides une sentence et une évaluation fondée sur celle-ci], et puisqu'ils n'ont été coupables d'aucune inconduite liée aux questions soulevées dans les procédures, ils ont droit aux dépens. [Je souligne.]

Cette règle n'est toutefois pas absolue. Orkin, par exemple, souligne ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-20, par. 205.2(2)):

> [TRADUCTION] Le principe voulant que la partie qui obtient gain de cause ait droit à ses dépens vaut depuis longtemps et ne devrait être écarté que pour de très bonnes raisons.[164] [Je souligne.]

164. *Macfie c. Cater* (1920), 57 D.L.R. 736 (C.S. Ont.), conf. par 64 D.L.R. 511 (Div. d'appel).

De plus, en Ontario, le par. 141(1) de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* (maintenant l'art. 131) et les règles 57.01(1) et (2) des *Règles*, font nettement relever la question de l'attribution de dépens du pouvoir discrétionnaire des tribunaux et énoncent des directives régissant l'exercice de ce pouvoir:

> [TRADUCTION] **141.** — (1) [Dépens] Sous réserve des dispositions d'une loi ou des règles de pratique, les dépens de l'instance ou d'une mesure prise dans le cadre de celle-ci, et qui sont accessoires à l'instance ou à la mesure, ceux qui les paient et la part qui incombe à chacun relèvent du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

> **57.01** (1) [Pouvoir discrétionnaire du tribunal] Dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'adjudication des dépens que lui confère l'article 141 [maintenant l'art. 131] de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, le tribunal peut prendre en considération, outre le résultat de l'instance et l'offre de transaction présentée par écrit:
>
> a) le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu;
>
> b) le partage de la responsabilité;
>
> c) le degré de complexité de l'instance;
>
> d) l'importance des questions en litige;
>
> e) la conduite d'une partie qui a eu pour effet d'abréger ou de prolonger inutilement la durée de l'instance;
>
> f) une mesure prise dans l'instance qui:
>
> (i) était irrégulière, vexatoire ou inutile,
>
> (ii) l'a été par négligence, erreur ou prudence excessive;

1995 CanLII 113 (SCC)

(g) a party's denial of or refusal to admit anything that should have been admitted;

(h) whether it is appropriate to award any costs or more than one set of costs where a party,

(i) commenced separate proceedings for claims that should have been made in one proceeding, or

(ii) in defending a proceeding separated unnecessarily from another party in the same interest or defended by a different solicitor; and

(i) any other matter relevant to the question of costs.

(2) [Costs Against Successful Party] The fact that a party is successful in a proceeding or a step in a proceeding does not prevent the court from awarding costs against the party in a proper case. [Emphasis added.]

Rule 57.01(2) provides that costs may be awarded against a successful party "in a proper case". Therefore, the question in this cross-appeal turns on whether or not this case was "a proper case", within the meaning of Rule 57.01(2), for an award of costs against a successful party, in this case the respondent Attorney General for Ontario. Whealy Dist. Ct. J.'s reasons for awarding costs against the respondent Attorney General for Ontario (then an intervener) are succinctly put in the following extract from his decision:

As well, it was argued that there was no bad conduct justifying a punitive award of costs as against the successful party. With that particular argument, I entirely agree.

The appellants argued that an important factor was that the Court of Appeal, by a majority, had held that the issue argued on the appeal was of province-wide importance and that the manner of hearing the appeal was almost unique in that 18 fresh witnesses were heard extending over several weeks, having the effect of almost making the appellate court a trial court. It was pointed out as well that the litigation was originally triggered by an act of the state in the guise of the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto.

g) la dénégation, par une partie, d'un fait qui aurait dû être reconnu ou son refus de reconnaître un tel fait;

h) l'opportunité de condamner aux dépens d'une ou de plusieurs instances, si une partie:

(i) a introduit des instances distinctes relativement à des demandes qui auraient dû être jointes dans une seule instance,

(ii) a séparé inutilement sa défense de celle d'une autre partie ayant le même intérêt ou s'est fait représenter par un procureur distinct;

i) les autres facteurs pertinents à la question des dépens.

(2) [Condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause] Le fait qu'une partie obtienne gain de cause dans une instance ou dans une étape d'une instance n'empêche pas le tribunal de la condamner aux dépens, le cas échéant. [Je souligne.]

La règle 57.01(2) prévoit qu'une partie obtenant gain de cause peut se voir condamnée aux dépens, «le cas échéant». Par conséquent, la question dans le présent pourvoi incident est de savoir si, en l'espèce, il convient, en vertu de la règle 57.01(2), de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence l'intimé, le procureur général de l'Ontario. Les motifs du juge Whealy de condamner ce dernier (alors un intervenant) aux dépens sont exposés succinctement dans l'extrait suivant de sa décision:

[TRADUCTION] De même, on a fait valoir qu'il n'y avait aucune inconduite justifiant de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens punitifs. Je suis entièrement d'accord avec cet argument.

Les appelants soutiennent qu'il importe de souligner que la Cour d'appel à la majorité a conclu que la question débattue en appel était d'importance pour toute la province et que le mode d'audition de l'appel était quasi unique du fait que 18 nouveaux témoins ont été entendus sur une période de plusieurs semaines, ce qui a presque eu pour effet de transformer la cour d'appel en un tribunal de première instance. On a souligné également que le litige avait été déclenché initialement par l'action de l'État, accomplie par l'intermédiaire de la société d'aide à l'enfance.

158

1995 CanLII 115 (SCC)

This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone to this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

159 The appellants agreed with these reasons and advanced the following arguments before us in support of the District Court's order as to costs:

1. The interests of the parties were properly balanced in accordance with the discretion conferred by Rule 57.01, even in the absence of serious misconduct;
2. The importance of the question and the unusual background of the case were proper factors to be considered under Rule 57.01;
3. The Attorney General for Ontario "fully participated" as a party in the District Court hearing;
4. The court's discretion over costs is a powerful check to discourage non-meritorious applications. Furthermore, the granting in this case of an order for costs against the Attorney General for Ontario will not open the floodgates for other such orders against the Attorney General;
5. The proceedings and the number of witnesses called by the respondent were exceptional, amounting to unusual factors;
6. The constitutional challenge served a vital public interest; and
7. The appellants had no choice but to turn to the courts in order to remedy a vital public-law issue involving the interests of children and families throughout Ontario. It was the appellants' only alternative because they were "turned away by the legislature" which did not address their submissions on the *Child and Family Services Act, 1984*, presented to the Ontario Legislature in February, 1984.

L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Les appelants adhèrent à ces motifs et avancent devant nous les arguments suivants à l'appui de l'ordonnance de la Cour de district sur les dépens:

1. Les intérêts des parties ont été bien soupesés conformément au pouvoir discrétionnaire conféré par la règle 57.01, même en l'absence d'une inconduite grave;
2. L'importance de la question en litige et le contexte inhabituel de l'affaire étaient des facteurs à considérer en vertu de la règle 57.01;
3. Le procureur général de l'Ontario «a participé pleinement» à titre de partie à l'audience devant la Cour de district;
4. Le pouvoir discrétionnaire de la cour en matière de dépens contribue fortement à décourager les demandes sans fondement. En outre, le fait de condamner ici aux dépens le procureur général de l'Ontario ne déclenchera pas une avalanche d'autres ordonnances de cette nature contre le Procureur général;
5. Les procédures et le nombre de témoins appelés par l'intimé étaient exceptionnels, ce qui en fait des facteurs inhabituels;
6. La contestation constitutionnelle servait un intérêt public vital; et
7. Les appelants n'avaient d'autre choix que de s'adresser aux tribunaux pour faire trancher une question de droit public vitale qui mettait en cause les intérêts des enfants et des familles partout en Ontario. Les appelants n'avaient d'autre solution puisqu'ils ont été «écartés par le législateur» qui a fait la sourde oreille aux prétentions sur la *Loi de 1984 sur les services à l'enfance et à la famille*, qu'elles ont soumises à la législature de l'Ontario en février 1984.

1995 CanLII 115 (SCC)

The respondent's arguments against the District Court's order as to costs, on the other hand, can be summarized as follows:

1. Serious misconduct is the only ground to award costs against a successful party;

2. The relative resources of the parties is not a relevant factor. No evidence was adduced regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. Treating the Crown as an unlimited source of funds is contrary to public policy and will result in the encouragement of marginal applications for constitutional challenges;

3. The fact that the litigation may have been originally triggered by the CAS, a state actor, is not a sufficient basis to award costs against the Attorney General for Ontario, since the CAS acted without misconduct to protect the life of an infant under a constitutionally valid statute;

4. The issue here was not one of special importance as provided for in Rule 57.01(1). If it were, every constitutional challenge or other litigation involving a public law issue would warrant costs being awarded against the state, even where the state is successful in the litigation. Given the number of Notices of Constitutional Questions received each year, such a ruling could expose government to enormous financial liability and is, therefore, a "dangerous precedent";

5. The fact that the *Child Welfare Act* was being constitutionally challenged as violating the appellants' freedom of religion is also not a sufficient basis for awarding costs against a successful party;

En revanche, les arguments de l'intimé contre l'ordonnance rendue par la Cour de district, quant aux dépens, peuvent être résumés ainsi: 160

1. Seule l'inconduite grave peut justifier la condamnation aux dépens de la partie obtenant gain de cause;

2. Les ressources relatives des parties ne sont pas un facteur pertinent. Aucune preuve n'a été présentée concernant les ressources des appelants, et aucune preuve n'a donné à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Traiter le ministère public comme une source de fonds intarissable est contraire à l'ordre public et aura pour effet d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles;

3. Le fait que le litige puisse avoir été déclenché initialement par la CAS, un acteur de l'État, n'est pas une raison suffisante pour condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario puisque la CAS a agi correctement pour protéger la vie d'une enfant en bas âge en vertu d'une mesure législative constitutionnelle;

4. La question en l'espèce ne revêtait aucune importance particulière au sens de la règle 57.01(1). Le cas échéant, toute contestation constitutionnelle ou autre litige soulevant une question de droit public justifierait que l'État soit condamné aux dépens, même lorsque ce dernier obtient gain de cause. Étant donné le nombre d'avis de questions constitutionnelles reçus chaque année, une telle décision risquerait d'imposer au gouvernement une lourde responsabilité financière, et elle constitue donc un «dangereux précédent»;

5. Le fait que la constitutionnalité de la *Child Welfare Act* ait été contestée pour le motif que cette loi violait la liberté de religion des appelants n'est pas non plus un motif suffisant pour condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause;

1995 CanLII 115 (SCC)

6. There was nothing "unusual" about this case for the purpose of awarding costs; and

7. This case is not a "proper case" for awarding costs against a successful party under Rule 57.01(2).

161 Before dealing specifically with the parties' respective submissions, I will briefly discuss one factor which Whealy Dist. Ct. J. specifically considered, that is the relative resources of the litigants as a factor in the awarding of costs. Whealy Dist. Ct. J. indicated, rightly in my view, that this was not one of the factors he relied upon in reaching his decision. In this respect, I note that Ontario Rule 57.01 does not include the resources available to the parties as one of the factors to be considered by courts when exercising their discretion on costs under s. 141 of the Act. Orkin, discussing the appropriateness of relying on this factor, commented (*The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)):

> The fact that the imposition of costs would cause financial hardship is not sufficient to displace the ordinary rule that costs should follow the event.

(See also: *Wawrzyniak v. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (Ont. H.C.).) In addition, as the respondent points out, in the case at hand, there was no evidence regarding the resources of the appellants, nor was there any evidence to suggest that the Attorney General for Ontario possesses unlimited resources. In any event, as I already noted, the resources available to the parties should not generally be a relevant factor in awarding costs. This is particularly true with respect to the supposed "unlimited resources" of the Attorney General for Ontario. In this respect, the comments of Osler J. in *Canadian Newspapers Co. v. Attorney-General of Canada*, *supra* (at p. 242), are apposite in the present appeal:

> The legislation herein questioned obviously represents an attempt to balance various interests and although its legislative history makes it apparent that a challenge

6. Il n'y avait rien d'«inhabituel» dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens; et

7. Il ne convient pas en l'espèce, de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, en application de la règle 57.01(2).

Avant de me pencher plus spécifiquement sur les arguments respectifs des parties, je discuterai brièvement d'un facteur que le juge Whealy de la Cour de district a expressément considéré comme pouvant affecter l'attribution de dépens, celui des ressources relatives des parties. Le juge Whealy a indiqué, à juste titre selon moi, que ce n'était pas là un des facteurs dont il avait tenu compte en rendant sa décision. À cet égard, je remarque que la règle 57.01 de l'Ontario n'inclut pas les ressources dont disposent les parties parmi les facteurs dont les tribunaux doivent tenir compte en exerçant le pouvoir discrétionnaire en matière de dépens que leur confère l'art. 141 de la Loi. Orkin, discutant de l'opportunité de se fonder sur ce facteur, fait observer ceci (*The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)):

> [TRADUCTION] Le fait que la condamnation aux dépens causerait un préjudice financier n'est pas suffisant pour écarter la règle normale voulant que les dépens suivent l'issue de la cause.

(Voir aussi: *Wawrzyniak c. Jagiellicz* (1988), 9 A.C.W.S. (3d) 175 (H.C. Ont.).) De plus, comme le souligne l'intimé, en l'espèce, il n'y avait aucune preuve relative aux ressources des appelants, ni aucune preuve donnant à entendre que le procureur général de l'Ontario possède des ressources illimitées. Quoi qu'il en soit, je le répète, les ressources dont disposent les parties ne devraient pas, en règle générale, constituer un facteur pertinent en matière d'attribution de dépens. Cela est particulièrement vrai à l'égard des prétendues «ressources illimitées» du procureur général de l'Ontario. À cet égard, les commentaires du juge Osler dans *Canadian Newspapers Co. c. Attorney-General of Canada*, précité (à la p. 242), sont à propos dans le présent pourvoi:

> [TRADUCTION] La loi mise en cause en l'espèce constitue de toute évidence une tentative de pondérer divers intérêts et, bien que son historique législatif fasse ressortir

1995 CanLII 115 (SCC)

was expected, there is nothing in the legislation or in the actions of Parliament or of the Government of Canada to invite such an award [costs on a solicitor-and-client basis, or at least party-and-party basis]. While it is desirable that *bona fide* challenge is not to be discouraged by the necessity for the applicant to bear the entire burden, it is equally desirable that the Crown should not be treated as an unlimited source of funds with the result that marginal applications would be encouraged. [Emphasis added.]

It is, in my view, contrary to public policy that an Attorney General be, as a matter of course, treated as having an unlimited source of funds and for that sole reason be required, even if successful, to pay the other party's costs. Such a result could open the floodgates and result in encouraging marginal applications for constitutional challenges. The policy considerations against relying on the supposed unlimited resources of the Attorney General for Ontario as a reason for awarding costs against such a government actor are even stronger in light of the fact that, as the respondent indicates, the Attorney General for Ontario is served with a growing number of Notices of Constitutional Questions every year (over 400 in 1991). The same reasoning applies, of course, with respect to the Attorney General of Canada.

In saying the above, however, I should not be understood as setting out an absolute rule. There are cases where the government will be required to bear the costs of a particular litigation. Such a result will occur where it is in the government's interest or that of the public to have a matter decided by the courts, such as the interpretation of legislation, constitutional rulings of particular importance, etc. However, generally in such cases there is a prior understanding that the costs will be borne by the government, independently of the result. Such was the case in *Attorney General of Quebec v. Labrecque*, [1980] 2 S.C.R. 1057, where the issues to be decided were (1) whether the Quebec Provincial Court or an arbitrator under the collective agreement had jurisdiction to render judgment on a $168 claim by a casual employee of the Quebec government; and (2) what was the nature of the contractual relationship between the casual

qu'une contestation était prévue, rien dans la loi ou dans les actions du Parlement ou du gouvernement du Canada n'appelle une telle attribution [de dépens sur la base avocat-client, ou à tout le moins comme entre parties]. Bien qu'il soit souhaitable qu'une contestation de bonne foi ne soit pas découragée par la nécessité pour le requérant d'assumer tout le fardeau, il est tout aussi souhaitable que le ministère public ne soit pas traité comme une source de fonds intarissable de manière à encourager les demandes marginales. [Je souligne.]

Il est, à mon avis, contraire à l'ordre public de traiter automatiquement le Procureur général comme une source de fonds intarissable et de l'obliger, pour ce seul motif, à payer les frais de la partie adverse même s'il obtient gain de cause. Un tel résultat risquerait de déclencher une avalanche et d'encourager les demandes marginales de contestations constitutionnelles. Les considérations de principe qui militent contre les prétendues ressources illimitées du procureur général de l'Ontario comme motif de condamner aux dépens ce représentant du gouvernement sont d'autant plus solides que, comme l'intimé l'indique, le procureur général de l'Ontario reçoit, chaque année, un nombre croissant d'avis de questions constitutionnelles (plus de 400 en 1991). Le même raisonnement vaut, bien sûr, à l'égard du procureur général du Canada.

Je ne voudrais toutefois pas que l'on voie, dans ces propos, l'énonciation d'une règle absolue. Dans certains cas, le gouvernement sera contraint d'assumer les frais d'un litige particulier. Il en sera ainsi lorsqu'il est dans l'intérêt du gouvernement ou du public de voir une question tranchée par les tribunaux, notamment en ce qui concerne l'interprétation d'une loi, les décisions constitutionnelles d'importance particulière, etc. Toutefois, en général, dans ces cas, il est convenu à l'avance que les frais seront assumés par le gouvernement, indépendamment du résultat. C'est ce qui s'est produit dans l'arrêt *Procureur général du Québec c. Labrecque*, [1980] 2 R.C.S. 1057, où il s'agissait de déterminer (1) si la Cour provinciale du Québec ou un arbitre désigné en vertu de la convention collective étaient compétents pour rendre jugement sur une réclamation de 168 $ par un employé occasionnel du gouvernement du Québec, et (2) quelle

1995 CanLII 115 (SCC)

employee and the government. The appellant, the Attorney General of Quebec, had accepted to bear the costs, whether or not he was successful (see p. 1086, *per* Beetz J.).

était la nature de la relation contractuelle entre l'employé occasionnel et le gouvernement. L'appelant, le procureur général du Québec, avait accepté d'assumer les dépens, qu'il obtienne ou non gain de cause (voir p. 1086, le juge Beetz).

164 In *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, leave to appeal was granted by this Court on the basis that the appellant government would pay the respondent's costs in any event, since the validity of s. 32 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, as am. by S.C. 1980-81-82-83, c. 150, s. 5, was no longer an issue in the appeal ([1990] 2 S.C.R. x, and *Bulletin of Proceedings of the Supreme Court of Canada*, November 16, 1990, at p. 2400 (Wilson, Sopinka and McLachlin JJ.)). See also: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, at p. 598 (*per* Martland J.); and *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, at pp. 384-85 (*per* Estey J.).

Dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi en tenant pour acquis que le gouvernement appelant paierait les dépens de l'intimé en tout état de cause, puisque la validité de l'art. 32 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, ch. 48, mod. par S.C. 1980-81-82-83, ch. 150, art. 5, n'était plus en cause dans le pourvoi ([1990] 2 R.C.S. x, et *Bulletin des procédures de la Cour suprême du Canada*, le 16 novembre 1990, à la p. 2400 (les juges Wilson, Sopinka et McLachlin)). Voir également: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, à la p. 598 (le juge Martland), et *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, aux pp. 384 et 385 (le juge Estey).

165 In addition, where the litigation might have been discontinued had it not been for the public interest to decide the issue, costs may be allocated even against a successful party, whatever its status or its resources. This is also the case where public interest requires that, regardless of the limited interests of the parties or even of the lack of resources of the parties, the court should decide the case. On that issue, see: *Coronation Insurance Co. v. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 S.C.R. 622, at pp. 646-48 (*per* Cory J.); and *Roberge v. Bolduc*, [1991] 1 S.C.R. 374, at pp. 444-48 (*per* L'Heureux-Dubé J.).

En outre, lorsque le litige aurait pu être abandonné n'eût été l'intérêt du public à ce que la question soit tranchée, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, peu importe son statut et ses ressources. C'est également le cas lorsque l'intérêt public requiert que la cour tranche l'affaire malgré les intérêts limités des parties ou même l'insuffisance de leurs ressources. Voir, à ce propos: *Coronation Insurance Co. c. Taku Air Transport Ltd.*, [1991] 3 R.C.S. 622, aux pp. 646 à 648 (le juge Cory), et *Roberge c. Bolduc*, [1991] 1 R.C.S. 374, aux pp. 444 à 448 (le juge L'Heureux-Dubé).

166 Thus, there are clearly cases where the government is required to pay the costs of a particular litigation regardless of its outcome. However, these cases remain very limited exceptions, usually dealt with at the time leave is granted, and are not based on the relative resources of the parties but rather on the importance for the government or the public of having a particular issue decided by the courts, independently of the result.

Ainsi, il y a manifestement des cas où le gouvernement est tenu de payer les frais d'un litige donné, peu importe l'issue de celui-ci. Toutefois, ces cas, qui demeurent des exceptions très limitées, sont en général décidés au moment où l'autorisation est accordée et sont fondés non pas sur les ressources relatives des parties, mais plutôt sur l'importance pour le gouvernement ou le public qu'une question donnée soit tranchée par les tribunaux, indépendamment du résultat du litige.

1995 CanLII 115 (SCC)

In light of the above, Whealy Dist. Ct. J. was correct, on the facts of this case, in not basing his order for costs on the relative resources of the parties. I also support his finding that there was no misconduct on the part of the Attorney General for Ontario.

Vu ce qui précède et compte tenu des faits de la présente affaire, le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de ne pas fonder son ordonnance en matière de dépens sur les ressources relatives des parties. J'adhère également à sa conclusion qu'il n'y a pas eu d'inconduite de la part du procureur général de l'Ontario. 167

Based on this second finding, the Attorney General for Ontario submits that Whealy Dist. Ct. J.'s costs order was inappropriate on the grounds that misconduct is the only factor which justifies the allocation of costs against a successful party. The Attorney General for Ontario relies for this proposition on several cases, including *Hartford v. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). In that case, Lerner J. held (at p. 621) that there must be misconduct on the part of a successful party in order for costs to be awarded against it. This decision, however, predates the inclusion of Rule 57.01(2) in the Ontario *Rules*. *Wismer v. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), at p. 34 (*per* Hughes J.), also suggests that misconduct on the part of the successful party is one reason for awarding costs against it, but it does not go so far as to say that misconduct is the only reason to award costs against a successful party. The cases of *Attorney-General of Quebec v. Cronier* (1981), 63 C.C.C. (2d) 437 (Que. C.A.), at pp. 449-50 (*per* L'Heureux-Dubé J.A. (as I then was)) and *R. v. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (Ont. C.A.), at p. 237 (*per* Galligan J.A.) dealt with the inherent jurisdiction of superior courts to award costs against the Crown in criminal cases. However, in these cases, unlike the present appeal which is governed by Ontario Rule 57.01(2), there was no applicable statute which gave the courts discretion to order costs against a successful party.

Le procureur général de l'Ontario se fonde sur cette seconde conclusion pour soutenir que l'ordonnance du juge Whealy, quant aux dépens, était inappropriée pour le motif que seule l'inconduite justifie la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. Le procureur général de l'Ontario invoque, à l'appui de cette proposition, plusieurs décisions, dont l'arrêt *Hartford c. Langdon Coach Lines Co.* (1975), 10 O.R. (2d) 617 (H.C.). Dans cette affaire, le juge Lerner a conclu (à la p. 621) que, pour que la partie qui obtient gain de cause soit condamnée aux dépens, elle doit s'être mal conduite. Cette décision est toutefois antérieure à l'adoption de la règle 57.01(2) des *Règles* de l'Ontario. Dans la décision *Wismer c. Javelin International Ltd.* (1982), 38 O.R. (2d) 26 (H.C.), à la p. 34 (le juge Hughes), on donne également à entendre que l'inconduite de la partie qui obtient gain de cause justifie sa condamnation aux dépens, mais on ne va pas jusqu'à dire que l'inconduite est la seule raison de cette condamnation. Les arrêts *Attorney-General of Quebec c. Cronier* (1981), 23 C.R. (3d) 97 (C.A. Qué.), aux pp. 111 et 112 (le juge L'Heureux-Dubé (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), et *R. c. Pawlowski* (1993), 20 C.R. (4th) 233 (C.A. Ont.), à la p. 237 (le juge Galligan), portaient sur la compétence inhérente des cours supérieures pour condamner le ministère public aux dépens dans des affaires criminelles. Toutefois, dans ces cas, contrairement au présent pourvoi qui est régi par la règle 57.01(2) de l'Ontario, il n'existait aucune loi applicable conférant aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire de condamner la partie obtenant gain de cause à payer des dépens. 168

In light of the above, while these cases may be informative as to the normal course of affairs in matters of costs, they are of a very little assistance where a statutory scheme specifies the criteria for

Compte tenu de ce qui précède et bien que ces affaires puissent nous instruire quant à la procédure normale en matière de dépens, elles ne sont guère utiles lorsqu'un régime législatif précise les 169

1995 CanLII 115 (SCC)

the exercise of a court's discretion, even in the absence of misconduct. *Carey v. The Queen*, Ont. H.C., September 13, 1988 (unreported), at p. 2, appears to be the only case based on Rule 57.01(2) which specifically affirms that no order as to costs should be made against a successful party unless there was misconduct on the part of that party. However, in *B.C. (Govt.) v. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, at p. 164 (Esson J.A. (Carrothers J.A. and McLachlin J.A. (as she then was) concurring)), the British Columbia Court of Appeal concluded, pursuant to Rule 57 of the *British Columbia Supreme Court Rules*, which is similar to the Ontario Rule 57.01(2), that costs could be awarded against a successful party regardless of whether or not there was misconduct on the part of that party, especially where success is divided.

170 Thus, the weight of the jurisprudence is to the effect that misconduct is one criterion among many which a judge is entitled to consider in determining how costs should be awarded. Such a conclusion is buttressed by Rule 57.01(1) which expressly states that "conduct" is only one of the factors, among others, to be considered in making an order as to costs (see para. (e) in particular, as well as paras. (f), (g) and (h)). Consequently, even absent misconduct, a court still retains discretion to award costs against a successful party in a "proper case", and the respondent's arguments to the contrary must fail.

171 That being said, under Rule 57.01, the court's discretion to depart from the general rule of awarding costs to the successful party must be exercised judiciously and judicially. It cannot be exercised arbitrarily, capriciously or for improper reasons. The question here is whether Whealy Dist. Ct. J. was right to consider as relevant such factors as "the litigation was originally triggered by an act of the state", the case was of "province-wide importance" and "almost unique", as well as that it "proceeded in a most unusual fashion and laborious manner" and, if so, whether the facts of the case can support his findings. Furthermore, as far as the

critères qui régissent l'exercice du pouvoir judiciaire discrétionnaire, même en l'absence d'inconduite. La décision *Carey c. The Queen*, H.C. Ont., 13 septembre 1988 (inédit), à la p. 2, paraît être la seule fondée sur la règle 57.01(2), qui précise que la partie qui obtient gain de cause ne doit être condamnée aux dépens que si elle s'est mal conduite. Toutefois, dans l'arrêt *B.C. (Govt.) c. Worthington (Can.) Inc.* (1988), 29 B.C.L.R. (2d) 145, à la p. 164 (le juge Esson, à l'opinion duquel souscrivent les juges Carrothers et McLachlin (maintenant juge de la Cour suprême du Canada)), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu, conformément à la règle 57 des *British Columbia Supreme Court Rules*, qui est semblable à la règle 57.01(2) de l'Ontario, que la partie obtenant gain de cause pouvait être condamnée aux dépens, peu importe qu'il y ait eu ou non inconduite de sa part, en particulier lorsque la victoire est partagée.

Ainsi, suivant la jurisprudence, l'inconduite est un critère parmi de nombreux autres qu'un juge peut considérer pour déterminer la façon d'accorder des dépens. Cette conclusion est étayée par la règle 57.01(1), qui énonce expressément que la «conduite» n'est que l'un des facteurs dont il faut tenir compte pour rendre une ordonnance sur les dépens (voir l'al. e) en particulier, de même que les al. f), g) et h)). En conséquence, même en l'absence d'inconduite, un tribunal conserve le pouvoir discrétionnaire de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, «le cas échéant», et les arguments contraires de l'intimé ne sauraient être retenus.

Cela étant dit, en vertu de la règle 57.01, le pouvoir judiciaire discrétionnaire de déroger à la règle générale pour accorder des dépens à la partie qui obtient gain de cause doit être exercé judicieusement et judiciairement. Il ne peut être exercé de façon arbitraire, capricieuse ou pour des motifs impropres. La question en l'espèce est de savoir si le juge Whealy de la Cour de district a eu raison de considérer comme pertinents des facteurs tels que le fait que le «litige a[. . .] été déclenché initialement par l'action de l'État», qu'il était «d'importance pour toute la province» et «quasi unique», de même que le fait que l'affaire «s'est déroulée de la

1995 CanLII 115 (SCC)

Ontario Court of Appeal's reasons are concerned, did the "fundamental" nature of the constitutional freedom raised by the appellants in this case warrant the award of costs against the successful Attorney General for Ontario? I will discuss, in turn, each of the above factors considered by the lower courts in arriving at the impugned costs order, in order to determine whether they were present in this case and whether their presence was sufficient to qualify this as a "proper case" in which to order costs against the Attorney General for Ontario.

façon la plus inhabituelle et ardue», et dans l'affirmative, si les faits de l'affaire peuvent justifier ses conclusions. En outre, en ce qui concerne les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, la nature «fondamentale» de la liberté constitutionnelle soulevée par les appelants en l'espèce justifiait-elle que le procureur général de l'Ontario, qui avait obtenu gain de cause, soit condamné aux dépens? J'analyserai, à tour de rôle, chacun des facteurs susmentionnés, dont les tribunaux d'instance ont tenu compte pour rendre l'ordonnance sur les dépens présentement contestée, dans le but de déterminer s'ils étaient ici présents et si leur présence était suffisante pour conclure qu'il convenait de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario.

An "Act of the State"

According to the appellants, because the litigation was originally triggered by an "act of the state" through the CAS, the Attorney General for Ontario was not acting solely as an intervener but took over carriage of the case from the respondents the CAS and the Official Guardian. This, in their view, was, in and of itself, sufficient to uphold Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs. I disagree.

Une «action de l'État»

Selon les appelants, parce que le litige a été déclenché initialement par une «action de l'État», accomplie par l'intermédiaire de la CAS, le procureur général de l'Ontario n'agissait pas uniquement à titre d'intervenant, mais avait pris la relève de la CAS et du tuteur public intimés. Cela, à leur avis, était suffisant en soi pour maintenir l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens. Je ne suis pas d'accord. 172

While the fact that state action is the trigger for a particular litigation may warrant some consideration in determining how costs should be allocated, it is not a factor which should be determinative with respect to the allocation of costs. First, Rule 57.01 does not so mandate. Second, to hold otherwise would unfairly penalize the state, particularly where, as here, it is under a specific duty to act. In this case, state action was triggered by the fact that the appellants refused a blood transfusion for their daughter, in circumstances where, as was found by Whealy Dist. Ct. J., medical opinion was to the effect that such a transfusion was necessary. The CAS had, under the *Child Welfare Act*, the statutory obligation to proceed as it did when Sheena B.'s condition, in the doctors' view, required a blood transfusion. It is therefore the act of the appellant parents which originally triggered the litigation undertaken by the CAS. The CAS acted to protect the life and health of an infant as required

Bien que le fait qu'une action de l'État ait déclenché un litige particulier puisse mériter d'être considéré en décidant de l'allocation des dépens, ce ne devrait pas être un facteur déterminant à cet égard. Premièrement, la règle 57.01 ne l'exige pas. Deuxièmement, conclure autrement pénaliserait injustement l'État, particulièrement lorsque, comme en l'espèce, il est expressément tenu d'agir. Dans la présente affaire, l'action de l'État a été déclenchée par le refus des appelants de consentir à ce que leur fillette subisse une transfusion sanguine dans des circonstances où, comme l'a conclu le juge Whealy, les médecins estimaient qu'une telle transfusion était nécessaire. La CAS avait, en vertu de la *Child Welfare Act*, l'obligation d'agir comme elle l'a fait lorsque l'état de Sheena B. a, de l'avis des médecins, nécessité une transfusion sanguine. C'est donc l'acte des parents appelants qui a initialement forcé la CAS à introduire l'instance. La CAS a agi pour protéger la vie et la 173

1995 CanLII 115 (SCC)

by the *Child Welfare Act*. The fact that the parents then challenged the constitutionality of this Act provides no basis for awarding costs against the Attorney General for Ontario whose intervention was required to defend the constitutionality of that statute. This reasoning would apply even if the state had intervened of its own initiative to defend the constitutionality of its statute.

174 The appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*. Section 122 of the *Courts of Justice Act, 1984* required notice to be served on the Attorney General for Ontario. Section 122(4) of the Act entitled the Attorney General for Ontario to adduce evidence and make submissions in respect of the constitutional challenge. Section 122(4) reads:

122. . . .

. . .

(4) [Right of Attorneys General to be heard] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General of Ontario is entitled to notice under this section, he or she is entitled to adduce evidence and make submissions to the court in respect of the constitutional question.

175 The appellants submit that s. 122(5) of the Act supports the proposition that, since the Attorney General for Ontario is deemed to be a party to the proceeding, it should pay the costs. Section 122(5) reads:

122. . . .

. . .

(5) [Right of Attorneys General to appeal] Where the Attorney General of Canada or the Attorney General for Ontario makes submissions under subsection (4), he or she shall be deemed to be a party to the proceedings for the purpose of any appeal in respect of the constitutional question. [Emphasis added.]

There is nothing, in my view, in the clear wording of s. 122 which supports the argument of the appellants. Although the Attorney General of

santé d'un enfant en bas âge, comme l'exigeait la *Child Welfare Act*. Le fait que les parents aient alors contesté la constitutionnalité de cette loi ne justifie aucunement la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario, qui était contraint d'intervenir pour défendre la constitutionnalité de la loi en question. Ce raisonnement s'appliquerait même si l'État était intervenu de sa propre initiative pour défendre la constitutionnalité de sa loi.

Les appelants ont contesté la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. Aux termes de l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, un avis devait être signifié au procureur général de l'Ontario. Le paragraphe 122(4) de la Loi autorisait le procureur général de l'Ontario à présenter une preuve et des observations à l'égard de la contestation constitutionnelle. Le paragraphe 122(4) se lit ainsi:

[TRADUCTION] **122.** . . .

. . .

(4) [Droit des procureurs généraux d'être entendus] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario ont droit à un avis en vertu du présent article, ils ont le droit de présenter une preuve et des observations au tribunal à l'égard de la question constitutionnelle.

Les appelants soutiennent que le par. 122(5) de la Loi permet de conclure que, puisque le procureur général de l'Ontario est réputé partie à l'instance, il devrait payer les dépens. Le paragraphe 122(5) porte que:

[TRADUCTION] **122.** . . .

. . .

(5) [Droit d'appel] Si le procureur général du Canada ou le procureur général de l'Ontario présentent des observations aux termes du paragraphe (4), ils sont réputés partie à l'instance aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. [Je souligne.]

À mon avis, rien dans le texte clair de l'art. 122 n'étaye l'argument des appelants. Bien que le procureur général du Canada et le procureur général

1995 CanLII 115 (SCC)

Canada and the Attorney General for Ontario can adduce evidence and make submissions, they are not actually parties to the litigation. They are merely deemed to be parties for the sole purpose of any appeal in respect of the constitutional question. Indeed, s. 122(5) allowed the Attorney General for Ontario to cross-appeal Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs to the Court of Appeal. Consequently, s. 122 provides the Attorney General for Ontario with a statutory right to participate fully on the constitutional issue, without necessarily becoming a party in the usual sense of the term. Besides, even if the Attorney General for Ontario was a full party to the proceedings in the usual sense of the term, this would not automatically carry with it the obligation to pay costs. There is nothing in the Act or in the *Rules* that would mandate or even imply such a result.

In addition, s. 122 does not affect the rule that a party granted intervener status in the public interest is, generally, neither entitled to nor liable for the costs in the matter: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. v. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (Q.B.), at p. 61 (*per* Ferg J.). The basis for this general rule is that a public intervener who assisted the court, as intended, should not have to bear the costs of the proceedings. As Davison J. said in *Hines v. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (N.S.S.C.T.D.), at p. 169:

> Undoubtedly, there are situations where a party is added as *amicus curiae* where the awarding of costs both for or against the intervenor would be inappropriate. Undoubtedly there are some situations where the intervenor is added as a party where costs should not be awarded. These will depend upon the discretion of the court which will consider all of the circumstances including whether the interest of the intervenor is public or private.

Where a party intervenes in the public interest but is seriously affected by the result, costs may be awarded to that party, if successful. Such was the case for the interveners the Canadian Labour Congress, the Ontario Federation of Labour and the

de l'Ontario puissent présenter une preuve et des observations, ils ne sont pas vraiment parties au litige. Ils sont uniquement réputés parties aux fins d'un appel portant sur la question constitutionnelle. En fait, le par. 122(5) autorisait le procureur général de l'Ontario à interjeter un appel incident devant la Cour d'appel contre l'ordonnance du juge Whealy sur les dépens. En conséquence, l'art. 122 accorde au procureur général de l'Ontario le droit de participer pleinement en ce qui concerne la question constitutionnelle, sans nécessairement devenir une partie au sens usuel du terme. En outre, même si le procureur général de l'Ontario était partie à part entière à l'instance au sens usuel du terme, il ne serait pas automatiquement contraint de payer des dépens. Rien dans la Loi ou dans les *Règles* ne prescrit ni même n'implique un tel résultat.

1995 CanLII 115 (SCC)

Par ailleurs, l'art. 122 ne modifie pas la règle voulant qu'une partie, à qui l'on accorde le statut d'intervenant dans l'intérêt public, n'ait généralement pas droit aux dépens, ni ne les assume: *Metropolitan Stores (MTS) Ltd. c. Manitoba Food and Commercial Workers, Local 832* (1990), 70 Man. R. (2d) 59 (B.R.), à la p. 61 (le juge Ferg). Cette règle générale est justifiée par le fait qu'un intervenant public qui a assisté le tribunal, tel que prévu, ne devrait pas avoir à assumer les dépens de l'instance. Comme le juge Davidson l'affirme, dans l'arrêt *Hines c. Nova Scotia (Registrar of Motor Vehicles)* (1990), 78 D.L.R. (4th) 162 (C.S.N.-É., 1re inst.), à la p. 169:

176

> [TRADUCTION] Nul doute qu'il existe des cas où une partie est ajoutée à titre d'*amicus curiae* et où l'attribution de dépens en faveur ou à l'encontre de l'intervenant serait inappropriée. Il n'y a pas de doute qu'il existe des situations où un intervenant est ajouté à titre de partie et où des dépens ne devraient pas être accordés. Cela dépendra du pouvoir discrétionnaire du tribunal qui prendra en considération toutes les circonstances, dont la question de savoir si l'intérêt de l'intervenant est public ou privé.

Lorsqu'une partie intervient dans l'intérêt public, mais qu'elle est sérieusement touchée par le résultat, des dépens peuvent lui être accordés si elle obtient gain de cause. C'était le cas des intervenants le Congrès du travail du Canada, la Fédéra-

National Union of Provincial Government Employees in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (at pp. 303 (*per* Wilson J.) and 341 (*per* La Forest J.)). Where a party intervenes for the protection of its own interest, or purports to act in the public interest but does not act solely in the public interest, costs may be awarded against that party. Such was the case in *John Doe v. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at pp. 36-38 (*per* Steele J.), where costs were awarded against the Canadian Civil Liberties Association.

177 *Schachter v. Canada*, *supra*, is cited by the appellants as an authority for an award of costs against a successful Attorney General. In fact, however, in *Schachter* costs were actually awarded against the Queen (at p. 726 (*per* Lamer C.J.)). However, what is more significant in distinguishing *Schachter* from the case at hand is that in *Schachter* the Attorney General of Canada was a full party (appellant), not an intervener. The interveners in that case were not ordered to bear any costs (Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Saskatchewan, Attorney General for Alberta, Attorney General of Newfoundland and Minority Advocacy Rights Council).

178 In the present case, the Attorney General for Ontario was a purely public interest intervener. The Attorney General for Ontario intervened to defend the validity of the *Child Welfare Act*. Indeed, without the intervention of Attorneys General, courts may in some or even many cases have little assistance in determining the constitutional validity of a statute. Accordingly, the general rule that costs not be awarded to or against an intervener in the public interest should apply, unless other relevant factors are present.

tion du travail de l'Ontario et le Syndicat national de la fonction publique provinciale, dans *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (aux pp. 303 (le juge Wilson) et 341 (le juge La Forest)). Si une partie intervient pour protéger ses propres intérêts, ou si elle est censée agir dans l'intérêt public, mais n'agit pas exclusivement dans cet intérêt, elle peut être condamnée aux dépens. C'est ce qui s'est produit dans l'affaire *John Doe c. Ontario (Information & Privacy Commissioner)* (1992), 7 C.P.C. (3d) 33 (C. Ont. (Div. gén.)), aux pp. 36 à 38 (le juge Steele), où l'Association canadienne des libertés civiles a été condamnée aux dépens.

Les appelants invoquent l'arrêt *Schachter c. Canada*, précité, à l'appui de la condamnation aux dépens d'un procureur général qui obtient gain de cause. Or, dans l'arrêt *Schachter*, c'est en fait la Reine qui a été condamnée aux dépens (à la p. 726 (le juge en chef Lamer)). Toutefois, ce qui importe le plus en distinguant l'arrêt *Schachter* de la présente affaire, c'est que, dans cet arrêt, le procureur général du Canada était une partie à part entière (appelant) et non un intervenant. Les intervenants dans cette affaire n'ont pas été tenus d'assumer les dépens (le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve et le Conseil de revendication des droits des minorités).

En l'espèce, le procureur général de l'Ontario est intervenu exclusivement dans l'intérêt public. Il est intervenu pour défendre la validité de la *Child Welfare Act*. En fait, il se peut que, sans l'intervention des procureurs généraux, les tribunaux n'aient guère, dans certains cas, d'assistance pour déterminer la constitutionnalité d'une loi, voire même dans de nombreux cas. Par conséquent, la règle générale voulant que des dépens ne soient pas accordés en faveur ou à l'encontre de la partie qui intervient dans l'intérêt public devrait s'appliquer, à moins que d'autres facteurs pertinents n'entrent en jeu.

1995 CanLII 113 (SCC)

While it is true that the Attorney General for Ontario adduced evidence and made submissions in respect of the constitutionality of the *Child Welfare Act*, this was in accordance with the *Courts of Justice Act*. It is the Court of Appeal itself which dictated that the matter be referred for a trial of a *de novo* type where fresh evidence was properly adduced and Whealy Dist. Ct. J. did not find that this was an improper course of action. In constitutional challenges, such evidence may be crucial to enable the court to arrive at a decision. Furthermore, in cases where the life and death of a child depends on a judge's decision, expert medical evidence is not only relevant but often essential. This was the case here on both counts.

Même s'il est vrai que le procureur général de l'Ontario a présenté une preuve et plaidé la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, il l'a fait conformément à la *Loi sur les tribunaux judiciaires*. C'est la Cour d'appel elle-même qui a ordonné que l'affaire soit renvoyée pour un nouveau procès où une nouvelle preuve a été présentée régulièrement, et le juge Whealy n'a pas conclu qu'il s'agissait d'une mauvaise façon de procéder. Dans les contestations constitutionnelles, une telle preuve peut être cruciale pour permettre au tribunal de rendre une décision. En outre, lorsque la vie ou la mort d'un enfant dépend de la décision d'un juge, le témoignage de médecins experts est non seulement pertinent, mais encore souvent essentiel. C'était le cas en l'espèce sur ces deux aspects. 179

The fact that there was state action in answer to a constitutional challenge, whether as an intervener or a party to the litigation, absent any impropriety, as here, cannot be the basis for awarding costs against a successful party. Besides, Rule 57.01 does not list this factor as one to be taken into consideration. Finally, one can easily appreciate the floodgates that would be opened if state action was a proper factor to consider in apportioning cost. State action is present in most cases, criminal ones and constitutional ones in particular. To make it a consideration in awarding costs would pose an unbearable burden on the state, a burden that would add to the millions of dollars already devoted to legal aid. In addition, it would provide a means to bypass legal aid norms. Consequently, as a matter of policy, it should be discouraged.

Le fait que l'État ait répondu à une contestation constitutionnelle, que ce soit à titre d'intervenant ou de partie au litige, en l'absence, comme c'est le cas ici, de toute impropriété, ne saurait justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause. En outre, ce facteur n'est pas au nombre de ceux qui doivent être considérés en application de la règle 57.01. Enfin, on imagine facilement l'avalanche qui serait déclenchée si l'action de l'État était un facteur à considérer dans la répartition des dépens. L'action de l'État existe dans la plupart des affaires criminelles et constitutionnelles notamment. En faire un facteur à considérer dans l'attribution de dépens imposerait à l'État un fardeau insupportable qui s'ajouterait aux millions de dollars déjà consacrés à l'aide juridique. De plus, cela créerait un moyen de contourner les normes d'aide juridique. Par conséquent, il y a lieu, en principe, de décourager un tel résultat. 180

Importance of the Case

The appellants submit that the province-wide or national importance of this case was a proper factor to consider in awarding costs against the intervening Attorney General for Ontario.

L'importance de l'affaire

Les appelants soutiennent que l'importance pour toute la province ou l'importance nationale de cette affaire était un facteur qu'il convenait de considérer en condamnant aux dépens l'intervenant, le procureur général de l'Ontario. 181

Rule 57.01(1)(*d*) expressly states that "the importance of the issues" is a factor which can be considered by a court in awarding costs (see, for example: *Janigan v. Harris* (1989), 70 O.R. (2d) 5

La règle 57.01(1)*d*) précise que «l'importance des questions en litige» est un facteur dont le tribunal peut tenir compte en accordant des dépens (voir, par exemple, *Janigan c. Harris* (1989), 70 182

1995 CanLII 115 (SCC)

(H.C.), at p. 27 (*per* Bell Oyen J.)). However, as Orkin observes (*The Law of Costs*, *supra*, at pp. 2-31 and 2-32, para. 205.2(2)), this factor seems to be much more relevant with respect to whether costs should be awarded at all, rather than with respect to whether costs should be awarded against a successful party:

> *(d) Other cases.* An action or motion may be disposed of without costs when the question involved is a new one, not previously decided by courts on the theory that there is a public benefit in having the court give a decision; or where it involves the interpretation of a new or ambiguous statute; or a new or uncertain or unsettled point of practice; or where there were no previous authoritative rulings by courts; or decided cases on point; or where an application concerned a matter of public interest and both parties acted in complete good faith; or where both sides operated with public funds; or where the practice was altered by a recent English decision; or the case involved difficult and sensitive issues of fact; or on an application by a charitable institution for exemption from a real property assessment; or where the action was a test case; or where it was desirable to resolve a conflict in the case law. [Footnotes omitted; emphasis added.]

183 Furthermore, in my view, this case is not a "test case". Accordingly, the "test case" factor plays no role here and cannot be a factor in justifying the making of an order for costs against the successful Attorney General for Ontario. In any event, the jurisprudence favours the position that no costs should be awarded in a "test case" (see, *inter alia*: *Poizer v. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (Man. C.A.), at p. 325 (*per* Bergman J.A.); and Orkin, *The Law of Costs*, *supra*, at p. 2-32, para. 205.2(2)).

184 In addition, it is important to note that the Ontario Court of Appeal, while highlighting the importance of this case and the findings made by Whealy Dist. Ct. J. regarding the constitutional issue, still ordered that there should be no costs on the appeal and the cross-appeal. This position, in my view, is somewhat inconsistent with the Ontario Court of Appeal's decision to award costs against the successful Attorney General for Ontario in *Re Vancouver General Hospital and Medical Services Commission of British Columbia* (1984), 5 D.L.R. (4th) 641 (B.C.C.A.), leave to appeal refused, [1984] 1 S.C.R. xiii, a case which also involved a constitutional issue.

O.R. (2d) 5 (H.C.), à la p. 27 (le juge Bell Oyen)). Toutefois, comme le signale Orkin (*The Law of Costs*, *op. cit.*, aux pp. 2-31 et 2-32, par. 205.2(2)), ce facteur semble être beaucoup plus pertinent quant à savoir simplement s'il y a lieu d'accorder des dépens, que quant à savoir s'il y a lieu de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause:

> [TRADUCTION] *d) Autres affaires.* Une action ou une requête peut être tranchée sans dépens dans les cas suivants: la question soulevée est nouvelle et les tribunaux ne l'ont jamais tranchée en supposant qu'il y a un avantage public à ce que le tribunal rende une décision; elle met en cause l'interprétation d'une loi nouvelle ou ambiguë, ou encore un point de pratique nouveau, incertain ou non réglé; aucun précédent n'a été établi par les tribunaux; aucune jurisprudence n'existe sur ce point; la demande concernait une question d'intérêt public et les deux parties ont agi en toute bonne foi; les deux parties ont utilisé les deniers publics; la pratique a été modifiée par une décision anglaise récente; l'affaire soulève des questions de fait difficiles et délicates; il s'agit d'une demande d'exemption d'évaluation foncière présentée par un organisme de bienfaisance; l'action est un cas type; ou il était souhaitable de régler un conflit dans la jurisprudence. [Notes en bas de page omises; je souligne.]

En outre, j'estime que la présente affaire n'est pas un «cas type». Par conséquent, ce facteur ne joue pas ici et ne saurait justifier la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence privilégie la position suivant laquelle aucuns dépens ne devraient être accordés dans un «cas type» (voir, notamment, *Poizer c. Ward*, [1947] 4 D.L.R. 316 (C.A. Man.), à la p. 325 (le juge Bergman), et Orkin, *The Law of Costs*, *op. cit.*, à la p. 2-32, par. 205.2(2)).

De plus, il importe de rappeler que, tout en soulignant l'importance de la présente affaire et les conclusions du juge Whealy de la Cour de district concernant la question constitutionnelle, la Cour d'appel de l'Ontario a quand même décidé qu'il ne devrait y avoir aucune attribution de dépens quant à l'appel et à l'appel incident. Cette position de la Cour d'appel de l'Ontario est, à mon sens, quelque peu incompatible avec son hésitation à intervenir

1995 CanLII 115 (SCC)

rio Court of Appeal's reluctance to intervene in Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs.

Besides, it is not apparent to me that this case actually raises issues of sufficient national importance to justify awarding costs against a successful intervener. While this case was framed as a *Charter* challenge, the parties themselves had agreed that if the life of the child was threatened and there was an emergency, the CAS was entitled to intervene and the blood transfusions were appropriate. Thus this case was really decided on the basis of expert evidence and on the specific facts of the case. The constitutional challenge was totally without foundation and could not have succeeded unless there was such a factual background.

Moreover, it would not be in the interest of justice or in the interest of the administration of justice to hold that the fact that a case raises an issue of national importance is in and of itself sufficient to justify awarding costs against a successful party, in this case an intervener. If this were so, Attorneys General could potentially have to bear the costs in every litigation involving important issues of law, constitutional matters or issues of public interest.

Finally, the fact that the appellants raised a *Charter* issue does not in and of itself make their case one of particular importance. All cases are important *per se*. They are important for the parties, they are important to the public and to the law. What must be considered is what makes a case sufficiently important to warrant special treatment. According to the ICON Case Management Statistics of the Program Development Branch of the Ministry of the Attorney General for Ontario, the Ontario Court (Provincial Division), from which the present appeal initially originated, heard 808 cases in 1992 involving *Charter*-related challenges, and 836 in 1993. These numbers speak for themselves and support the fact that a *Charter*-related challenge is simply not in and of itself sufdans l'attribution de dépens faite par le juge Whealy.

Du reste, il ne m'apparaît pas que la présente affaire soulève vraiment des questions d'importance nationale suffisantes pour justifier la condamnation aux dépens d'un intervenant qui obtient gain de cause. Bien que la présente affaire ait en fait été présentée comme une contestation fondée sur la *Charte*, les parties ont elles-mêmes convenu que la vie de l'enfant était en danger et qu'il y avait urgence, que la CAS avait le droit d'intervenir et que les transfusions sanguines étaient indiquées. Ainsi, la présente affaire a été véritablement tranchée en fonction des témoignages d'experts et de ses faits précis. La contestation constitutionnelle n'avait aucun fondement et n'aurait pu être fructueuse qu'en présence d'un tel contexte factuel. 185

En outre, il ne serait pas dans l'intérêt de la justice ni dans celui de l'administration de la justice de conclure que le fait qu'une affaire soulève une question d'importance nationale est suffisant en soi pour justifier la condamnation aux dépens d'une partie qui obtient gain de cause, en l'occurrence un intervenant. Si c'était le cas, les procureurs généraux risqueraient de devoir assumer les dépens dans tous les litiges soulevant d'importantes questions de droit, des questions constitutionnelles ou des questions d'intérêt public. 186

Enfin, le fait que les appelants aient soulevé une question relative à la *Charte* ne confère pas en soi une importance particulière à leur cas. Toutes les affaires sont importantes en soi. Elles sont importantes pour les parties, pour le public et pour le droit. Ce qu'il faut considérer, c'est ce qui rend une affaire suffisamment importante pour justifier un traitement spécial. Suivant les statistiques sur la gestion des instances du RIII de la Direction de l'élaboration des programmes du ministère du Procureur général de l'Ontario, la Cour de l'Ontario (Division provinciale), où le présent litige a pris naissance, a entendu, en 1992, 808 affaires mettant en cause des contestations liées à la *Charte*, et 836 en 1993. Ces chiffres parlent d'eux-mêmes et appuient le fait qu'une contestation liée à la *Charte* 187

1995 CanLII 115 (SCC)

ficient to be a basis for awarding costs against a successful party.

188 I conclude, therefore, that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred on him by Rule 57.01(1) when he stated that the national importance of the case before him warranted the ordering of costs against the intervening Attorney General for Ontario.

Constitutional Challenge

189 Tarnopolsky J.A. suggested that an award of costs against the Attorney General for Ontario might be justified by the fact that the appellants challenged the state on the basis of freedom of religion, a "fundamental freedom" guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*. With respect, I disagree.

190 While it could be argued that the constitutional nature of the appellants' challenge is covered by Ontario Rule 57.01(1)(*d*), which makes "the importance of the issues" a relevant factor in awarding costs, this does not mean that the sole fact that an individual alleges an infringement of a right or a freedom guaranteed by the *Charter* is in and of itself sufficient to attract an exception to the general rule as to costs. To hold otherwise would mean that all accused or individuals challenging a statute on *Charter* grounds would be entitled to an award of costs against the state. The fact that the right or freedom in question can be characterized as "fundamental", or otherwise, has no bearing on the issue. General rules, such as the principle that unsuccessful parties must bear their own costs, are not invalidated by the fact that rights, even "fundamental" rights, are being raised by the parties, except, perhaps, as discussed previously, where the government's intent is to have a *Charter* issue decided in the public interest. In this case, however, the main interests at stake were those of the appellants and they were not successful.

n'est tout simplement pas suffisante en soi pour justifier la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause.

Je conclus donc que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur en exerçant le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par la règle 57.01(1), lorsqu'il a dit que l'importance nationale de l'affaire dont il était saisi justifiait de condamner aux dépens l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Contestation constitutionnelle

Le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel a laissé entendre que la condamnation aux dépens du procureur général de l'Ontario pourrait être justifiée par le fait que les appelants se sont attaqués à l'État en invoquant la liberté de religion, une «liberté fondamentale» garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*. En toute déférence, je ne suis pas d'accord.

Même si on pouvait soutenir que la nature constitutionnelle de la contestation des appelants est visée par la règle 57.01(1)*d*) de l'Ontario, qui fait de l'«importance des questions en litige» un facteur pertinent pour accorder des dépens, cela ne signifie pas que le seul fait qu'un particulier allègue la violation d'une liberté ou d'un droit garantis par la *Charte* soit suffisant en soi pour entraîner une exception à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement signifierait que tous les accusés ou particuliers qui se fondent sur la *Charte* pour contester une loi auraient droit à ce que l'État soit condamné aux dépens. Le fait que le droit ou la liberté en question puissent être qualifiés de «fondamentaux» ou autrement n'a aucune incidence sur la question. Les règles générales, comme le principe selon lequel les parties qui perdent doivent assumer leurs propres dépens, ne sont pas invalidées du seul fait que des droits, mêmes «fondamentaux», soient invoqués par les parties, sauf peut-être, comme nous l'avons vu précédemment, lorsque le gouvernement veut qu'une question relative à la *Charte* soit tranchée dans l'intérêt public. En l'espèce, toutefois, les principaux intérêts en jeu étaient ceux des appelants qui n'ont pas obtenu gain de cause.

1995 CanLII 115 (SCC)

Therefore, I cannot agree with Tarnopolsky J.A. that this case, given its facts, raised issues which were of such a fundamental nature so as to warrant the awarding of costs against the intervener Attorney General for Ontario, a successful party.

The Complexity of the Proceeding

Ontario Rule 57.01(1)(*c*) states that the "complexity of the proceeding" is a factor that the court may consider in awarding costs. One possible basis for Whealy Dist. Ct. J.'s award of costs is expressed in the following extract of his decision:

> This case proceeded in a most unusual fashion and laborious manner for all concerned, and I am not aware of any cases where a first level appeal from a decision of a trial judge has gone this circuitous route and ended up with the appeal being transformed into what amounts to a re-trial on fresh evidence. [Emphasis added.]

However, the "unusual" course taken by these proceedings had nothing to do with the intervener. In fact, the "unusual" proceedings were ordered by the Ontario Court of Appeal (Grange and Krever JJ.A., Griffiths J.A. dissenting) to remedy the errors of Webb Dist. Ct. J. Thus, if anyone is to bear the blame for the unusual proceedings, it would be the Ontario Court of Appeal, not the intervener.

The intervener's interest in the proceedings was simply to uphold the validity of a piece of legislation and to prevent the death of an infant. In order to do so, in the District Court appeal before Whealy Dist. Ct. J., the Attorney General for Ontario called six of the respondent CAS's eight experts and cross-examined the appellants' expert witnesses. There is no indication in the record that the appellants objected to the examination of these witnesses by the Attorney General for Ontario, nor is there any indication that Whealy Dist. Ct. J. found such evidence inappropriate. The fact that the proceedings in the District Court constituted a lengthy re-trial where fresh evidence was adduced,

En conséquence, je ne puis être d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que, compte tenu de ses faits, la présente affaire soulevait des questions de nature fondamentale au point de justifier la condamnation aux dépens de l'intervenant, le procureur général de l'Ontario, qui a obtenu gain de cause. 191

La complexité de l'instance

La règle 57.01(1)*c*) de l'Ontario prescrit que le «degré de complexité de l'instance» est un facteur dont la cour peut tenir compte en accordant des dépens. L'un des motifs susceptibles de justifier l'attribution de dépens faite par le juge Whealy est exposé dans l'extrait suivant de sa décision: 192

> [TRADUCTION] L'affaire s'est déroulée de la façon la plus inhabituelle et ardue pour tous les intéressés et je ne suis au courant d'aucune affaire où l'appel de premier niveau interjeté à l'encontre d'une décision d'un juge de première instance a emprunté ce détour pour finir par se transformer en ce qui équivaut à un nouveau procès fondé sur une nouvelle preuve. [Je souligne.]

Toutefois, le parcours «inhabituel» emprunté par ces procédures n'avait rien à voir avec l'intervenant. En fait, les procédures «inhabituelles» ont été ordonnées par la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Grange et Krever, le juge Griffiths étant dissident) pour remédier aux erreurs commises par le juge Webb de la Cour de district. Donc, si quelqu'un doit assumer le blâme à cet égard, ce doit être la Cour d'appel de l'Ontario, et non l'intervenant.

L'intervenant dans l'instance avait simplement intérêt à faire confirmer la validité d'une mesure législative et à éviter la mort d'une enfant en bas âge. À cette fin, dans l'appel devant le juge Whealy de la Cour de district, le procureur général de l'Ontario a appelé six des huit témoins experts de l'intimée, la CAS, et contre-interrogé les témoins experts des appelants. Rien dans le dossier n'indique que les appelants se soient opposés à l'interrogatoire de ces témoins par le procureur général de l'Ontario, ni que le juge Whealy ait conclu que ces témoignages n'étaient pas appropriés. Le fait que les procédures devant la Cour de district aient constitué un long nouveau procès où 193

1995 CanLII 115 (SCC)

as directed by the Ontario Court of Appeal, cannot be a source of reproach to the Attorney General for Ontario and cannot serve as a basis for the order of Whealy Dist. Ct. J. Quite the contrary, it was two of the appellants' witnesses that Whealy Dist. Ct. J. found "not too helpful" and one of their other witnesses that, according to Whealy Dist. Ct. J., "did not materially advance" either position put before the Court. No adverse or otherwise unfavourable comments were made as regards the Attorney General's witnesses. Consequently, the unusual nature and the complexity of the proceedings are, in my view, totally irrelevant as a basis for Whealy Dist. Ct. J.'s order as to costs on the facts of this case.

194 Besides, it is not evident to me that the present case was actually unusual in its proceedings. Admittedly, the proceedings might have been more lengthy than perhaps anticipated by the District Court Justice. A total of 18 witnesses were called, ten by the appellants and eight by the respondents CAS and the Official Guardian for Sheena B. The Attorney General for Ontario, then intervener, called only six of the respondents' eight expert witnesses and cross-examined the appellants' expert witnesses. The District Court appeal was heard over a period of 20 days, in November and December 1988. This, however, is not unusual for a trial, particularly when dealing with a case where medical expertise is essential to the decision.

195 Moreover, the Attorney General for Ontario cannot be held accountable for the fact that the Ontario Court of Appeal allowed the appeal, launched by the appellants, from Webb J.'s judgment and referred all the issues back to the District Court. New trials are ordered in countless cases and lengthy proceedings are far from unusual. The fact that the case went up to the Ontario Court of Appeal which then ordered a new trial cannot be characterized as "unusual" for the purpose of awarding costs against a successful party, an intervener.

une nouvelle preuve a été produite, comme l'avait ordonné la Cour d'appel de l'Ontario, ne peut être une source de reproches envers le procureur général de l'Ontario et ne peut servir de fondement à l'ordonnance du juge Whealy. Tout au contraire, c'est le témoignage de deux témoins des appelants que le juge Whealy a jugé «pas très utile» et l'un de leurs autres témoins qui, selon le juge Whealy, «n'a pas fait avancer sensiblement» l'une ou l'autre position soumise à la cour. Les témoins du Procureur général n'ont fait l'objet d'aucun commentaire défavorable ou par ailleurs négatif. En conséquence, j'estime que la nature inhabituelle et la complexité des procédures ne peuvent aucunement fonder l'ordonnance du juge Whealy quant aux dépens compte tenu des faits de l'espèce.

De plus, il n'est pas évident, à mon sens, que les procédures de la présente affaire ont été véritablement inhabituelles. Certes, il se pourrait qu'elles aient été plus longues que ne l'avait peut-être prévu le juge de la Cour de district. Au total, 18 témoins ont été appelés, dont dix par les appelants et huit par les intimés, la CAS et le tuteur public de Sheena B. Le procureur général de l'Ontario, alors intervenant, n'a appelé que six des huit témoins experts des intimés et a contre-interrogé les témoins experts des appelants. L'appel devant la Cour de district s'est échelonné sur une période de 20 jours, en novembre et en décembre 1988, ce qui, toutefois, n'est pas inhabituel pour un procès, particulièrement lorsque l'expertise médicale est essentielle à la décision.

Par ailleurs, le procureur général de l'Ontario ne saurait être tenu responsable du fait que la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel interjeté par les appelants contre la décision du juge Webb et renvoyé toutes les questions à la Cour de district. On ordonne la tenue d'un nouveau procès dans d'innombrables cas et les longues procédures sont loin d'être inhabituelles. Le fait que l'affaire se soit rendue à la Cour d'appel de l'Ontario, qui a alors ordonné un nouveau procès, ne saurait être qualifié d'«inhabituel» aux fins de la condamnation aux dépens de la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant.

1995 CanLII 115 (SCC)

I, therefore, cannot see how Whealy Dist. Ct. J. could have come to the conclusion that the present case proceeded in a "most unusual fashion", absent any other indication in the record than the fact that the hearing was lengthy and proceeded as a trial *de novo* before an appellate jurisdiction. If that was unusual, it was not so for the purpose of awarding costs to an intervener whose conduct was not the subject of reproach.

The Totality of the Factors

None of the factors identified by Whealy Dist. Ct. J. to justify his award of costs against an intervener who was a successful party, here the Attorney General for Ontario, stand on the facts of this case nor can any of them be sufficient *per se* to justify the exercise of the court's discretion to award costs against the Attorney General for Ontario, a successful party. The additional factor discussed by Tarnopolsky J.A. is also not sufficient to justify the impugned costs order. This is not to say that the importance of a case, its complexity and the constitutional nature of a challenge could never be appropriate factors to consider in ordering costs against a successful party. They may be in a "proper case". This case is not one of them, in my view. Even taken together, all the factors considered by Whealy Dist. Ct. J. and Tarnopolsky J.A. could not make this case a proper one to allow a departure from the general rule as to costs. To hold otherwise, as Houlden J.A. noted, would be to create a dangerous precedent, particularly in an era of heavy *Charter* litigation involving to a great extent the provincial and federal Attorneys General as interveners as of right. Eliminating the relative resources of the parties as a relevant factor and misconduct here, there was nothing unusual about this case for the purpose of awarding costs. State action and the importance of the case based on the sole fact that the constitutionality of a piece of legislation was challenged on the ground of a fundamental right guaranteed by the *Charter* are simply not sufficient factors to trigger the exercise of a court's discretion to award costs against a success-

196

Je ne vois donc pas comment le juge Whealy aurait pu en venir à la conclusion que la présente affaire s'est déroulée «de la façon la plus inhabituelle», sans aucune autre indication dans le dossier que le fait que l'audition a été longue et qu'elle a pris la forme d'un nouveau procès devant une juridiction d'appel. Si cela était inhabituel, ce ne l'était pas aux fins de l'attribution de dépens à un intervenant dont la conduite était irréprochable.

L'ensemble des facteurs

197

Aucun des facteurs énoncés par le juge Whealy pour justifier sa condamnation aux dépens de l'intervenant qui a obtenu gain de cause, en l'occurrence le procureur général de l'Ontario, ne tient eu égard aux faits de la présente affaire, ni n'est suffisant en soi pour justifier l'exercice du pouvoir discrétionnaire de la cour de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause. L'autre facteur analysé par le juge Tarnopolsky ne suffit pas non plus pour justifier l'adjudication de dépens attaquée. Cela ne signifie pas que l'importance d'une affaire, sa complexité et la nature constitutionnelle d'une contestation ne pourraient jamais être des facteurs à considérer pour condamner aux dépens une partie qui obtient gain de cause. Ils peuvent l'être, «le cas échéant». À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce. Même considérés ensemble, tous les facteurs dont les juges Whealy et Tarnopolsky ont tenu compte ne pourraient permettre en l'espèce une dérogation à la règle générale en matière de dépens. Conclure autrement, comme le juge Houlden l'a signalé, créerait un dangereux précédent, particulièrement à l'ère où de nombreux litiges fondés sur la *Charte* mettent en cause, dans une large mesure, les procureurs généraux provinciaux et fédéral en leur qualité d'intervenants de plein droit. Abstraction faite de facteurs non pertinents comme les ressources relatives des parties et l'inconduite ici, il n'y avait rien d'inhabituel dans la présente affaire aux fins de l'attribution de dépens. L'action de l'État et l'importance de l'affaire, découlant du seul fait que la constitutionnalité d'une mesure législative était contestée en fonction d'un droit fondamental garanti par la *Charte*, ne sont simplement pas des facteurs suffisants pour déclencher l'exercice du

1995 CanLII 115 (SCC)

ful party, an intervener as of right at that, absent misconduct on his part.

198 I agree with Houlden J.A. when he says (at p. 360):

> Since the appellants were challenging the constitutional validity of the *Child Welfare Act*, s. 122 of the *Courts of Justice Act, 1984*, S.O. 1984, c. 11 (now s. 109 of the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43), required notice to be served on the Attorney General of Ontario. By s. 122(4), the Attorney General was entitled to adduce evidence and to make submissions to the court in respect of the constitutional question. Notice was given to the Attorney General for Ontario by the appellants as required by s. 122. The Attorney General intervened to defend the validity of the legislation and was successful before Judge Whealy in upholding its validity. It would, in my opinion, create a dangerous precedent to award costs against the Attorney General in these circumstances.

199 Goodman J.A.'s reluctance to interfere with the trial judge's exercise of discretion, although perhaps understandable as a rule, was not warranted here since Whealy Dist. Ct. J.'s reasons in that regard were not based on proper considerations given the circumstances of this case.

200 To put it frankly, I cannot avoid being left with the impression that, as a judge sitting on appeal, Whealy Dist. Ct. J. was unhappy to have to hear the case as if he was sitting as a trial judge. His reference to the length of the case and the number of witnesses, which is in no way unusual at trial but somehow unusual on appeal, has led me to the conclusion that this was the main reason for awarding costs as he did. However, this turn of events, as I said earlier, has nothing to do with the Attorney General for Ontario, but was the result of the order of the Ontario Court of Appeal, an appeal brought by the appellants themselves. In any event, this would not be a proper consideration in a matter of costs.

pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de condamner aux dépens la partie qui obtient gain de cause, à savoir un intervenant de plein droit, en l'absence d'inconduite de sa part.

Je suis d'accord avec le juge Houlden lorsqu'il dit (à la p. 360):

> [TRADUCTION] Puisque les appelants contestaient la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, l'art. 122 de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*, L.O. 1984, ch. 11 (maintenant l'art. 109 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43), exigeait la signification d'un avis au procureur général de l'Ontario. Aux termes du par. 122(4), le Procureur général avait le droit de présenter à la cour une preuve et des observations relatives à la question constitutionnelle. Conformément à l'art. 122, les appelants ont signifié un avis au procureur général de l'Ontario. Ce dernier est intervenu pour défendre la validité de la mesure législative et il a réussi devant le juge Whealy à en faire confirmer la validité. À mon avis, condamner aux dépens le Procureur général, dans ces circonstances, créerait un dangereux précédent.

L'hésitation du juge Goodman à intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance, quoique peut-être compréhensible en règle générale, n'était pas justifiée en l'espèce puisque les motifs du juge Whealy à cet égard n'étaient pas fondés sur des considérations pertinentes étant donné les circonstances de l'affaire.

À vrai dire, je ne puis m'empêcher d'avoir l'impression qu'à titre de juge siégeant en appel, le juge Whealy était mal à l'aise d'avoir à entendre l'affaire comme s'il était un juge de première instance. Sa référence à la longueur de l'affaire et au nombre de témoins, qui n'est aucunement inhabituelle en première instance, mais quelque peu inhabituelle en appel, m'a amenée à conclure que c'est principalement pour cette raison qu'il a accordé des dépens comme il l'a fait. Toutefois, comme je l'ai mentionné précédemment, cette tournure des événements n'a rien à voir avec le procureur général de l'Ontario, mais résulte de l'ordonnance rendue par la Cour d'appel de l'Ontario à la suite d'un appel interjeté par les appelants eux-mêmes. Quoi qu'il en soit, il ne s'agirait pas d'un facteur pertinent en matière de dépens.

1995 CanLII 115 (SCC)

V — Conclusion

This Court has jurisdiction to entertain a challenge to the exercise of judicial discretion when such discretion is not properly exercised. As far as awards of costs are concerned, s. 47 of the *Supreme Court Act* specifically grants the Court a wide discretion as to lower courts' costs order.

While it is true that courts of appeal should not in general interfere with a trial court's exercise of discretion, this rule is not absolute. The exceptions cover cases where that discretion has not been exercised judicially and judiciously. Among others, these are cases where relevant factors were not taken into account, insufficient or excessive weight was given to relevant factors, there was misconduct, the decision was capricious or arbitrary, etc.

With respect to costs, the rule is that they are generally awarded to a successful party, absent misconduct on his or her part. This rule, however, is also not absolute. Rule 57.01 of the Ontario *Rules* provides a list of factors (the amount claimed and the amount recovered in the proceeding, the complexity of the proceeding, the importance of the issues, etc.) for a judge to consider in the exercise of his or her discretion with respect to an order for costs. According to Rule 57.01, costs can even be ordered against a successful party in a "proper case". This case, however, was not such a "proper case", given all of the circumstances and in spite of the fact that it was a constitutional challenge based on a fundamental freedom guaranteed by the *Charter*. The trial was not an unusual one for the purpose of awarding costs, the intervention of the Attorney General for Ontario was a proper one and no finding of misconduct was made against him.

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Canada have a right to intervene in such cases and the Attorney General for Ontario did intervene here to defend the constitutional

V — Conclusion

Notre Cour est compétente pour entendre une 201
contestation de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire judiciaire lorsque ce pouvoir n'est pas exercé correctement. Quant à l'attribution de dépens, l'art. 47 de la *Loi sur la Cour suprême* accorde explicitement à la Cour un large pouvoir discrétionnaire à l'égard des ordonnances que les juridictions inférieures rendent en matière de dépens.

S'il est vrai que les tribunaux d'appel ne 202
devraient pas, en général, intervenir dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal de première instance, cette règle n'est pas absolue. Les exceptions visent les cas où ce pouvoir discrétionnaire n'a pas été exercé judiciairement et judicieusement. Ce sont, notamment, les cas où des facteurs pertinents n'ont pas été considérés, où on a accordé un poids insuffisant ou excessif à des facteurs pertinents, où il y a eu inconduite, où la décision était capricieuse ou arbitraire, etc.

En ce qui concerne les dépens, la règle veut 203
qu'ils soient généralement accordés à la partie qui obtient gain de cause, en l'absence d'inconduite de sa part. Cette règle n'est toutefois pas absolue elle non plus. La règle 57.01 des *Règles* de l'Ontario énumère une liste de facteurs (le montant demandé dans l'instance et le montant obtenu, la complexité de l'instance, l'importance des questions en litige, etc.) qu'un juge doit considérer dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens. Aux termes de la règle 57.01, même la partie qui obtient gain de cause peut être condamnée aux dépens, «le cas échéant». Toutefois, il ne convient pas en l'espèce de le faire, compte tenu de toutes les circonstances et en dépit du fait qu'il s'agissait d'une contestation de nature constitutionnelle fondée sur une liberté fondamentale garantie par la *Charte*. Le procès n'était pas inhabituel aux fins de l'attribution de dépens, l'intervention du procureur général de l'Ontario était légitime et aucune conclusion d'inconduite n'a été tirée à son sujet.

Le procureur général de l'Ontario et le procu- 204
reur général du Canada ont le droit d'intervenir en pareils cas et le procureur général de l'Ontario est effectivement intervenu en l'espèce pour défendre

1995 CanLII 109 (SCC)

validity of the *Child Welfare Act*. Absent misconduct and other relevant factors, an award of costs by the trial judge against the Attorney General for Ontario, who was successful at trial, was not warranted.

205 For those reasons, I am of the view that Whealy Dist. Ct. J. erred in the exercise of the discretion conferred by s. 141(1) of the *Courts of Justice Act, 1984*.

206 As a result, I would allow the cross-appeal, reverse the judgment of the Ontario Court of Appeal on the issue of costs, award no costs on the appeal to the District Court and no costs on the appeal and the cross-appeal to the Ontario Court of Appeal, the whole without costs.

The following are the reasons delivered by

207 SOPINKA J. — I have read the reasons for judgment herein of the Chief Justice and of Justice La Forest and the joint reasons of Justices Iacobucci and Major. With respect to the issue raised in the first constitutional question, I would adopt the approach followed by Tarnopolsky J.A. in the Court of Appeal ((1992), 10 O.R. (3d) 321) who in turn relied on the judgment of La Forest J. in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284. In *Jones*, as in this case, it was unnecessary to determine whether a liberty interest was engaged because the threshold requirement of a breach of the principles of fundamental justice was not met. In all other respects I agree with the reasons of La Forest J. I would answer the constitutional questions and dispose of the appeal and cross-appeal as he suggests.

The reasons of Cory, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

208 IACOBUCCI AND MAJOR JJ. — We have read the reasons of Justice La Forest, and we agree with the result that there has been no unconstitutional violation of the appellants' rights, under either s. 7 or s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Free-*

la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*. En l'absence d'inconduite et d'autres facteurs pertinents, le juge de première instance n'était pas justifié de condamner aux dépens le procureur général de l'Ontario qui a obtenu gain de cause au procès.

Pour ces motifs, je suis d'avis que le juge Whealy de la Cour de district a commis une erreur dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire conféré par le par. 141(1) de la *Loi de 1984 sur les tribunaux judiciaires*.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario sur la question des dépens, de n'accorder aucuns dépens quant à l'appel devant la Cour de district et quant à l'appel principal et l'appel incident devant la Cour d'appel de l'Ontario, le tout sans dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de jugement rédigés en l'espèce par le Juge en chef et le juge La Forest, de même que ceux rédigés conjointement par les juges Iacobucci et Major. Quant au point soulevé par la première question constitutionnelle, je souscrirais au point de vue adopté par le juge Tarnopolsky de la Cour d'appel ((1992), 10 O.R. (3d) 321) qui s'est lui-même fondé sur les motifs du juge La Forest dans l'affaire *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284. Dans *Jones*, comme dans la présente affaire, il n'était pas nécessaire de déterminer si un droit à la liberté était en cause du fait que l'exigence préliminaire d'une violation des principes de justice fondamentale n'était pas remplie. À tout autre égard, je souscris aux motifs du juge La Forest. Je répondrais aux questions constitutionnelles et trancherais le pourvoi principal et le pourvoi incident comme il propose de le faire.

Version française des motifs des juges Cory, Iacobucci et Major rendus par

LES JUGES IACOBUCCI ET MAJOR — Nous avons lu les motifs du juge La Forest et nous souscrivons à sa conclusion qu'il n'y a eu aucune violation inconstitutionnelle des droits des appelants, qu'ils soient garantis par l'art. 7 ou par l'al. 2*a*) de la

1995 CanLII 115 (SCC)

doms. However, we respectfully disagree with La Forest J.'s reliance on s. 1 of the *Charter* and the principles of fundamental justice in s. 7 in order to establish the constitutionality of the repealed *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66. Instead, we conclude that the class of parents caught by s. 19(1)(*b*)(ix) of the Act simply cannot benefit from the protection of the liberty interest in s. 7 or freedom of religion encapsulated in s. 2(*a*) of the *Charter*. We therefore find the appellants incapable of crossing the first threshold of *Charter* analysis. There is thus no initial constitutional infringement and, consequently, no need to uphold any such infringement either through its consonance with fundamental justice or its status as a reasonable limit in a free and democratic society.

Charte canadienne des droits et libertés. En toute déférence, cependant, nous ne pouvons nous fonder, comme il l'a fait, sur l'article premier de la *Charte* et sur les principes de justice fondamentale énoncés à l'art. 7 pour établir la constitutionnalité de la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, depuis lors abrogée. Nous concluons plutôt que la catégorie de parents visés par le sous-al. 19(1)*b*)(ix) de la Loi ne peut simplement pas jouir de la protection du droit à la liberté garanti à l'art. 7 ou de la liberté de religion consacrée à l'al. 2*a*) de la *Charte*. Nous jugeons donc que les appelants sont incapables de franchir la première étape d'une analyse fondée sur la *Charte*. Ainsi, il n'y a eu, au départ, aucune violation de la Constitution et, partant, il est inutile de maintenir une telle violation soit parce qu'elle respecte la justice fondamentale, soit parce qu'elle constitue une limite raisonnable dans une société libre et démocratique.

1995 CanLII 115 (SCC)

Section 30(1) of the *Child Welfare Act* provides that a court may order a child to be committed to or subject to the care and custody of the Children's Aid Society for a period of time not exceeding 12 months. Section 30(1) is only triggered should the court deem the child to be "in need of protection": in other words, falling into one of the categories established by s. 19. In the case at bar, the relevant provision is s. 19(1)(*b*)(ix), since it is upon this that Judge Main of the Provincial Court (Family Division) relied to determine that Sheena was a "child in need of protection". Subparagraph (ix) provides as follows:

(*b*) "child in need of protection" means,

. . .

(ix) a child where the person in whose charge the child is neglects or refuses to provide or obtain proper medical, surgical or other recognized remedial care or treatment necessary for the child's health or well-being, or refuses to permit such care or treatment to be supplied to the child when it is recommended by a legally qualified medical practitioner, or otherwise fails to protect the child adequately.

209

En vertu du par. 30(1) de la *Child Welfare Act*, la cour peut ordonner qu'un enfant soit confié aux soins ou à la garde de la société d'aide à l'enfance pour une période n'excédant pas 12 mois. Le paragraphe 30(1) ne s'applique que si la cour estime que l'enfant a «besoin de protection»: en d'autres termes, s'il tombe dans l'une des catégories établies à l'art. 19. En l'espèce, la disposition pertinente est le sous-al. 19(1)*b*)(ix), puisque c'est en se fondant sur celui-ci que le juge Main de la Cour provinciale (Division de la famille) a déterminé que Sheena était [TRADUCTION] «une enfant ayant besoin de protection». Le sous-alinéa (ix) se lit ainsi:

b) [TRADUCTION] «enfant ayant besoin de protection» désigne

. . .

(ix) l'enfant qui est sous la responsabilité d'une personne qui néglige ou refuse de fournir ou de procurer les soins ou les traitements médicaux, chirurgicaux ou autres reconnus qui sont nécessaires à la santé ou au bien-être de l'enfant, ou qui refuse de permettre que ces soins ou traitements soient prodigués à l'enfant alors qu'ils sont recommandés par un médecin dûment qualifié, ou qui par ailleurs omet de protéger l'enfant adéquatement.

210 To this end, parents or guardians caught by s. 19(1)(*b*)(ix) will be those who neglect or refuse to provide medical care to the child in their charge when such treatment has been deemed necessary by a legally qualified medical practitioner.

211 It is important to bear in mind that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* are geared to the promotion of the health, safety and personal integrity of the child. To this end, although this appeal raises issues related to the right of parents to rear their children without undue influence by the state, it also touches on the s. 7 right of the child to life and security of the person. It is this perspective that we find absent from the reasons of La Forest J. As such, we are concerned by the fact that our colleague's decision creates a situation in which the child's right to life or security of the person is reduced to a limitation on the parents' constitutionally protected ability to deny that child the necessities of life owing to parental liberty and freedom of religion.

1. Section 7

212 We find that the right to liberty embedded in s. 7 does not include a parents' right to deny a child medical treatment that has been adjudged necessary by a medical professional. Although the scope of "liberty" as understood by s. 7 is expansive, it is certainly not all-encompassing. This Court has unequivocally held that "liberty" is not synonymous with unconstrained freedom: *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713 (*per* Dickson C.J., at pp. 785-86). Such an interpretation of "liberty" flows from some of the prior decisions of this Court cited by La Forest J. in his reasons. Not all individual activity should immediately qualify as an exercise of "liberty" and hence be *prima facie* entitled to constitutional protection, subject only to the limits consonant with fundamental justice or s. 1. For example, Wilson J. (in a passage relied upon by La Forest J. in his judgment in this

À cette fin, les parents ou tuteurs visés par le sous-al. 19(1)(*b*)(ix) seront ceux qui négligent ou refusent de fournir des soins médicaux à l'enfant dont ils ont la responsabilité lorsque ce traitement a été jugé nécessaire par un médecin dûment qualifié.

Il importe de garder à l'esprit que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* visent à promouvoir la santé, la sécurité et l'intégrité personnelle de l'enfant. À cette fin, bien que le présent pourvoi soulève des questions relatives au droit des parents d'éduquer leurs enfants sans influence indue de la part de l'État, il porte également sur le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne, que lui garantit l'art. 7. C'est cet aspect qui, à notre avis, fait défaut dans les motifs du juge La Forest. Voilà pourquoi, nous craignons que la décision de notre collègue crée une situation où le droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne en sera réduit à une restriction de la capacité des parents, garantie par la Constitution, de refuser à leur enfant les choses nécessaires à la vie au nom de la liberté parentale et de la liberté de religion.

1. Article 7

Nous sommes d'avis que le droit à la liberté, consacré à l'art. 7, ne comprend pas un droit des parents de refuser à leur enfant un traitement médical jugé nécessaire par un professionnel de la santé. Bien que de portée vaste, la «liberté» au sens de l'art. 7 n'est certainement pas absolue. Notre Cour a conclu sans équivoque que «liberté» n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte: *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713 (le juge en chef Dickson, aux pp. 785 et 786). Cette interprétation de la «liberté» découle de certains arrêts antérieurs de notre Cour, que le juge La Forest cite dans ses motifs. Ce ne sont pas toutes les activités individuelles qui devraient être immédiatement qualifiées d'exercice de «liberté», et, de ce fait, pouvoir, à première vue, bénéficier de la protection de la Constitution, sous réserve seulement de limites conformes à la justice fondamentale ou à l'article premier. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge

© Thomson Reuters Canada Limited (RSC) 2015

case) in *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, remarked at p. 318:

> John Stuart Mill described it [liberty] as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". [Emphasis added.]

This is clearly a case where Sheena's right to liberty, security of the person, and potentially even to life is deprived. It is important to note that the abridgment of Sheena's s. 7 rights operates independently from the question whether the parents honestly believe that their refusal to consent to the transfusion is in the best interests of the child, since such a refusal shall, according to the appellants, prevent her from being "defiled in the eyes of God". Whether or not her parents' motivations are well-intentioned, the physical effects upon Sheena of the refusal to transfuse blood are equally deleterious.

We note that La Forest J. holds that "liberty" encompasses the right of parents to have input into the education of their child. In fact, "liberty" may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, assuming without deciding that "liberty" has such a reach, it certainly does not extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person.

In any event, there is an immense difference between sanctioning some input into a child's education and protecting a parent's right to refuse their children medical treatment that a professional adjudges to be necessary and for which there is no legitimate alternative. The child's right to life must not be so completely subsumed to the parental liberty to make decisions regarding that child: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (Prov. Ct. (Fam. Div.)), at p. 147. In our view, the best way to ensure this

Wilson fait remarquer (dans un passage cité par le juge La Forest dans ses motifs en l'espèce), à la p. 318:

> John Stuart Mill décrit cela [la liberté] ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». [Nous soulignons.]

Il s'agit ici nettement d'un cas où le droit de Sheena à la liberté, à la sécurité de sa personne et peut-être même à la vie, lui est nié. Il importe de signaler qu'il y a atteinte aux droits garantis à Sheena par l'art. 7, indépendamment de la question de savoir si les parents croient honnêtement que leur refus de consentir à la transfusion est dans l'intérêt de l'enfant, puisque ce refus vise, selon les appelants, à l'empêcher d'être [TRADUCTION] «souillée aux yeux de Dieu». Que les parents soient ou non bien intentionnés, les conséquences physiques pour Sheena du refus de la transfusion sanguine sont tout aussi néfastes. 213

Nous remarquons que le juge La Forest conclut que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant. En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu'à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle portée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appelants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. 214

Quoi qu'il en soit, il y a une énorme différence entre sanctionner une certaine contribution à l'éducation d'un enfant et protéger le droit des parents de refuser à leur enfant le traitement médical qu'un professionnel juge nécessaire et pour lequel il n'existe aucune autre solution valable. Le droit de l'enfant à la vie ne doit pas être aussi totalement assujetti à la liberté des parents de prendre des décisions le concernant: *Re R.K.* (1987), 79 A.R. 140 (C. prov. (Div. fam.)), à la p. 147. À notre 215

1995 CanLII 115 (SCC)

outcome is to view an exercise of parental liberty which seriously endangers the survival of the child as falling outside s. 7.

216 Our colleague's reasons open the door to the possibility that a violation of a guardian's s. 7 rights will be found should the state deny a guardian his or her right to refuse a child in his or her charge medical treatment and should that denial fail to conform with fundamental justice. In the case at bar, Sheena's condition, although believed to be serious, was not sufficiently urgent to prevent the Children's Aid Society from seeking a court-ordered wardship, thereby complying with procedural fundamental justice. But what if Sheena were injured in a car accident and required an immediate blood transfusion to save her life? Even if her parents had been in agreement that the transfusion was necessary and urgently required, their personal convictions would still likely have compelled them to refuse their daughter the treatment. To this end, this exercise of parental liberty can engender the death of an infant.

217 We find it counter-intuitive that "parental liberty" would permit a parent to deny a child medical treatment felt to be necessary until some element of procedural fundamental justice is complied with. Although an individual may refuse any medical procedures upon her own person, it is quite another matter to speak for another separate individual, especially when that individual cannot speak for herself and, in Sheena's case, has never spoken for herself. The rights enumerated in the *Charter* are individual rights to which children are clearly entitled in their relationships with the state and all persons — regardless of their status as strangers, friends, relatives, guardians or parents.

218 The suggestion that parents have the ability to refuse their children medical procedures such as blood transfusions in situations where such a transfusion is necessary to sustain that child's health is

avis, la meilleure façon de garantir ce résultat est de considérer que l'exercice de la liberté parentale qui compromet sérieusement la survie de l'enfant n'est pas visé par l'art. 7.

Les motifs de notre collègue ouvrent la porte à la possibilité que l'on conclue à la violation des droits garantis à un tuteur par l'art. 7, si l'État prive ce dernier du droit de refuser un traitement médical à un enfant sous sa responsabilité, et si jamais ce refus n'est pas conforme à la justice fondamentale. En l'espèce, l'état de Sheena, bien que jugé grave, n'était pas suffisamment urgent pour empêcher la société d'aide à l'enfance de solliciter une ordonnance judiciaire de tutelle, de manière à respecter la justice fondamentale sur le plan procédural. Mais que ce serait-il passé si Sheena avait été blessée dans un accident de voiture et si elle avait dû recevoir une transfusion sanguine immédiatement pour rester en vie? Même si ses parents avaient convenu que la transfusion était nécessaire et requise de toute urgence, leurs convictions personnelles les auraient probablement forcés à refuser le traitement à leur fille. À cet égard, l'exercice de la liberté parentale peut provoquer la mort de l'enfant.

Intuitivement, nous ne sommes pas portés à admettre que la «liberté parentale» peut permettre à un parent de refuser à un enfant un traitement médical jugé nécessaire, jusqu'à ce qu'un quelconque élément de justice fondamentale soit respecté sur le plan procédural. Bien qu'une personne puisse refuser des procédures médicales pour elle-même, il en va autrement lorsqu'il s'agit de s'exprimer pour une autre personne, particulièrement lorsque cette dernière n'est pas en mesure d'exprimer sa propre volonté et, dans le cas de Sheena, ne l'a jamais fait. Les droits énoncés dans la *Charte* sont des droits individuels dont les enfants peuvent nettement se prévaloir dans leurs rapports avec l'État et avec d'autres personnes — peu importe qu'il s'agisse d'étrangers, d'amis, de parents, de tuteurs, ou encore du père ou de la mère.

La proposition voulant que les parents aient la capacité de refuser à leurs enfants des procédures médicales comme une transfusion sanguine dans des cas où cette transfusion est nécessaire pour

1995 CanLII 115 (SCC)

consistent with the view, now long gone, that parents have some sort of "property interest" in their children. Indeed, in recent years, this Court has emphasized that parental duties are to be discharged according to the "best interests" of the child: *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141. The nature of the parent-child relationship is thus not to be determined by the personal desires of the parent, yet rather by the "best interests" of the child. In *Young*, *supra*, at p. 47, L'Heureux-Dubé J. (discussing the issue of custody in family law) commented that:

> The proposition . . . is one of duty and obligation to the child's best interests. . . . One cannot stress enough that it is from the perspective of the child's interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the "rights" of the parent are not a criterion.

The exercise of parental beliefs that grossly invades the "best interests" of the child is not activity protected by the right to "liberty" in s. 7. To hold otherwise would be to risk undermining the ability of the state to exercise its legitimate *parens patriae* jurisdiction and jeopardize the *Charter*'s goal of protecting the most vulnerable members of society. As society becomes increasingly cognizant of the fact that the family is often a very dangerous place for children, the *parens patriae* jurisdiction assumes greater importance. Although there are times when the family should be shielded from the intrusions of the state, Sheena's situation is one in which the state should be readily able to intervene not only to protect the public interest, but also to preserve the security of infants who cannot yet speak for themselves.

It is clear that a purpose of the *Charter* is to protect the individual from governmental interference. For this reason, as noted by our colleague La Forest J., many *Charter* rights have been given broad interpretations. In the instant appeal, concern has been raised that whittling down the ambit of "parental liberty" could deny parents a constitutional remedy should the state, without due process

préserver la santé de cet enfant est conforme au point de vue, qui n'a plus cours depuis longtemps, suivant lequel les parents ont une sorte de «droit de propriété» sur leurs enfants. De fait, au cours des dernières années, notre Cour a précisé que les parents doivent s'acquitter de leurs obligations dans «l'intérêt» de l'enfant: *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141. La nature de la relation parent-enfant doit donc dépendre non pas de la volonté personnelle du parent, mais plutôt de «l'intérêt» de l'enfant. Dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 47, le juge L'Heureux-Dubé (sur la question de la garde en droit de la famille) fait le commentaire suivant:

> Il [. . .] s'agit [. . .], en l'occurrence, [. . .] de devoir et d'obligation dans l'intérêt de l'enfant. [. . .] On ne saurait trop insister sur le fait que c'est dans l'optique de l'intérêt de l'enfant qu'il convient d'évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d'un parent n'entrent pas en ligne de compte.

219 L'exercice des croyances des parents qui empiète outre mesure sur «l'intérêt» de l'enfant n'est pas protégé par le droit à la «liberté» prévu à l'art. 7. Conclure autrement risquerait de miner la capacité de l'État d'exercer sa compétence *parens patriae* légitime et compromettrait l'objectif de la *Charte* qui est de protéger les membres les plus vulnérables de la société. Au fur et à mesure que la société prend davantage conscience du fait que la famille est souvent un endroit très dangereux pour des enfants, la compétence *parens patriae* revêt une plus grande importance. Bien qu'il arrive que la famille doive être soustraite aux intrusions de l'État, la situation de Sheena est un cas où l'État devrait pouvoir intervenir aisément non seulement pour protéger l'intérêt public, mais également pour garantir la sécurité des enfants en bas âge qui ne peuvent pas encore exprimer leur volonté.

220 Il est clair que la *Charte* a pour objet, notamment, de protéger les citoyens contre l'ingérence gouvernementale. C'est pourquoi, comme l'a souligné notre collègue le juge La Forest, bien des droits garantis par la *Charte* ont été interprétés largement. En l'espèce, on a dit craindre que la réduction de la portée de la «liberté parentale» puisse enlever aux parents un recours constitution-

1995 CanLII 115 (SCC)

or substantive merit, arbitrarily decide to remove a child from a home. In our estimation, a more appropriate way of mitigating such a possibility would be to view such a removal as an interference with the child's own liberty or security interest, not that of the parent. With respect, such an approach obliges the state's *parens patriae* jurisdiction to be fairly exercised, both procedurally and substantively, without necessitating that the "liberty" interest embedded in s. 7 be extended to include parents' endangering the lives of children or denying them required medical treatment.

221 In sum, since we find the parental decision to withhold medical care to be outside the scope of "liberty", it does not qualify for *Charter* protection in the first place.

222 We have also read the reasons of the Chief Justice. He would confine the right to liberty in s. 7 to the "judicial" context, specifically criminal matters. He would also limit its reach to the physical or corporeal component of liberty, thereby leaving psychological coercion and emotional trauma outside the scope of "liberty". With respect, we do not find it necessary to pronounce on such an important matter in these reasons, particularly since this Court has not had the benefit of full argument on the appropriate contours between the rights protected by s. 7 and the freedoms covered by s. 2. We would consequently leave this determination for another day, and a case in which such issues arise more directly.

2. Section 2(*a*)

223 The parents of Sheena are constitutionally entitled to manifest their beliefs and practise their religion, as is their daughter. That constitutional freedom includes the right to educate and rear their child in the tenets of their faith. In effect, until the child reaches an age where she can make an independent decision regarding her own religious

nel si jamais l'État, sans procédure équitable ni justification de fond, décide arbitrairement de retirer un enfant d'un foyer. À notre avis, une façon plus appropriée d'atténuer cette possibilité serait de considérer un tel retrait comme une atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de l'enfant lui-même et non à celui du parent. En toute déférence, une telle méthode oblige l'État à exercer équitablement sa compétence *parens patriae*, tant sur le plan de la procédure que sur celui du fond, sans qu'il soit nécessaire que le droit à la «liberté», consacré à l'art. 7, soit élargi de manière à viser la situation où des parents mettent en danger la vie d'un enfant ou lui refusent un traitement médical nécessaire.

Bref, puisque nous jugeons que la décision des parents de refuser des soins médicaux est exclue de la portée de la «liberté», elle ne peut, au départ, jouir de la protection de la *Charte*.

Nous avons également lu les motifs du Juge en chef. Il restreindrait le droit à la liberté, garanti à l'art. 7, au contexte «judiciaire», plus précisément aux affaires criminelles. Il le limiterait à la dimension physique ou corporelle de la liberté, excluant ainsi de la portée de la «liberté» la contrainte psychologique et le traumatisme émotionnel. En toute déférence, nous ne jugeons pas nécessaire de nous prononcer sur une question aussi importante dans les présents motifs, d'autant plus que notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre une argumentation complète sur les délimitations appropriées des droits protégés par l'art. 7 et des libertés garanties par l'art. 2. Nous sommes donc d'avis de remettre cette décision à une autre occasion où ces questions se poseront plus directement.

2. Alinéa 2*a*)

Les parents de Sheena ont, en vertu de la Constitution, le droit de manifester leurs croyances et de pratiquer leur religion, tout comme leur fille. Cette liberté constitutionnelle comprend le droit d'éduquer et d'élever leur enfant conformément aux principes de leur foi. En fait, jusqu'à ce que l'enfant ait atteint l'âge où elle sera en mesure de prendre elle-même une décision sur ses propres croyances religieuses, ses parents peuvent décider

1995 CanLII 15 (SCC)

beliefs, her parents may decide on her religion for her and raise her in accordance with that religion.

However, the freedom of religion is not absolute. Although La Forest J. considered that limitations on this right are best considered under a s. 1 analysis, we are of the view that the right itself must have a definition, and even if a broad and flexible definition is appropriate, there must be an outer boundary. Conduct which lies outside that boundary is not protected by the *Charter*. That boundary is reached in the circumstances of this case.

We are of the view that the constitutional question should be: to what extent can an infant's right to life and health be subordinated to conduct emanating from a parent's religious convictions? With this perspective as a starting point, we find that the appellants do not benefit from the protection of s. 2(*a*) of the *Charter* since a parent's freedom of religion does not include the imposition upon the child of religious practices which threaten the safety, health or life of the child.

Just as there are limits to the ambit of freedom of expression (e.g. s. 2(*b*) does not protect violent acts: *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at pp. 753 and 801; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 732 and 830), so are there limits to the scope of s. 2(*a*), especially so when this provision is called upon to protect activity that threatens the physical or psychological well-being of others. In other words, although the freedom of belief may be broad, the freedom to act upon those beliefs is considerably narrower, and it is the latter freedom at issue in this case. The fact that "freedom" does not operate in a vacuum was underscored by Dickson J. (as he then was) in his seminal decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337:

Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way

de sa religion et l'élever en conformité avec celle-ci.

La liberté de religion n'est toutefois pas absolue. 224
Bien que le juge La Forest ait estimé que les restrictions de ce droit sont mieux analysées dans le cadre de l'article premier, nous sommes d'avis que le droit lui-même doit être défini et que, même s'il convient de lui donner une définition large et souple, il doit avoir une limite. La conduite qui outrepasse cette limite n'est pas protégée par la *Charte*. Cette limite est atteinte dans les circonstances de la présente affaire.

Nous sommes d'avis que la question constitu- 225
tionnelle devrait être la suivante: dans quelle mesure le droit à la vie et à la santé d'un enfant en bas âge peut-il être subordonné au comportement dicté par les convictions religieuses d'un parent? Vu sous cet angle, nous concluons que les appelants ne jouissent pas de la protection de l'al. 2*a*) de la *Charte* puisque la liberté de religion d'un parent ne l'autorise pas à imposer à son enfant des pratiques religieuses qui menacent sa sécurité, sa santé ou sa vie.

Tout comme il existe des limites à la liberté 226
d'expression (p. ex., l'al. 2*b*) ne protège pas les actes violents: *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, aux pp. 753 et 801; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, aux pp. 732 et 830), il y a également des limites à la portée de l'al. 2*a*), particulièrement lorsqu'on a recours à cette disposition pour préserver une activité qui menace le bien-être physique et psychologique d'autrui. En d'autres termes, bien que la liberté de croyance puisse être vaste, la liberté d'agir suivant ces croyances est beaucoup plus restreinte, et c'est cette liberté qui est en cause en l'espèce. Dans les motifs de principe qu'il a rédigés, dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 337, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) souligne que la «liberté» n'existe pas dans l'absolu:

La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut

1995 CanLII 115 (SCC)

contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

227 In more recent years, members of this Court have recognized the limits of s. 2(*a*) as a tool to justify parental control over children. For example, in 1989 the Supreme Court affirmed the decision of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (affirmed with no discussion of s. 2(*a*) of the *Charter*, [1989] 1 S.C.R. 1392). At page 355, the Ontario Court of Appeal held that:

> The duty imposed by statute to provide necessaries of life is applicable to all parents. It is not a lawful excuse for a parent who, knowing that a child is in need of medical assistance, refuses to obtain such assistance because to do so would be contrary to a tenet of their own particular faith. The guarantee of freedom of conscience and religion as enshrined in the Charter has nothing to do with this issue. [Emphasis added.]

228 Furthermore, in the even more recent decision of this Court in *P. (D.) v. S. (C.)*, *supra*, L'Heureux-Dubé J. (writing for the majority on this point) held at p. 182 that:

> As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. [Emphasis added.]

229 A similar approach was taken by McLachlin J. in *Young*, *supra*, at p. 122, this decision released concurrently with *P. (D.)*, *supra*:

> It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection.

230 We are also reinforced in our findings by the decisions of lower courts not to view parents' refusal to consent to a blood transfusion for their

être forcé d'agir contrairement à ses croyances et à sa conscience. [Nous soulignons.]

Plus récemment, les membres de notre Cour ont reconnu les limites de l'al. 2*a*) comme moyen de justifier le contrôle des parents sur leurs enfants. Par exemple, en 1989, la Cour suprême a confirmé l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Tutton and Tutton* (1985), 18 C.C.C. (3d) 328 (confirmé sans analyse de l'al. 2*a*) de la *Charte*, [1989] 1 R.C.S. 1392). À la page 355, la Cour d'appel de l'Ontario conclut ceci:

> [TRADUCTION] L'obligation imposée par la loi de fournir les choses nécessaires à la vie s'applique à tous les parents. Le parent qui sait que son enfant a besoin d'assistance médicale ne saurait affirmer à sa décharge, pour refuser de la lui procurer, que pareille assistance serait contraire à un précepte de sa propre foi. La liberté de conscience et de religion garantie par la Charte n'a rien à voir avec cette question. [Nous soulignons.]

En outre, dans l'arrêt encore plus récent de notre Cour *P. (D.) c. S. (C.)*, précité, le juge L'Heureux-Dubé (s'exprimant au nom de la majorité sur ce point) conclut, à la p. 182, que:

> Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. [Nous soulignons.]

Le juge McLachlin a adopté une position semblable dans l'arrêt *Young*, précité, à la p. 122, rendu en même temps que l'arrêt *P. (D.)*, précité:

> Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection.

Nous sommes également renforcés dans nos conclusions par la décision des tribunaux d'instance inférieure d'exclure de la protection de l'al.

1995 CanLII 116 (SCC)

children as activity protected by s. 2(*a*): *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (Alta. Prov. Ct.); *M. (R.E.D.) v. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (Q.B.) (appeal to Court of Appeal quashed and application to reinstate appeal refused (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), at p. 395; *Re R.K.*, *supra.*

The appellants proceed on the assumption that Sheena is of the same religion as they, and hence cannot submit to a blood transfusion. Yet, Sheena has never expressed any agreement with the Jehovah's Witness faith, nor, for the matter, with any religion, assuming any such agreement would be effective. There is thus an impingement upon Sheena's freedom of conscience which arguably includes the right to live long enough to make one's own reasoned choice about the religion one wishes to follow as well as the right not to hold a religious belief. In fact, denying an infant necessary medical care could preclude that child from exercising any of her constitutional rights, as the child, due to parental beliefs, may not live long enough to make choices about the ideas she should like to express, the religion she should like to profess, or the associations she should like to join. "Freedom of religion" should not encompass activity that so categorically negates the "freedom of conscience" of another. We are fortified in this conclusion by the following passage of Dickson J. in *Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 346:

> The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

In conclusion, we would affirm the decision of the District Court judge that s. 2(*a*) will not protect conduct that overrides the s. 7 life and security interests of an infant.

2*a*) le refus des parents de consentir à ce que leurs enfants subissent une transfusion sanguine: *Re D.* (1982), 30 R.F.L. (2d) 277 (C. prov. Alb.); *M. (R.E.D.) c. Director of Child Welfare* (1986), 47 Alta. L.R. (2d) 380 (B.R.) (appel devant la Cour d'appel annulé et demande de rétablissement d'appel refusée (1988), 88 A.R. 346 (C.A.)), à la p. 395; *Re R.K.*, précité.

Les appelants ont agi en tenant pour acquis que Sheena est de la même religion qu'eux et qu'elle ne saurait donc subir une transfusion sanguine. Pourtant, Sheena n'a jamais adhéré à la foi des témoins de Jéhovah ni, quant à cela, à aucune religion, en supposant qu'une telle adhésion serait valable. Il y a donc une atteinte à la liberté de conscience de Sheena, qui, pourrait-on soutenir, comprend le droit de vivre assez longtemps pour faire son propre choix raisonné sur la religion à laquelle elle souhaite adhérer, de même que le droit de n'avoir aucune croyance religieuse. En fait, refuser à une enfant en bas âge des soins médicaux nécessaires pourrait empêcher cette enfant d'exercer ses droits constitutionnels, puisqu'il se peut qu'en raison des croyances de ses parents elle ne vive pas assez longtemps pour faire des choix sur les idées qu'elle aimerait exprimer, la religion qu'elle souhaiterait professer, ou les associations auxquelles elle souhaiterait adhérer. La «liberté de religion» ne devrait pas comprendre une activité qui nie aussi catégoriquement la «liberté de conscience» d'autrui. Le passage suivant des motifs du juge Dickson dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 346, vient renforcer notre conclusion:

> Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Nous soulignons.]

En conclusion, nous sommes d'avis de confirmer la décision du juge de la Cour de district que l'al. 2*a*) ne protège pas la conduite qui empiète sur les droits à la vie et à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit à un enfant en bas âge.

1995 CanLII 115 (SCC)

3. Balancing Conflicts Between Individual Rights

233 Although many of the competing rights discussed in this appeal could perhaps be integrated into a s. 1 analysis as was done by La Forest J. both in his disposition of the matter at hand as well as in *R. v. Jones*, *supra*, at p. 297, we believe this is inappropriate in the present case. Such an approach elevates choosing to refuse one's child necessary medical care on account of one's personal convictions to the level of constitutionally protected activity. Moreover, this approach obliges s. 1 almost single-handedly to play the role of balancing diverse interests. Although s. 1 may be the appropriate forum for balancing the interests of the state against the rights violation of the aggrieved individual, such a balance is not required in the case at bar. The nexus of the balancing operates between Sheena's right to life and security of the person and her parents' right to freedom of religion. We are not convinced that s. 1 should be the exclusive balancing agent between two individuals' positive and negative liberties. Further, it is noteworthy that many of the *Charter* cases relied upon as supporting a broad definition of the liberty interest clearly involve conflicts between individual rights and state interests, often in the context of the criminal law: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387. This is not the situation in the case at bar. To this end, we do not find that denying the appellants the protection of s. 2(*a*) or s. 7 unduly truncates the application of the *Charter*.

234 In *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211, at pp. 320-21, La Forest J. remarked that s. 2(*d*) of the *Charter*, although encompassing a right of freedom from association, "could certainly not have been intended [to] protect us against the association with others that is a necessary and inevitable part of membership in a democratic community, the existence of which the *Charter* clearly assumes". He thus ascribes an outer boundary to s. 2(*d*). If s. 2(*d*) will not encompass the right to dissociate

3. Évaluation des conflits entre des droits individuels

Même s'il était possible d'intégrer bon nombre des droits opposés analysés en l'espèce dans une analyse fondée sur l'article premier, comme l'a fait le juge La Forest en statuant sur la présente affaire de même que dans l'arrêt *R. c. Jones*, précité, à la p. 297, nous ne croyons pas qu'il convient de le faire en l'espèce. Ce point de vue élève, au rang d'activité protégée par la Constitution, la décision de refuser à un enfant des soins médicaux nécessaires, en raison de convictions personnelles. En outre, il confère presque exclusivement à l'article premier la fonction de soupeser des droits divers. Bien que l'article premier puisse convenir pour évaluer les intérêts de l'État en fonction de la violation des droits de l'individu lésé, cette évaluation n'est pas nécessaire en l'espèce. Le nœud de l'évaluation se situe entre le droit de Sheena à la vie et à la sécurité de sa personne et le droit de ses parents à la liberté de religion. Nous ne sommes pas convaincus que l'article premier devrait être le seul instrument d'évaluation des libertés positives et négatives de deux individus. En outre, il convient de signaler que de nombreuses affaires relatives à la *Charte*, invoquées à l'appui d'une définition générale du droit à la liberté, impliquent manifestement un conflit entre des droits individuels et des intérêts de l'État, souvent dans le contexte du droit criminel: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387. Ce n'est pas le cas en l'espèce. À cette fin, nous ne pouvons conclure que refuser aux appelants la protection de l'al. 2*a*) ou de l'art. 7 tronque indûment l'application de la *Charte*.

Dans l'arrêt *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211, aux pp. 320 et 321, le juge La Forest fait remarquer que, bien qu'il protège le droit à la liberté d'association, «on n'a sûrement pas voulu que l'al. 2*d*) [de la *Charte*] nous protège contre l'association avec autrui qui est une composante nécessaire et inévitable de l'appartenance à une société démocratique, dont il est clair que la *Charte* présuppose l'existence». Il fixe donc une limite à l'al. 2*d*). Si cet alinéa ne donne pas le droit

1995 CanLII 159 (SCC)

from institutions integral to the structure of society, we conclude by analogy that neither s. 2(*a*) nor the liberty interest of s. 7 permits parents to endanger the lives of their children. Expanding the substantive rights guarantees to cover such activity would, with greatest respect, render them meaningless owing to a lack of definition. Just because it is self-evident that a rights limitation shall be upheld as comporting with fundamental justice or s. 1 does not mean that it is necessary to proceed to this level of analysis.

4. Disposition

We conclude that the impugned provisions of the *Child Welfare Act* do not occasion any rights infringements in the first place. We would otherwise dispose of the appeal and cross-appeal in the manner proposed by La Forest J.

Appeal and cross-appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ J. *dissenting on the cross-appeal.*

Solicitors for the appellants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Solicitor for the respondent the Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Solicitor for the respondent the Official Guardian of Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Solicitors for the respondent the Attorney General for Ontario: Janet E. Minor and Robert E. Charney, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Isabelle Harnois and Monique Rousseau, Ste-Foy, Quebec.

de se dissocier d'associations qui font partie intégrante de la structure de la société, nous concluons par analogie que ni l'al. 2*a*) ni le droit à la liberté garanti par l'art. 7 n'autorisent les parents à mettre en danger la vie de leurs enfants. En toute déférence, étendre les garanties de droits substantiels à une telle activité les dénuerait de tout sens en raison de l'absence de définition. Il n'est pas nécessaire d'effectuer ce genre d'analyse seulement parce qu'il est évident en soi que la restriction d'un droit doit être maintenue si elle est conforme à la justice fondamentale ou à l'article premier.

4. Dispositif

Nous concluons que les dispositions contestées de la *Child Welfare Act* ne portent atteinte à aucun droit, au départ. Par ailleurs, nous sommes d'avis de trancher le pourvoi principal et le pourvoi incident de la manière proposée par le juge La Forest.

Pourvoi principal et pourvoi incident rejetés, le juge L'HEUREUX-DUBÉ *est dissidente quant au pourvoi incident.*

Procureurs des appelants: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.

Procureur de l'intimée la Children's Aid Society of Metropolitan Toronto: Heather L. Katarynych, Toronto.

Procureur de l'intimé le tuteur public de l'Ontario: Debra Paulseth, Toronto.

Procureurs de l'intimé le procureur général de l'Ontario: Janet E. Minor et Robert E. Charney, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roslyn J. Levine, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Isabelle Harnois et Monique Rousseau, Ste-Foy, Québec.

1995 CanLII 115 (SCC)

TAB 22

City of Longueuil *Appellant/Respondent on cross-appeal*

v.

Michèle Godbout *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec *Mis en cause*

INDEXED AS: GODBOUT *v.* LONGUEUIL (CITY)

File No.: 24990.

1997: May 28; 1997: October 31.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Civil rights — Right to privacy — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether right to choose where to establish one's home falls within scope of right to privacy — Whether residence requirement infringes employee's right to privacy — If so, whether infringement justifiable — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1.

Municipal law — Resolution — Residence requirement — Municipality adopting resolution requiring all new permanent employees to reside within its territorial limits — Whether municipal resolution valid — Whether residence requirement infringing "right to privacy" in Quebec Charter and "right to liberty" in Canadian Charter — Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 5, 9.1 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7.

Judgments and orders — Rectificatory judgment — Damages — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — Court of Appeal's reasons indicating that no damages were awarded for period

Ville de Longueuil *Appelante/Intimée dans le pourvoi incident*

c.

Michèle Godbout *Intimée/Appelante dans le pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: GODBOUT *c.* LONGUEUIL (VILLE)

N° du greffe: 24990.

1997: 28 mai; 1997: 31 octobre.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Libertés publiques — Droit au respect de la vie privée — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — Le droit de choisir le lieu de sa résidence est-il visé par le droit au respect de la vie privée? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au droit au respect de la vie privée des employés? — Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle justifiable? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1.

Droit municipal — Résolution — Obligation de résidence — Résolution de la municipalité obligeant tous les nouveaux employés permanents à résider dans ses limites territoriales — La résolution est-elle valide? — L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte au «droit au respect de [l]a vie privée» garanti par la Charte québécoise et au «droit à la liberté» garanti par la Charte canadienne? — Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5, 9.1 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7.

Jugements et ordonnances — Jugement rectificatif — Dommages-intérêts — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Motifs de la Cour d'appel indiquant qu'elle

1997 CanLII 335 (SCC)

between trial and appeal because they had not been properly quantified — No holding to that effect in formal judgment — Whether Court of Appeal erred in issuing rectificatory judgment.

Civil procedure — Appeal — Court of Appeal ordering employee reinstated and awarding her damages from time of her dismissal until time of trial — No damages awarded for period between trial and appeal because they had not been properly quantified — Whether Court of Appeal erred in not permitting employee to introduce evidence at appeal hearing in respect of damages between trial and appeal — Whether Court of Appeal erred in not requesting parties to submit additional argument on that issue — Whether Court of Appeal erred in not remanding issue of damages to Superior Court — Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, art. 523.

The appellant city adopted a resolution requiring all new permanent employees to reside within its boundaries. As a condition of obtaining permanent employment as a radio operator for the city police force, the respondent signed a declaration promising that she would establish her principal residence in the city and that she would continue to live there for as long as she remained in the city's employ. The declaration also provided that if she moved out of the city for any reason, she could be terminated without notice. The respondent's position became permanent and, approximately one year later, she moved into a new house she had purchased in a neighbouring municipality. When she refused to move back within the city's limits, her employment was terminated. The Superior Court dismissed the respondent's action for damages and reinstatement, holding that the city's residence requirement did not contravene the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms* and that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* did not apply in this case. The Court of Appeal allowed the respondent's appeal, concluding that the residence requirement was invalid mainly because it was contrary to public order. It granted the respondent's request for reinstatement and awarded damages for the financial losses she suffered from the time of her dismissal until the time of trial. The court noted that the damages in respect of the income lost by the respondent during the period between the trial and the appeal ("interim damages") had not been properly quantified and should not

n'octroie pas de dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — Aucune conclusion à ce sujet dans le dispositif du jugement — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en rendant un jugement rectificatif?

Procédure civile — Appel — Cour d'appel ordonnant la réintégration de l'employée et accordant des dommages-intérêts pour la période allant de son congédiement au procès — Aucuns dommages-intérêts octroyés pour la période écoulée entre le procès et l'appel parce que le montant n'en a pas été correctement établi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne permettant pas à l'employée de présenter, au cours de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts pour la période écoulée entre le procès et l'appel? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires à ce sujet? — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en ne renvoyant pas la question des dommages-intérêts à la Cour supérieure? — Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 523.

La ville appelante a pris une résolution obligeant tous les nouveaux employés permanents à habiter dans les limites de la municipalité. Pour obtenir sa permanence comme préposée aux télécommunications du service de police, l'intimée a signé une déclaration dans laquelle elle s'engageait à établir sa résidence principale dans les limites de la ville et à y habiter tout le temps qu'elle travaillerait pour celle-ci. La déclaration stipulait également que si elle déménageait de la ville, pour quelque raison que ce soit, elle pourrait être congédiée sans avis. L'intimée a obtenu sa permanence et, environ un an plus tard, elle a acheté une nouvelle maison dans une municipalité voisine et y a emménagé. Elle a été congédiée lorsqu'elle a refusé de s'établir à nouveau dans les limites de la ville. La Cour supérieure a rejeté l'action intentée par l'intimée pour obtenir des dommages-intérêts et pour être réintégrée dans ses fonctions, statuant que l'obligation de résidence ne contrevenait pas à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec et que la *Charte canadienne des droits et libertés* ne s'appliquait pas en l'espèce. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'intimée, concluant que l'obligation de résidence était invalide principalement parce qu'elle était contraire à l'ordre public. Elle a ordonné la réintégration de l'intimée et lui a octroyé des dommages-intérêts pour la perte financière subie entre le moment du congédiement et le procès en première instance. Elle a signalé que, parce que le montant des dommages-intérêts découlant de la perte de revenus subie par l'intimée entre le

1997 CanLII 335 (SCC)

be awarded, but no specific holding to this effect was included in the formal judgment. The respondent brought a motion for rectification, asking that the court amend its formal judgment and award the "interim damages". The Court of Appeal granted the motion and amended the formal judgment, but did not accede to the respondent's request to recover the "interim damages". The city appealed on the substantive issues, and the respondent cross-appealed on the damages issue.

Held: The appeal and cross-appeal should be dismissed. The city's residence requirement unjustifiably infringes s. 5 of the Quebec *Charter*.

(1) *Appeal*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ.: The ambit of s. 32 of the Canadian *Charter* is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those that are formally part of the structure of the federal or provincial governments. As well, under s. 32, particular entities will be subject to *Charter* scrutiny in respect of certain governmental activities they perform, even if the entities themselves cannot accurately be described as "governmental" *per se*. Since municipalities cannot but be described as "governmental entities", they are subject to the Canadian *Charter*. First, municipal councils are democratically elected by members of the general public and are accountable to their constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to the electorates they represent. Second, municipalities possess a general taxing power that, for the purposes of determining whether they can rightfully be described as "government", is indistinguishable from the taxing powers of the Parliament or the provinces. Third, and importantly, municipalities are empowered to make laws, to administer them and to enforce them within a defined territorial jurisdiction. Finally, and most significantly, municipalities derive their existence and law-making authority from the provinces. As the Canadian *Charter* clearly applies to the provincial legislatures and governments, it must also apply to entities upon which they confer governmental powers within their authority. Otherwise, provinces could simply avoid the application of the *Charter* by devolving powers on municipal bodies. Further, since a municipality is governmental in nature, all its activities are subject to *Charter* review. The Cana-

procès et l'appel («dommages-intérêts ultérieurs») n'avait pas été correctement établi, la cour ne pouvait les octroyer. Le dispositif du jugement ne renfermait cependant aucune conclusion explicite à cet effet. L'intimée a présenté une requête en rectification pour demander à la cour de modifier son dispositif et d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs». La cour a fait droit à la requête et modifié le dispositif du jugement, mais elle n'a pas fait droit à la demande de recouvrement de l'intimée concernant les «dommages-intérêts ultérieurs». La ville a formé un pourvoi contre la décision quant au fond et l'intimée a formé un pourvoi incident contre la décision relative aux dommages-intérêts.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. L'obligation de résidence imposée par la ville contrevient sans justification à l'art. 5 de la *Charte* québécoise.

(1) *Pourvoi*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin: L'article 32 de la *Charte* canadienne est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. De même, sous le régime de l'art. 32, des entités données peuvent également être assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme «gouvernementales». Comme on ne peut faire autrement que de voir les municipalités comme des «entités gouvernementales», elles sont assujetties à la *Charte* canadienne. Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Deuxièmement, les municipalités jouissent d'un pouvoir général de taxation qui, pour ce qui est de déterminer si on peut légitimement les considérer comme des entités «gouvernementales», ne se distingue pas des pouvoirs de taxation que le Parlement ou les provinces exercent. Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé. Finalement, et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer. Comme la *Charte* canadienne s'applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s'appliquer aussi aux entités qu'ils investissent

1997 CanLII 335 (SCC)

dian *Charter* is therefore applicable to the residence requirement at issue in this case. The particular modality a municipality chooses to adopt in advancing its policies cannot shield its activities from *Charter* scrutiny. All the municipality's powers are derived from statute and all are of a governmental character. An act performed by an entity that is governmental in nature is thus necessarily "governmental" and cannot properly be viewed as "private".

The right to choose where to establish one's home falls within the scope of the liberty interest guaranteed by s. 7 of the Canadian *Charter*. The right to liberty in s. 7 goes beyond the notion of mere freedom from physical constraint and protects within its scope a narrow sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. The autonomy protected by the s. 7 right to liberty, however, encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. Choosing where to establish one's home is a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy and the state ought not to be permitted to interfere in this private decision-making process, absent compelling reasons for doing so. Support for this view is found in the fact that the right to choose where to establish one's home is afforded explicit protection in the *International Convenant on Civil and Political Rights* to which Canada is a party. The respondent's *Charter* claim did not implicate any notion of a constitutional "right to employment" or any other "economic right".

The respondent did not waive her right to choose where to establish her home by signing the residence declaration or by failing to move back within the city's limits. The respondent had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation and, consequently, cannot be taken to have freely given up her right to choose where to live. Similarly, the respondent's attempt to assert her right to choose where to live by refusing to conform with the terms of the residence requirement cannot amount to a renunciation of that right.

de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient éviter tout simplement l'application de la *Charte* en attribuant certains pouvoirs aux municipalités. En outre, puisque les municipalités sont de nature gouvernementale, elles sont assujetties quant à toutes leurs activités à l'application de la *Charte*. La *Charte* canadienne s'applique donc à l'obligation de résidence visée en l'espèce. Les moyens choisis par une municipalité pour donner corps à ses politiques ne peuvent mettre ses activités à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Tous les pouvoirs des municipalités sont d'origine législative et tous revêtent un caractère gouvernemental. L'acte accompli par une entité de nature gouvernementale est nécessairement «gouvernemental» et ne saurait être légitimement considéré comme «privé».

Le droit de choisir le lieu de sa résidence est visé par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Ce droit dépasse la simple notion d'absence de contrainte physique et protège une sphère limitée d'autonomie personnelle dans laquelle les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Toutefois, l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Le choix du lieu de résidence est une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle et l'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer dans ce processus décisionnel privé, à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention. Le fait que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, auquel le Canada a adhéré, protège expressément le droit de choisir le lieu de sa résidence étaye cette opinion. Aucune notion de «droit à l'emploi» constitutionnel ni aucun autre «droit économique» n'interviennent dans l'argument fondé sur la *Charte* invoqué par l'intimée.

L'intimée n'a pas renoncé à son droit de choisir le lieu de sa résidence en signant la déclaration de résidence pas plus qu'elle ne l'a fait en ne redéménageant pas dans les limites de la ville. L'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. De la même façon, la tentative de l'intimée pour affirmer son droit de choisir le lieu où elle veut vivre en refusant de se conformer à l'obligation de résidence n'est pas assimilable à une renonciation à ce droit.

1997 CanLII 335 (SCC)

Under s. 7, a deprivation by the state of an individual's right to life, liberty or security of the person will not violate the Canadian *Charter* unless it contravenes the "principles of fundamental justice". Deciding whether the infringement of a s. 7 right is fundamentally just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement. This balancing is both eminently sensible and perfectly consistent with the aim and import of s. 7, since the notion that individual rights may, in some circumstances, be subordinated to substantial and compelling collective interests is itself a basic tenet of our legal system lying at or very near the core of our most deeply rooted juridical convictions. As well, this balancing process will necessarily be contextual, insofar as the particular right asserted, the extent of its infringement, and the state interests implicated in each particular case will depend largely on the facts. Here, the residence requirement infringes the respondent's right to liberty in a manner that does not conform to the principles of fundamental justice. As justifications for the requirement, the city relied upon three "public interests": (1) the maintenance of a high standard of municipal services, (2) the stimulation of local business and municipal taxation revenue, and (3) the need to ensure that workers performing essential public services are physically proximate to their place of work. The first two cannot provide a sufficiently compelling basis upon which to override the respondent's right to decide where she wishes to live. As for the third one, while in certain circumstances a municipality might well be justified in imposing a residence requirement on employees occupying certain essential positions, the residence requirement at issue is too broad to be upheld on that ground since it applies not only to employees whose functions require that they be proximate to their place of work, but also to all permanent employees of the city hired after the municipal resolution was adopted. Moreover, even if the residence requirement were restricted to emergency workers, the respondent would not fall within that class of employees.

There is no need to examine the violation of s. 7 under s. 1 of the Canadian *Charter*, given that all the considerations pertinent to such an inquiry have already been canvassed in the discussion dealing with fundamental justice. Furthermore, a violation of s. 7 will normally only be justified under s. 1 in the most excep-

Aux termes de l'art. 7, une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par l'État ne contrevient à la *Charte* canadienne que s'il y a manquement aux «principes de justice fondamentale». Pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, soupeser d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit. Cette pondération est tout à fait judicieuse et parfaitement compatible avec l'objet et la portée de l'art. 7, car l'idée que les droits individuels puissent, dans certaines circonstances, être subordonnés à des intérêts collectifs réels et impérieux constitue elle-même un précepte fondamental de notre système juridique autour duquel s'articulent nos convictions juridiques les plus profondes. En outre, le processus de pondération sera nécessairement contextuel puisque, chaque fois, le droit particulier qui est revendiqué, la portée de l'atteinte et les intérêts de l'État en jeu dépendront largement des faits. En l'espèce, l'obligation de résidence porte atteinte au droit à la liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. La ville invoque trois motifs d'«intérêt public» pour justifier cette obligation: (1) le maintien de services municipaux de haute qualité, (2) la stimulation du commerce local et l'accroissement des revenus fiscaux et (3) la nécessité de s'assurer que les travailleurs fournissant des services publics essentiels soient physiquement à proximité de leur lieu de travail. Les deux premiers ne peuvent constituer un motif suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit de l'intimée de décider où elle souhaite vivre. Quant au troisième, bien que, dans certaines circonstances, une municipalité puisse être justifiée d'imposer une obligation de résidence aux employés occupant certains postes essentiels, l'obligation visée en l'espèce est trop large pour être justifiée en raison de ce motif, car elle ne s'applique pas seulement aux employés dont les fonctions exigent qu'ils habitent à proximité de leur lieu de travail, mais à tous les employés permanents de la municipalité engagés après la prise de la résolution municipale. En outre, même si l'obligation de résidence était limitée aux travailleurs appelés à répondre à des urgences, l'intimée n'entre pas dans cette catégorie d'employés.

Il n'est pas nécessaire d'examiner la violation de l'art. 7 en fonction de l'article premier de la *Charte* canadienne, étant donné que l'analyse relative à la justice fondamentale a permis de passer en revue toutes les considérations pertinentes à cet égard. En outre, si tant est qu'une violation de l'art. 7 soit justifiable en vertu de

1997 CanLII 335 (SCC)

tional of circumstances, if at all. Such circumstances do not exist here.

The residence requirement also infringed s. 5 of the Quebec *Charter* by depriving the respondent of the ability to choose where to establish her home. Section 5 protects, among other things, the right to take fundamentally personal decisions free from unjustified external interference. The scope of decisions falling within the sphere of autonomy protected by s. 5 is limited to those choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature. The right to be free from unjustified interference in making the decision as to where to establish and maintain one's home falls squarely within the scope of the Quebec *Charter*'s guarantee of "respect for [one's] private life". Since the residence requirement imposed by the city essentially precluded the respondent from making that choice freely, it violates s. 5. Further, for the reasons given in relation to waiver under the Canadian *Charter*, the respondent did not waive her right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*.

Section 9.1 of the Quebec *Charter*, assuming that it properly applies here, is to be interpreted and applied in the same manner as s. 1 of the Canadian *Charter*. Thus, the party seeking to justify a limitation on a plaintiff's Quebec *Charter* rights under s. 9.1 must bear the burden of proving both that such a limitation is imposed in furtherance of a legitimate and substantial objective and that the limitation is proportional to the end sought, inasmuch as (a) it is rationally connected to that end, and (b) the right is impaired as little as possible. Essentially for the reasons given in the discussion of fundamental justice in the context of s. 7 of the Canadian *Charter*, the first two objectives suggested by the city as the basis for imposing the residence requirement at issue are not so significant or pressing as to justify overriding the respondent's s. 5 right. As regards the third objective, it cannot be concluded that the very broad residence requirement at issue is either rationally connected to the end sought to be achieved, or that it is proportional to it. Moreover, the specific evidence advanced by the city in respect of the justifications it offered was scant and is incapable of permitting the city to discharge its burden of proof. The infringement of the respondent's s. 5 right is thus not justified under s. 9.1.

Per Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: For the reasons given by La Forest J., the city's resolution requiring its employees to reside within its boundaries was invalid because it unjustifiably violated s. 5 of the Quebec

l'article premier, elle ne l'est, normalement, que dans des circonstances exceptionnelles. Ces circonstances sont inexistantes en l'espèce.

L'obligation de résidence, en privant l'intimée de la faculté de choisir son lieu de résidence, enfreint également l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Cette disposition protège notamment le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe indue. La portée des décisions relevant de la sphère d'autonomie protégée par l'art. 5 est limitée aux choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle. Le droit de décider sans intervention injustifiée de l'endroit où établir et maintenir sa résidence est clairement visé par la garantie du droit au «respect de [l]a vie privée» énoncée par la *Charte* québécoise. Comme l'obligation de résidence imposée par la ville a essentiellement empêché l'intimée de faire ce choix librement, elle contrevient à l'art. 5. De plus, pour les raisons exposées relativement à la renonciation à un droit prévu par la *Charte* canadienne, l'intimée n'a pas renoncé au droit au respect de la vie privée prévu par l'art. 5 de la *Charte* québécoise.

En supposant que l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise s'applique bien en l'espèce, il doit être interprété et appliqué de la même manière que l'article premier de la *Charte* canadienne. La partie qui l'invoque pour tenter de justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte* québécoise a donc la charge de prouver que cette limite est imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit est minimale. Essentiellement pour les raisons exposées relativement à la notion de justice fondamentale dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, les deux premiers objectifs sur lesquels la ville dit fonder l'obligation de résidence imposée en l'espèce ne sont pas assez importants ou urgents pour justifier l'atteinte au droit de l'intimée garanti par l'art. 5. Quant au troisième objectif, on ne peut conclure que l'obligation de résidence extrêmement étendue qui est en cause ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi ni qu'elle lui soit proportionnelle. De plus, les éléments de preuve particuliers présentés par la ville à l'appui des justifications invoquées sont insuffisants et ne lui permettent pas de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. L'atteinte au droit garanti par l'art. 5 n'a donc pas été justifiée en vertu de l'art. 9.1.

Les juges Gonthier, Cory et Iacobucci: Pour les motifs exposés par le juge La Forest, la résolution de la ville exigeant que ses employés résident dans ses limites territoriales n'était pas valable parce qu'elle portait

1997 CanLII 335 (SCC)

Charter. The infringement of s. 5 provides a good and sufficient basis for dismissing this appeal and there is thus no need to consider the application of s. 7 of the Canadian *Charter*. The application of s. 7 may have a significant effect upon municipalities and, before reaching a conclusion on an issue that need not be considered in determining the appeal, it would be preferable to hear further argument with regard to it, including the submissions of interested parties and intervening Attorneys General.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ.: The city's residence requirement infringes the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter* and is not justified under s. 9.1. This is sufficient to dispose of the appeal. It is unnecessary and perhaps imprudent to consider whether the residence requirement infringes s. 7 of the Canadian *Charter* in the absence of submissions from interested parties.

Section 5 of the Quebec *Charter* protects an employee's decision where to live as an aspect of his or her right to privacy. A municipality that seeks to uphold a residence requirement that infringes that section under s. 9.1 of the Quebec *Charter* must demonstrate that the requirement is imposed to advance a legitimate and substantial objective, and that the requirement is proportional to this objective, in that it is both rationally connected to the objective and constitutes a minimal impairment of the right protected by s. 5. These criteria must be applied flexibly and in a manner that is sensitive to the particular context and factual circumstances of each case. The objectives of improving the quality of services by fostering loyalty, of supporting the local economy, and of ensuring that certain essential employees be readily available are often invoked by municipalities to support a residence requirement. Under s. 9.1, these objectives may, depending on the circumstances of a case, be sufficiently compelling to justify an infringement of the employee's right to privacy. In the particular circumstances of this case, however, none of these objectives were sufficiently compelling to justify such an infringement.

(2) *Cross-appeal*

The issuance of the rectificatory judgment did not amount to re-examining a matter that was already *res*

atteinte de façon injustifiable à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. La violation de l'art. 5 constitue un motif suffisant pour rejeter le présent pourvoi et il n'est donc pas nécessaire d'examiner l'application de l'art. 7 de la *Charte* canadienne. L'application de l'art. 7 peut avoir un effet considérable sur les municipalités et, avant de parvenir à une conclusion à l'égard d'une question qui n'a pas à être examinée pour déterminer l'issue du pourvoi, il serait préférable d'entendre d'autres arguments sur cette question, y compris les observations des parties concernées et des procureurs généraux intervenants.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major: L'obligation de résidence imposée par la ville porte atteinte au droit au respect de la vie privée reconnu à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte* québécoise et n'est pas justifiée par l'art. 9.1. C'est suffisant pour statuer sur le pourvoi. Il est inutile et peut-être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte* canadienne en l'absence d'observations des parties intéressées.

L'article 5 de la *Charte* québécoise protège la décision d'un employé quant au choix de son lieu de résidence parce que cette décision relève du droit au respect de la vie privée. La municipalité qui cherche à maintenir une obligation de résidence portant atteinte à l'art. 5 en invoquant l'art. 9.1 doit démontrer que l'obligation est imposée pour réaliser un objectif légitime et important, et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit protégé par l'art. 5 est minimale. Ces critères doivent être appliqués avec souplesse et d'une manière adaptée au contexte particulier et aux circonstances factuelles de chaque espèce. Les objectifs consistant à améliorer la qualité des services en encourageant la loyauté, à stimuler l'économie locale et à garantir que certains employés fournissant des services essentiels sont rapidement prêts à travailler, sont souvent invoqués par les municipalités à l'appui d'obligations de résidence. Sous le régime de l'art. 9.1, ces objectifs peuvent, tout dépendant des faits, être suffisamment impérieux pour justifier une atteinte au droit des employés au respect de leur vie privée. Dans les circonstances particulières de l'espèce, toutefois, aucun des objectifs mentionnés n'est suffisamment impérieux pour justifier une telle atteinte.

(2) *Pourvoi incident*

Le jugement rectificatif n'a pas statué de nouveau sur une chose jugée. La Cour d'appel tentait tout au plus de

1997 CanLII 335 (SCC)

judicata. The reasons of the rectificatory judgment constituted nothing more than an attempt by the Court of Appeal to formalize with precision the conclusion it had reached in its previous judgment. Moreover, the issuance of the rectificatory judgment did not have any detrimental effect on the city's legal position. The phrase "without prejudice to any of the [respondent's] rights or remedies arising from this judgment" did not confer upon her a right to pursue further recourses to recover the "interim damages", but confirmed that in formalizing its refusal to award the "interim damages", the Court of Appeal did not want to be taken as having altered any findings it had made in its previous judgment.

The Court of Appeal's refusal to permit the respondent to introduce evidence with respect to the quantum of the "interim damages" during the oral hearing itself did not constitute reversible error. To allow this evidence to be introduced at that stage would not have given the city ample opportunity to verify the figures the respondent claimed represented her losses. Moreover, under art. 199 *C.C.P.*, the respondent could have presented evidence in respect of the "interim damages" claim not only as part of the appeal itself but also at any time before judgment. No attempt to quantify the "interim damages" in accordance with the appropriate procedure was made. The Court of Appeal's refusal to grant the "interim damages" was thus not based on some procedural error on its part. Rather, it was based on the fact that no evidence as to quantum had ever been properly placed before it.

Finally, the Court of Appeal did not err in failing to request that the parties submit additional argument in respect of the "interim damages" claim, or to remand the matter to the Superior Court. Article 523 *C.C.P.* confers a discretion on the Court of Appeal to act in the interests of justice and to make whatever orders it deems necessary in order to safeguard the rights of the parties. Here, the Court of Appeal simply chose not to exercise that discretion. Given the clear opportunities the respondent had to present evidence in respect of her "interim damages", this Court should not interfere with that decision.

préciser formellement la conclusion à laquelle elle était parvenue dans son jugement antérieur. En outre, le jugement rectificatif n'a eu aucun effet préjudiciable sur la position juridique de la ville. Les mots «tout en réservant à l'[intimée] tous ses droits et recours découlant du présent arrêt» ne donnaient pas à celle-ci le droit de rechercher le recouvrement des «dommages-intérêts ultérieurs» par d'autres voies de recours, mais confirmaient que la Cour d'appel, en exprimant formellement son refus d'octroyer des «dommages-intérêts ultérieurs», ne voulait pas donner à penser qu'elle modifiait les conclusions formulées dans son jugement antérieur.

Le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les «dommages-intérêts ultérieurs» pendant l'audition de l'appel lui-même ne constituait pas une erreur justifiant infirmation. Si la présentation de cette preuve avait été autorisée à ce stade, la ville n'aurait pas disposé d'assez de temps pour vérifier les chiffres présentés par l'intimée comme le montant de la perte subie. En outre, en application de l'art. 199 *C.p.c.*, la présentation de la preuve relative aux «dommages-intérêts ultérieurs» aurait pu se faire non seulement au cours de l'appel lui-même, mais aussi à tout moment avant le prononcé du jugement. L'intimée n'a pas tenté d'établir le montant des «dommages-intérêts ultérieurs» conformément aux règles applicables. Le refus de la Cour d'appel d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs» ne découlait donc pas d'une erreur procédurale de sa part. Il reposait tout simplement sur le fait qu'aucun élément de preuve relatif au montant de ceux-ci ne lui avait été régulièrement présenté.

Finalement, la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en ne demandant pas aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires relativement à la demande de «dommages-intérêts ultérieurs» ou en ne renvoyant pas la question à la Cour supérieure. L'article 523 *C.p.c.* confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle exerce dans l'intérêt de la justice et qui lui permet de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour préserver les droits des parties. En l'espèce, la Cour d'appel a simplement choisi de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire. Compte tenu du fait que l'intimée avait clairement la possibilité de présenter des éléments de preuve au sujet des «dommages-intérêts ultérieurs», notre Cour ne devrait pas modifier cette décision.

1997 CanLII 335 (SCC)

Cases Cited

By La Forest J.

Applied: *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **not followed:** *Ector v. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973); *Kennedy v. City of Newark*, 148 A.2d 473 (1959); *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976); **referred to:** *McDermott v. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Halifax (City of) v. Read*, [1928] S.C.R. 605; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588; *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 v. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* denied, 424 U.S. 977 (1976); *Detroit Police Officers Ass'n v. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appeal dismissed for want of substantial federal question, 405 U.S. 950 (1972); *Hanson v. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (1973); *Andre v. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (1977);

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt appliqué: *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **arrêts non suivis:** *Ector c. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973); *Kennedy c. City of Newark*, 148 A.2d 473 (1959); *McCarthy c. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976); **arrêts mentionnés:** *McDermott c. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91; *Halifax (City of) c. Read*, [1928] R.C.S. 605; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588; *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 c. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* refusé, 424 U.S. 977 (1976); *Detroit Police Officers Ass'n c. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appel rejeté en raison de l'absence d'une importante question de nature fédérale, 405 U.S. 950 (1972); *Hanson c. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte*

1997 CanLII 335 (SCC)

Salem Blue Collar Workers Ass'n v. City of Salem, 33 F.3d 265 (1994); *Donnelly v. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971); *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647; *Reid v. Belzile*, [1980] C.S. 717; *Centre local de services communautaires de l'Érable v. Lambert*, [1981] C.S. 1077; *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570; *The Gazette (Division Southam Inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713; *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299.

By Cory J.

Applied: *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **referred to:** *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084.

By Major J.

Referred to: *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the charter of the city of Longueuil, S.Q. 1982, c. 81, art. 3 [amending the *Cities and Towns Act* for the city of Longueuil by replacing s. 52 and adding ss. 52.1 to 52.14].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 15, 32(1).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, ss. 1 [am. 1982, c. 61, s. 1], 3, 5, 6, 9.1 [ad. *idem*, s. 2], 10 [am. *idem*, s. 3].
Cities and Towns Act, R.S.Q., c. C-19.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 1379, 1437.
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, arts. 199, 523 [am. 1985, c. 29, s. 11].
International Convenant on Civil and Political Rights, Can. T.S. 1976 No. 47, Art. 12(1).
Police Act, R.S.Q., c. P-13, s. 65(*d*).

Authors Cited

Chevrette, François. "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit". Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal: Thémis, 1989, 71.

County, Kan., 364 F. Supp. 330 (1973); *Andre c. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (1977); *Salem Blue Collar Workers Ass'n c. City of Salem*, 33 F.3d 265 (1994); *Donnelly c. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971); *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647; *Reid c. Belzile*, [1980] C.S. 717; *Centre local de services communautaires de l'Érable c. Lambert*, [1981] C.S. 1077; *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570; *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713; *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299.

Citée par le juge Cory

Arrêt appliqué: *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73; **arrêt mentionné:** *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084.

Citée par le juge Major

Arrêt mentionné: *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 15, 32(1).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 1 [mod. 1982, ch. 61, art. 1], 3, 5, 6, 9.1 [aj. *idem*, art. 2], 10 [mod. *idem*, art. 3].
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1379, 1437.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 199, 523 [mod. 1985, ch. 29, art. 11; mod. 1992, ch. 57, art. 422].
Loi de police, L.R.Q., ch. P-13, art. 65*d*).
Loi modifiant la charte de la Ville de Longueuil, L.Q. 1982, ch. 81, art. 3 [modifiant la *Loi sur les cités et villes* pour la Ville de Longueuil en remplaçant l'art. 52 et en ajoutant les art. 52.1 à 52.14].
Loi sur les cités et villes, L.R.Q., ch. C-19.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, R.T. Can. 1976 nº 47, Art. 12(1).

Doctrine citée

Chevrette, François. «La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit». Dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis*. Montréal: Thémis, 1989, 71.

1997 CanLII 335 (SCC)

Hampton, Thomas A. "An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements" (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195.

Lefebvre, Brigitte. "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec". Dans *Développements récents en droit civil (1994)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.

Molinari, Patrick A., et Pierre Trudel. "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications". Dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 197.

Myers, Ross S. "The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look" (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24.

Note. "Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection" (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Singleton, Thomas J. "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] Q.J. Nos. 686 and 874 (QL), setting aside a judgment of the Superior Court, [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. Appeal and cross-appeal dismissed.

Jean-Jacques Rainville and *Réjean Rioux*, for the appellant/respondent on cross-appeal.

France Saint-Laurent and *Richard Bertrand*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Isabelle Harnois, for the *mis en cause*.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. were delivered by

1 MAJOR J. — I have read the reasons of my colleagues Justice La Forest and Justice Cory and I agree with Cory J. that the appeal should be dismissed on the basis that the residence requirement imposed by the appellant infringes the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and is not justified under s. 9.1. This is suffi-

Hampton, Thomas A. «An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements» (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195.

Lefebvre, Brigitte. «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec». Dans *Développements récents en droit civil (1994)*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1994, 149.

Molinari, Patrick A., et Pierre Trudel. «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications». Dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1988, 197.

Myers, Ross S. «The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look» (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24.

Note. «Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection» (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Singleton, Thomas J. «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter» (1995), 74 *R. du B. can.* 446.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] A.Q. nos 686 et 874 (QL), qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure, [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Jean-Jacques Rainville et *Réjean Rioux*, pour l'appelante/intimée dans le pourvoi incident.

France Saint-Laurent et *Richard Bertrand*, pour l'intimée/appelante dans le pourvoi incident.

Isabelle Harnois, pour le mis en cause.

Version française des motifs du juge en chef Lamer et des juges Sopinka et Major rendus par

LE JUGE MAJOR — J'ai lu les motifs de mes collègues le juge La Forest et le juge Cory, et je suis d'accord avec le juge Cory pour dire que le pourvoi devrait être rejeté parce que l'obligation de résidence imposée par l'appelante porte atteinte au droit au respect de la vie privée reconnu à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, et

1997 CanLII 335 (SCC)

cient to dispose of the appeal. With respect to those of my colleagues who hold the contrary view, I agree with Cory J. that it is unnecessary and perhaps imprudent to consider whether the residence requirement infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in the absence of submissions from interested parties and I too express no opinion on this issue.

n'est pas justifiée par l'art. 9.1. C'est suffisant pour statuer sur le pourvoi. Sauf le respect que je dois à mes collègues qui pensent le contraire, je conviens avec le juge Cory qu'il est inutile et peut-être imprudent d'examiner la question de savoir si l'obligation de résidence porte atteinte à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* en l'absence d'observations des parties intéressées, et je m'abstiens aussi de me prononcer sur cette question.

Like Cory J., I agree with La Forest J. that s. 5 of the Quebec *Charter* protects the respondent's decision where to live as an aspect of her right to privacy, and that the residence requirement in this appeal is not justified under s. 9.1. I do not agree that the scope for justification of conditions of employment by municipalities should be as limited as that outlined by my colleagues.

2 Comme le juge Cory, je suis d'accord avec le juge La Forest pour dire que l'art. 5 de la *Charte* québécoise protège le choix d'un lieu de résidence par l'intimée parce que cette décision relève du droit au respect de la vie privée, et que l'obligation de résidence visée par le présent pourvoi n'est pas justifiée par l'art. 9.1. En revanche, j'estime que la justification des conditions d'emploi fixées par les municipalités ne devrait pas être aussi restreinte que l'ont indiqué mes collègues.

This Court held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at p. 770, that s. 9.1 of the Quebec *Charter* is a justificatory provision corresponding to s. 1 of the Canadian *Charter* and that it is to be interpreted and applied in the same manner. Therefore, a municipality that seeks to uphold a residence requirement that infringes s. 5 under s. 9.1 must demonstrate that the requirement is imposed to advance a legitimate and substantial objective, and that the requirement is proportional to this objective, in that it is both rationally connected to the objective and constitutes a minimal impairment of the right protected by s. 5.

3 Notre Cour a statué dans *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, à la p. 770, que l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise est une disposition justificative correspondant à l'article premier de la *Charte* canadienne et doit être interprété et appliqué de la même manière. Par conséquent, la municipalité qui cherche à maintenir une obligation de résidence portant atteinte à l'art. 5 en invoquant l'art. 9.1 doit démontrer que l'obligation est imposée pour réaliser un objectif légitime et important, et que l'obligation est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit protégé par l'art. 5 est minimale.

These criteria must be applied flexibly and in a manner that is sensitive to the particular context and factual circumstances of each case. An objective which is sufficiently compelling in one case may not meet the standard in a different context. A particular residence requirement may be proportional to a stated objective in one context but not in another. In particular, whether an objective is sufficiently compelling and whether a residence requirement is proportional to this objective will depend on a number of factors, including the nature of the objective, the duties of the affected

4 Ces critères doivent être appliqués avec souplesse et d'une manière adaptée au contexte particulier et aux circonstances factuelles de chaque espèce. Il se peut qu'un objectif suffisamment impérieux dans un cas ne respecte pas la norme dans un contexte différent. Une obligation de résidence particulière peut être proportionnelle à un objectif déclaré dans un contexte, mais pas dans un autre. En particulier, les questions de savoir si un objectif est suffisamment impérieux et si une obligation de résidence est proportionnelle à cet objectif seront fonction d'un certain nombre de facteurs,

1997 CanLII 335 (SCC)

employee, the scope and duration of the residence requirement, and the size, population and characteristics of the municipality.

5 Broadly speaking, there appear to be three objectives which municipalities seek to advance by requiring municipal employees to reside within their boundaries. It may be useful to provide a brief outline of the circumstances in which an objective may be sufficiently compelling and a residence requirement may be sufficiently proportional to this objective to meet the standard imposed by s. 9.1.

6 The first objective invoked is improving the job performance of municipal employees and therefore the quality of the services they provide to residents. It is stated that the performance of municipal employees will be enhanced by requiring them to reside within the municipality for several reasons. One, as residents they will be better acquainted with the community's problems and needs. Also, as residents they will have a greater personal stake in the welfare of the community, and thereby a greater incentive to perform. Similarly, requiring municipal employees to reside within the community will instil in them a greater sense of pride, commitment and loyalty. Finally, requiring municipal employees to be residents promotes their identity within the community, which in turn bolsters the confidence of residents in their local government.

7 La Forest J. concludes that the objective of improving the quality of services by fostering greater loyalty will never be sufficiently compelling to justify a residence requirement under s. 9.1. With respect, I disagree.

8 In my opinion there can be cases in which this objective will be sufficient. It will depend on the circumstances. In this regard, several factors are relevant. An important consideration is the nature of the affected employee's duties. Fostering a sense of loyalty is more important for high level

dont la nature de l'objectif, les fonctions exercées par l'employé touché, l'étendue et la durée de l'obligation de résidence, et la taille, la population et les caractéristiques de la municipalité.

En gros, il paraît y avoir trois objectifs que les municipalités cherchent à atteindre en obligeant les employés municipaux à résider dans les limites de leur territoire. Il peut être utile de donner un aperçu des circonstances dans lesquelles un objectif peut être suffisamment impérieux et une obligation de résidence suffisamment proportionnelle à cet objectif pour respecter la norme imposée par l'art. 9.1.

Le premier objectif invoqué est l'amélioration du rendement des employés municipaux et, par conséquent, de la qualité des services qu'ils fournissent aux résidents. Selon l'appelante, les employés municipaux auront un meilleur rendement si on les oblige à résider dans les limites de la municipalité pour plusieurs raisons. D'abord, ils seront mieux renseignés sur les problèmes et les besoins de la collectivité. Ensuite, ils auront un plus grand intérêt personnel pour le bien-être de la collectivité et, par le fait même, seront plus motivés dans leur travail. De même, l'obligation faite aux employés municipaux de résider dans les limites de la collectivité leur insufflera plus de fierté, d'ardeur au travail et de loyauté. Enfin, l'obligation de résidence à laquelle sont tenus les employés municipaux contribue à établir leur identité au sein de la collectivité, et ce facteur renforce à son tour la confiance des résidents dans l'administration municipale.

Le juge La Forest conclut que l'objectif consistant à améliorer la qualité des services en encourageant une plus grande loyauté ne sera jamais assez impérieux pour justifier une obligation de résidence en vertu de l'art. 9.1. Avec égards, je ne suis pas de cet avis.

Selon moi, il peut y avoir des situations dans lesquelles cet objectif sera suffisant. Cela dépendra des circonstances. À cet égard, plusieurs facteurs sont pertinents. La nature des fonctions exercées par l'employé visé est un facteur important. Il est plus important d'encourager la loyauté des fonc-

1997 CanLII 335 (SCC)

officials charged with making policy decisions, such as the mayor or municipal councillors, than for support staff or routine labour. It seems reasonable to require those who make policy decisions affecting a community to reside within that community. Other factors to consider include the size, population and characteristics of the community. This objective is more compelling in a small town or a rural area where municipal employees are more easily identifiable by other residents than in the anonymity of a large city.

La Forest J. concludes that, even if the objective of improving the quality of services were sufficiently compelling, it is unclear whether requiring employees to reside within the municipality would achieve this goal. In short, he doubts whether there is a rational connection between improving the quality of services and a residence requirement. He also concludes that a residence requirement will never be the least intrusive means of achieving this objective. With respect, I do not think that necessarily follows and doubt that such a proposition can be conclusively stated. The facts surrounding the residency requirement will determine the result. The vagaries of life and particularly those of municipalities preclude such a generalization.

The objective of improving services and fostering loyalty by residential requirements suffers in this case from a lack of compelling evidence. The respondent was employed as a radio operator for the Longueuil police force. Given her duties, it is unlikely that requiring her to live within the City of Longueuil would improve the quality of her work or instil a greater pride among its residents. Furthermore, the City of Longueuil is an urban municipality with a sizeable population within the metropolitan region of Montreal. The boundaries of urban municipalities such as the City of Longueuil are not clearly identifiable, as one municipality overlaps the other. It is highly unlikely that a municipal employee in the respon-

tionnaires de haut niveau qui sont chargés de prendre des décisions stratégiques, comme le maire ou les conseillers municipaux, que des employés de soutien ou du personnel accomplissant des tâches courantes. Il semble raisonnable d'obliger les personnes qui prennent des décisions stratégiques touchant une collectivité à résider dans cette collectivité. La taille, la population et les caractéristiques de la collectivité sont d'autres facteurs à prendre en considération. Cet objectif est plus impérieux dans une petite ville ou une région rurale où les employés municipaux sont plus facilement reconnaissables que dans l'anonymat d'une grande ville.

9 Le juge La Forest conclut que, même si l'objectif consistant à améliorer la qualité des services était suffisamment impérieux, on ne sait pas encore très bien si le fait d'obliger les employés à résider dans les limites de la municipalité permettrait d'atteindre cet objectif. Bref, le juge La Forest doute qu'il existe un lien rationnel entre l'amélioration de la qualité des services et l'obligation de résidence. Il conclut en outre que l'obligation de résidence ne sera jamais le moyen le moins attentatoire de réaliser cet objectif. Avec égards, je ne pense pas que ce soit là une conséquence nécessaire et je doute qu'on puisse faire pareille affirmation d'une façon catégorique. Les faits se rapportant à l'obligation de résidence détermineront le résultat. Les impondérables de la vie et particulièrement ceux des municipalités empêchent de faire une telle généralisation.

10 Le problème en l'espèce c'est qu'aucun élément de preuve convaincant n'appuie l'objectif consistant à améliorer les services et à encourager la loyauté au moyen d'une obligation de résidence. L'intimée travaillait comme préposée aux télécommunications pour le service de police de Longueuil. Vu ses fonctions, il est peu probable que le fait de l'obliger à vivre dans les limites de la ville de Longueuil améliorerait la qualité de son travail ou inspirerait plus de fierté aux résidents. Au surplus, la ville de Longueuil est une municipalité urbaine ayant une population assez considérable et située dans la région métropolitaine de Montréal. Les limites de municipalités urbaines comme la ville de Longueuil ne sont pas nettement recon-

1997 CanLII 335 (SCC)

dent's position would be identifiable to members of the local community.

11 The second objective often invoked to justify a requirement that municipal employees live within the municipality is that of supporting the local economy. Municipal employees who reside within the municipality will contribute to the local economy as consumers and to the local municipal tax base either directly as taxpayers, or indirectly as tenants. In some measure, the taxpayers of the municipality will witness some of their taxes being returned to the benefit of the community. La Forest J. concludes that this will never be a sufficiently compelling objective to justify an infringement of s. 5 under s. 9.1. I disagree. The sensitivity of the community to this conclusion will also be a question of fact. There may be cases where this objective, on the facts, will be sufficiently important to justify an infringement of s. 5. Economic concerns and employee recognition may be of greater importance in a small town or rural community than in a large city. This objective was not supported by any evidence to give it a compelling quality in this case.

12 The third and final objective which is invoked to justify the imposition of a residence requirement is that of ensuring that certain employees who provide essential services are readily available. Again, whether this objective is sufficiently compelling will depend on the particular circumstances of the case. An important factor to consider is the nature of the duties of the affected employee. This objective will be sufficiently compelling for emergency personnel, such as police officers, firefighters and ambulance personnel, given the obvious importance of ensuring that they are able to respond promptly in times of urgent need. It also seems clear that requiring these employees to live within the municipality is rationally connected to the objective of ensuring they are readily available. It

naissables vu le chevauchement des municipalités. Il est très improbable que des membres de la collectivité locale reconnaissent un employé municipal occupant un poste comme celui de l'intimée.

La stimulation de l'économie locale est le deuxième objectif souvent invoqué pour justifier l'obligation faite aux employés municipaux de vivre dans les limites de la municipalité. Les employés municipaux qui résident dans la municipalité contribuent à l'économie locale en tant que consommateurs et à l'assiette fiscale municipale soit directement en tant que contribuables soit indirectement en tant que locataires. Dans une certaine mesure, les contribuables de la municipalité verront le retour d'une partie de leurs impôts au bénéfice de la collectivité. Le juge La Forest conclut qu'il ne s'agira jamais d'un objectif suffisamment impérieux pour justifier une atteinte à l'art. 5 en vertu de l'art. 9.1. Je ne partage pas cette opinion. La sensibilité de la collectivité à cette conclusion sera également une question de fait. Il peut y avoir des cas dans lesquels cet objectif, eu égard aux faits, sera suffisamment important pour justifier une atteinte à l'art. 5. Des considérations économiques et la reconnaissance des employés peuvent avoir plus d'importance dans une petite ville ou une collectivité rurale que dans une grande ville. En l'espèce, cet objectif n'était appuyé par aucun élément de preuve lui donnant un caractère impérieux.

Le troisième et dernier objectif invoqué pour justifier l'imposition de l'obligation de résidence est celui qui consiste à garantir que certains employés fournissant des services essentiels sont rapidement disponibles. Une fois de plus, la question de savoir si cet objectif est suffisamment impérieux sera fonction des circonstances particulières de l'espèce. La nature des fonctions de l'employé visé est un facteur important à prendre en considération. Cet objectif sera suffisamment impérieux dans le cas du personnel affecté aux urgences comme les policiers, les pompiers et le personnel d'ambulance vu l'importance manifeste de garantir qu'ils sont en mesure de réagir promptement en cas de besoin urgent. Il semble également évident qu'il existe un lien rationnel entre

1997 CanLII 335 (SCC)

is impossible to speculate with accuracy, as even this requirement may not be the least intrusive means of achieving this objective as it may be obtained by simply requiring employees to live within a certain distance. This illustrates the need to support the objective with persuasive evidence.

l'obligation qui est faite à ces employés de résider dans les limites de la municipalité et l'objectif visant à garantir qu'ils sont rapidement disponibles. Il est impossible d'émettre des hypothèses précises, étant donné que même cette obligation peut ne pas être le moyen le moins attentatoire d'atteindre cet objectif, vu qu'on peut le réaliser simplement en obligeant les employés à vivre à une certaine distance. Cet exemple montre qu'il faut présenter des éléments de preuve convaincants au soutien de cet objectif.

I agree with La Forest J. that the evidence was insufficient to justify the residence requirement that was imposed on the respondent in this case on the basis of this third objective. As he points out, the residence requirement was imposed on all of the appellant's permanent employees. In view of the respondent's employment as a radio operator for the police force, and the absence of a justification for the residency requirement, the requirement in these circumstances is unreasonable.

13 Je conviens avec le juge La Forest que la preuve était insuffisante pour justifier l'obligation de résidence qui a été imposée à l'intimée en l'espèce sur la base de ce troisième objectif. Comme le juge La Forest le fait remarquer, l'obligation de résidence a été imposée à tous les employés permanents de l'appelante. Comme l'intimée travaillait à titre de préposée aux télécommunications pour le service de police et vu l'absence d'une justification de l'obligation de résidence, cette obligation est abusive dans les circonstances.

In the particular circumstances of this case, none of the objectives referred to are sufficiently compelling to justify the infringement of the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*, and I would dismiss the appeal.

14 Dans les circonstances particulières de l'espèce, aucun des objectifs mentionnés n'est suffisamment impérieux pour justifier l'atteinte au droit au respect de la vie privée garanti à l'intimée par l'art. 5 de la *Charte* québécoise, et je rejetterais le pourvoi.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et McLachlin rendus par

LA FOREST J. — In modern times, the ability of individuals to make decisions free from unwelcome external interference is increasingly under pressure. Whether that pressure finds its roots in changing patterns of social organization, in technological advancements, in governmental action, or in some other source, its net effect has largely been to whittle down the scope of personal freedom. While the exigencies of community life clearly preclude the possibility that individuals could ever be guaranteed an untrammelled right to do as they please, the basic ability to make fundamentally private choices unfettered by undesired restrictions demands protection under law, such that it can only be overridden where other pressing concerns

15 LE JUGE LA FOREST — À notre époque, la faculté de prendre des décisions sans intervention extérieure malvenue se heurte de plus en plus à des contraintes. Que cette situation découle de la modification de l'organisation sociale, du progrès technologique, de l'action gouvernementale ou d'une autre cause, elle a principalement comme effet de restreindre le champ des libertés individuelles. Bien que les exigences de la vie en société s'opposent, bien sûr, à ce que soit garanti à chacun le droit absolu d'agir comme bon lui semble, la faculté fondamentale des individus de faire des choix essentiellement privés sans subir de restrictions inopportunes commande la protection de la loi, de manière que seules des considérations

1997 CanLII 335 (SCC)

so dictate. The central issue raised in this appeal is whether the choice of where to establish one's home falls within that narrow sphere of personal decision-making deserving of the law's protection and whether, even if it does, other important considerations might nevertheless take precedence over it. More specifically, the appeal raises the question whether, on pain of termination, the appellant municipality can legitimately require all its permanent employees — including the respondent — to live within the territorial limits of the city and to maintain their homes there for the duration of their employment. The main appeal also raises a threshold issue concerning the applicability of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* to municipalities. The cross-appeal concerns whether, for procedural reasons, the respondent is precluded from recovering a portion of the damages she suffered after being dismissed by the appellant for failing to abide by the terms of the residence requirement.

I. Facts

16 The respondent, Michèle Godbout, was hired by the appellant municipality, the City of Longueuil, as a short-term employee on June 7, 1985. She initially held a position as an archivist, but later assumed a post as a radio operator for the Longueuil police force. As a condition of obtaining permanent employment, Ms. Godbout was required on February 17, 1986 to sign a declaration promising that she would establish her principal residence in Longueuil and that she would continue to live there for as long as she remained in the appellant's employ. The declaration also provided that if she moved out of Longueuil for any reason, she could be dismissed without notice. The document signed by Ms. Godbout read as follows:

[TRANSLATION]

DECLARATION OF PLACE OF ORDINARY RESIDENCE

I hereby undertake to establish my ordinary residence on the territory and within the limits of the City of Longueuil within a maximum of sixteen (16) months from the date on which I am hired.

importantes puissent faire obstacle à son exercice. La question cruciale que soulève le présent pourvoi est de savoir si cette sphère limitée d'indépendance décisionnelle méritant protection juridique comprend le choix d'un lieu pour établir sa demeure et, dans l'affirmative, si d'autres considérations importantes pourraient néanmoins avoir préséance. Plus particulièrement, la Cour doit déterminer si la municipalité appelante peut légitimement obliger, sous peine de congédiement, ses employés permanents — y compris l'intimée — à vivre dans les limites territoriales de la ville et à y demeurer pendant toute la durée de leur emploi. Le pourvoi principal soulève en outre la question préliminaire de l'applicabilité de la *Charte canadienne des droits et libertés* aux municipalités. Quant au pourvoi incident, il porte sur la question de savoir si des motifs d'ordre procédural s'opposent à ce que l'intimée puisse être indemnisée d'une partie du préjudice qu'elle a subi après avoir été congédiée par l'appelante pour ne pas s'être conformée à l'obligation de résidence.

I. Les faits

L'intimée, M^me^ Michèle Godbout, a été embauchée par la municipalité appelante, la ville de Longueuil, comme employée auxiliaire, le 7 juin 1985. Elle a d'abord occupé un poste d'archiviste, puis elle a travaillé comme préposée aux télécommunications pour le service de police. Le 17 février 1986, M^me^ Godbout a dû, pour obtenir sa permanence, signer une déclaration dans laquelle elle s'engageait à établir sa résidence principale à Longueuil et à y habiter tout le temps qu'elle travaillerait pour la municipalité. La déclaration stipulait également que si elle quittait Longueuil, pour quelque raison que ce soit, elle pourrait être congédiée sans avis. Le document signé par M^me^ Godbout est ainsi conçu:

DÉCLARATION DE LIEU DE RÉSIDENCE HABITUELLE

Je m'engage, par la présente, à établir ma résidence habituelle sur le territoire et dans les limites de la Ville de Longueuil dans un délai maximum de seize (16) mois à compter de la date de mon embauchage.

1997 CanLII 335 (SCC)

I further undertake to maintain my ordinary residence on the territory and within the limits of the City of Longueuil for as long as I am employed by the City of Longueuil.

I understand and agree that failure to fulfill the above conditions will justify my dismissal, without further notice.

The residence requirement imposed by the declaration was based on Resolution CE 84-1491, which was passed by the Executive Committee of the appellant municipality on October 23, 1984. The relevant portions of that resolution provided as follows:

[TRANSLATION]

WHEREAS the Executive Committee has read the personnel adviser's report dated October 15, 1984;

IN VIEW OF the recommendations made by the director of personnel and the director general on October 15 and 18, 1984;

IT IS UNANIMOUSLY RESOLVED:

TO APPROVE the "Declaration of place of ordinary residence" form, which the Personnel Branch must have signed by every new employee hired to fill a regular position with a view to becoming permanent.

Resolution CE 84-1491 was later adopted by the Municipal Council through Resolution CM 84-1286, dated November 7, 1984.

On May 21, 1986, the respondent's position became permanent. Approximately one year later, and after she had informed her superiors of her intention to do so, the respondent purchased a house in the neighbouring municipality of Chambly and moved there with her boyfriend. On January 19, 1988, the head of the appellant's personnel department approached the respondent with the aim of persuading her to move back to Longueuil. The respondent refused, and her employment was terminated by the appellant on February 17, 1988. The appellant admits that the only reason it dismissed the respondent was the fact that she moved out of Longueuil.

Je m'engage également, par la présente, à maintenir ma résidence habituelle sur le territoire et dans les limites de la Ville de Longueuil, pour toute la durée de mon emploi à la Ville de Longueuil.

Je comprends et j'accepte que le défaut de remplir les conditions ci-haut décrites justifiera mon renvoi, sans autre avis.

L'obligation de résidence stipulée dans la déclaration était fondée sur la résolution CE 84-1491, prise par le comité exécutif de la municipalité appelante le 23 octobre 1984. Voici les extraits pertinents de cette résolution:

ATTENDU QUE le Comité exécutif a pris connaissance du rapport du conseiller en personnel daté du 15 octobre 1984;

CONSIDÉRANT les recommandations du directeur du personnel et du directeur général datées des 15 et 18 octobre 1984;

IL EST RÉSOLU UNANIMEMENT:

D'APPROUVER la formule «Déclaration de lieu de résidence habituelle» que la Direction du personnel devra faire signer par tous les nouveaux employés qui seront embauchés dans un poste régulier et dans le but de devenir permanents.

Le conseil municipal, par la résolution CM 84-1286, datée du 7 novembre 1984, a adopté la résolution CE 84-1491.

Le 21 mai 1986, l'intimée a obtenu sa permanence. À peu près un an plus tard, et après avoir informé ses supérieurs de son intention, l'intimée a acheté une maison dans la municipalité voisine de Chambly et y a emménagé avec son conjoint de fait. Le 19 janvier 1988, le directeur du personnel de l'appelante s'est adressé à l'intimée en vue de la persuader de revenir à Longueuil. Cette dernière a refusé, et l'appelante a mis fin à son emploi le 17 février 1988. L'appelante reconnaît avoir congédié l'intimée uniquement parce qu'elle avait déménagé hors de Longueuil.

17

1997 CanLII 335 (SCC)

18 The respondent brought an action in the Superior Court of Quebec seeking damages and reinstatement in her position. The action was dismissed with costs on March 31, 1989: [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. An appeal to the Court of Appeal was allowed on September 14, 1995 and damages in the amount of $10,763.47 were awarded: [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] Q.J. No. 686 (QL). The respondent then brought a motion for rectification in respect of the Court of Appeal's formal judgment order, alleging that the court did not make a conclusive finding with respect to certain aspects of the damages claim. The Court of Appeal granted the respondent's motion and amended its reasons on November 15, 1995: [1995] Q.J. No. 874 (QL). It did not, however, accede to the respondent's request to recover the damages that had not been awarded in the September 14 decision. On October 3, 1996, this Court granted the appellant's motion for leave to appeal on the substantive issues as well as the respondent's motion for leave to cross-appeal on the damages issue: [1996] 3 S.C.R. xiv.

II. Judicial History

A. *Superior Court of Quebec*, [1989] R.J.Q. 1511

19 The respondent raised two main issues before Turmel J.: (a) whether the resolutions implementing the residence requirement were properly adopted by the Municipal Council; and (b) whether, even if they were, the residence requirement was nevertheless void as violating either the Canadian *Charter* or the Quebec *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, or both. While the appellant initially raised a number of subsidiary arguments, it later abandoned them, and the case proceeded on the basis that the only issues to be resolved were those raised by the respondent.

20 In respect of the first main issue, the respondent made two submissions. First, she alleged that under the *Charter of the City of Longueuil*, the Longueuil Municipal Council did not have the

L'intimée a intenté une action devant la Cour supérieure du Québec pour obtenir des dommages-intérêts et pour être réintégrée dans ses fonctions. La Cour a rejeté l'action avec dépens le 31 mars 1989: [1989] R.J.Q. 1511, 48 M.P.L.R. 307, 12 C.H.R.R. D/141. L'appel interjeté devant la Cour d'appel a été accueilli le 14 septembre 1995, et cette cour a accordé des dommages-intérêts de 10 763,47 $: [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, [1995] A.Q. nº 686 (QL). L'intimée a alors présenté une requête en rectification de l'ordonnance de la Cour d'appel, soutenant que cette cour avait omis de statuer sur certains aspects de la demande de dommages-intérêts. La cour a accueilli la requête et modifié ses motifs le 15 novembre 1995: [1995] A.Q. nº 874 (QL). Elle n'a toutefois pas fait droit à la demande de recouvrement de l'intimée concernant les dommages-intérêts qui n'avaient pas été octroyés par la décision du 14 septembre. Le 3 octobre 1996, notre Cour a autorisé l'appelante à se pourvoir contre la décision quant au fond et a également permis à l'intimée de former un pourvoi incident concernant la question des dommages-intérêts: [1996] 3 R.C.S. xiv.

II. L'historique des procédures judiciaires

A. *La Cour supérieure du Québec*, [1989] R.J.Q. 1511

L'intimée a soumis deux questions principales au juge Turmel: a) les résolutions mettant en œuvre l'obligation de résidence ont-elles été régulièrement prises par le conseil municipal et b) même si elles l'ont été, cette obligation contrevient-elle à la *Charte* canadienne, à la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, ou aux deux, et est-elle, de ce fait, inopérante? L'appelante, qui avait d'abord soumis certains arguments subsidiaires, les a par la suite abandonnés, et la Cour supérieure a entendu l'affaire en considérant que les seules questions à trancher étaient celles que soulevait l'intimée.

Relativement à la première de ces questions, l'intimée a avancé deux arguments. Elle a plaidé, premièrement, que la *Charte de la Ville de Longueuil*, ne donnait pas au conseil municipal le pou-

1997 CanLII 335 (SCC)

power to adopt a resolution restricting the place of residence of its employees. While Turmel J. accepted that the powers of municipalities are determined by the enabling statutes which govern them, he also found as follows, at pp. 1515-16:

[TRANSLATION] Every municipal corporation . . . has regulatory, administrative and ministerial powers.

In the absence of specific provisions, the hiring of employees is included in the exercise of administrative authority and, as such, like any administrative act, is subject to individual discretion. The conditions and requirements for applying for employment fall within that discretion.

On this basis, Turmel J. reasoned that the power to impose a residence requirement falls within the competence of the Longueuil Municipal Council and, consequently, he found that the respondent's contrary submission could not succeed.

Secondly, the respondent alleged that Resolution CM 84-1286 had not been adopted in conformity with the proper procedure. That resolution reads, in relevant part, as follows:

[TRANSLATION]

WHEREAS the Council has read the minutes of the Executive Committee's 107th meeting. . .;

IT IS . . . UNANIMOUSLY RESOLVED:

To take note of the minutes of the Executive Committee's 107th meeting on October 23, 1984, which contain its decisions. [Emphasis added.]

The procedure for adopting Municipal Council resolutions is set out in s. 52.2 of the *Charter of the City of Longueuil* (as amended by S.Q. 1982, c. 81, s. 3), which provides:

52.2 Every demand, by-law or report submitted by the executive committee must, unless otherwise prescribed, be approved, rejected, amended or returned by the vote of the majority of the members of the council present at the sitting.

The respondent contended that by the terms of this provision, the Municipal Council was entitled only to "approve", "reject", "amend" or "return" a resolution from the Executive Committee and that the words [TRANSLATION] "take note" in Resolution

voir de prendre une résolution limitant le choix du lieu de résidence de ses employés. Le juge Turmel, tout en reconnaissant que les lois régissant les municipalités déterminent les pouvoirs que celles-ci peuvent exercer, a statué, aux pp. 1515 et 1516:

Toute corporation municipale [. . .] possède des pouvoirs réglementaires, des pouvoirs administratifs et des pouvoirs ministériels.

L'engagement d'employés, à moins de dispositions particulières, fait partie de l'exercice du pouvoir administratif et, à ce titre, il est, comme tout acte administratif, sujet à discrétion de portée individuelle. Les conditions et exigences pour postuler l'emploi relèvent de cette discrétion.

Partant de ce principe, le juge Turmel a conclu que le conseil municipal de Longueuil avait le pouvoir d'imposer une obligation de résidence et que, par conséquent, l'intimée ne pouvait plaider l'absence de compétence de la municipalité.

Deuxièmement, l'intimée a soutenu que la résolution CM 84-1286 n'avait pas été prise conformément aux règles de procédure. Le passage pertinent de cette résolution est ainsi conçu: 21

ATTENDU QUE le Conseil a pris connaissance du procès-verbal de la 107e assemblée du Comité exécutif . . .

IL EST [. . .] RÉSOLU UNANIMEMENT:

De prendre acte du procès-verbal de la 107e assemblée du Comité exécutif tenue le 23 octobre 1984 contenant ses décisions. [Je souligne.]

C'est l'art. 52.2 de la *Charte de la Ville de Longueuil* (modifiée par L.Q. 1982, ch. 81, art. 3) qui prévoit la procédure pour la prise de résolutions par le conseil municipal:

52.2 Toute demande, tout règlement ou tout rapport soumis par le comité exécutif doit, sauf prescription contraire, être approuvé, rejeté, amendé ou retourné par le vote de la majorité des membres du conseil présents à la séance.

L'intimée a prétendu que cette disposition n'autorisait le conseil municipal qu'à «approuver», «rejeter», «amender» ou «retourner» les résolutions du comité exécutif et que les mots «prendre acte» employés dans la résolution CM 84-1286 ne pou-

1997 CanLII 335 (SCC)

CM 84-1286 amounted to none of these dispositions. While he acknowledged that the phrase chosen by the Municipal Council was not as clear as it might have been, Turmel J. explained that according to s. 52.2, the Municipal Council "must" dispose of an Executive Committee resolution in one of the four prescribed manners. Finding that the words "take note" did not amount to a "rejection", "amendment" or "return", Turmel J. reasoned that they could constitute nothing other than an "approval" and he therefore rejected the respondent's claim.

22 Turning to the second of the respondent's main arguments, Turmel J. began by examining whether the residence requirement imposed by the appellant contravened ss. 1, 3, 5 or 6 of the Quebec *Charter*, which read as follows:

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

3. Every person is the possessor of the fundamental freedoms, including freedom of conscience, freedom of religion, freedom of opinion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly and freedom of association.

5. Every person has a right to respect for his private life.

6. Every person has a right to the peaceful enjoyment and free disposition of his property, except to the extent provided by law.

Without a lengthy analysis, Turmel J. found that none of these provisions was violated on the facts. While he noted that the respondent could have advanced an argument based on s. 10 of the Quebec *Charter* (dealing with equality and discrimination on the basis of, *inter alia*, "civil status"), he found that such an argument would not, in any event, have succeeded in this case.

23 Finally, Turmel J. examined the submissions made in respect of the Canadian *Charter*, and explained that before the respondent could allege that any of her *Charter* rights was violated, she would first have to establish that the *Charter* actually applied. While the judge recognized that municipalities may be analogized to Parliament or

vaient être assimilés à aucune de ces mesures. Le juge Turmel, concédant que le conseil municipal aurait pu employer un langage plus clair, a expliqué que l'art. 52.2 obligeait le conseil («doit») à prendre à l'égard des résolutions du comité exécutif l'une des quatre mesures qui y sont énumérées. Concluant que les mots «prendre acte» ne constituaient ni un «rejet» ni un «amendement» ni un «renvoi», le juge Turmel a décidé qu'il ne pouvait s'agir que d'une approbation, et il a donc rejeté l'argument de l'intimée.

Relativement au deuxième argument principal de l'intimée, le juge Turmel a commencé par examiner si l'obligation de résidence imposée par l'appelante contrevenait aux art. 1, 3, 5 ou 6 de la *Charte* québécoise, lesquels sont ainsi libellés:

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

Il possède également la personnalité juridique.

3. Toute personne est titulaire des libertés fondamentales telles la liberté de conscience, la liberté de religion, la liberté d'opinion, la liberté d'expression, la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

6. Toute personne a droit à la jouissance paisible et à la libre disposition de ses biens, sauf dans la mesure prévue par la loi.

Sans procéder à une longue analyse, le juge Turmel a décidé que les faits en cause n'établissaient pas qu'il y avait eu transgression de ces dispositions. Il a signalé que l'intimée aurait pu invoquer l'art. 10 de la *Charte* québécoise (portant sur l'égalité et sur la discrimination fondée, entre autres, sur l'«état civil»), mais que même cet argument n'aurait pas été reçu en l'espèce.

Finalement, le juge Turmel a analysé l'argumentation fondée sur la *Charte* canadienne et a expliqué que l'intimée devait établir que la *Charte* était effectivement applicable avant de pouvoir prétendre que les droits que lui garantit ce texte avaient été enfreints. Même si le juge Turmel a reconnu que les municipalités pouvaient être assi-

1997 CanLII 335 (SCC)

provincial legislatures inasmuch as they can act in a "governmental" capacity, he found that the analogy held up only insofar as the municipality exercised its "public", law-making function. Since, in his view, the appellant was acting in a "private" capacity (i.e., *qua* employer) in imposing the residence requirement, however, he held that the Canadian *Charter* did not apply here.

Notwithstanding this conclusion, Turmel J. proceeded in *obiter* to discuss the specific arguments raised under ss. 7 and 15 of the Canadian *Charter*. With respect to s. 7, he held that a "right to work" — which, in his view, was the right implicated in this case — did not fall within the scope of the rights to "life", "liberty" or "security of the person" and consequently, he found that s. 7 could not properly be relied upon by the respondent. As regards s. 15, Turmel J. followed the reasoning of Hoyt J.A. (as he then was) in *McDermott v. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150 (N.B.C.A.), in holding both that the respondent did not belong to any identifiable group as required by that provision and that, even if she did, no discrimination existed on the facts. On this basis, he found that s. 15 did not apply here either. Having found no ground upon which to uphold the respondent's claims, Turmel J. dismissed the action with costs.

B. *Quebec Court of Appeal — September 14, 1995*, [1995] R.J.Q. 2561

(1) Baudouin J.A.

On the appeal to the Court of Appeal, Baudouin J.A., who wrote the central judgment, began by explaining that while the two main issues on appeal were the same as those raised by the parties in the court of first instance, a further issue also required consideration; namely, whether the residence requirement imposed by the appellant was contrary to [TRANSLATION] "judicial public order". He expressed himself on this point, at p. 2566, as follows:

milées au Parlement ou aux législatures provinciales, dans la mesure où elles peuvent agir à titre «gouvernemental», il a conclu que l'analogie ne tenait qu'à l'égard de leur activité législative, à «caractère public». Comme l'appelante, en imposant l'obligation de la résidence, accomplissait, selon lui, un acte à «caractère privé» (en qualité d'employeur), le juge Turmel a statué que la *Charte* canadienne ne s'appliquait pas.

Malgré cette conclusion, le juge Turmel s'est prononcé, dans une opinion incidente, sur les arguments particuliers fondés sur les art. 7 et 15 de la *Charte* canadienne. Relativement à l'art. 7, il a estimé que le droit à la «vie», à la «liberté» et à la «sécurité de sa personne» ne comprenait pas le «droit de travailler» — le droit en cause en l'espèce, selon lui — et que, par conséquent, l'intimée ne pouvait invoquer cette disposition. En ce qui concerne l'art. 15, le juge Turmel a repris le raisonnement suivi par le juge Hoyt (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *McDermott c. Nackawic (Town)* (1988), 53 D.L.R. (4th) 150 (C.A.N.-B.), pour conclure que l'intimée n'appartenait à aucun groupe identifiable, contrairement à ce qu'exigeait la disposition, et que même si elle avait fait partie d'un groupe identifiable, les faits n'établissaient pas qu'il y avait eu discrimination; il a donc décidé que l'art. 15 ne s'appliquait pas non plus. Concluant à l'absence de motifs pouvant fonder les prétentions de l'intimée, il a rejeté son action avec dépens. 24

B. *La Cour d'appel du Québec — 14 septembre 1995*, [1995] R.J.Q. 2561

(1) Le juge Baudouin

En Cour d'appel, le juge Baudouin, qui a rédigé l'essentiel du jugement, a commencé par expliquer que même si les deux principaux points soulevés en appel étaient les mêmes qu'en première instance, une autre question devait également être examinée: celle de savoir si l'obligation de résidence imposée par l'appelante contrevenait à «l'ordre public judiciaire». Il s'est exprimé ainsi sur ce point, à la p. 2566: 25

1997 CanLII 335 (SCC)

[TRANSLATION] The rather unusual length of time this Court's judgment was reserved was due first of all to the fact that a major point of law, namely the application of the standard of judicial public order to this case, was not elaborated on or discussed in depth by the parties in either their factums or their argument. This Court therefore had to raise it *proprio motu*.

La longueur un peu inhabituelle du délibéré devant notre cour est due tout d'abord au fait qu'un point de droit majeur, à savoir l'application à l'espèce de la norme de l'ordre public judiciaire, n'a pas été développé et discuté à fond par les parties, ni dans leurs mémoires, ni dans leurs plaidoiries. Notre cour a donc été obligée de le soulever *proprio motu*.

Baudouin J.A. also noted that the matter of quantification of damages had not been fully canvassed by the parties and that the Court of Appeal was also obliged to consider this issue at length in disposing of the appeal. Before addressing these further issues, however, Baudouin J.A. examined the issues initially raised before Turmel J.

Le juge Baudouin a également signalé que les parties n'avaient pas examiné en profondeur la question de l'établissement du montant des dommages subis et que la Cour d'appel avait aussi dû étudier minutieusement ce point pour statuer sur l'appel. Avant d'aborder ces autres points, toutefois, le juge Baudouin a examiné les questions initialement soumises au juge Turmel.

26 As regards the validity of the municipal resolutions, Baudouin J.A. agreed with Turmel J. that because the term [TRANSLATION] "take note" does not amount to a rejection, an amendment or a remand order, the Municipal Council must be taken to have approved the Executive Committee's resolution. Indeed, he held, at p. 2566, that

Relativement à la validité des résolutions municipales, le juge Baudouin a souscrit à l'opinion du juge Turmel selon laquelle l'expression «prendre acte» ne constituant ni un rejet ni un amendement ni un renvoi, il fallait conclure que le conseil municipal avait approuvé la résolution du comité exécutif. En effet, le juge a statué, à la p. 2566:

[TRANSLATION] [i]t is clear in the case at bar that the Municipal Council's decision of November 7, 1984 can be interpreted only as an approval. The Council's approval does not have to be given in any set way, but can, on the contrary, be inferred from the context.

Il est évident, en l'espèce, que la décision du conseil municipal du 7 novembre 1984 ne saurait s'interpréter autrement que comme une approbation. Or, celle-ci n'a pas à être faite par l'emploi d'une formule sacramentelle, mais peut au contraire s'inférer du contexte.

On this basis, Baudouin J.A. rejected the first of the respondent's main arguments.

Il a, par conséquent, rejeté le premier des deux principaux arguments de l'intimée.

27 Baudouin J.A. next examined whether the residence requirement violated the Canadian *Charter*. He explained, as had Turmel J., that the first question to be answered in this regard was whether the *Charter* even applied on the facts. Much like Turmel J., Baudouin J.A. found that because the municipality in this case was acting in a "private" capacity in imposing the residence requirement (i.e., as the respondent's employer), it would probably not be subject to *Charter* scrutiny. He found it unnecessary to make a specific finding on this point, however, since in his view, the respondent's submissions in respect of the Canadian *Charter* could not succeed anyway. At pp. 2567-68, he stated:

Le juge Baudouin a ensuite abordé la question de savoir si l'obligation de résidence contrevenait à la *Charte* canadienne. Il a expliqué, ainsi que l'avait fait le juge Turmel, qu'il fallait d'abord se demander si, compte tenu des faits, la *Charte* pouvait recevoir application. À l'exemple du juge de première instance, il a conclu que parce que la municipalité agissait à titre «privé» en imposant l'obligation de résidence (en qualité d'employeur de l'intimée), ses actes ne seraient probablement pas assujettis à un examen fondé sur la *Charte*. Il a toutefois jugé inutile de se prononcer sur ce point puisque, à son avis, les arguments invoqués par l'intimée relativement à la *Charte* canadienne ne pouvaient être retenus. Il a dit ce qui suit, aux pp. 2567 et 2568:

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

[TRANSLATION] The [respondent] is relying on ss. 15 and 7 to support her arguments. What she is actually asserting is a right to work, which is not a right formally recognized by any provision of the Canadian Charter. The right to work is essentially economic in nature and, as such, does not come under the protection granted by s. 15 of the Charter. In addition, the courts have consistently held that this right cannot be based on s. 7 either, since obtaining or keeping a job does not involve the protection of life, liberty or security of the person.

L'[intimée] invoque, en effet, au soutien de ses prétentions, l'article 15 et l'article 7. Elle invoque, en réalité, un droit au travail, droit qu'aucune disposition de la charte canadienne ne reconnaît formellement. Le droit au travail est, en effet, de nature essentiellement économique et ne relève pas, à ce titre, du périmètre de protection accordée par la charte à l'article 15. Ensuite, selon une jurisprudence constante, ce droit ne saurait non plus être fondé sur l'article 7: l'obtention ou la conservation d'un travail ne met pas, en effet, en cause la protection de la vie, de la liberté ou de la sécurité de la personne.

Based on these considerations, Baudouin J.A. rejected the respondent's *Charter* arguments.

Pour ces motifs, le juge Baudouin a rejeté les arguments fondés sur la *Charte* avancés par l'intimée.

With respect to the Quebec *Charter*, Baudouin J.A. began by recognizing that no threshold issue of applicability arose because that document governs relations between private parties as well as those between the government and individuals. He then addressed each of the respondent's submissions in turn. He found first that the right to "freedom" enshrined in s. 1 does not include within its ambit a "right to work". Since he understood this kind of right to form the basis of the respondent's claim, he found that s. 1 did not apply. Similarly, he found that s. 3 was inapplicable because he could see no way in which the freedoms guaranteed by that provision were implicated on the facts.

28 Relativement à la *Charte* québécoise, le juge Baudouin a d'abord reconnu que la question préliminaire de l'applicabilité ne se posait pas parce que ce texte régit les rapports de droit privé tout comme les rapports entre le gouvernement et les citoyens. Il a ensuite passé en revue chacun des arguments de l'intimée. Il a jugé, en premier lieu, que le droit à la «liberté» garanti par l'article premier n'incluait pas le «droit au travail»; comme, selon lui, c'est sur ce dernier droit que reposait l'argument de l'intimée, il a conclu que l'article premier ne s'appliquait pas. De la même façon, il a jugé que l'art. 3 ne s'appliquait pas parce qu'il ne voyait aucun rapport entre les faits en cause et les libertés garanties par cette disposition.

Even though he ultimately found that s. 5 of the Quebec *Charter* did not apply either, he undertook a more thorough analysis on this point, noting that the precise content of what falls within one's "private life" has yet to be fully determined. Recognizing that s. 5 may include within its ambit a right to a protected sphere of personal activity, he nevertheless found, at p. 2569, that s. 5 could not avail the respondent in this case:

29 Même s'il a conclu, en dernière analyse, que l'art. 5 de la *Charte* québécoise ne s'appliquait pas non plus, il a analysé ce point plus en profondeur, faisant observer que le contenu précis de la notion de «vie privée» n'était pas encore entièrement défini. Tout en reconnaissant que l'art. 5 pouvait comprendre le droit à une sphère protégée d'activités personnelles, il n'en a pas moins conclu, à la p. 2569, que l'intimée ne pouvait invoquer cette disposition en l'espèce:

[TRANSLATION] In the case at bar, I therefore have difficulty seeing how the choice of a particular place of residence could fall within the content of one's private life in the context under consideration or how the mere fact of making one's place of residence known to third parties could amount to such interference. It seems to me that the concept of "private life" is intended much

En l'espèce, je vois donc mal comment le choix d'un lieu de résidence particulier pourrait faire partie du contenu de la vie privée dans le contexte sous étude ou comment le seul fait de faire connaître à des tiers l'existence de sa résidence pourrait constituer une telle atteinte. Le concept de vie privée me paraît beaucoup plus [. . .] destiné à protéger ce qui fait partie de la vie

more . . . to protect what is part of one's personal life, in short, what constitutes a minimum personal sphere that is safe from intrusion.

Baudouin J.A. further held that s. 6 did not apply, because the imposition of the residence requirement did not in any way interfere with the respondent's ability to enjoy or dispose freely of her property.

30 Having dealt with the issues raised by the parties, Baudouin J.A. turned next to the question of "public order" to which he alluded at the beginning of his reasons. He began his analysis by setting out two basic premises. The first was that a clause imposing a residence requirement is restrictive of basic liberties — and hence potentially contrary to public order — because it limits the ability of an employee to choose where he or she wishes to live. This premise, in Baudouin J.A.'s view, was simply a corollary of the proposition that, under normal circumstances (i.e., absent some pressing and overriding concern), citizens must be taken to have the right to live where they please. The second premise was that it must be permissible for an employee freely to waive his or her right to choose where to live through a contract of employment. Such "free" waiver did not inhere in the case at bar, Baudouin J.A. noted, because the declaration signed by the respondent amounted to a contract of adhesion, the terms of which were dictated entirely by the appellant.

31 Based on these two premises, Baudouin J.A. reasoned that a residence requirement will be contrary to public order unless a plausible justification for it can be advanced. In the case at bar, he found that all the interests suggested by the appellant were unpersuasive. Specifically, he rejected the argument that the respondent had to live in the municipality out of necessity or in case of emergency, on the basis that her position was not so essential as to justify such a requirement. Similarly, he could not agree with the submission that keeping employees within the municipality would improve city services by better acquainting those employees with the municipality itself since, to his mind, one employee could easily live within a municipality without taking any interest in it,

intime de la personne, bref ce qui constitue un cercle personnel irréductible, à l'abri des indiscrétions.

Le juge Baudouin a ensuite décidé que l'art. 6 ne s'appliquait pas parce que l'obligation de résidence n'empêchait aucunement l'intimée de jouir de ses biens ni d'en disposer librement.

Ayant statué sur les questions soumises par les parties, le juge Baudouin a ensuite entrepris l'examen de la question de l'«ordre public» qu'il avait évoquée au début de ses motifs. Il a commencé son analyse en énonçant deux principes élémentaires. Suivant le premier, la clause imposant un lieu de résidence restreint les libertés fondamentales — et peut donc porter atteinte à l'ordre public — parce qu'elle limite la faculté de l'employé de choisir le lieu où il veut vivre. Pour le juge Baudouin, ce principe n'est qu'un corollaire de la règle générale voulant que les citoyens aient normalement (c'est-à-dire, en l'absence de considérations urgentes et prédominantes) le droit de vivre où bon leur semble. Le second principe veut qu'il soit loisible à l'employé de renoncer librement à ce droit dans un contrat d'emploi. Toutefois, il n'y a pas eu renonciation «libre» en l'espèce, selon le juge Baudouin, parce que la déclaration signée par l'intimée équivaut à un contrat d'adhésion dont les termes étaient entièrement dictés par l'appelante.

En se fondant sur ces deux principes, le juge Baudouin a conclu que l'obligation de résidence porte atteinte à l'ordre public sauf si elle peut se justifier de façon plausible. En l'espèce, il a jugé qu'aucune des raisons avancées par l'appelante n'était convaincante. Plus précisément, il a écarté les arguments de l'urgence et de la nécessité parce que le poste occupé par l'intimée n'était pas essentiel au point de justifier une telle exigence. Il a rejeté également l'argument selon lequel l'obligation de résidence dans la municipalité a pour effet d'améliorer les services municipaux parce que les employés connaissent mieux la municipalité, car selon lui, un employé pourrait très bien habiter dans une ville sans s'y intéresser du tout tandis qu'un autre pourrait vivre hors de ses limites terri-

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

while another could live outside the territorial limits but be in better touch with the community and its needs. Finally, he found that because a person living within a municipality cannot be assumed to spend his or her money in that municipality, the residence requirement could not be justified on the basis that it stimulated the local economy. Finding no justification advanced by the appellant to be satisfactory, Baudouin J.A. concluded that the residence requirement at issue was contrary to public order.

In disposing of the case, Baudouin J.A. allowed the appeal, declared Resolutions CE 84-1491 and CM 84-1286 null and void, and granted the respondent's request for reinstatement. He also granted her damages in the amount of $10,763.47, representing the financial losses she suffered from the time of her dismissal until the time of trial. Baudouin J.A. noted, however, that since no evidence had been led in respect of the damages suffered during the period between the trial and the appeal, no calculation of quantum could be made in that regard. He noted further that while the applicable rules of civil procedure permitted plaintiffs to quantify their damages either at the time of an appeal or at any time before the appeal judgment is rendered, the respondent never availed herself of that possibility. He further found that no plausible justification existed either for allowing the respondent to make oral submissions on the damages issue during the appeal — a request for which had been denied during the hearing on the grounds that it would have been unfair to the appellant — or for remanding the damages issue to the Superior Court. In the result, Baudouin J.A. made no order in respect of damages suffered by the respondent during the period between the trial and the appeal.

(2) Gendreau J.A.

Gendreau J.A. agreed with Baudouin J.A.'s disposition but held instead, citing his own majority judgment in *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), that the residence requirement infringed the right to respect for one's private life guaranteed by s. 5 of the Quebec *Charter*.

toriales mais être plus sensibilisé à la collectivité et à ses besoins. Finalement, il a jugé que parce qu'on ne pouvait présumer qu'une personne vivant dans la municipalité y dépenserait son argent, l'argument de la stimulation de l'économie locale ne pouvait justifier l'obligation de résider dans la municipalité. Estimant qu'aucune des justifications avancées par l'appelante n'était satisfaisante, le juge Baudouin a conclu que l'obligation de résidence en question était contraire à l'ordre public.

32 Le juge Baudouin a accueilli l'appel, déclaré les résolutions CE 84-1491 et CM 84-1286 nulles et non avenues et ordonné la réintégration demandée par l'intimée. Il a également octroyé à celle-ci des dommages-intérêts de 10 763,47 $, soit la perte financière subie entre le moment du congédiement et le procès en première instance. Il a toutefois indiqué qu'aucune preuve n'ayant été présentée à l'égard du préjudice subi entre le procès et l'appel, le montant des dommages-intérêts ne pouvait être déterminé pour cette période; il a précisé que bien que les règles de procédure civile applicables permettent au demandeur d'établir le montant des dommages au moment de l'appel ou à tout moment avant le prononcé du jugement en appel, l'intimée ne s'est jamais prévalue de cette possibilité. Il a jugé en outre que rien ne justifiait que l'intimée soit autorisée à présenter des observations orales sur la question des dommages-intérêts au cours de l'appel — une requête à cet effet avait été rejetée pendant l'audience parce que cette mesure aurait été inéquitable envers l'appelante — ou à renvoyer cette question à la Cour supérieure. Le juge Baudouin n'a donc rendu aucune ordonnance concernant les dommages subis par l'intimée entre le procès et l'appel.

(2) Le juge Gendreau

33 Le juge Gendreau a approuvé la solution apportée au litige par le juge Baudouin, mais il a plutôt conclu, citant le jugement majoritaire qu'il avait rendu dans l'affaire *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), que l'obligation de résidence portait atteinte au droit à la vie privée garanti par l'art. 5 de la *Charte* québécoise.

(3) Fish J.A.

34 Fish J.A. agreed substantially with the reasons of Baudouin J.A., subject only to the reservation that the arguments advanced under the Quebec *Charter* did not, in his opinion, need to be addressed at all.

C. *Quebec Court of Appeal — November 15, 1995*

35 Following the release of the reasons of September 14, 1995, the respondent brought a motion for rectification of the formal judgment. Specifically, she claimed that the judgment itself made no specific order in respect of the damages she suffered between the time of the trial and the release of the appeal judgment — an amount to which, for convenience, I shall refer as the "interim damages" — and she sought an order granting those damages to her.

36 After considering the motion, the Court of Appeal found the respondent to be correct, *stricto sensu*, in contending that no formal order had been made in respect of the interim damages claim. It therefore granted the motion and ordered that its reasons of September 14 be amended to add the following conclusion:

[TRANSLATION]

DISMISSES, on the ground that it is unenforceable, the conclusion in the notice of appeal that reads as follows:

ORDER the defendant . . . to compensate the plaintiff . . . for all wages and other amounts lost from that date until the date on which she is reinstated, less any amounts she earned elsewhere. . . .

As the wording of this addendum makes clear, the court refused to grant the respondent the interim damages she sought.

37 In its brief reasons, the Court of Appeal simply reiterated three findings made by Baudouin J.A. in the main appeal. First, it restated Baudouin J.A.'s observation that, while the respondent could easily have quantified her interim damages at any time before the release of the appeal judgment, she had

(3) Le juge Fish

Le juge Fish a souscrit, en substance, aux motifs du juge Baudouin. Sa seule réserve portait sur le fait que, selon lui, il n'était pas nécessaire d'examiner les arguments fondés sur la *Charte* québécoise.

C. *La Cour d'appel du Québec — 15 novembre 1995*

Après la communication des motifs, le 14 septembre 1995, l'intimée a présenté une requête en rectification du dispositif du jugement, dans laquelle elle a soutenu, en particulier, que le jugement lui-même ne renfermait aucune ordonnance expresse concernant les dommages qu'elle avait subis entre le procès en première instance et le prononcé du jugement d'appel — par souci de commodité, je les appellerai «dommages-intérêts ultérieurs» — et elle a demandé à la cour de rendre une ordonnance lui octroyant des dommages-intérêts à ce titre.

La Cour d'appel, après examen de la requête, a jugé que l'intimée avait raison *stricto sensu* d'affirmer que la cour n'avait pas statué formellement sur la demande de dommages-intérêts ultérieurs. Elle a donc accueilli la requête et ordonné que les motifs rendus le 14 septembre soient modifiés pour y ajouter la conclusion suivante:

REJETTE, parce qu'inexécutoire, la conclusion de l'avis d'appel qui se lit ainsi:

CONDAMNER la défenderesse [. . .] à indemniser la demanderesse [. . .] de toutes pertes salariales et autres subies depuis cette date jusqu'au jour de la réintégration, déduction faite de ce qu'elle a gagné ailleurs. . .

Il appert du libellé de la conclusion additionnelle que la cour a refusé d'octroyer à l'intimée les dommages-intérêts ultérieurs qu'elle demandait.

Dans ses brefs motifs, la Cour d'appel a simplement répété trois conclusions formulées par le juge Baudouin dans l'appel principal. En premier lieu, elle a repris l'observation du juge Baudouin selon laquelle il aurait été facile pour l'intimée d'établir le montant des dommages-intérêts ultérieurs à tout

1997 CanLII 335 (SCC)

failed to do so, and it explained that she should not, at such a late stage, be permitted to rectify the situation. Secondly, it repeated Baudouin J.A.'s finding that while the respondent had offered to make submissions in the appeal hearing itself (or through an affidavit) with respect to the quantification issue, such submissions could not properly have been permitted, since the appellant had received the documents relevant to those submissions only two days earlier and hence would have been unprepared to challenge the respondent's claims. Finally, the court reiterated its rejection of the respondent's request to have the damages matter remanded to the Superior Court, on the basis that the remand power is exercised in only very limited circumstances. In the Court of Appeal's view, all these findings were evident in the appeal reasons themselves, and their repetition served only to confirm its decision not to award the respondent the interim damages.

III. Issues

The parties put forth a number of different arguments in this Court with respect to the validity of the appellant's residence requirement. To my mind, the main issues raised by those arguments — and the ones I propose to discuss in detail in these reasons — may be stated as follows:

(1)(a) Does the Canadian *Charter* apply in this case?

(b) If so, does the residence requirement imposed by the appellant infringe the respondent's right to liberty under s. 7 of the Canadian *Charter*?

(c) If so, is the infringement in accordance with the principles of fundamental justice?

(2)(a) Does the residence requirement imposed by the appellant municipality violate the respondent's right to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter*?

moment avant le prononcé du jugement d'appel, mais qu'elle ne l'avait pas fait, et elle a expliqué qu'il ne convenait pas de permettre à cette dernière de corriger aussi tardivement la situation. En deuxième lieu, elle a répété la conclusion du juge Baudouin voulant que même si l'intimée avait proposé d'être entendue au sujet du montant des dommages lors de l'audition de l'appel (ou d'être crue à son affidavit), il aurait été irrégulier d'autoriser cette démarche car l'appelante n'avait reçu les documents relatifs à cette question que deux jours auparavant et n'aurait donc pas été prête à répondre aux prétentions de l'intimée. Finalement, la cour a réitéré qu'elle rejetait la demande de renvoi de la question des dommages à la Cour supérieure, parce que le pouvoir de rendre une telle ordonnance ne devait s'exercer que dans des circonstances exceptionnelles. Selon la Cour d'appel, les motifs de l'arrêt prononcé exposaient clairement toutes ces conclusions, et leur répétition ne visait qu'à confirmer la décision de la cour de ne pas accorder les dommages-intérêts ultérieurs à l'intimée.

III. Les questions en litige

Les parties soumettent divers arguments à notre Cour relativement à la validité de l'obligation de résidence imposée par l'appelante. J'estime que les principales questions soulevées par ces arguments — que je me propose d'examiner en détail dans les présents motifs — peuvent être formulées ainsi: 38

(1)a) La *Charte* canadienne s'applique-t-elle en l'espèce?

b) Dans l'affirmative, l'obligation de résidence imposée par l'appelante porte-t-elle atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* canadienne?

c) Dans l'affirmative, l'atteinte est-elle portée en conformité avec les principes de justice fondamentale?

(2)a) L'obligation de résidence imposée par la municipalité appelante porte-t-elle atteinte au droit à la vie privée protégé par l'art. 5 de la *Charte* québécoise?

1997 CanLII 335 (SCC)

(b) If so, can the violation be justified under s. 9.1 of the Quebec *Charter*?

39 The appellant also raised an issue in the main appeal with respect to whether the Court of Appeal erred in issuing its rectificatory judgment. For simplicity's sake, however, I have chosen to address this issue in the context of the cross-appeal. The issues I will examine in discussing the cross-appeal can thus be stated as follows:

(1) Did the Quebec Court of Appeal err in issuing its rectificatory judgment of November 15, 1995?

(2) Did the Quebec Court of Appeal err:

(a) in refusing to allow the respondent to adduce evidence during the appeal hearing with respect to the interim damages;

(b) in failing to request of the parties that they submit further argument in respect of the interim damages claim; or

(c) in failing to remand the matter of the interim damages to the Quebec Superior Court?

IV. Analysis

A. *The Appeal*

(1) Preliminary Matters

40 Before examining the issues I have set out above, I find it necessary to outline briefly two other issues raised by the parties, both of which were discussed at some length in the courts below. The first concerns whether or not the imposition of a residence requirement of the kind at issue here is within the competence of the appellant. The respondent contended that Resolutions CE 84-1491 and CM 84-1286 are *ultra vires* — and hence void — on the ground that no power to adopt a general residence requirement is conferred on the appellant either under the terms of its governing statute, the *Charter of the City of Longueuil* or

b) Dans l'affirmative, l'atteinte se justifie-t-elle en vertu de l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise?

L'appelante soulève également, dans le pourvoi principal, la question de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en rendant son jugement rectificatif. Pour simplifier les choses, toutefois, j'ai résolu de traiter de ce point dans l'examen du pourvoi incident. Les questions qui seront examinées relativement au pourvoi incident peuvent donc être formulées de la façon suivante:

(1) La Cour d'appel du Québec a-t-elle commis une erreur en rendant son jugement rectificatif du 15 novembre 1995?

(2) La Cour d'appel du Québec a-t-elle commis une erreur:

a) en refusant d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les dommages-intérêts ultérieurs pendant l'audition de l'appel;

b) en ne demandant pas aux parties de soumettre de nouveaux arguments concernant la demande de dommages-intérêts ultérieurs;

c) en ne renvoyant pas la question des dommages-intérêts ultérieurs à la Cour supérieure du Québec?

IV. Analyse

A. *Le pourvoi*

(1) Questions préliminaires

Avant d'aborder les questions énoncées ci-dessus, j'estime nécessaire d'exposer brièvement deux autres points soumis par les parties, qui tous deux ont été examinés assez en détail par les juridictions inférieures. Le premier porte sur la question de savoir si l'appelante a compétence pour imposer une obligation de résidence comme celle qui est en cause en l'espèce. L'intimée prétend en effet que les résolutions CE 84-1491 et CM 84-1286 sont *ultra vires*, donc nulles, parce que ni la loi régissant l'appelante, la *Charte de la Ville de Longueuil*, ni la *Loi sur les cités et villes*, L.R.Q., ch. C-19, ne confèrent à cette dernière le pouvoir

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

under the *Cities and Towns Act*, R.S.Q., c. C-19. To buttress its submission, the respondent pointed out that a specific power to impose a residence requirement on officers of local police forces is conferred on municipalities by s. 65(*d*) of the *Police Act*, R.S.Q., c. P-13, and she argued that in light of this specific power, no analogous general power to impose a residence requirement on all municipal employees existed. In response, the appellant relied on s. 52.13 of the *Charter of the City of Longueuil* (as amended by S.Q. 1982, c. 81, s. 3), which reads as follows:

52.13 The clerk, the treasurer and the heads of departments and their assistants, except the manager, shall be appointed by the council on report of the committee. Such report may be altered or rejected by the majority of all the members of the council. On report of the executive committee, the council may, by the majority vote of all its members, suspend such officers, reduce their salary or dismiss them.

The council shall also appoint, upon report of the committee, the other officers or permanent employees.

Temporary employees shall be appointed by the executive committee. [Emphasis added.]

Pointing to the fact that the municipal council has the power to hire permanent employees, the appellant argued that it must, by necessary implication, have the power to set the terms and conditions of permanent employment. In the appellant's submission, the residence requirement is simply a condition of the respondent's permanent employment and, consequently, its imposition falls within the municipality's sphere of competence.

The second preliminary issue concerns the notion of public order, first discussed by Baudouin J.A. in the Court of Appeal. The appellant argued that Baudouin J.A. erred in his treatment of public order inasmuch as he discussed the issue without any consideration of arts. 1379 and 1437 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, dealing respectively with adhesion contracts and abusive clauses. In the appellant's view, these provisions circumscribe the ambit of public order in the realm of contractual relations and, consequently, the notion of public order cannot be invoked apart

d'imposer une obligation générale de résidence. À l'appui de cette affirmation, l'intimée souligne que l'al. 65*d*) de la *Loi de police*, L.R.Q., ch. P-13, prévoit expressément le pouvoir d'imposer une obligation de résidence aux membres des corps de police locaux. Elle prétend que l'attribution de ce pouvoir précis permet de conclure qu'il n'existe pas de pouvoir général analogue d'imposer une obligation de résidence à tous les employés municipaux. L'appelante riposte en invoquant l'art. 52.13 de la *Charte de la Ville de Longueuil* (modifiée par L.Q. 1982, ch. 81, art. 3), lequel est ainsi conçu:

52.13 Le greffier, le trésorier et les chefs de services et leurs adjoints, sauf le gérant, sont nommés par le conseil sur rapport du comité. Ce rapport peut être amendé ou rejeté à la majorité de tous les membres du conseil. Sur rapport du comité exécutif, le conseil peut, par le vote de la majorité absolue de ses membres, suspendre ces officiers, diminuer leur traitement ou les destituer.

Le conseil nomme aussi, sur rapport du comité, les autres officiers ou employés permanents.

Les employés temporaires sont nommés par le comité exécutif. [Je souligne.]

L'appelante, soulignant que le conseil municipal a le pouvoir d'embaucher les employés permanents, affirme que ce pouvoir comporte nécessairement celui de déterminer les conditions et modalités de l'emploi permanent. Pour elle, l'obligation de résidence n'est qu'une condition de l'emploi permanent de l'intimée et, par conséquent, le pouvoir de l'imposer relève du champ de compétence de la municipalité.

La deuxième question préliminaire concerne la notion d'ordre public, que le juge Baudouin a abordée le premier dans les motifs de l'arrêt de la Cour d'appel. L'appelante soutient que le juge Baudouin a commis une erreur en analysant cette question sans tenir compte des art. 1379 et 1437 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, lesquels traitent respectivement des contrats d'adhésion et des clauses abusives. Selon l'appelante, ces dispositions délimitent la portée de l'ordre public en matière de relations contractuelles, et l'on ne saurait invoquer la notion d'ordre public sans s'y

41

from them. Moreover, the appellant argued that even if public order can properly be analysed apart from arts. 1379 and 1437 *C.C.Q.*, the matter at issue was one of "protective" (as opposed to "directive") public order and that, as a result, the respondent was free to renounce the protection afforded to her as she saw fit; see B. Lefebvre, "Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec", in *Développements récents en droit civil (1994)*, 149, at pp. 149-60. The respondent, by contrast, contended (a) that the notion of public order is not limited to the terms of arts. 1379 and 1437 *C.C.Q.*; and (b) that even if it were, the residence requirement at issue would nonetheless constitute an abusive clause within the meaning of art. 1437 *C.C.Q.* On this basis, the respondent argued, Baudouin J.A. was correct in finding that the residence requirement was contrary to public order and, therefore, void.

42 In their written submissions, the parties gave considerable attention to both these arguments. This is understandable given the reasons for judgment of the majority of the Court of Appeal. In light of my conclusions in respect of both the Canadian *Charter* and the Quebec *Charter*, however, I do not consider it necessary to address either the *ultra vires* issue or the public order issue on their merits, and I decline to express any opinion about them. Instead, I propose to turn directly to an examination of the issues earlier set out.

(2) Issue 1: Whether the Residence Requirement Violates Section 7 of the Canadian *Charter*

(a) *Applicability of the Canadian Charter*

43 In cases where a party seeks to invoke the protection of the Canadian *Charter*, it is, of course, important to ensure that the *Charter* actually applies on the facts. The scope of *Charter*'s application is delineated by s. 32(1), which provides as follows:

32. (1) This Charter applies

(*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parlia-

reporter. Elle ajoute que même s'il était possible d'analyser cette notion en faisant abstraction des art. 1379 et 1437 *C.C.Q.*, il s'agissait en l'espèce de l'ordre public de «protection» (par opposition à une règle «impérative») et que, par conséquent, l'intimée pouvait librement renoncer, si elle le jugeait bon, à la protection qui lui était offerte; voir B. Lefebvre, «Quelques considérations sur la notion d'ordre public à la lumière du Code civil du Québec», dans *Développements récents en droit civil (1994)*, 149, aux pp. 149 à 160. L'intimée prétend au contraire que premièrement, la notion d'ordre public ne se limite pas au texte des art. 1379 et 1437 *C.C.Q.* et, deuxièmement, que même si tel était le cas, l'obligation de résidence en cause constituerait quand même une clause abusive au sens de l'art. 1437 *C.C.Q.* En conséquence, l'intimée affirme que le juge Baudouin avait raison de conclure que l'obligation de résidence contrevenait à l'ordre public et, de ce fait, était nulle.

Dans leur argumentation écrite, les parties ont amplement développé ces deux arguments, ce qui se comprend vu les motifs des juges majoritaires de la Cour d'appel. J'estime toutefois, compte tenu des conclusions auxquelles je parviens au sujet de la *Charte* canadienne et de la *Charte* québécoise, qu'il n'est nécessaire d'examiner au fond ni la question de l'*ultra vires* ni celle de l'ordre public, et je m'abstiens d'exprimer quelque opinion que ce soit à ce sujet. Plutôt, je procéderai directement à l'examen des questions exposées ci-dessus.

(2) Question 1: L'obligation de résidence contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte* canadienne?

a) *L'applicabilité de la Charte canadienne*

Lorsqu'une partie se réclame de la *Charte* canadienne, il importe, naturellement, de s'assurer que celle-ci s'applique bien dans les faits. C'est le par. 32(1) de ce texte de loi qui en définit la portée; il est ainsi rédigé:

32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris

1997 CanLII 335 (SCC)

ment including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

Referring to this provision and to the jurisprudence decided under it, the appellant restated in this Court the application argument it had made in the Superior Court and in the Court of Appeal. Essentially, it contended that while municipalities may be subject to *Charter* scrutiny in respect of the "public" or "governmental acts" they undertake — such as adopting by-laws — they will nevertheless not be subject to the *Charter* in respect of the "private acts" they perform — such as setting the terms and conditions of employment for their employees. Positing that the imposition of the residence requirement in this case amounted to setting a term of employment — and hence to a "private act" — the appellant contended that the Canadian *Charter* finds no application here at all. Despite the success this argument has enjoyed in the courts below, I am of the opinion that it is misguided. My reasons for taking this view can best be explained through a brief review of the pertinent jurisprudence of this Court dealing with the scope of application of the Canadian *Charter*.

Perhaps the fullest discussion of the issue of *Charter* application is found in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, and in its companion cases, *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483. There, this Court was asked to decide, *inter alia*, whether mandatory retirement policies adopted by certain universities and colleges (in *McKinney*, *Harrison* and *Douglas*) and by a hospital (in *Stoffman*) could be subjected to *Charter* review. In reiterating and elaborating upon the view taken by McIntyre J. in the seminal case of *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573 (viz., that the Canadian *Charter* applies to Parliament, to the provincial legislatures, and to entities that carry out executive (or "administrative") functions of government, but not to pri-

ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

Citant cette disposition ainsi que la jurisprudence issue de son application, l'appelante a repris le raisonnement qu'elle avait tenu devant la Cour supérieure et devant la Cour d'appel concernant l'application de la *Charte*. Elle a fait valoir, essentiellement, que si dans l'accomplissement de leurs actes «publics» ou «gouvernementaux», telle la prise de règlements, les municipalités peuvent être assujetties à un examen fondé sur la *Charte*, elles n'en sont pas moins soustraites à son application en ce qui concerne les «actes privés», comme l'établissement des conditions et modalités d'emploi de leurs employés. Affirmant qu'en imposant l'obligation de résidence elle fixait une condition d'emploi et accomplissait un «acte privé», l'appelante a soutenu que la *Charte* canadienne ne s'appliquait pas du tout en l'espèce. En dépit du succès qu'il a connu devant les juridictions inférieures, j'estime que cet argument n'est pas bien fondé. Je ne pourrais mieux expliquer les raisons d'une telle opinion qu'en passant brièvement en revue la jurisprudence pertinente de notre Cour relative au champ d'application de la *Charte* canadienne.

44 C'est probablement dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, et dans les pourvois connexes, *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451, *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483, qu'on retrouve l'analyse la plus complète de la question de l'applicabilité de la *Charte*. Dans ces pourvois, notre Cour devait déterminer, notamment, si les politiques de retraite obligatoire adoptées par des universités et collèges (dans les affaires *McKinney*, *Harrison* et *Douglas*) et par un hôpital (dans l'affaire *Stoffman*) pouvaient donner lieu à un examen fondé sur la *Charte*. En reprenant et développant l'opinion exprimée par le juge McIntyre dans l'arrêt charnière *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 (selon laquelle la *Charte* canadienne s'applique au Parlement, aux législa-

1997 CanLII 335 (SCC)

vate parties), the majority in *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* found that the *Charter* did not apply on the facts, since the institutions whose policies were impugned were not themselves governmental in nature; nor were they putting into place a government programme or acting in a governmental capacity in adopting those policies.

45 In *Douglas*, by contrast, the same majority found that the Canadian *Charter* did apply to the mandatory retirement policy at issue, on the ground that Douglas College was, in light of its constituent statute, simply an emanation of government. I described the differences between *McKinney* and *Harrison*, on the one hand, and *Douglas*, on the other, at pp. 584-85 of the latter case:

> As its constituent Act makes clear, the college is a Crown agency established by the government to implement government policy. Though the government may choose to permit the college board to exercise a measure of discretion, the simple fact is that the board is not only appointed and removable at pleasure by the government; the government may at all times by law direct its operation. Briefly stated, it is simply part of the apparatus of government both in form and in fact. In carrying out its functions, therefore, the college is performing acts of government, and I see no reason why this should not include its actions in dealing with persons it employs in performing these functions. Its status is wholly different from the universities in the companion cases of *McKinney* . . . and *Harrison* . . . which, though extensively regulated and funded by government, are essentially autonomous bodies. Accordingly, the actions of the college in the negotiation and administration of the collective agreement between the college and the association are those of the government for the purposes of s. 32 of the *Charter*. The *Charter*, therefore, applies to these activities.

46 Similar considerations to those underpinning the application analysis in *Douglas* arose in *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2

tures provinciales et aux entités exerçant des fonctions exécutives (ou «administratives») du gouvernement mais non à des parties privées), les juges majoritaires ont statué, dans les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman*, que les faits ne donnaient pas ouverture à l'application de la *Charte*, car les établissements dont les politiques étaient contestées n'étaient pas eux-mêmes de nature gouvernementale et n'avaient pas adopté ces politiques en exécution d'un programme gouvernemental ni à titre gouvernemental.

Dans l'arrêt *Douglas*, par contre, les mêmes juges majoritaires ont conclu que la *Charte* canadienne s'appliquait à la politique de retraite obligatoire en cause, parce que la loi constitutive de l'établissement faisait de celui-ci une simple émanation du gouvernement. J'ai exposé les distinctions qui existaient entre les arrêts *McKinney* et *Harrison*, d'une part, et l'arrêt *Douglas*, d'autre part, aux pp. 584 et 585 de ce dernier arrêt:

> Comme sa loi constitutive l'indique clairement, le collège est un mandataire de la Couronne établi par le gouvernement pour mettre en œuvre une politique gouvernementale. Bien que le gouvernement puisse permettre au conseil du collège d'exercer un certain pouvoir discrétionnaire, il n'en demeure pas moins que les membres du conseil sont nommés à titre amovible par le gouvernement et que celui-ci peut en tout temps réglementer le fonctionnement du collège par loi. En résumé, il fait simplement partie de l'appareil gouvernemental tant dans la forme que dans les faits. Par conséquent, dans l'exécution de ses fonctions, le collège exécute des actes gouvernementaux, et je ne vois aucune raison de ne pas inclure dans cela les mesures prises envers les personnes qu'il embauche pour exécuter ces fonctions. Son statut est tout à fait différent de celui des universités dans les pourvois connexes *McKinney* [. . .] et *Harrison* [. . .] qui, bien qu'elles soient considérablement réglementées et subventionnées par le gouvernement, sont essentiellement des organismes autonomes. Par conséquent, les actions du collège dans la négociation et l'application de la convention collective entre le collège et l'association sont celles du gouvernement aux fins de l'art. 32 de la *Charte*. Par conséquent, la *Charte* s'applique à ces activités.

46 Des considérations analogues à celles qui fondaient l'analyse de l'applicabilité de la *Charte* dans l'arrêt *Douglas* ont été abordées dans *Lavigne*

1997 CanLII 335 (SCC)

S.C.R. 211. There, the principal issue was whether a provision of a collective agreement compelling the appellant to pay union dues despite his non-membership in the respondent union violated the *Charter* guarantees of freedom of expression and association, insofar as the dues were being used to pay for specific political purposes chosen by the union. In addressing whether the collective agreement provision at issue was subject to *Charter* scrutiny at all, I found for the majority that the appellant's employer, the Ontario Council of Regents for Colleges of Applied Arts and Technology, was, by virtue of the terms of its empowering Act, essentially governmental in nature. Drawing a parallel with *Douglas*, I stated, at pp. 311-12:

[*Douglas*], like the present appeal, involved a collective agreement between the college and the Association (a union under the applicable legislation). There the Minister of Education by statute exercised a degree of control over the college that closely matched that exercised by the Ministry over the Council in the present case. It is true that in *Douglas* the college's constituent Act expressly described it as an agent of the Crown, whereas here the Act simply gives the Minister power to conduct and govern the colleges and in this endeavour the Minister is to be "assisted" by the Council. But the reality is the same. The government, through the Minister, has the same power of "routine or regular control", to use the expression of the majority of this Court, in *Harrison* . . . and *Stoffman* . . . , companion cases to *Douglas*.

On this basis, the majority found that the Council of Regents was subject to the *Charter*.

Comparing *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* on the one hand to *Douglas* and *Lavigne* on the other makes clear what I take to be an important idea governing the application of the Canadian *Charter* to entities other than Parliament, the provincial legislatures or the federal or provincial governments; namely, that where such entities are, in reality, "governmental" in nature — as evidenced by such things as the degree of government control exercised over them, or by the governmental quality of the functions they perform — they

c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario, [1991] 2 R.C.S. 211. Il fallait principalement déterminer si une disposition d'une convention collective obligeant l'appelant à acquitter une cotisation même s'il n'était pas membre du syndicat intimé contrevenait à la liberté d'expression et d'association garantie par la *Charte*, dans la mesure où ces cotisations servaient au financement de buts politiques précis déterminés par le syndicat. En examinant la question de savoir si cette disposition pouvait faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*, j'ai conclu au nom des juges majoritaires que, de par sa loi habilitante, l'employeur de l'appelant, le Conseil des gouverneurs des collèges d'arts appliqués et de technologie de l'Ontario, était essentiellement de nature gouvernementale. Dressant un parallèle avec l'arrêt *Douglas*, j'ai écrit, aux pp. 311 et 312:

Il s'agissait dans cette affaire, comme en l'espèce, d'une convention collective conclue entre le collège et l'association (un syndicat en vertu de la loi applicable). En vertu de la Loi, le ministre de l'Éducation exerçait sur le collège un certain degré de contrôle s'apparentant étroitement à celui qu'exerce le Ministre sur le Conseil dans le présent pourvoi. Il est vrai que, dans l'arrêt *Douglas*, la loi constitutive du collège le désignait expressément comme un mandataire de la Couronne, tandis que la Loi en l'espèce confère simplement au Ministre le pouvoir de régir les collèges et de bénéficier, à cette fin, de «l'aide» du Conseil. Mais la réalité est la même. Le gouvernement, par l'entremise du Ministre, y possède un pouvoir similaire de «contrôle routinier ou régulier», pour reprendre l'expression utilisée par notre Cour à la majorité dans les pourvois connexes à l'arrêt *Douglas*, *Harrison* [. . .] et *Stoffman*. . .

Les juges majoritaires ont donc statué que le Conseil des gouverneurs était assujetti à la *Charte*.

47 La comparaison entre les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* d'un côté et les arrêts *Douglas* et *Lavigne*, de l'autre, fait ressortir clairement ce qui me paraît être un principe important de l'applicabilité de la *Charte* canadienne à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouvernements fédéral ou provinciaux: lorsque ces entités sont en réalité de nature «gouvernementale» — en raison, par exemple, du degré de contrôle gouvernemental dont elles font l'objet ou de la nature gouvernementale des fonctions qu'elles

1997 CanLII 335 (SCC)

cannot escape *Charter* scrutiny. In other words, the ambit of s. 32 is wide enough to include all entities that are essentially governmental in nature and is not restricted merely to those that are formally part of the structure of the federal or provincial governments. This is not to say, of course, that the *Charter* applies only to those entities (other than Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial governments) that are, by their nature, governmental. Indeed, it may be that particular entities will be subject to *Charter* scrutiny in respect of certain governmental activities they perform, even if the entities themselves cannot accurately be described as "governmental" *per se*; see, e.g., *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (Div. Ct.), at p. 157, where Callaghan J. held for the majority that even though the Law Society of Upper Canada is not itself governmental in nature, it may nevertheless be subject to the *Charter* in performing what amount to governmental functions. Rather, it is simply to say that where an entity can accurately be described as "governmental in nature", it will be subject in its activities to *Charter* review. Thus, the *Charter* applied to Douglas College (in *Douglas*) and to the Council of Regents (in *Lavigne*) because those bodies were wholly controlled by government and were, in essence, emanations of the provincial legislatures that created them. Since the same could not be said of the institutions under examination in *McKinney*, *Harrison* and *Stoffman* (and since none of those institutions was implementing a specific government policy or programme in adopting its mandatory retirement regulations), the *Charter* did not apply in those cases.

48 The possibility that the Canadian *Charter* might apply to entities other than Parliament, the provincial legislatures and the federal or provincial governments is, of course, explicitly contemplated by

exécutent — elles ne peuvent se soustraire à l'examen fondé sur la *Charte*. En d'autres termes, l'art. 32 est de portée assez large pour englober toutes les entités qui sont essentiellement de nature gouvernementale et son champ d'application ne se limite pas aux seuls organismes qui font officiellement partie de la structure gouvernementale fédérale ou provinciale. Cela ne veut pas dire, bien sûr, que la *Charte* ne s'applique qu'aux entités (autres que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral ou provinciaux) qui sont de nature gouvernementale. Il se peut très bien, en effet, que des entités données soient assujetties à un examen fondé sur la *Charte* relativement à certaines fonctions gouvernementales qu'elles accomplissent, même si, intrinsèquement, ces entités ne peuvent être correctement décrites comme «gouvernementales»; voir, par exemple, *Re Klein and Law Society of Upper Canada* (1985), 50 O.R. (2d) 118 (C. div.), à la p. 157, où le juge Callaghan, s'exprimant au nom de la majorité, a statué que même si le Barreau du Haut-Canada n'était pas lui-même une entité de nature gouvernementale, il pouvait néanmoins être assujetti à la *Charte* relativement à l'exécution de fonctions assimilables à des fonctions gouvernementales. Cela signifie simplement que lorsqu'on peut correctement dire d'une entité qu'elle est de «nature gouvernementale», ses activités pourront être examinées en fonction de la *Charte*. C'est pourquoi la *Charte* s'est appliquée au collège Douglas (dans l'arrêt *Douglas*) et au Conseil des gouverneurs (dans l'arrêt *Lavigne*); ces organismes étaient entièrement contrôlés par le gouvernement et étaient essentiellement des émanations de la législature provinciale qui les avait créés. Comme on ne pouvait par ailleurs porter le même jugement sur les établissements en cause dans les arrêts *McKinney*, *Harrison* et *Stoffman* (et comme aucun d'eux ne mettait en œuvre un programme ou une politique gouvernemental déterminé en adoptant son régime de retraite obligatoire), la *Charte* ne s'appliquait pas à eux.

Naturellement, le texte du par. 32(1) prévoit explicitement la possibilité que la *Charte* canadienne s'applique à des entités autres que le Parlement, les législatures provinciales ou les gouverne-

1997 CanLII 335 (SCC)

the language of s. 32(1) inasmuch as entities that are controlled by government or that perform truly governmental functions are themselves "matters within the authority" of the particular legislative body that created them. Moreover, interpreting s. 32 as including governmental entities other than those explicitly listed therein is entirely sensible from a practical perspective. Were the *Charter* to apply only to those bodies that are institutionally part of government but not to those that are — as a simple matter of fact — governmental in nature (or performing a governmental act), the federal government and the provinces could easily shirk their *Charter* obligations by conferring certain of their powers on other entities and having those entities carry out what are, in reality, governmental activities or policies. In other words, Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial executives could simply create bodies distinct from themselves, vest those bodies with the power to perform governmental functions and, thereby, avoid the constraints imposed upon their activities through the operation of the *Charter*. Clearly, this course of action would indirectly narrow the ambit of protection afforded by the *Charter* in a manner that could hardly have been intended and with consequences that are, to say the least, undesirable. Indeed, in view of their fundamental importance, *Charter* rights must be safeguarded from possible attempts to narrow their scope unduly or to circumvent altogether the obligations they engender.

ments fédéral et provinciaux, car les entités faisant l'objet d'un contrôle gouvernemental ou exécutant des fonctions véritablement gouvernementales ressortissent elles-mêmes aux «domaines relevant» de l'assemblée législative qui les a créées. D'un point de vue pratique, en outre, il est tout à fait sensé d'interpréter l'art. 32 comme incluant d'autres entités gouvernementales que celles qui y sont expressément énumérées. Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent.

I pause here to reiterate an important observation made in the cases discussed earlier concerning how the notion of "government" is to be understood. The mere fact that an entity performs what may loosely be termed a "public function" will not by itself mean that the body under examination is "governmental" in nature. Thus, with specific reference to the distinction between the applicability of the *Charter*, on the one hand, and the susceptibility of public bodies to judicial review, on the other, I stated as follows, at p. 268 of *McKinney*:

Je rappelle, en passant, une importante observation formulée dans les arrêts examinés ci-dessus, au sujet de la définition de la notion de «gouvernement». Le simple fait qu'une entité exécute des fonctions qu'on peut vaguement qualifier de «publiques» ne signifie pas en soi que l'organisme en cause est de nature «gouvernementale». C'est pourquoi, dans l'arrêt *McKinney*, j'ai tenu, sur le sujet précis de la distinction existant entre l'applicabilité de la *Charte* et l'assujettissement des organismes publics au contrôle judiciaire, les propos suivants, à la p. 268: 49

1997 CanLII 335 (SCC)

It was not disputed that the universities are statutory bodies performing a public service. As such, they may be subjected to the judicial review of certain decisions, but this does not in itself make them part of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. . . . In a word, the basis of the exercise of supervisory jurisdiction by the courts is not that the universities are government, but that they are public decision-makers. [Emphasis added.]

On n'a pas contesté que les universités sont des organismes créés par la loi qui fournissent un service public. Comme telles, certaines de leurs décisions peuvent être soumises au contrôle judiciaire, mais elles ne deviennent pas pour autant partie du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. [. . .] Bref, ce qui justifie l'exercice de la compétence de surveillance des tribunaux judiciaires est non pas le fait que les universités font partie du gouvernement, mais le fait que ce sont des décideurs publics. [Je souligne.]

In order for the Canadian *Charter* to apply to institutions other than Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial governments, then, an entity must truly be acting in what can accurately be described as a "governmental" — as opposed to a merely "public" — capacity. The factors that might serve to ground a finding that an institution is performing "governmental functions" do not readily admit of any *a priori* elucidation. Nevertheless, and as I stated further on in *McKinney* (at p. 269), "[a] public purpose test is simply inadequate" and "is simply not the test mandated by s. 32".

Pour que la *Charte* canadienne s'applique à une institution autre que le Parlement, les législatures provinciales et les gouvernements fédéral et provinciaux, il faut que l'entité accomplisse véritablement des actes pouvant être correctement qualifiés de «gouvernementaux» et non pas simplement de «publics». Les facteurs permettant de conclure à l'exécution de «fonctions gouvernementales» laissent peu de place à l'à priori. Il n'en reste pas moins que «[l]e critère de l'objet public est simplement inadéquat» et que ce «n'est tout simplement pas le critère qu'impose l'art. 32», comme je l'ai précisé dans l'arrêt *McKinney*, à la p. 269.

50 Having set out what I take to be the guiding principles, I turn now to examine directly the *Charter* application issues in this appeal. The main issue concerns whether the Canadian *Charter* applies to municipalities — like the appellant — at all. To my mind, the analysis I have undertaken thus far leads inexorably to the conclusion that it does. While this Court has never before expressly endorsed that proposition, we have done so inferentially, inasmuch as we have already applied the *Charter* to municipal by-laws without specifically engaging in an analysis of the application issue; see *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084. Moreover, the view that municipalities are subject to the *Charter* is not only sound, but also wholly consistent with the case law I have been discussing. Indeed, municipalities — though institutionally distinct from the provincial governments that create them — cannot but be described as "governmental entities". I base this finding on a number of considerations.

Après avoir énoncé ce que je considère être les principes directeurs, je passe maintenant à l'examen des questions relatives à l'application de la *Charte* soulevées par le présent pourvoi. Il s'agit principalement de déterminer si la *Charte* canadienne s'applique aux municipalités comme l'appelante, et l'analyse à laquelle j'ai procédé jusqu'ici m'amène inexorablement à conclure qu'elle s'applique. Si la Cour n'a pas jusqu'à présent entériné expressément une telle proposition, elle l'a du moins approuvée indirectement, ne serait-ce qu'en soumettant des règlements municipaux à la *Charte* sans examiner explicitement la question de l'applicabilité; voir *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. Au surplus, non seulement l'opinion selon laquelle les municipalités sont assujetties à la *Charte* est-elle sensée, elle est aussi entièrement compatible avec la jurisprudence dont il vient d'être question. Effectivement, on ne peut faire autrement que de voir les municipalités comme des «entités gouvernementales», même si elles sont institutionnellement distinctes des gouvernements provinciaux qui les ont créées. Plusieurs considérations fondent cette conclusion.

1997 CanLII 335 (SCC)

First, municipal councils are democratically elected by members of the general public and are accountable to their constituents in a manner analogous to that in which Parliament and the provincial legislatures are accountable to the electorates they represent. To my mind, this itself is a highly significant (although perhaps not a decisive) indicium of "government" in the requisite sense. Secondly, municipalities possess a general taxing power that, for the purposes of determining whether they can rightfully be described as "government", is indistinguishable from the taxing powers of Parliament or the provinces. Thirdly, and importantly, municipalities are empowered to make laws, to administer them and to enforce them within a defined territorial jurisdiction. Thus, while I expressed no specific opinion in *McKinney* as to whether municipalities are, in fact, subject to the *Charter*, I nevertheless had this to say, at p. 270 of that case:

> . . . I agree with the Court of Appeal that, if the *Charter* covers municipalities, it is because municipalities perform a quintessentially governmental function. They enact coercive laws binding on the public generally, for which offenders may be punished. . . . [Emphasis added.]

Finally, and most significantly, municipalities derive their existence and law-making authority from the provinces; that is, they exercise powers conferred on them by provincial legislatures, powers and functions which they would otherwise have to perform themselves. Since the Canadian *Charter* clearly applies to the provincial legislatures and governments, it must, in my view, also apply to entities upon which they confer governmental powers within their authority. Otherwise, provinces could (in the manner outlined earlier) simply avoid the application of the *Charter* by devolving powers on municipal bodies.

This last point was discussed in some detail in *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652 (H.C.), where, in considering the very question of whether municipalities are subject

Premièrement, les conseils municipaux sont élus démocratiquement par les citoyens et doivent leur rendre compte de la même façon que le Parlement et les législatures provinciales sont responsables devant leur électorat respectif. Cela me paraît, en soi, indiquer très fortement (mais peut-être pas de façon déterminante) qu'il s'agit de «gouvernements» au sens requis. Deuxièmement, les municipalités jouissent d'un pouvoir général de taxation qui, pour ce qui est de déterminer si on peut légitimement les considérer comme des entités «gouvernementales», ne se distingue pas des pouvoirs de taxation que le Parlement ou les provinces exercent. Un troisième et important facteur est que les municipalités ont le pouvoir d'établir des règles de droit, de les appliquer et de les faire respecter dans les limites d'un territoire déterminé. C'est pourquoi dans l'arrêt *McKinney*, sans trancher expressément la question de savoir si les municipalités étaient de fait assujetties à la *Charte*, je n'en ai pas moins affirmé, à la p. 270:

> . . . je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que si la *Charte* vise les municipalités, c'est parce que les municipalités exercent une fonction purement gouvernementale. Elles adoptent des règles qui ont force de loi auprès du public en général et prévoient des peines pour ceux qui y contreviennent . . . [Je souligne.]

Finalement, et de façon plus importante, les municipalités sont des créatures des provinces dont elles tirent leur pouvoir de légiférer; c'est-à-dire qu'elles exercent des pouvoirs et des fonctions confiés par les législatures provinciales dont ces dernières devraient autrement se charger. Comme la *Charte* canadienne s'applique incontestablement aux législatures et aux gouvernements provinciaux, elle ne peut que s'appliquer aussi, selon moi, aux entités qu'ils investissent de pouvoirs gouvernementaux relevant de leur compétence, sinon les provinces pourraient (de la manière décrite précédemment) éviter tout simplement l'application de la *Charte* en attribuant certains pouvoirs aux municipalités.

Ce dernier point a fait l'objet d'un examen assez approfondi dans la décision *Re McCutcheon and City of Toronto* (1983), 41 O.R. (2d) 652 (H.C.). Le juge Linden (maintenant juge de la Cour d'ap-

1997 CanLII 335 (SCC)

to the *Charter*, Linden J. (as he then was) stated, at p. 662:

Counsel for the respondents point out that there is no express mention of municipal governments and their by-laws in s. 32 which provides that the Charter applies to the Parliament and Government of Canada and the Legislature and government of each province. Absent a specific reference to municipal governments in s. 32(1), it is contended, that [*sic*] the Charter does not apply to them . . . .

This cannot be the case, for it would permit circumvention of the Charter through delegation to any body that is not classified as part of the Government of Canada or of a province. This is contrary to the tenor of s. 32(1), which provides that subordinates (the Governments of Canada and of each province) cannot do that which their principals (Parliament and the Legislatures) cannot do. It must be that more junior subordinates, like municipalities, are to be similarly bound by the Charter.

Further on, at p. 663, Linden J. continued:

Municipalities, though a distinct level of government for some purposes, have no constitutional status; they are merely "creatures of the legislature", with no existence independent of the Legislature or government of the province. Hence, just as the provincial Legislatures and governments are bound by the Charter, so too are municipalities, whose by-laws and other actions must be considered, for the purposes of s. 32(1), as actions of the provincial government which gave them birth.

While I have some reservations with respect to characterizing the provinces as the "principals" of municipalities (inasmuch as municipalities have distinct political mandates and hence are not truly "agents" of the province) I am in general agreement with the thrust of Linden J.'s comments.

53 I would add one further thought at this point. This approach appears entirely consistent with the traditional legal status of municipalities as governmental bodies. Before the Canadian *Charter*, the courts had interpreted the powers conferred on municipalities by the provinces as being restricted

pel fédérale), statuant justement sur la question de savoir si les municipalités étaient assujetties à la *Charte*, a écrit, à la p. 662:

[TRADUCTION] L'avocat des intimés souligne que l'art. 32, qui prévoit que la *Charte* s'applique au Parlement et au gouvernement du Canada et à la législature et au gouvernement de chaque province, ne fait pas expressément mention des gouvernements municipaux et de leurs règlements. Il prétend que les gouvernements municipaux n'étant pas expressément mentionnés au par. 32(1), la *Charte* ne s'applique pas à eux . . .

Cette conclusion ne tient pas, car elle permettrait de tourner la *Charte* en déléguant des pouvoirs à un organisme n'appartenant pas au gouvernement du Canada ou d'une province. Cette possibilité n'est pas compatible avec la teneur du par. 32(1) selon lequel les autorités subordonnées (les gouvernements du Canada et de chaque province) ne peuvent faire ce que leurs mandants (le Parlement ou les législatures provinciales) ne peuvent faire eux-mêmes. Il faut nécessairement que des subordonnés de rang encore moins élevé, comme les municipalités, soient pareillement assujettis à la *Charte*.

Le juge Linden a ajouté plus loin, à la p. 663:

[TRADUCTION] Bien que les municipalités constituent, pour certaines fins, un niveau de gouvernement distinct, elles ne jouissent d'aucun statut constitutionnel; elles sont simplement des «créatures des législatures» qui n'ont aucune existence indépendante de la législature ou du gouvernement d'une province. Ainsi, comme les législatures et les gouvernements provinciaux, elles sont assujetties à la *Charte*, et leurs règlements et autres actes doivent être considérés, pour l'application du par. 32(1), comme des actes du gouvernement provincial qui les a créées.

Bien que j'aie quelques réserves à qualifier les provinces de «mandants» des municipalités (dans la mesure où les municipalités remplissent des mandats politiques distincts et ne sont donc pas véritablement des «mandataires» de la province), je suis généralement d'accord avec l'essentiel des commentaires du juge Linden.

J'ajouterais une dernière remarque. Cette solution semble en tout point compatible avec le statut juridique traditionnel des municipalités comme organismes gouvernementaux. Avant l'adoption de la *Charte* canadienne, les tribunaux avaient jugé que les pouvoirs conférés aux municipalités par les

1997 CanLII 335 (SCC)

to making by-laws that were "reasonable", the general effect of which was to limit municipalities from encroaching on individual rights; see *City of Montréal v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650; and *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, where the by-laws at issue were declared *ultra vires* (in whole or in part) because they unreasonably discriminated between classes of persons. See also *Kruse v. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (Div. Ct.), at pp. 99-100, *per* Lord Russell of Killowen C.J., and *City of Halifax v. Read*, [1928] S.C.R. 605, at pp. 612-13, *per* Newcombe J. While the by-laws at issue in the latter cases were upheld, the idea that the reasonableness doctrine serves to protect individual rights is apparent from the passages cited. In the *Charter* age, it seems wholly fitting that "reasonableness" should be read in light of what the *Charter* has to say about the rights of the individual. And an attempt by the legislature to so express a municipal statute as to permit a municipality to breach *Charter* rights would, it seems to me, itself be contrary to the *Charter* mandate.

The approach I have taken to the relation of municipalities to the provinces finds further support, I think, in the reasoning underlying this Court's decision in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. There, we had to decide, *inter alia*, whether the Canadian *Charter* applied to the discretionary orders of a statutorily appointed arbitrator. Speaking for the Court on this issue, Lamer J. (as he then was) stated, at pp. 1077-78:

> The fact that the *Charter* applies to the order made by the adjudicator in the case at bar is not, in my opinion, open to question. The adjudicator is a statutory creature: he is appointed pursuant to a legislative provision and derives all his powers from the statute. As the Constitution is the supreme law of Canada and any law that is inconsistent with its provisions is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect, it is impossible to interpret legislation conferring discretion as conferring a power to infringe the *Charter*, unless, of course, that power is expressly conferred or necessarily

provinces se limitaient à la prise de règlements «raisonnables», ce qui avait eu comme effet général de prévenir l'empiétement des municipalités sur les droits individuels; voir *Ville de Montréal c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368, *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650, et *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, où les règlements en cause ont été déclarés *ultra vires* (en totalité ou en partie) parce qu'ils établissaient des distinctions déraisonnables entre diverses catégories de personnes. Voir également *Kruse c. Johnson*, [1898] 2 Q.B. 91 (C. div.), aux pp. 99 et 100, le juge en chef Lord Russell of Killowen, et *City of Halifax c. Read*, [1928] R.C.S. 605, aux pp. 612 et 613, le juge Newcombe. Bien que les règlements en cause dans ces dernières affaires aient été jugés valides, il ressort clairement des passages cités que la thèse du caractère raisonnable sert à protéger les droits individuels. À l'ère de la *Charte*, il n'est que juste que le «caractère raisonnable» s'apprécie en fonction de ce que prévoit la *Charte* au sujet des droits individuels. Toute tentative d'une législature pour rédiger une loi municipale de façon à permettre à une municipalité de porter atteinte aux droits garantis par la *Charte* irait elle-même, il me semble, à l'encontre de l'objet de la *Charte*.

54 Ma façon de voir la relation entre les municipalités et les provinces est en outre étayée, je crois, par le raisonnement sous-tendant l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Dans ce pourvoi, notre Cour devait déterminer, notamment, si la *Charte* canadienne s'appliquait aux ordonnances discrétionnaires d'un arbitre désigné sous l'autorité de la loi. Rendant jugement pour la Cour sur cette question, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a écrit, aux pp. 1077 et 1078:

> Le fait que la *Charte* s'applique à l'ordonnance rendue par l'arbitre en l'espèce ne fait, à mon avis, aucun doute. L'arbitre est en effet une créature de la loi; il est nommé en vertu d'une disposition législative et tire tous ses pouvoirs de la loi. La Constitution étant la loi suprême du pays et rendant inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, il est impossible d'interpréter une disposition législative attributrice de discrétion comme conférant le pouvoir de violer la *Charte* à moins, bien sûr, que ce pouvoir soit expressément conféré ou encore qu'il soit nécessairement impli-

1997 CanLII 335 (SCC)

implied.... Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed. Accordingly, an adjudicator exercising delegated powers does not have the power to make an order that would result in an infringement of the *Charter*.... [Emphasis added.]

While the application issues in *Slaight* and those in the present case are by no means identical, they can profitably be understood to share at least one salient feature; viz., both labour arbitrators (such as the one in *Slaight* itself) and municipalities (such as the appellant) exercise governmental powers conferred upon them by the approriate legislative body. To be sure, the nature and scope of those powers is different. As regards the arbitrator in *Slaight*, the delegated power consisted in the discretion to make orders in the settlement of particular labour disputes. As regards municipalities, it consists in the much broader discretion to adopt and enforce coercive laws binding on a defined territory. In both cases, however, the ultimate source of authority is government *per se* and, consequently, the entity under scrutiny will be kept in check through the application of the *Charter*, just as government itself would be were it performing the functions conferred.

55 For all these reasons, then, I am firmly of the opinion that the Canadian *Charter* applies to municipalities. But what of the appellant's submission that the *Charter* should not apply because the activity in question — i.e., the imposition of the residence requirement — is a "private" as opposed to a "governmental" act? As I have already suggested, I cannot accept this distinction. The particular modality a municipality chooses to adopt in advancing its policies cannot shield its activities from *Charter* scrutiny. All the municipality's powers are derived from statute and all are of a governmental character; see the cited passage from *Slaight*, *supra*. An act performed by an entity that is governmental in nature is, to my mind, necessarily "governmental" and cannot properly be viewed as "private" at all. I set out my reasons for

cite [...] Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*. En conséquence, un arbitre exerçant des pouvoirs délégués n'a pas le pouvoir de rendre une ordonnance entraînant une violation de la *Charte*... [Je souligne.]

Bien que les questions relatives à l'application de la *Charte* soulevées par la présente espèce soient loin d'être identiques à celles qui se posaient dans l'arrêt *Slaight*, on peut trouver aux deux affaires une caractéristique commune prédominante qui éclaire l'analyse, savoir le fait que les arbitres du travail (comme celui de l'arrêt *Slaight*) et les municipalités (comme l'appelante) exercent tous des pouvoirs gouvernementaux qui leur ont été attribués par l'assemblée législative compétente. À n'en pas douter, la nature et la portée de ces pouvoirs ne sont pas les mêmes. Le pouvoir qui avait été délégué à l'arbitre, dans l'arrêt *Slaight*, était le pouvoir discrétionnaire de rendre des ordonnances afin de régler des différends en matière de travail. Les municipalités, quant à elles, disposent du pouvoir discrétionnaire beaucoup plus large, d'établir et de mettre en application des règles ayant force de loi dans un territoire déterminé. Dans les deux cas, toutefois, leur pouvoir procède en définitive du gouvernement *per se* et, par conséquent, l'entité en cause sera assujettie à l'application de la *Charte* comme le gouvernement lui-même le serait, s'il exécutait les fonctions conférées.

Je crois donc fermement, pour toutes ces raisons, que la *Charte* canadienne s'applique aux municipalités. L'appelante, toutefois, fait valoir que la *Charte* ne devrait pas s'appliquer parce que l'activité en cause — l'imposition de l'obligation de résidence — est un acte «privé» et non «gouvernemental». Comme je l'ai déjà indiqué, je ne puis accepter cette distinction. Les moyens choisis par la municipalité pour donner corps à ses politiques ne peuvent mettre ses activités à l'abri d'un examen fondé sur la *Charte*. Tous les pouvoirs des municipalités sont d'origine législative et tous revêtent un caractère gouvernemental (voir l'extrait précité de l'arrêt *Slaight*). À mon avis, l'acte accompli par une entité de nature gouvernementale est nécessairement «gouvernemental» et ne saurait être légitimement considéré comme «privé». J'ai

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

taking this view in *Lavigne*, *supra*, where (as I noted earlier) I found for the majority that a provision of a collective agreement — i.e., a contractual term — was subject to *Charter* scrutiny on the basis that the body responsible for negotiating the agreement (the Council of Regents) was, itself, essentially governmental in nature. At p. 314 of the judgment, I stated:

> It was also argued that the *Charter* does not apply to government when it engages in activities that are . . . "private, commercial, contractual or non-public (in) nature". In my view, this argument must be rejected. In today's world it is unrealistic to think of the relationship between those who govern and those who are governed solely in terms of the traditional law maker and law subject model. We no longer expect government to be simply a law maker in the traditional sense; we expect government to stimulate and preserve the community's economic and social welfare. In such circumstances, government activities which are in form "commercial" or "private" transactions are in reality expressions of government policy, be it the support of a particular region or industry, or the enhancement of Canada's overall international competitiveness. In this context, one has to ask: why should our concern that government conform to the principles set out in the *Charter* not extend to these aspects of its contemporary mandate? To say that the *Charter* is only concerned with government as law maker is to interpret our Constitution in light of an understanding of government that was long outdated even before the *Charter* was enacted.

This rationale is as pertinent to municipalities like the appellant as to the Council of Regents in *Lavigne*. I therefore find that the Canadian *Charter* applies to the residence requirement at issue in this case.

One final point should be added. As I explained earlier, refusing to subject entities acting in a governmental capacity to *Charter* scrutiny would permit governments to avoid the *Charter* by conferring governmental powers on non-governmental bodies. It seems clear to me that the same situation could arise if entities that are governmental in

exposé les raisons qui motivent cette prise de position dans l'arrêt *Lavigne*, précité, où (comme je l'ai déjà mentionné) j'ai statué au nom des juges majoritaires qu'une disposition d'une convention collective — une clause contractuelle, donc — était assujettie à un examen fondé sur la *Charte* parce que l'organisme chargé de négocier l'entente (le Conseil des gouverneurs) était lui-même essentiellement de nature gouvernementale. À la p. 314 de l'arrêt, j'ai écrit:

> On a également soutenu que la *Charte* ne s'applique pas au gouvernement lorsqu'il exerce des activités qui sont [. . .] [TRADUCTION] «privées, commerciales, contractuelles ou non publiques par nature». À mon avis, cet argument doit être rejeté. Dans le monde d'aujourd'hui, il est irréaliste de penser que les relations entre les gouvernants et les gouvernés sont régies seulement par le modèle traditionnel du législateur et du citoyen assujetti à la loi. Nous ne voulons plus d'un gouvernement qui se cantonne dans son rôle traditionnel de législateur; nous nous attendons à ce qu'il stimule et préserve le bien-être économique et social de la collectivité. Ainsi, les activités gouvernementales qui sont formellement des opérations «commerciales» ou «privées» sont en réalité des expressions de la politique gouvernementale, qu'il s'agisse de l'appui donné à une région ou à une industrie donnée ou de l'amélioration de la compétitivité internationale globale du Canada. La question qui se pose dans ce contexte est celle-ci: pourquoi notre souci de voir le gouvernement se conformer aux principes énoncés dans la *Charte* ne s'étendrait-il pas à ces aspects de son mandat contemporain? Affirmer que la *Charte* ne vise que le gouvernement en tant que législateur revient à interpréter notre Constitution à la lumière d'une conception de gouvernement dépassée depuis longtemps même avant l'adoption de la *Charte*.

Ce raisonnement est tout aussi applicable aux municipalités, telle l'appelante, qu'il l'était au Conseil des gouverneurs dans l'arrêt *Lavigne*. Je conclus donc que la *Charte* canadienne s'applique à l'obligation de résidence visée en l'espèce.

Il convient d'ajouter une dernière observation. 56
Comme je l'ai déjà expliqué, le refus d'assujettir à un examen fondé sur la *Charte* des entités agissant à titre gouvernemental permettrait aux gouvernements d'échapper à la *Charte* en conférant des pouvoirs gouvernementaux à des organismes non gouvernementaux. Il me paraît clair que la même

nature (or, for that matter, governments themselves) were not subjected to *Charter* scrutiny in respect of all their activities, including those that could — if they had been performed by a non-governmental entity — plausibly be described as "private". Stated simply, a government or an entity acting in a governmental capacity could circumvent the *Charter* not simply by granting certain of its powers to other entities, but also by itself pursuing governmental initiatives through means other than the traditional mechanism of government action — i.e., the formal enactment of coercive laws. I discussed this issue in my reasons in *Douglas*, at p. 585:

> The fact that the collective agreement was agreed to by the appellant association does not alter the fact that the agreement was entered into by government pursuant to statutory power and so constituted government action. To permit government to pursue policies violating *Charter* rights by means of contracts and agreements with other persons or bodies cannot be tolerated. The transparency of the device can be seen if one contemplates a government contract discriminating on the ground of race rather than age.

The same reasoning applies in the context of the present case. Were the *Charter* not to apply to all activities of governmental entities, the municipal resolutions pursuant to which the residence requirement was imposed on the appellant's permanent employees would not be subject to the *Charter*, while precisely the same requirement implemented through the formal mechanism of a by-law would be. The difficulties to which such an approach could give rise are sufficiently obvious as to require no further explanation.

57 The foregoing analysis, in my view, adequately disposes of the application question in this case. For the reasons I have given, the residence requirement imposed by the appellant — a requirement which might, if it had been implemented by a non-governmental body, properly be considered a "private" condition of employment — is susceptible to *Charter* scrutiny, inasmuch as the appellant

situation peut se produire si toutes les activités des entités de nature gouvernementale (ou des gouvernements eux-mêmes, d'ailleurs) ne sont pas soumises à un examen fondé sur la *Charte*, y compris celles qui pourraient vraisemblablement être qualifiées de «privées» si elles étaient accomplies par une entité non gouvernementale. En termes simples, il serait possible pour un gouvernement ou une entité exerçant des fonctions gouvernementales de contourner la *Charte* non seulement en conférant certains pouvoirs à d'autres entités mais également en s'écartant, dans la réalisation des projets gouvernementaux, du mécanisme traditionnel d'action gouvernementale, savoir l'adoption formelle de lois coercitives. Dans l'arrêt *Douglas*, j'ai analysé cette question, aux pp. 585 et 586:

> Même si l'association intimée a donné son accord à la convention collective, cela ne change rien au fait que le gouvernement l'a conclue en vertu d'un pouvoir conféré par la loi et qu'elle était ainsi une mesure gouvernementale. On ne peut tolérer que le gouvernement poursuive des politiques qui violent les droits reconnus par la *Charte* au moyen de contrats et d'ententes conclus avec d'autres personnes ou organismes. Le moyen est transparent si l'on pense à un contrat gouvernemental qui établirait une discrimination fondée sur la race plutôt que sur l'âge.

On peut faire le même raisonnement dans le présent pourvoi. Dans l'hypothèse où la *Charte* ne s'appliquerait pas à toutes les activités des entités gouvernementales, les résolutions municipales imposant l'obligation de résidence aux employés permanents de l'appelante ne seraient pas assujetties à la *Charte*, tandis que l'imposition de la même obligation par l'intermédiaire du mécanisme formel de la réglementation, le serait. Les problèmes que suscite une telle solution sont suffisamment évidents pour rendre superflue toute explication supplémentaire.

Je suis d'avis que l'analyse qui précède permet adéquatement de trancher la question de l'application de la *Charte* en l'espèce. Pour les motifs que j'ai exposés, l'obligation de résidence imposée par l'appelante — laquelle pourrait légitimement être considérée comme une condition d'emploi «privée» si elle avait été mise en œuvre par une entité non gouvernementale — est susceptible d'examen

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

municipality is governmental in nature and, as such, is subject in all its activities to *Charter* review. As I noted earlier, the substance of the respondent's *Charter* claim is that the residence requirement infringes her right to liberty under s. 7 in a manner that fails to accord with the principles of fundamental justice. I turn now to an examination of the issues raised by that claim.

(b) *The Liberty Interest Under Section 7*

Before it is even possible to decide whether the respondent's s. 7 rights were infringed in a manner that contravenes fundamental justice, it is necessary to establish that the interest in respect of which she asserted her claim falls within the ambit of s. 7's protection. For convenience, I set out s. 7 here:

> 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

The respondent took the position that the right to "liberty" enshrined in s. 7 includes within it a right to make fundamentally personal choices free from state interference and that choosing where to establish one's home falls within the scope of that right. The appellant, whose submissions were echoed by the *mis en cause* Attorney General of Quebec, tried to impugn this position in two ways. First, it contended that the right actually asserted by the respondent was not a right to choose where to establish her home at all, but rather an economic right in the nature of a "right to work", and that such a right did not fall within the ambit of s. 7 liberty guarantee. Alternatively, the appellant submitted that even if the right asserted by the respondent was a right to choose freely where to make her home, that right would similarly not be protected under s. 7. To my mind, neither of the appellant's arguments can succeed.

The appellant's first argument can, I think, be addressed relatively quickly. As should be clear, the success of the claim rests on the premise that the respondent has mischaracterized the nature of

sous le régime de la *Charte* dans la mesure où la municipalité appelante est de nature gouvernementale et, à ce titre, est assujettie, quant à toutes ses activités, à l'application de la *Charte*. Comme je l'ai déjà mentionné, l'intimée soutient essentiellement, relativement à la *Charte*, que l'obligation de résidence porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7, d'une manière non conforme avec les principes de justice fondamentale. Voyons maintenant les questions soulevées par cet argument.

b) *Le droit à la liberté reconnu à l'art. 7*

58 Avant même de pouvoir déterminer s'il a été porté atteinte aux droits de l'intimée garantis par l'art. 7 sans que les règles de justice fondamentale aient été respectées, il faut établir que la protection octroyée par cette disposition s'étend bien au droit dont elle se réclame. Par souci de commodité, je reproduis ici l'art. 7:

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

L'intimée soutient que le droit à la «liberté» garanti par l'art. 7 comprend le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans intervention de l'État, et que le choix d'un lieu pour établir sa demeure fait partie des décisions ainsi protégées. L'appelante, dont la thèse est reprise par le procureur général du Québec, mis en cause, a tenté de réfuter cet argument de deux façons. Elle a plaidé d'abord que le droit que l'intimée fait valoir dans les faits n'est pas celui de choisir un lieu pour établir sa demeure, mais plutôt un droit économique de la nature du «droit de travailler», lequel n'est pas protégé par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7. Subsidiairement, l'appelante a affirmé que même si le droit revendiqué est celui de choisir librement un lieu pour établir sa demeure, ce droit n'est pas protégé non plus sous le régime de l'art. 7. Ni l'un ni l'autre de ces arguments ne peuvent être retenus, selon moi.

59 J'estime que le premier argument de l'appelante n'appelle pas un long traitement. Il devrait être clair que le succès de cet argument repose sur la prémisse voulant que l'intimée ait mal qualifié le

the right in respect of which she seeks the *Charter*'s protection, an issue that is quite separate from the further question of whether economic rights are protected by the s. 7 liberty guarantee. Thus, if the appellant is to prevail on the s. 7 issue based on the contention that economic rights are not included within the ambit of the right to liberty, it must first establish that the right at issue is, as it claims, an economic right in the nature of a "right to work" and not, as the respondent asserts, a right to make an unfettered decision as to where to establish her home.

60 Admittedly, a certain degree of support for this line of argument can be garnered from some American case law dealing specifically with challenges to municipal residence requirements. In *Ector v. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973), for example, Mosk J. of the Supreme Court of California considered the constitutionality of a residence requirement imposed by the respondent city on the appellant, a municipally employed librarian. Affirming the decision of the Superior Court in which the appellant's petition was denied, he cited *Kennedy v. City of Newark*, 148 A.2d 473 (N.J. 1959), and stated as follows, at pp. 437-38:

> [A]ppellant asks us in effect to declare a fundamental right to be "let alone" in the choice of his place of residence. We are not unsympathetic to that Thoreauvian goal, although we fear that in this day of land-use planning, zoning, and environmental controls, it may be increasingly difficult to achieve. Nevertheless, as Chief Justice Weintraub of New Jersey explained, in this type of case "The question is not whether a man is free to live where he will. Rather the question is whether he may live where he wishes and at the same time insist upon employment by government." . . . No such "fundamental right" is expressed or implied in the Constitution, and it is not the province of the courts to create substantive constitutional rights in the name of guaranteeing equal protection of the laws. [Emphasis added; citation omitted.]

A similar view appears to have been taken by the United States Supreme Court in *McCarthy v. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976). There, that court had to decide whether a Philadelphia municipal regulation was unconstitu-

droit à l'égard duquel elle invoque la protection de la *Charte*, une question qui se distingue substantiellement de celle de savoir si les droits économiques sont effectivement protégés par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7. Ainsi, pour imposer sa thèse relative à l'art. 7 en arguant que les droits économiques ne sont pas compris dans le droit à la liberté, l'appelante doit d'abord établir que le droit en question, est bien, comme elle le prétend, un droit économique de la nature du «droit de travailler» et non, comme le soutient l'intimée, le droit de décider librement où établir sa demeure.

Je reconnais que quelques décisions judiciaires américaines portant expressément sur la contestation d'exigences municipales en matière de résidence appuient cette thèse jusqu'à un certain point. Dans la décision *Ector c. City of Torrance*, 514 P.2d 433 (1973), par exemple, le juge Mosk de la Cour suprême de la Californie a examiné la constitutionnalité d'une obligation de résidence imposée à l'appelant, bibliothécaire municipal, par la ville intimée. Confirmant la décision de la Cour supérieure de rejeter la demande de l'appelant, le juge Mosk a cité la décision *Kennedy c. City of Newark*, 148 A.2d 473 (N.J. 1959), et a exprimé ce qui suit, aux pp. 437 et 438:

> [TRADUCTION] [L]'appelant nous demande en effet de reconnaître l'existence du droit fondamental de «choisir en paix» son lieu de résidence. Nous ne sommes pas fermés à cet objectif à la Thoreau, bien qu'il nous paraisse, en cette époque d'aménagement du territoire, de zonage et de contrôles environnementaux, de plus en plus difficile à atteindre. Quoi qu'il en soit, comme le juge en chef Weintraub (New Jersey) l'a expliqué, dans ce type d'affaire: «La question n'est pas de savoir si chacun peut vivre où il l'entend; il s'agit plutôt de déterminer si chacun peut vivre où il l'entend tout en exigeant d'être employé par le gouvernement.» [. . .] Aucun «droit fondamental» semblable n'est prévu, expressément ni implicitement, dans la Constitution, et il n'appartient pas aux tribunaux de créer des droits fondamentaux constitutionnels dans le but de garantir l'égalité de protection de la loi. [Je souligne; citation omise.]

La Cour suprême des États-Unis semble avoir pris une position semblable dans l'affaire *McCarthy c. Philadelphia Civil Service Commission*, 424 U.S. 645 (1976). Elle devait déterminer si un règlement de la ville de Philadelphie était inconstitutionnel

1997 CanLII 335 (SCC)

tional as a violation of the plaintiff's right to interstate travel. In describing the plaintiff's position but rejecting his claim, the court found, at pp. 646-47, that he was trying to assert "a constitutional right to be employed by the city of Philadelphia *while* he is living elsewhere". (Underlining added; italics in original.)

parce qu'il portait atteinte au droit du demandeur de se déplacer d'un État à l'autre. Décrivant la position du demandeur, la cour a jugé, aux pp. 646 et 647, en rejetant sa demande, qu'il tentait de faire reconnaître [TRADUCTION] «le droit constitutionnel d'être employé par la ville de Philadelphie *tout* en vivant ailleurs». (Je souligne; en italique dans l'original.)

In light of these comments, the argument advanced by the appellant might, at first, seem tenable. A closer analysis, however, reveals that the appellant's position — and, with respect, the position apparently taken in the American case law just cited — is flawed. In seeking to impugn the residence restriction imposed upon her, the respondent is not, as the appellant alleges, surreptitiously trying to assert a constitutionally protected "right to employment" with the City of Longueuil. She is, instead, claiming that her ability to take an unfettered decision as to where she wishes to live — an ability which, she argues, enjoys the status of a constitutionally protected right — ought not to be denied her simply because she has chosen to earn her living by working for the appellant municipality. This is clear, I think, inasmuch as the respondent does not challenge the very fact of her termination as being contrary to her s. 7 liberty interest; rather, she seeks to impugn the basis upon which that termination was purportedly justified; viz., the residence restriction itself. Put another way, the respondent's real complaint is not simply that she was dismissed from the appellant's employ, but rather that she was dismissed because she exercised (what she claims is) a constitutionally protected right to choose her place of residence as she sees fit. In light of these considerations, I am satisfied that the respondent's *Charter* claim does not implicate any notion of a constitutional "right to employment" or any other "economic right", and I would reject the appellant's submission to the contrary.

61 À la lumière de ces commentaires, l'argument avancé par l'appelante peut, à première vue, paraître fondé. En l'analysant de plus près, toutefois, on s'aperçoit que cet argument — de même que la thèse qui semble avoir été retenue dans les décisions américaines que je viens de citer — est vicié. En tentant de faire invalider l'obligation de résidence qui lui est imposée, l'intimée ne cherche pas, comme le prétend l'appelante, à faire reconnaître subrepticement l'existence d'un «droit d'être employée» par la ville de Longueuil qui serait constitutionnellement protégé. Elle soutient plutôt qu'elle ne devrait pas être empêchée de décider librement où elle souhaite vivre — cette faculté a, selon elle, statut de droit protégé par la Constitution — simplement parce qu'elle a choisi de gagner sa vie en travaillant pour la municipalité appelante. Sa position me paraît claire, dans la mesure où elle ne prétend pas que le fait même de son congédiement porte atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7, mais où elle conteste plutôt le motif invoqué pour justifier ce congédiement, c'est-à-dire l'obligation de résidence elle-même. En d'autres termes, le grief réel de l'intimée n'est pas simplement son congédiement, mais plutôt le fait qu'elle a été renvoyée parce qu'elle s'est prévalue du droit (qu'elle prétend) constitutionnellement protégé de choisir comme elle l'entend son lieu de résidence. Je suis convaincu, au vu de ces éléments, qu'aucune notion de «droit à l'emploi» constitutionnel ni aucun autre «droit économique» n'interviennent dans l'argument de l'intimée fondé sur la *Charte*, et je rejetterais toute prétention contraire de l'appelante.

Having accepted the respondent's view that the right she seeks to invoke is, in fact, a right to choose where to establish her home, I must still address the appellant's second contention; namely,

62 Après avoir accepté l'opinion de l'intimée voulant que le droit dont elle se réclame soit en fait le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure, je dois encore examiner le second argument de l'ap-

1997 CanLII 335 (SCC)

that even a right of this nature — quite apart from any notion of economic rights — does not fall within the ambit of the liberty guarantee enshrined in s. 7. Once again, I am unable to agree with this submission. Indeed, in my view, a proper understanding of the scope of the s. 7 right to liberty militates strongly toward the opposite conclusion. Let me explain.

63 In the recent case of *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, this Court was called upon to decide, *inter alia*, whether the s. 7 right to liberty included within its scope a right of parents to take decisions respecting the medical care of their children. More specifically, and in addition to a claim raised under s. 2(*a*) of the Canadian *Charter*, we were asked to decide whether the appellant parents (who were Jehovah's Witnesses) could properly invoke a constitutional right to make definitive choices in respect of their daughter's medical treatment, in order to preclude health care officials from ordering — pursuant to powers granted to them by the *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, c. 66 — that the daughter undergo a blood transfusion. Writing for a plurality consisting of myself and L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ., I undertook a detailed discussion of the various principles I think should guide the interpretation of s. 7, noting particularly that s. 7 must (as was first enunciated in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, and repeatedly followed by this Court) be read in light of the values reflected in the *Charter* as a whole, and not just those embodied by the other provisions described as "legal rights". I then referred specifically to the decisions of Dickson C.J. in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, and *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, in which the meaning of the term "freedom" in ss. 1 and 2(*a*) was discussed, and found as follows, at p. 368:

> The above-cited cases give us an important indication of the meaning of the concept of liberty. On the one hand, liberty does not mean unconstrained free-

pelante, savoir que même un droit de cette nature — bien distinct de toute notion de droit économique — n'est pas compris dans la garantie de liberté inscrite à l'art. 7. Encore une fois, je ne puis donner raison à l'appelante. J'estime en effet que l'appréciation correcte de la portée du droit à la liberté reconnu par cette disposition milite fortement en faveur de la conclusion contraire. Je m'en explique.

Dans le récent pourvoi *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, notre Cour devait notamment déterminer si le droit à la liberté garanti par l'art. 7 comprenait le droit, pour les parents, de prendre des décisions concernant les soins médicaux à donner à leurs enfants. Plus précisément, il fallait, en plus de statuer sur un argument fondé sur l'al. 2*a*) de la *Charte* canadienne, trancher la question de savoir si les parents appelants (qui étaient Témoins de Jéhovah) pouvaient se réclamer d'un droit constitutionnel de faire des choix définitifs relativement au traitement médical de leur fille afin d'empêcher les autorités médicales d'ordonner, en application des pouvoirs dont elles étaient investies par la *Child Welfare Act*, R.S.O. 1980, ch. 66, qu'une transfusion de sang lui soit administrée. Rédigeant pour moi-même et pour les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin, j'ai examiné en détail les divers principes sur lesquels devrait reposer selon moi l'interprétation de l'art. 7, soulignant que cette disposition devait être interprétée en fonction des valeurs exprimées par l'ensemble de la *Charte* (comme notre Cour l'a d'abord exposé dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, et l'a répété à de nombreuses reprises), et non pas simplement en fonction de celles qui sont énoncées par les autres dispositions qualifiées de «garanties juridiques». Mentionnant plus particulièrement les motifs du juge en chef Dickson dans les arrêts *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, et *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, dans lesquels le sens du mot «liberté» employé à l'article premier et à l'al. 2*a*) a été analysé, j'ai conclu ce qui suit, à la p. 368:

> La jurisprudence précitée nous offre une indication importante de ce que signifie le concept de liberté. D'une part, la liberté n'est pas synonyme d'absence

1997 CanLII 335 (SCC)

dom. . . . Freedom of the individual to do what he or she wishes must, in any organized society, be subjected to numerous constraints for the common good. The state undoubtedly has the right to impose many types of restraints on individual behaviour, and not all limitations will attract *Charter* scrutiny. On the other hand, liberty does not mean mere freedom from physical restraint. In a free and democratic society, the individual must be left room for personal autonomy to live his or her own life and to make decisions that are of fundamental personal importance. [Emphasis added; citations omitted.]

totale de contrainte [. . .] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. D'autre part, la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. [Je souligne; citations omises.]

On the facts of *B. (R.)* itself, I found that the right asserted by the appellant parents fell within this protected sphere of individual autonomy but that, in the circumstances, the deprivation of the right was in accordance with the principles of fundamental justice. As a consequence, I held that no violation of s. 7 occurred.

Dans l'arrêt *B. (R.)*, j'ai conclu, au vu des faits, que le droit revendiqué par les parents appelants était compris dans la sphère d'autonomie individuelle protégée mais que, dans les circonstances, l'atteinte au droit n'était pas contraire aux principes de justice fondamentale. J'ai donc statué que l'art. 7 n'avait pas été enfreint.

I note parenthetically that the joint reasons of Iacobucci and Major JJ. in *B. (R.)* (in which Cory J. concurred) do not, as I see it, appear to take issue with my view of the ambit of the s. 7 liberty guarantee. While, on the facts of *B. (R.)*, my colleagues disagreed with the finding that the appellant parents possessed a constitutional right to decide what constitutes appropriate medical care for their child (since, in their view, the purview of such a right must be delineated with specific reference to the competing rights of the child to life and security of the person), they did not explicitly question the idea that the right to liberty in s. 7 goes beyond the notion of mere freedom from physical constraint and protects within its scope a narrow sphere of personal autonomy wherein the state is, in normal circumstances, precluded from entering. Indeed, at p. 431, they stated:

64

Je signale en passant que, dans les motifs conjoints qu'ils ont rendus dans l'arrêt *B. (R.)* (auxquels le juge Cory a souscrit), les juges Iacobucci et Major ne semblent pas différer d'avis avec moi sur la portée de la garantie énoncée à l'art. 7. Bien que mes collègues, dans les circonstances de ce pourvoi, aient été en désaccord avec la conclusion voulant que les parents appelants jouissent du droit constitutionnel de décider ce qui constituait un traitement médical approprié pour leur enfant (puisque selon eux, la portée de ce droit devait être délimitée en tenant explicitement compte des droits opposés de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne), ils n'ont pas remis expressément en question l'idée que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 dépasse la simple notion d'absence de contrainte physique et protège une sphère limitée d'autonomie personnelle dans laquelle il est ordinairement interdit à l'État de pénétrer. De fait, ils ont affirmé, à la p. 431:

We note that La Forest J. holds that "liberty" encompasses the right of parents to have input into the education of their child. *In fact, "liberty" may very well permit parents to choose among equally effective types of medical treatment for their children*, but we do not find it necessary to determine this question in the instant case. We say this because, *assuming without deciding that "liberty" has such a reach*, it certainly does not

Nous remarquons que le juge La Forest conclut que la «liberté» comprend le droit des parents de jouer un rôle dans l'éducation de leur enfant. *En fait, la «liberté» peut très bien permettre aux parents de choisir entre différentes formes également efficaces de traitement médical pour leurs enfants*, mais nous ne jugeons pas nécessaire de résoudre cette question ici, et cela, parce qu'*à supposer, sans en décider, que la «liberté» ait une telle por-*

1997 CanLII 335 (SCC)

extend to protect the appellants in the case at bar. There is simply no room within s. 7 for parents to override the child's right to life and security of the person. [Underlining in original; italics added.]

Sopinka J., too, did not explicitly disagree with my understanding of the scope of the liberty interest protected by s. 7. Rather, he took the position that the matter did not need to be addressed in *B. (R.)* since, on the facts, there was no violation of the principles of fundamental justice.

65 I should point out that the view I have expounded regarding the scope of the right to liberty draws considerable support from the reasons of Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In that case, my former colleague succinctly expressed her opinion that the s. 7 liberty interest is concerned not only with physical liberty, but also with fundamental concepts of human dignity, individual autonomy, and privacy. Indeed, at p. 166, she stated:

[A]n aspect of the respect for human dignity on which the *Charter* is founded is the right to make fundamental personal decisions without interference from the state. This right is a critical component of the right to liberty. Liberty, as was noted in [*Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177], is a phrase capable of a broad range of meaning. In my view, this right, properly construed, grants the individual a degree of autonomy in making decisions of fundamental personal importance.

Speaking for the plurality, I explicitly endorsed this passage in *B. (R.)*, at pp. 368-69, pointing out that I have long supported the views expressed in it. Indeed, shortly after *Morgentaler* was decided, I stated in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 412, that I had "considerable sympathy" for the proposition that s. 7 includes within it a right to privacy. Moreover, the view that the right to liberty encompasses more than just physical freedom is, as I explained in *B. (R.)*, supported by the vast preponderance of American case law dealing with the subject; see, e.g., *Meyer v. Nebraska*, 262 U.S.

tée, elle ne va certainement pas jusqu'à protéger les appelants en l'espèce. L'article 7 ne permet simplement pas aux parents de passer outre au droit de l'enfant à la vie et à la sécurité de sa personne. [Souligné dans l'original; italiques ajoutés.]

Le juge Sopinka non plus n'a pas expressément écarté ma conception de la portée du droit à la liberté protégé à l'art. 7. Il a plutôt estimé qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur ce point dans l'arrêt *B. (R.)* puisque, dans les faits, les principes de justice fondamentale n'avaient pas été enfreints.

Il convient de signaler que mon opinion concernant la portée du droit à la liberté trouve un appui considérable dans les motifs exposés par le juge Wilson dans l'arrêt *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans ce pourvoi, mon ancienne collègue a brièvement exprimé l'avis que le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne se limite pas à la liberté physique mais comprend également les notions fondamentales de dignité humaine, d'autonomie individuelle et de vie privée. Dans ses motifs, elle écrit effectivement, à la p. 166:

[U]n aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la *Charte* est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans intervention de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté. La liberté, comme nous l'avons dit dans l'arrêt [*Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177], est un terme susceptible d'une acception fort large. À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie dans la prise de décisions d'importance fondamentale pour sa personne.

J'ai explicitement approuvé ce passage aux pp. 368 et 369 des motifs collectifs que j'ai rédigés dans l'arrêt *B. (R.)*, en soulignant que je souscrivais depuis longtemps à l'opinion qui y était exprimée. Dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, rendu peu de temps après l'arrêt *Morgentaler*, j'ai même écrit, à la p. 412, que j'étais «enclin à admettre» la proposition voulant que l'art. 7 englobe le droit à la vie privée. En outre, comme je l'ai expliqué dans l'arrêt *B. (R.)*, la vaste majorité de la jurisprudence américaine sur le sujet appuie l'opinion selon laquelle le droit à la liberté ne s'en-

1997 CanLII 335 (SCC)

390 (1923); and *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

The foregoing discussion serves simply to reiterate my general view that the right to liberty enshrined in s. 7 of the *Charter* protects within its ambit the right to an irreducible sphere of personal autonomy wherein individuals may make inherently private choices free from state interference. I must emphasize here that, as the tenor of my comments in *B. (R.)* should indicate, I do not by any means regard this sphere of autonomy as being so wide as to encompass any and all decisions that individuals might make in conducting their affairs. Indeed, such a view would run contrary to the basic idea, expressed both at the outset of these reasons and in my reasons in *B. (R.)*, that individuals cannot, in any organized society, be guaranteed an unbridled freedom to do whatever they please. Moreover, I do not even consider that the sphere of autonomy includes within its scope every matter that might, however vaguely, be described as "private". Rather, as I see it, the autonomy protected by the s. 7 right to liberty encompasses only those matters that can properly be characterized as fundamentally or inherently personal such that, by their very nature, they implicate basic choices going to the core of what it means to enjoy individual dignity and independence. As I have already explained, I took the view in *B. (R.)* that parental decisions respecting the medical care provided to their children fall within this narrow class of inherently personal matters. In my view, choosing where to establish one's home is, likewise, a quintessentially private decision going to the very heart of personal or individual autonomy.

The soundness of this position can be appreciated most readily, I think, by reflecting upon some of the intensely personal considerations that often inform an individual's decision as to where to live. Some people choose to establish their home in a particular area because of its nearness to their place of work, while others might prefer a different

tend pas que de la liberté physique; voir, par exemple, *Meyer c. Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), et *Pierce c. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925).

66 L'analyse qui précède ne fait que répéter mon opinion générale selon laquelle la protection du droit à la liberté garanti par l'art. 7 de la *Charte* s'étend au droit à une sphère irréductible d'autonomie personnelle où les individus peuvent prendre des décisions intrinsèquement privées sans intervention de l'État. Comme les propos que j'ai tenus dans l'arrêt *B. (R.)* l'indiquent, je n'entends pas par là, je le précise, que cette sphère d'autonomie est vaste au point d'englober toute décision qu'un individu peut prendre dans la conduite de ses affaires. Une telle opinion, en effet, irait à l'encontre du principe fondamental que j'ai formulé au début des présents motifs et dans les motifs de l'arrêt *B. (R.)*, selon lequel nul ne peut, dans une société organisée, prétendre à la garantie de la liberté absolue d'agir comme il lui plaît. J'estime même que cette sphère d'autonomie ne protège pas tout ce qui peut, même vaguement, être qualifié de «privé». Je suis plutôt d'avis que l'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 ne comprend que les sujets qui peuvent à juste titre être qualifiés de fondamentalement ou d'essentiellement personnels et qui impliquent, par leur nature même, des choix fondamentaux participant de l'essence même de ce que signifie la jouissance de la dignité et de l'indépendance individuelles. Comme je l'ai déjà mentionné, j'ai exprimé, dans l'arrêt *B. (R.)*, l'opinion voulant que les décisions des parents quant aux soins médicaux administrés à leurs enfants appartiennent à cette catégorie limitée de sujets fondamentalement personnels. À mon avis, le choix d'un lieu pour établir sa demeure est, de la même façon, une décision essentiellement privée qui tient de la nature même de l'autonomie personnelle.

67 À mon avis, c'est en examinant quelques-unes des considérations extrêmement personnelles qui déterminent souvent le choix du lieu où une personne décide de vivre que l'on perçoit le mieux le bien-fondé de cette position. Le choix d'un endroit particulier pour établir sa demeure peut dépendre, pour certains, de sa proximité du lieu de travail et,

1997 CanLII 335 (SCC)

neighbourhood because it is closer to the countryside, to the commercial district, to a particular religious institution with which they are affiliated, or to a medical centre whose services they require. Similarly, some people may, for reasons dearly important to them, value the historical significance or cultural make-up of a given locale, others again may want to ensure that they are physically proximate to family or to close friends, while others still might decide to reside in a particular place in order to minimize their cost of living, to care for an ailing relative or, as in the case at bar, to maintain a personal relationship. In my opinion, factors such as these vividly reflect the idea that choosing where to live is a fundamentally personal endeavour, implicating the very essence of what each individual values in ordering his or her private affairs; that is, the kinds of considerations I have mentioned here serve to highlight the inherently private character of deciding where to maintain one's home. In my view, the state ought not to be permitted to interfere in this private decision-making process, absent compelling reasons for doing so.

68 Moreover, not only is the choice of residence often informed by intimately personal considerations, but that choice may also have a determinative effect on the very quality of one's private life. The respondent put this point succinctly in her factum:

> [TRANSLATION] Residence determines the human and social environment in which an individual and his or her family evolve: the type of neighbourhood, the school the children attend, the living environment, services, etc. In this sense, therefore, residence affects the individual's entire life and development.

To my mind, the ability to determine the environment in which to live one's private life and, thereby, to make choices in respect of other highly individual matters (such as family life, education of children or care of loved ones) is inextricably bound up in the notion of personal autonomy I have been discussing. To put the point plainly, choosing where to live will be influenced in each individual case by the particular social and economic circumstances of the person making the

pour d'autres, de sa proximité de la campagne, d'un secteur commercial, d'une institution religieuse qu'ils fréquentent ou d'un centre médical où ils sont traités. De la même façon, des personnes pourront choisir, pour des raisons qui leur tiennent à cœur, de vivre à un endroit parce qu'elles attachent du prix à sa valeur historique ou à ses caractéristiques culturelles; d'aucuns, encore, voudront habiter à proximité de membres de leur famille ou d'amis proches, alors que d'autres pourront fixer leur choix afin de réduire leurs dépenses, de prendre soin de parents malades ou, comme en l'espèce, de poursuivre une relation personnelle. De tels facteurs montrent bien, à mon avis, que le choix du lieu où l'on veut vivre est un acte fondamentalement personnel qui fait intervenir l'essence même des valeurs individuelles régissant l'organisation des affaires privées de chacun. Autrement dit, le type de considérations que je viens de mentionner met en évidence la nature essentiellement privée du choix d'un lieu pour établir sa demeure. À mon avis, l'État ne devrait pas être autorisé à s'immiscer dans ce processus décisionnel privé, à moins que des motifs impérieux ne justifient son intervention.

En outre, non seulement le choix du lieu de résidence repose-t-il souvent sur des considérations intimement personnelles, mais il peut également avoir un effet déterminant sur la qualité même de la vie privée. Le mémoire de l'intimée aborde brièvement ce point:

> C'est la résidence qui détermine l'environnement humain et social dans lequel l'individu et sa famille évoluent: nature du voisinage, école fréquentée par les enfants, cadre de vie, services et environnement, etc. La résidence conditionne donc, à cet égard, toute la vie de l'individu ainsi que son évolution.

Je considère que la possibilité de déterminer son cadre de vie et, par conséquent, de faire des choix en rapport avec d'autres questions très personnelles (touchant notamment la vie de famille, l'éducation des enfants et les soins apportés à des êtres chers) est inextricablement liée à la notion d'autonomie personnelle que je viens d'évoquer. Pour dire les choses simplement, le choix du lieu où l'on veut vivre dépend, pour chacun, de sa situation sociale et économique particulière mais,

1997 CanLII 335 (SCC)

choice and, even more significantly, by his or her aspirations, concerns, values and priorities. Based on all these considerations, then, I conclude that choosing where to establish one's home falls within that narrow class of decisions deserving of constitutional protection.

Support for this view is found in the fact that the right to choose where to establish one's home is afforded explicit protection in the *International Convenant on Civil and Political Rights*, Can. T.S. 1976 No. 47, to which Canada became a party in 1976. As the respondent informed us, Article 12(1) of that convention reads as follows:

ARTICLE 12

1. Everyone lawfully within the territory of a State shall, within that territory, have the right to liberty of movement and freedom to choose his residence.

While subsection (3) of that provision provides that the right at issue can be limited by states for certain stipulated reasons, the fact remains that the right to choose where to reside is itself enshrined as one of the Covenant's fundamental guarantees. Given this Court's previous recognition of the persuasive value of international covenants in defining the scope of the rights guaranteed by the *Charter* (see, e.g., *Reference re Public Service Employee Relations Act (Alta.)*, [1987] 1 S.C.R. 313, at p. 348, *per* Dickson C.J. (dissenting), cited with approval in *Slaight*, *supra*, at pp. 1056-57), I regard Article 12 as strengthening my conclusion that the right to decide where to establish one's home forms part of the irreducible sphere of personal autonomy protected by the liberty guarantee in s. 7.

Having made clear why I find the right asserted by the respondent is indeed comprised within the right to liberty, all that remains to be considered as regards s. 7 of the Canadian *Charter* is whether the deprivation of the respondent's right to choose where to live — through the imposition of the residence requirement — conforms to the principles of fundamental justice. I will examine this issue in detail in the next section of these reasons. Before doing so, however, I should state that I do regard the imposition of the residence requirement as a

encore plus, de ses aspirations, préoccupations, valeurs et priorités. Compte tenu de toutes ces considérations, je conclus donc que le choix d'un lieu pour établir sa demeure appartient à la catégorie limitée des décisions méritant une protection constitutionnelle.

69 Le fait que le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, R.T. Can. 1976 nº 47, auquel le Canada a adhéré en 1976, protège expressément le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure étaye cette opinion. Le paragraphe 12(1) de ce pacte, qu'a invoqué l'intimée, est ainsi libellé:

ARTICLE 12

1. Quiconque se trouve légalement sur le territoire d'un État a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

Bien que le paragraphe (3) de cette disposition prévoie que les États peuvent restreindre ce droit pour les raisons y précisées, il n'en reste pas moins qu'il s'agit d'un droit consacré dans le pacte comme garantie fondamentale. Comme notre Cour a reconnu la valeur de persuasion des pactes internationaux dans la définition de la portée des droits garantis par la *Charte* (voir, par exemple, *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, à la p. 348, le juge en chef Dickson (dissident), cité avec approbation dans l'arrêt *Slaight*, précité, aux pp. 1056 et 1057), je considère que l'article 12 renforce ma conclusion voulant que le droit de décider où établir sa demeure fasse partie de la sphère irréductible d'autonomie personnelle protégée par la garantie de liberté énoncée à l'art. 7.

70 Les motifs à l'appui de ma conclusion selon laquelle le droit revendiqué par l'intimée constitue effectivement une composante du droit à la liberté ayant été exposés, il ne reste qu'à examiner, relativement à l'art. 7 de la *Charte* canadienne, si l'atteinte au droit de l'intimée de choisir le lieu où elle veut vivre — par l'imposition de l'obligation de résidence — est conforme aux principes de justice fondamentale. J'analyserai cette question en détail dans la prochaine partie des présents motifs, mais avant, il me faut préciser que je considère cette

1997 CanLII 335 (SCC)

"deprivation", in the sense required by s. 7, despite an argument to the contrary raised by the appellant. While it did not frame its submission in precisely this manner, the appellant essentially contended that even if a right to choose where to establish one's home existed under s. 7, there could be no "deprivation" on the facts of this case because the respondent waived that right when she signed the residence declaration. Put another way, the imposition of the residence requirement did not, in the appellant's view, "deprive" the respondent of her right to decide where to live because she chose to sign the residence declaration and, thereby, renounced any right of that nature that she might otherwise have enjoyed.

71 If it could be sustained on the facts, the appellant's argument would raise the issue of whether it is even possible to waive a constitutional right to choose where to live, as an aspect of the right to liberty. Waiver of certain constitutional rights has, of course been recognized by this Court in other contexts; see, e.g., *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, and *R. v. Rahey*, [1987] 1 S.C.R. 588, both dealing with s. 11(*b*); and *R. v. Richard*, [1996] 3 S.C.R. 525, dealing with s. 11(*d*). I do not consider it necessary to deal with that issue here, however, since even assuming that one can legitimately waive the right to choose where to live, I am of the view that a waiver argument cannot be upheld on the facts of this case.

72 Indeed, I find the appellant's contentions in respect of waiver to be entirely unpersuasive, inasmuch as they fail to recognize that the respondent had no alternative but to accept the residence requirement if she wanted to assume permanent employment with the municipality. By its very nature, waiver or renunciation of any right must be freely expressed if it is to be effective. Here, however, the appellant simply presented the respondent with two possible options — she could either relinquish her post entirely (or continue only in a temporary capacity), or she could assume a permanent

obligation comme une «atteinte», au sens requis par l'art. 7, bien que l'appelante ait prétendu le contraire. Quoique cette dernière n'ait pas formulé ses arguments précisément en ces termes, elle a essentiellement soutenu que même si l'art. 7 protège le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure, les faits en cause ne constituent pas une «atteinte» parce que l'intimée a renoncé à ce droit lorsqu'elle a signé la déclaration de résidence. Autrement dit, l'appelante fait valoir que l'imposition de l'obligation de résidence n'a pas «porté atteinte» au droit de l'intimée de décider où elle veut vivre parce que cette dernière a choisi de signer la déclaration de résidence et a, de ce fait, renoncé à tout droit de cette nature auquel elle aurait autrement pu prétendre.

Si les faits étayaient cette assertion, l'argument de l'appelante soulèverait la question de savoir s'il est même possible de renoncer au droit constitutionnel de choisir le lieu où l'on veut vivre en tant qu'élément du droit à la liberté. Notre Cour a certes reconnu, dans d'autres contextes, qu'il était possible de renoncer à certains droits constitutionnels; voir, par exemple, les arrêts *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, et *R. c. Rahey*, [1987] 1 R.C.S. 588, traitant tous deux de l'al. 11*b*), ainsi que l'arrêt *R. c. Richard*, [1996] 3 R.C.S. 525, portant sur l'al. 11*d*). Je ne crois pas, toutefois, qu'il soit nécessaire en l'espèce d'examiner cette question car j'estime que, même en supposant qu'il soit légitimement possible de renoncer au droit de choisir le lieu où l'on veut vivre, les faits en cause n'autorisent pas à conclure qu'il y a eu renonciation en l'espèce.

En effet, les prétentions de l'appelante au sujet de la renonciation sont loin d'être convaincantes car elles ne tiennent pas compte du fait que l'intimée n'avait pas d'autre choix que de se plier à l'obligation de résidence si elle voulait obtenir son statut d'employée permanente de la municipalité. Il est de la nature de la renonciation qu'elle soit exprimée librement pour être valable. En l'espèce, toutefois, l'appelante a soumis l'alternative suivante à l'intimée: elle pouvait quitter son poste (ou continuer à occuper un emploi temporaire) ou elle pouvait accéder à la permanence en s'engageant à

1997 CanLII 335 (SCC)

position as long as she undertook to maintain her home in Longueuil for the duration of her employment. The difficulty presented by this situation was eloquently expressed by T. A. Hampton in his article entitled "An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements" (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195, at pp. 210-11:

> What most likely lies at the heart of an employee's complaint is the imposition of an unfair choice: a municipal employee must decide whether he values more highly his job or his home. If he chooses to protect his job, he loses the right to continue residing not only in a particular house, but in a preferred neighborhood as well — often among friends and family, and close to a church, schools, and associations in whose affairs he is involved. If he chooses instead to protect his choice of community, he must forego an opportunity to seek or maintain preferred employment.

While these comments were made in the context of a discussion dealing with rights protected under the United States Constitution, I am of the view that they are equally apposite here. Stated simply, the respondent in this case had no opportunity to negotiate the mandatory residence stipulation and, consequently, she cannot in any meaningful sense be taken to have freely given up her right to choose where to live. In civilian parlance, her acquiescence in signing the residence declaration was (as Baudouin J.A. found in the course of his public order analysis) tantamount to accepting a contract of adhesion and, as such, it cannot properly be understood to constitute waiver.

As a subsidiary argument, the appellant contended that even if the respondent did not waive her right by signing the residence declaration in the first place, she waived it later on by failing to move back to Longueuil when given the option of doing so by a representative of the appellant. This argument, like the one just discussed, cannot succeed. Indeed, to accept it would be to find that the respondent's explicit attempt to assert her right to choose where to live by refusing to conform with the terms of the residence requirement amounted somehow to a renunciation of that right. It would,

maintenir sa résidence à Longueuil pendant la durée de son emploi. Dans un article intitulé «An Intermediate Standard for Equal Protection Review of Municipal Residence Requirements» (1982), 43 *Ohio St. L.J.* 195, aux pp. 210 et 211, T. A. Hampton décrit bien le dilemme que pose une telle situation:

> [TRADUCTION] C'est probablement l'imposition d'un choix inéquitable qui forme le nœud du grief d'un employé: le fonctionnaire municipal doit déterminer s'il attache plus de prix à son travail ou à son foyer. S'il choisit de protéger son emploi, il perd non seulement le droit de continuer à habiter dans un logement particulier, mais celui de résider dans l'environnement de son choix — souvent dans le voisinage d'amis ou de membres de sa famille, ou près d'une église, d'écoles ou d'associations aux activités desquelles il participe. S'il opte plutôt pour son milieu de vie, il doit renoncer à la possibilité de postuler ou de conserver un emploi désiré.

Bien que l'auteur de ces lignes ait analysé les droits protégés par la Constitution des États-Unis, je suis d'avis que son commentaire est également pertinent en l'espèce. Tout simplement, l'intimée n'a pas eu la possibilité de négocier la clause obligatoire de résidence et, par conséquent, on ne peut à toutes fins utiles considérer qu'elle a renoncé librement à son droit de choisir le lieu où elle veut vivre. Pour parler en civiliste, l'acquiescement exprimé par la signature de la déclaration de résidence équivalait pratiquement à l'acceptation d'un contrat d'adhésion (comme le juge Baudouin l'a conclu dans son analyse de la question de l'ordre public), et ne peut ainsi être valablement interprété comme une renonciation.

73 L'appelante soutient subsidiairement que, même si l'intimée n'a pas renoncé à son droit en signant la déclaration de résidence, elle l'a fait plus tard en ne redéménageant pas à Longueuil lorsqu'un représentant de la municipalité lui a présenté cette option. Cet argument, comme le précédent, ne peut être retenu. De fait, il faudrait, pour le recevoir, conclure que la tentative explicite de l'intimée pour affirmer son droit de choisir le lieu où elle veut vivre en refusant de se conformer à l'obligation de résidence serait en quelque sorte assimilable à une renonciation à ce droit. Autrement dit, ce

1997 CanLII 335 (SCC)

in other words, be to turn the facts of this case on their head. Having set out my reasons for rejecting the appellant's waiver arguments, then, I turn now to an examination of the final issue raised by the respondent's s. 7 claim.

(c) *The Principles of Fundamental Justice*

74 The text of s. 7 provides that a deprivation by the state of an individual's right to life, liberty or security of the person will not violate the Canadian *Charter* unless it contravenes the "principles of fundamental justice". Over the years since the *Charter*'s inception, this Court has repeatedly been called upon to interpret that phrase, so as to determine in particular cases whether a *Charter* violation has, in fact, occurred. In the early days of *Charter* adjudication, questions arose as to whether the principles of fundamental justice included within their ambit a substantive element, in addition to the guarantees of natural justice or procedural fairness. That issue was conclusively settled by this Court in the *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, where all members of the panel seized of the case agreed that the principles of fundamental justice are not limited merely to rules of procedure but include as well a substantive component. This has meant that if deprivations of the rights to life, liberty and security of the person are to survive *Charter* scrutiny, they must be "fundamentally just" not only in terms of the process by which they are carried out but also in terms of the ends they seek to achieve, as measured against basic tenets of both our judicial system and our legal system more generally; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 512; *Beare*, *supra*; and *Lyons*, *supra*.

75 The cases since *Re B.C. Motor Vehicle Act* have made clear that, particularly in light of the possibility of substantive review, the meaning of fundamental justice must depend in a given case on both the nature of the s. 7 right asserted and the character of the alleged violation; see *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, at p. 884. In taking this contextual approach, this Court has often considered it appropriate to elucidate a specific principle or set of

serait dénaturer complètement les faits en cause. Les arguments invoqués par l'appelante à l'appui de la thèse de la renonciation étant rejetés pour les motifs que je viens d'exposer, j'aborde maintenant l'examen de la dernière question soulevée par l'argument fondé sur l'art. 7 qu'avance l'intimée.

c) *Les principes de justice fondamentale*

Aux termes de l'art. 7, une atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne par l'État ne contrevient à la *Charte* canadienne que s'il y a manquement aux «principes de justice fondamentale». Au cours des années qui ont suivi l'adoption de la *Charte*, notre Cour a maintes fois été appelée à interpréter cette expression afin de déterminer si, dans des cas donnés, il y avait effectivement eu contravention à la *Charte*. Au début, se posait la question de savoir si les principes de justice fondamentale comportaient un élément matériel en plus des garanties prévues par les principes de justice naturelle ou d'équité procédurale. Notre Cour a tranché cette question dans l'arrêt *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; tous les juges de la formation saisie du pourvoi ont convenu que les principes de justice fondamentale ne se limitaient pas aux règles procédurales mais comprenaient également un élément matériel. Cela signifiait que les atteintes au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, pour résister à un examen fondé sur la *Charte*, doivent être «fondamentalement justes» non seulement sur le plan procédural mais également quant aux buts visés en conformité avec les préceptes fondamentaux de notre processus judiciaire et de notre système juridique en général; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, à la p. 512; *Beare* et *Lyons*, précités.

Les arrêts qui ont suivi le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.* ont établi clairement que, compte tenu, en particulier, de la possibilité d'un examen au fond, le sens de l'expression justice fondamentale, dans un pourvoi donné, dépend à la fois de la nature du droit revendiqué en vertu de l'art. 7 et de celle de la prétendue violation; voir *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, à la p. 884. Notre Cour a souvent jugé approprié, dans le cadre de

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

principles governing the particular matter before it. Thus, in *Lyons*, *supra*, the accused challenged certain provisions authorizing the imposition of an indeterminate sentence on individuals designated as dangerous offenders, on the basis that they infringed the liberty guarantee in s. 7. Writing for the majority, I explained (at p. 327) that determining whether the provisions at issue infringed s. 7 in a manner that contravened the principles of fundamental justice necessitated an inquiry into "the basic principles of penal policy that have animated legislative and judicial practice in Canada and other common law jurisdictions". Similarly, in *Beare*, *supra*, we considered whether mandatory fingerprinting of persons who have been accused of a crime, but not yet convicted, violated the s. 7 liberty interest. Writing this time on behalf of a unanimous Court, I found (at pp. 402-3) that the principles of fundamental justice pertinent to that context included "the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field" of crime prevention and law enforcement.

cette démarche contextuelle, de définir le principe ou l'ensemble de principes régissant le pourvoi particulier dont elle était saisie. Ainsi, dans *Lyons*, précité, l'accusé contestait certaines dispositions autorisant l'application d'une peine de détention pour une période indéterminée à des contrevenants déclarés délinquants dangereux et prétendait qu'elles portaient atteinte au droit à la liberté garanti par l'art. 7. Rendant jugement au nom des juges majoritaires, j'ai expliqué, à la p. 327, que pour déterminer si les dispositions en litige portaient atteinte à l'art. 7 de façon non conforme aux principes de justice fondamentale, il fallait examiner «[l]es préceptes fondamentaux de la politique en matière pénale qui animent la pratique législative et judiciaire au Canada et dans d'autres ressorts de *common law*». De la même façon, dans l'arrêt *Beare*, précité, notre Cour a examiné si la prise obligatoire des empreintes digitales des personnes accusées d'un crime mais non encore condamnées portait atteinte au droit à la liberté reconnu à l'art. 7. Rédigeant les motifs, unanimes cette fois, de la Cour, j'ai conclu (à la p. 403) que les principes de justice fondamentale applicables dans ce contexte comprenaient les «principes [. . .] et [l]es politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine» de la prévention du crime et de l'application de la loi.

But just as this Court has relied on specific principles or policies to guide its analysis in particular cases, it has also acknowledged that looking to "the principles of fundamental justice" often involves the more general endeavour of balancing the constitutional right of the individual claimant against the countervailing interests of the state. In other words, deciding whether the principles of fundamental justice have been respected in a particular case has been understood not only as requiring that the infringement at issue be evaluated in light of a specific principle pertinent to the case, but also as permitting a broader inquiry into whether the right to life, liberty or security of the person asserted by the individual can, in the circumstances, justifiably be violated given the interests or purposes sought to be advanced in doing so. To my mind, performing this balancing test in considering the fundamental justice aspect of s. 7 is

Toutefois, tout comme notre Cour a appuyé sur des principes et des politiques déterminés les analyses effectuées dans des cas donnés, elle a aussi reconnu que l'examen «[d]es principes de justice fondamentale» comporte souvent une opération plus générale de pondération des droits constitutionnels individuels et des intérêts opposés de l'État. En d'autres termes, il est apparu que la détermination de la question de savoir si, dans un cas particulier, les principes de justice fondamentale avaient été respectés non seulement requérait d'évaluer l'atteinte en cause en fonction des principes particuliers applicables à l'espèce mais permettait également de se demander, plus généralement, s'il était possible dans les circonstances de porter atteinte de façon justifiable au droit particulier à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne revendiqué en l'espèce, compte tenu des intérêts ou des buts visés par l'atteinte. Je consi- 76

both eminently sensible and perfectly consistent with the aim and import of that provision, since the notion that individual rights may, in some circumstances, be subordinated to substantial and compelling collective interests is itself a basic tenet of our legal system lying at or very near the core of our most deeply rooted juridical convictions. We need look no further than the *Charter* itself to be satisfied of this. Expressed in the language of s. 7, the notion of balancing individual rights against collective interests itself reflects what may rightfully be termed a "principle of fundamental justice" which, if respected, can serve as the basis for justifying the state's infringement of an otherwise sacrosanct constitutional right.

77 That the balancing test to which I refer has gained acceptance as an aspect of the s. 7 inquiry into fundamental justice is, I think, apparent from a number of decisions of this Court. In *Beare*, *supra*, at p. 404, for example, the Court weighed the liberty interest of the individual accused against such state interests as the need "to arm the police with adequate and reasonable powers for the investigation of crime", and determined unanimously that the practice of fingerprinting persons who had been accused but not yet convicted of an offence did not violate the principles of fundamental justice. In *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, Sopinka J. (writing for the majority) had this to say, at pp. 592-93:

> I cannot subscribe to the opinion . . . that the state interest is an inappropriate consideration in recognizing the principles of fundamental justice in this case. This Court has affirmed that in arriving at these principles, a balancing of the interest of the state and the individual is required. [Emphasis added.]

Similarly, in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restric-*

dère que l'application de ce critère d'évaluation dans l'examen de l'aspect de l'art. 7 relatif à la justice fondamentale est tout à fait sensé et parfaitement compatible avec l'objet et la portée de cette disposition, car l'idée que les droits individuels puissent, dans certaines circonstances, être subordonnés à des intérêts collectifs réels et impérieux constitue elle-même un précepte fondamental de notre système juridique autour duquel s'articulent nos convictions juridiques les plus profondes. Il n'est que de consulter la *Charte* elle-même pour s'en persuader. Sous la forme qu'elle prend à l'art. 7, la notion de pondération des droits individuels et des intérêts collectifs elle-même exprime ce qu'on peut à bon droit qualifier de «principe de justice fondamentale» qui, s'il est respecté, peut former la base de la justification d'une atteinte de l'État à un droit constitutionnel qui serait, autrement, intouchable.

Plusieurs décisions de notre Cour indiquent, je crois, que le critère d'évaluation dont je fais état recueille l'adhésion comme élément de l'examen portant sur la justice fondamentale requis par l'art. 7. Par exemple, dans *Beare*, précité, la Cour a soupesé le droit à la liberté de l'accusé, d'une part, et l'intérêt de l'État, d'autre part, à «doter la force policière de moyens adéquats et raisonnables d'investigation du crime», à la p. 404, et elle a statué, à l'unanimité, que la pratique consistant à soumettre à la prise d'empreintes digitales les accusés qui n'ont pas encore été condamnés ne contrevenait pas aux principes de justice fondamentale. Dans l'arrêt *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, le juge Sopinka (s'exprimant au nom des juges majoritaires) a tenu les propos suivants, aux pp. 592 et 593:

> Je ne peux souscrire à l'opinion [. . .] selon laquelle il n'y a pas lieu de considérer l'intérêt de l'État pour identifier les principes de justice fondamentale dans le présent pourvoi. Notre Cour a affirmé que, pour établir ces principes, il est nécessaire de pondérer les intérêts de l'État et ceux de l'individu. [Je souligne.]

De la même façon, dans l'arrêt *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, ma col-

1997 CanLII 335 (SCC)

tive Trade Practices Commission), [1990] 1 S.C.R. 425, L'Heureux-Dubé J. stated, at pp. 579 and 583:

[T]he *Charter* has not rendered obsolete society's interest in the enforcement of its laws. . . . This is especially true of s. 7, where the collective interest in law enforcement finds expression in the principles of fundamental justice, and must be balanced against the deprivation of individual rights to life, liberty and security of the person, as these rights have come to be recognized in our judicial system.

. . .

Fundamental justice in our Canadian legal tradition . . . is primarily designed to ensure that a fair balance be struck between the interests of society and those of its citizens. [Emphasis added.]

I echoed this sentiment in my own reasons in that case, finding, at p. 539, that "the interests of the individual and those of the state, both . . . play a part in assessing whether a particular law violates the principles of fundamental justice", and, at p. 541, that "the community's interest is one of the factors that must be taken into account in defining the content of the principles of fundamental justice". While both L'Heureux-Dubé J. and I wrote only for ourselves in *Thomson Newspapers*, we each concurred in the majority's disposition, and our views on this matter were not explicitly questioned by our colleagues. Moreover, the same view of fundamental justice has implicitly — and sometimes explicitly — underpinned a number of other decisions of this Court; see, e.g., *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Lyons*, *supra*; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143, at pp. 151-52; and *B. (R.)*, *supra*; see also T. J. Singleton, "The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter" (1995), 74 *Can. Bar Rev.* 446, which, although questioning the balancing test, provides a useful summary of the pertinent case law.

From the foregoing discussion, it is clear that deciding whether the infringement of a s. 7 right is

lègue le juge l'Heureux-Dubé a écrit, aux pp. 579 et 583:

[L]a *Charte* n'a pas aboli l'intérêt qu'a la société à ce que ses lois soient appliquées [. . .] Cela est particulièrement vrai dans le cas de l'art. 7, où l'intérêt de la collectivité à ce que les lois soient appliquées trouve son expression dans les principes de justice fondamentale et doit être soupesé au regard de la privation des droits des individus à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne, tel que ces droits sont reconnus dans notre système judiciaire.

. . .

Dans la tradition juridique canadienne [. . .], la justice fondamentale vise premièrement à établir un juste équilibre entre les intérêts de la société et ceux des citoyens. [Je souligne.]

J'ai fait écho à cette perception dans mes propres motifs, concluant, à la p. 539, que «les intérêts du particulier et ceux de l'État [. . .], dans les deux cas, jouent un rôle dans la question de savoir si une loi particulière viole les principes de justice fondamentale» et, à la p. 541, que «l'intérêt de la collectivité est un des facteurs qui doivent être considérés pour déterminer la teneur des principes de justice fondamentale». Bien que le juge L'Heureux-Dubé et moi-même n'exprimions que notre propre opinion dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, nous avons tous deux souscrit à la décision des juges majoritaires, et aucun de nos collègues n'a explicitement remis nos vues en question. De plus, cette même perception de la justice fondamentale a implicitement — et parfois explicitement — sous-tendu d'autres décisions de notre Cour; voir, par exemple, *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Lyons*, précité; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, aux pp. 151 et 152, et *B. (R.)*, précité. Voir également: T. J. Singleton, «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of the Charter» (1995), 74 *R. du B. can.* 446, qui même s'il remet en question le critère d'évaluation, dresse un résumé utile de la jurisprudence pertinente.

Il ressort clairement de l'analyse qui précède que, pour déterminer si l'atteinte à un droit garanti 78

1997 CanLII 335 (SCC)

fundamental just may, in certain cases, require that the right at issue be weighed against the interests pursued by the state in causing that infringement. This balancing process will necessarily be contextual, insofar as the particular right asserted, the extent of its infringement, and the state interests implicated in each particular case will depend largely on the facts. As discussed earlier, the right infringed in this case is that of the respondent to choose where to establish and maintain her home, a right which I found enures to her as an aspect of that narrow sphere of personal autonomy protected by the liberty guarantee. For its part, the appellant pointed to three "public interests" that in its view, justified the imposition of the residence requirement. I propose to deal with each of them in turn.

79 Before doing so, however, it is important to highlight two salient features of the particular residence requirement at issue here. First, the municipal resolutions adopted by the appellant provide that a declaration of the kind signed by the respondent must be signed by all permanent employees of the municipality who were hired after the date the resolution was adopted, regardless of their status or function. Secondly, the residence requirement does not stipulate simply that permanent employees must reside in Longueuil when they are hired, or for a certain period before they are hired. Rather, it provides that they must maintain their residence in Longueuil for the duration of their employment, on pain of termination. In my view, these features must be borne in mind in determining whether the particular residence requirement at issue contravenes fundamental justice.

80 I turn now to examine the "public interests" relied upon by the appellant as justifications for the residence requirement. The first focused on the idea that residents who lived within the territorial limits of the municipality would be better acquainted with the city, more in touch with the community's needs and desires and, therefore, better able to serve the community through their employment. This argument amounted essentially

par l'art. 7 est conforme à la justice fondamentale, il faut, dans certains cas, soupeser d'une part le droit en cause et d'autre part les objectifs poursuivis par l'État en portant atteinte à ce droit. Le processus de pondération sera nécessairement contextuel puisque, chaque fois, le droit particulier qui est revendiqué, la portée de l'atteinte et les intérêts de l'État en jeu dépendront largement des faits. Comme il en a déjà été question, le droit enfreint en l'espèce est le droit de choisir un lieu pour établir et maintenir sa demeure. J'ai conclu que l'intimée peut revendiquer ce droit en tant que composante de la sphère limitée d'autonomie personnelle protégée par la garantie de liberté. L'appelante, quant à elle, invoque trois motifs d'«intérêt public» pour justifier l'imposition de l'obligation de résidence. Je me propose d'examiner chacun d'eux.

Mais avant, j'estime toutefois important de signaler deux caractéristiques notables de l'obligation de résidence visée en l'espèce. Premièrement, les résolutions prises par la municipalité appelante prévoient que tous les employés permanents embauchés après la date de la résolution, quels que soient leur statut ou leur fonction, doivent signer une déclaration analogue à celle que l'intimée a signée. Deuxièmement, l'obligation de résidence n'énonce pas seulement que les employés permanents doivent résider à Longueuil au moment de leur embauche, ou pendant une certaine période précédant leur embauche. Elle prescrit qu'ils doivent maintenir leur résidence à Longueuil pendant toute la durée de leur emploi, sous peine de renvoi. Il importe, selon moi, de ne pas perdre ces caractéristiques de vue pour déterminer si la présente obligation de résidence contrevient aux principes de justice fondamentale.

Voyons maintenant les motifs d'«intérêt public» invoqués par l'appelante pour justifier l'obligation de résidence. Le premier repose sur l'idée que ceux qui vivent dans les limites territoriales de la municipalité connaissent mieux la ville, sont plus au fait des besoins et des désirs de la collectivité et seront donc mieux en mesure de la servir comme employés. Cet argument revient essentiellement à dire que c'est en obligeant ses employés à vivre

1997 CanLII 335 (SCC)

to the claim that, by compelling its employees to live in the municipality, the appellant could ensure to the best of its ability that the residents of Longueuil were provided with a high quality of local services. While this is doubtless a laudable goal, I cannot accept that it justifies invading the personal autonomy of individual employees by depriving them of their constitutional right to choose where they wish to have their homes; that is, I am not convinced that the appellant's interest in providing the best services possible warrants so significant an intrusion into its employees' private life. Moreover, even assuming that this aim were sufficiently compelling to warrant infringing the respondent's rights, it nevertheless suffers from two further difficulties.

dans la municipalité que l'appelante peut le mieux assurer des services locaux de haute qualité aux résidents de Longueuil. Bien qu'il s'agisse indéniablement d'un objectif louable, je ne puis convenir qu'il justifie d'empiéter sur l'autonomie personnelle des employés en les privant du droit constitutionnel de choisir le lieu où ils souhaitent établir leur demeure. Autrement dit, je ne suis pas convaincu que l'intérêt de la municipalité à fournir les meilleurs services possible justifie une intrusion aussi importante dans la vie privée de ses employés. À supposer même, en outre, que cet objet soit suffisamment impérieux pour permettre une atteinte aux droits de l'intimée, il n'en soulève pas moins deux autres difficultés.

First, it is by no means clear that requiring employees to maintain their homes within the municipality's territorial limits will necessarily have the effect of instilling in them the sense of pride and commitment to their city suggested by the appellant. It is, after all, perfectly conceivable that employees living outside the municipality might have just as strong a sense of loyalty to their employer and to the citizens they serve as those who reside within the city limits. Likewise, there is no guarantee that those residing within the municipality will take as active an interest in their surroundings as the appellant would have us believe. This seems particularly likely of those employees who, against their wishes, would be compelled by the residence requirement to live within the municipal limits in order to keep their jobs.

81 Premièrement, il n'est aucunement certain que l'exigence faite aux employés de demeurer dans la municipalité leur instillera nécessairement à son égard la fierté et le dévouement évoqués par l'appelante. On peut très bien concevoir, après tout, que des employés vivant hors de la municipalité manifestent à leur employeur et aux citoyens qu'ils servent une loyauté aussi solide que les employés habitant la ville. De la même façon, rien ne garantit que les résidents de la municipalité portent à leur milieu un intérêt aussi fervent que l'appelante voudrait nous le faire croire. Cela semble particulièrement vraisemblable des employés que l'obligation de résidence contraindrait, contre leur volonté, à vivre sur le territoire municipal pour conserver leur emploi.

Secondly, it appears to me that the goal of providing a high standard of municipal services could easily be pursued through means less drastic than demanding that all permanent employees arrange one of the most fundamental aspects of their private lives in conformity with the municipality's wishes. In other words, the desire to provide the best possible local services does not necessitate constraining an employee's inherently personal choice as to where he or she wishes to live. I would conclude on this basis that the first "public interest" relied upon by the appellant does not jus-

82 Deuxièmement, il me semble facilement possible de poursuivre l'objectif de la fourniture de services de haute qualité par des moyens moins draconiens que l'exigence faite à tous les employés permanents de prendre, relativement à l'un des aspects les plus fondamentaux de leur vie privée, des dispositions conformes aux souhaits de la municipalité. En d'autres termes, le désir de fournir les meilleurs services locaux possible ne requiert pas que soit entravé le choix intrinsèquement personnel d'un employé quant au lieu où il souhaite vivre. Je conclus donc que le premier

1997 CanLII 335 (SCC)

tify the imposition on the respondent of the residence requirement at issue.

83 The second "public interest" invoked by the appellant concerns the various economic benefits that might enure to the municipality from having its employees live within its territory. Essentially, the appellant contended both (a) that the economy of Longueuil would be supported by a steady stream of income from resident employees; and (b) that municipal revenues themselves would be bolstered through taxation of those employees. While there was some disagreement in the oral hearing as to whether the taxation aspect of this claim was properly raised before this Court, I do not consider it necessary to pronounce on that issue. Even assuming this rationale can appropriately be considered, the appellant's position suffers from the same difficulties as those raised by the first justification it invoked. Stated simply, I cannot see how the fact that the City of Longueuil might benefit fiscally or economically from having its permanent employees live within its territory can provide a sufficiently compelling basis upon which to override the respondent's right to decide where she wishes to live — the mere possibility of stimulating local business or of augmenting the funds in the municipal purse does not, in my view, provide an adequate reason for overriding the constitutional guarantee at issue. I find, therefore, that this second "public interest" is insufficient to vindicate the appellant's position.

84 The final "public interest" relied upon by the appellant merits a somewhat fuller discussion. Unlike the first two justifications it invoked, this one concerns not only the benefits that may enure to the municipality from imposing the residence requirement, but also the particular type of work performed by the employees upon whom it is imposed. Specifically, the appellant contended that residence requirements are justified whenever the functions performed by the employees subject to them are themselves of public importance and, as regards the case at bar, it argued that the services performed by the respondent in her capacity as a police radio operator were sufficiently important as

motif d'«intérêt public» invoqué par l'appelante ne justifie pas l'obligation de résidence imposée en l'espèce.

Le deuxième motif d'«intérêt public» avancé par l'appelante est lié aux différents avantages économiques que peut procurer à la municipalité le fait que ses employés habitent dans les limites de son territoire. Essentiellement, l'appelante a plaidé que le flux constant de revenus provenant des employés résidents soutient l'économie de Longueuil et que les taxes acquittées par ces employés augmentent les revenus municipaux eux-mêmes. Un débat s'est engagé, à l'audience, sur la question de savoir si notre Cour était régulièrement saisie de la question de la taxation, mais je n'estime pas nécessaire de le trancher, car à supposer même que cette justification puisse validement être examinée, elle soulève les mêmes difficultés que la première. Simplement, je ne vois pas comment les avantages fiscaux ou économiques que peut procurer à la ville de Longueuil le fait que ses employés permanents résident sur son territoire peuvent constituer un motif suffisamment impérieux pour l'emporter sur le droit de l'intimée de décider où elle souhaite vivre; la simple possibilité de stimuler l'économie locale ou d'accroître le trésor municipal ne justifie pas, selon moi, une atteinte à la garantie constitutionnelle en cause. Je conclus, par conséquent, que ce second motif d'«intérêt public» ne suffit pas à fonder la position de l'appelante.

Le dernier motif d'«intérêt public» invoqué par l'appelante mérite un examen un peu plus approfondi. Contrairement aux deux autres motifs, celui-ci ne concerne pas seulement les avantages que l'obligation de résidence peut procurer à la municipalité, mais également le type particulier de travail accompli par les employés qui y sont assujettis. L'appelante prétend précisément que l'obligation de résidence se justifie lorsque les employés auxquels elle est imposée exécutent des fonctions qui sont elles-mêmes d'importance publique et, relativement à la présente espèce, elle soutient que les services fournis par l'intimée comme préposée aux télécommunications pour la police étaient suffi-

1997 CanLII 335 (SCC)

to justify requiring her to reside in Longueuil for as long as she held that post.

In contrast to the views I have taken with respect to the other justifications relied on by the appellant, I have some sympathy for the general proposition underlying this one. Indeed, it seems to me that, in certain circumstances, a municipality (or, for that matter, another government actor) might well be justified in imposing a residence requirement on employees occupying certain essential positions. For example, it may be that a residence requirement imposed on emergency workers such as police officers, firefighters or ambulance personnel would conform to the principles of fundamental justice inasmuch as the public interest in ensuring that such persons are readily available in times of urgent need is plainly apparent. While considerations such as "distance from the workplace" or "time needed to get to work" may, in some cases, constitute more cogent criteria upon which to structure such a requirement than "city limits", the basic idea of imposing a residence requirement seems, at least *prima facie*, to be justifiable in such a context. Though addressing the issue under the rubric of public order, Baudouin J.A. agreed with this view. He stated, at p. 2571:

[TRANSLATION] [B]ecause of the demands of their occupations, such persons as police officers, firefighters and ambulance workers may be required to live in the municipality that employs them, or possibly within a specific area inside or outside the municipality, so that they can be reached quickly and be immediately available in an emergency.

Analogous arguments might be possible with respect to persons engaged in other forms of municipal employment. Thus, a requirement that the municipal councillors of a given city reside within a specified area, for example, might well be justified on the ground that the very nature of their occupation demands that they be intimately acquainted with the constituencies they represent. Each case of this kind will, of course, have to be decided on its own facts; I offer the foregoing comments only as examples that might, in an

samment importants pour justifier qu'on exige d'elle qu'elle réside à Longueuil tant qu'elle occuperait ce poste.

Je me sens mieux disposé envers le raisonnement général sous-tendant cette justification que je ne l'ai été envers les autres justifications invoquées par l'appelante. Il me semble effectivement que, dans certaines circonstances, une municipalité (ou un autre acteur gouvernemental) pourrait bien être justifiée d'imposer une obligation de résidence aux employés occupant certains postes essentiels. Par exemple, une obligation de résidence imposée à des travailleurs devant répondre à des urgences comme les policiers, les pompiers ou les ambulanciers pourrait être conforme aux principes de justice fondamentale, vu qu'il est manifestement d'intérêt public de veiller à ce que ces employés puissent être appelés rapidement en cas d'urgence. Quoique des facteurs tels la «distance du lieu de travail» ou le «temps nécessaire pour se rendre au travail» puissent, dans certains cas, constituer des critères plus convaincants que les «limites de la municipalité» pour fonder cette obligation, le principe de l'obligation paraît justifiable dans un tel contexte, à première vue du moins. Le juge Baudouin partage cette opinion, même s'il a analysé la question sous l'angle de l'ordre public. Il écrit dans ses motifs, à la p. 2571: 85

[U]n policier, un pompier, un ambulancier, parmi d'autres, en raison des exigences de leur métier, pourraient se voir imposer de demeurer à l'intérieur de la municipalité qui les emploie ou même éventuellement dans un périmètre particulier à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières municipales, pour pouvoir être rejoints rapidement et être immédiatement disponibles en cas d'urgence.

Il peut être possible de tenir le même raisonnement pour d'autres types de fonctions municipales. Ainsi, il se pourrait bien, par exemple, que l'obligation faite aux conseillers municipaux d'une ville donnée de vivre dans un secteur déterminé se justifie parce que la nature même de leur occupation exige qu'ils soient très proches des citoyens qu'ils représentent. Il faut bien sûr évaluer les faits de chaque cas; il ne faut voir, dans les commentaires qui précèdent, que des exemples pouvant, dans des circonstances appropriées, être jugés constitution-

1997 CanLII 335 (SCC)

appropriate case, survive constitutional scrutiny. I should also note that, in certain cases, factors other than the nature of the employee's position may also suffice to justify the imposition of a residence requirement.

86 It is worth noting that treating different occupations differently as regards the justifiability of residence requirements is supported by a certain line of American case law. While much of the reasoning in those cases is specific to the American constitutional context (insofar as it focuses on the appropriate level of "constitutional scrutiny" — as it is known — to be applied in a given case), it is nevertheless apposite here insofar as it lends support to the view that the main premise underlying the appellant's third "public interest" is sound. Thus, in *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 v. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* denied, 424 U.S. 977 (1976), for example, the Ohio Court of Appeals found that a residence requirement imposed on municipal employees of the city of Youngstown was constitutionally valid as regards policemen, but invalid as regards the plaintiff, who was a maintenance worker at the local airport. Similarly, in *Detroit Police Officers Ass'n v. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appeal dismissed for want of substantial federal question, 405 U.S. 950 (1972), a majority of the Supreme Court of Michigan upheld a municipal residence requirement imposed on officers of the Detroit police force, finding expressly that by virtue of their position as emergency workers, police officers can be distinguished from other kinds of employees; see also *Hanson v. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (D. Kan. 1973), wherein a residence requirement imposed on schoolteachers was held invalid as not resting on any "reasonable basis". While it is true that a significant number of American cases have upheld residence requirements even in respect of non-emergency employees, they have largely done so not on the basis that the requirements constituted justified violations of rights, but rather on the ground that the particular right asserted by the plaintiff — normally a "right to travel" or a "right to equal protection" — was not violated at all; see, e.g., *Ector*, *supra*; *Andre v.*

nels. J'ajouterais que, dans certains cas, des facteurs autres que les fonctions de l'employé peuvent également être suffisants pour justifier l'obligation de résidence.

Il convient de signaler qu'un courant de la jurisprudence américaine approuve que l'on traite différemment des occupations différentes dans la détermination du caractère justifiable de l'obligation de résidence. Bien que le raisonnement suivi dans ces affaires soit particulier au contexte constitutionnel américain (car il met l'accent sur le niveau approprié d'«examen constitutionnel» — ainsi que cette notion est connue — applicable à une affaire donnée), il est néanmoins pertinent en l'espèce dans la mesure où il autorise à conclure au bien-fondé de la principale prémisse sur laquelle s'appuie le troisième motif d'«intérêt public» de l'appelante. Ainsi, dans l'arrêt *Fraternal Order of Police, Youngstown Lodge No. 28 c. Hunter*, 360 N.E.2d 708 (1975), *certiorari* refusé, 424 U.S. 977 (1976), par exemple, la Cour d'appel de l'Ohio a jugé constitutionnelle l'obligation de résidence imposée aux employés de la ville de Youngstown quant aux policiers mais non quant au demandeur, qui était préposé à l'entretien de l'aéroport local. De la même façon, dans la décision *Detroit Police Officers Ass'n c. City of Detroit*, 190 N.W.2d 97 (1971), appel rejeté en raison de l'absence d'une importante question de nature fédérale, 405 U.S. 950 (1972), la Cour suprême du Michigan, à la majorité, a jugé valide l'obligation de résidence que la ville de Détroit imposait à ses policiers, concluant expressément que le statut d'employés ayant à répondre à des urgences distinguait les agents de police des autres types d'employés; voir également la décision *Hanson c. Unified School Dist. No. 500, Wyandotte County, Kan.*, 364 F. Supp. 330 (D. Kan. 1973), où la cour a déclaré invalide une obligation de résidence imposée à des enseignants, parce qu'elle n'avait pas de [TRADUCTION] «fondement raisonnable». Il est vrai que, dans un nombre important de décisions américaines, les tribunaux ont reconnu la validité de l'obligation de résidence, même à l'égard d'employés n'ayant pas à répondre à des urgences, mais ils sont, pour la plupart, parvenus à cette conclu-

1997 CanLII 335 (SCC)

Board of Trustees of the Village of Maywood, 561 F.2d 48 (7th Cir. 1977); and *Salem Blue Collar Workers Ass'n v. City of Salem*, 33 F.3d 265 (3rd Cir. 1994); see also Hampton, *supra*; R. S. Myers, "The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look" (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24; and Note, "Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection" (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

Having accepted that residence requirements related to specific occupations might, in some cases, be justified, the question here becomes whether the requirement imposed on the respondent can be upheld on that ground. In my view, it cannot, and this for two reasons. The first has to do with the ambit of the requirement itself. As noted earlier, the residence requirement at issue here applies not only to employees whose functions, for one reason or another, require that they be proximate to their place of work. Rather, it applies to all permanent employees of the municipality hired after October 23, 1984. In my view, this renders the requirement too broad to be justified on the basis of the third "public interest" relied on by the appellant. The concerns underlying this finding were well expressed by the New Hampshire Supreme Court in *Donnelly v. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971). There, that court expressly recognized that a municipal ordinance imposed by the defendant city upon the plaintiff schoolteacher violated the latter's right to choose where to live, and had this to say, at p. 791:

[T]he ordinance can be upheld only if the requirement that the employees live within the city serves a public interest which is important enough to justify the restriction on the private right. There is nothing in the record before us nor have any reasons been advanced which would justify the broad restrictions of this ordinance.

sion non pas parce que l'obligation en cause constituait une violation justifiée de droits, mais parce que le droit particulier revendiqué par le demandeur — habituellement le «droit de se déplacer» ou le «droit à une protection égale» — n'avait pas été transgressé; voir, par exemple, *Ector*, précité; *Andre c. Board of Trustees of the Village of Maywood*, 561 F.2d 48 (7th Cir. 1977); *Salem Blue Collar Workers Ass'n c. City of Salem*, 33 F.3d 265 (3rd Cir. 1994). Voir également Hampton, *loc. cit.*; R. S. Myers, «The Constitutionality of Continuing Residency Requirements for Local Government Employees: A Second Look» (1986), 23 *Cal. W. L. Rev.* 24, et Note, «Municipal Employee Residency Requirements and Equal Protection» (1974-1975), 84 *Yale L.J.* 1684.

87 Comme j'ai convenu que l'obligation de résidence liée à des occupations déterminées peut, dans certains cas, être justifiée, il me faut maintenant déterminer si l'obligation imposée à l'intimée est justifiable pour ce motif. À mon avis, elle ne l'est pas, pour deux raisons. La première découle de la portée de l'obligation elle-même. Comme je l'ai déjà mentionné, l'obligation de résidence visée en l'espèce ne s'applique pas seulement aux employés dont les fonctions, pour une raison ou pour une autre, exigent qu'ils habitent à proximité de leur lieu de travail. Tous les employés permanents de la municipalité engagés après le 23 octobre 1984 y sont assujettis. J'estime que cela rend la portée de l'obligation trop large pour que le troisième motif d'«intérêt public» invoqué par l'appelante puisse la justifier. La Cour suprême du New Hampshire a bien exprimé les considérations fondant cette conclusion, dans la décision *Donnelly c. City of Manchester*, 274 A.2d 789 (1971). Elle a expressément reconnu qu'une ordonnance municipale imposée au demandeur enseignant par la ville défenderesse portait atteinte au droit du demandeur de choisir le lieu où il voulait vivre. Elle s'est exprimée ainsi, à la p. 791:

[TRADUCTION] [L]'ordonnance ne peut être déclarée valide que si l'intérêt public servi par l'obligation faite aux employés de vivre dans les limites de la municipalité revêt une importance suffisante pour justifier l'empiétement sur un droit privé. Il n'y a rien dans la preuve qui nous a été soumise ni dans les arguments qui nous

1997 CanLII 335 (SCC)

We do not say that there are no employees whose residence near their place of duty may not be important enough to justify a restriction upon their place of residence but if such restrictions are permissible as to some this does not justify the broad and all inclusive requirement that all employees live within the city limits. Nothing has been brought to our attention . . . which would justify the application of the restriction to schoolteachers. [Emphasis added.]

ont été présentés qui justifie les restrictions étendues imposées par cette ordonnance. Nous ne disons pas que la proximité de la résidence d'un employé du lieu où il exécute ses fonctions ne pourrait jamais avoir une importance suffisante pour justifier d'imposer des limites au choix de son lieu de résidence, mais si une telle restriction est acceptable pour certains employés, on ne peut pour autant en conclure qu'il est justifié d'imposer à tous les employés l'obligation absolue et générale de vivre dans les limites de la municipalité. Aucun argument n'a été avancé [. . .] pour justifier l'application de cette restriction aux enseignants. [Je souligne.]

88 The second reason I cannot accept the appellant's submissions is that even if the residence requirement were restricted, say, to emergency workers, the respondent would not, in my view, fall within that class of employees. Indeed, while the tasks performed by a police radio operator are undoubtedly important in the day to day administration of law enforcement, they do not seem to me to fall within the same class of essential services as, for example, the tasks performed by firefighters, ambulance workers, or police officers themselves. Consequently, I would reject the appellant's contentions in this regard.

La deuxième raison pour laquelle je ne puis accepter l'argument de l'appelante est que même si l'obligation de résidence était limitée aux travailleurs appelés à répondre à des urgences, par exemple, l'intimée n'entre pas, selon moi, dans cette catégorie d'employés. Les tâches exécutées par un préposé aux télécommunications du service de police sont certes importantes dans l'exercice quotidien des fonctions liées au maintien de l'ordre mais je ne pense pas qu'elles entrent dans la même catégorie de services essentiels que le travail des pompiers, des ambulanciers ou des policiers eux-mêmes, par exemple. Par conséquent, je ne saurais accueillir les prétentions de l'appelante à cet égard.

89 Two final points should be made. First, as I mentioned briefly earlier, the residence requirement at issue stipulates not only that the respondent must be a resident of Longueuil at the time she is hired, but also that she must remain a resident for the duration of her employment. While it is not necessary to decide the matter (and I do not do so), it seems to me that a residence requirement that intruded to a lesser degree on an employee's right to choose where to live — say, by requiring only that she be a local resident at the time she is hired — might stand a better chance of surviving a s. 7 review, even in respect of an employee whose job does not by its nature provide any justification for imposing a residence requirement. This is because where the violation of the right at issue is less severe, the state interests required to justify it may, generally speaking, be commensurately less pressing.

Il convient de faire deux dernières remarques. Premièrement, l'obligation de résidence en litige, comme je l'ai déjà mentionné brièvement, prévoit non seulement que l'intimée doit habiter à Longueuil au moment de son embauche mais également qu'elle doit maintenir sa qualité de résidente pendant toute la durée de son emploi. La question n'a pas à être tranchée (et je ne me prononce pas), mais il me semble qu'une obligation de résidence empiétant moins sur le droit d'un employé de choisir le lieu où il veut vivre — en n'exigeant la résidence qu'au moment de l'embauche, par exemple — aurait plus de chance de résister à un examen fondé sur l'art. 7, même à l'égard d'un employé occupant un emploi dont la nature ne justifie pas l'imposition d'une telle obligation. C'est que si l'atteinte au droit en cause est moins grave, les intérêts que l'État devra faire valoir pour la justifier peuvent être, de façon générale, proportionnellement moins urgents.

1997 CanLII 335 (SCC)

Secondly, I have no doubt that certain kinds of municipal activities that have the effect of impinging upon the individual's right to choose where to live will, in the normal run of cases, nevertheless be justified on the basis of compelling public interests. For example, municipal zoning by-laws that designate certain areas of a city as "commercial" and other areas as "residential" undoubtedly have the effect of constraining the ability of individuals to choose where they wish to establish their homes. It would appear to me, however, that in most — if not all — such cases, zoning by-laws (and other similar measures) will survive s. 7 scrutiny of the kind undertaken in these reasons on the ground that they intrude upon personal autonomy to only a very limited degree, while promoting a highly significant collective goal; namely, maintaining social and commercial order at the local level. No similar goal is advanced by the imposition of the residence requirement in this case.

Having found that none of the "public interests" suggested by the appellant suffices on the facts of this case to justify infringing the respondent's right to choose where to live, I conclude that the residence requirement at issue here violates the respondent's right to liberty in a manner that does not conform to the principles of fundamental justice and, therefore, that it contravenes one of the constitutional guarantees enshrined in s. 7 of the Canadian *Charter*. I should explain that I see no need to examine the issues in this appeal under the rubric of s. 1 of the *Charter*, given that all the considerations pertinent to such an inquiry have, I think, already been canvassed in the discussion dealing with fundamental justice. Moreover, and as this Court has previously held, a violation of s. 7 will normally only be justified under s. 1 in the most exceptional of circumstances, if at all; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, at p. 518, *per* Lamer J., and at pp. 523-24, *per* Wilson J. Such circumstances do not exist here.

My conclusion that the residence requirement at issue violates s. 7 of the Canadian *Charter* is of course sufficient, in and of itself, to dispose of the

Deuxièmement, je suis convaincu que certaines activités municipales ayant pour effet d'empiéter sur le droit de choisir le lieu où l'on veut vivre pourront néanmoins, dans des circonstances normales, être justifiées en raison d'intérêts publics impérieux. Par exemple, des règlements de zonage désignant certains secteurs d'une ville comme «commerciaux» et d'autres comme «résidentiels» restreignent à n'en pas douter la faculté des citoyens de choisir le lieu où ils souhaitent établir leur demeure. J'estime toutefois que la plupart, voire la totalité, de tels règlements (et d'autres mesures similaires) résisteraient à un examen fondé sur l'art. 7 comme celui qui est effectué dans les présents motifs, parce qu'ils empiètent très peu sur l'autonomie personnelle et qu'ils servent un objectif collectif extrêmement important, savoir maintenir l'ordre social et commercial au niveau local. L'obligation de résidence imposée en l'espèce ne vise aucun objectif analogue. 90

Comme aucun des motifs d'«intérêt public» invoqués par l'appelante ne permet selon moi, compte tenu des faits de l'espèce, de justifier la violation du droit de l'intimée de choisir le lieu où elle veut vivre, je conclus que l'obligation de résidence en cause porte atteinte au droit à la liberté d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale et, par conséquent, qu'elle enfreint l'une des garanties constitutionnelles inscrites à l'art. 7 de la *Charte* canadienne. J'ajouterai que je n'estime pas nécessaire d'examiner en fonction de l'article premier les questions soulevées par le présent pourvoi, étant donné que l'analyse relative à la justice fondamentale a, d'après moi, permis de passer en revue toutes les considérations pertinentes à cet égard. En outre, comme notre Cour l'a déjà affirmé, si tant est qu'une violation de l'art. 7 soit justifiable en vertu de l'article premier, elle ne l'est, normalement, que dans des circonstances exceptionnelles (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 518, le juge Lamer et, aux pp. 523 et 524, le juge Wilson). Ces circonstances sont inexistantes en l'espèce. 91

Il suffit bien sûr de conclure que l'obligation de résidence en cause enfreint l'art. 7 de la *Charte* canadienne pour donner gain de cause à l'intimée 92

1997 CanLII 335 (SCC)

appeal in favour of the respondent. Nonetheless, I propose to undertake an analysis of the claim asserted under s. 5 of the Quebec *Charter* for, in my opinion, the residence requirement at issue here is equally violative of that provision and cannot be saved by the limitation provision found in s. 9.1. I turn to an examination of those matters.

(3) Issue 2: Whether the Residence Requirement Violates Section 5 of the Quebec *Charter* and Whether, if it Does, it Can Be Saved by Section 9.1

(a) *The Right to Privacy in Section 5*

93 Unlike the Canadian *Charter*, the scope of the Quebec *Charter* is not restricted to "government action". Consequently, no issues of application need be discussed. Furthermore, given that I have already addressed the nature of the right asserted by the respondent in my discussion of s. 7 of the Canadian *Charter* (i.e., by finding that it is a "right to choose where to live" and not a "right to work" as contended by the appellant), it is unnecessary to revisit that question here. Nor do I consider it necessary to make any further comments with respect to the issue of waiver, for while the appellant pointed out that this Court's decision in *Frenette v. Metropolitan Life Insurance Co.*, [1992] 1 S.C.R. 647, establishes the possibility of waiving rights to privacy under s. 5 of the Quebec *Charter* in some circumstances, those circumstances do not exist in this case for the reasons given earlier in relation to waiver under the Canadian *Charter*. In light of these considerations, I propose to move directly to an examination of whether the appellant's imposition of the residence requirement violated the Quebec *Charter* by depriving the respondent of the ability to choose where to establish her home.

94 I should first mention in this regard that the respondent raised arguments in this Court not only in respect of s. 5 of the Quebec *Charter*, but also in

dans le présent pourvoi. Je me propose néanmoins d'examiner l'argument fondé sur l'art. 5 de la *Charte* québécoise car, à mon avis, l'obligation de résidence contrevient également à cette disposition et ne peut être sauvegardée par application de la disposition limitative énoncée à l'art. 9.1. Je passe à l'examen de ces questions.

(3) Question 2: L'obligation de résidence porte-t-elle atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise et, dans l'affirmative, peut-elle être sauvegardée par application de l'art. 9.1?

a) *Le droit au respect de la vie privée garanti par l'art. 5*

La portée de la *Charte* québécoise, contrairement à celle de la *Charte* canadienne, ne se limite pas à l'«action gouvernementale». Par conséquent, la question de l'applicabilité ne se pose pas. En outre, comme j'ai déjà traité de la nature du droit revendiqué par l'intimée dans l'analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte* canadienne (en concluant qu'il s'agit du «droit de choisir le lieu où l'on veut vivre» et non, comme le prétendait l'appelante, d'un «droit au travail»), il n'est pas nécessaire de reprendre cet examen. Il ne me paraît pas nécessaire non plus d'ajouter à mes commentaires relatifs à la renonciation. En effet, bien que l'appelante ait fait valoir que l'arrêt de notre Cour *Frenette c. Métropolitaine (La), Cie d'assurance-vie*, [1992] 1 R.C.S. 647 établit l'existence d'une possibilité de renonciation au droit au respect de la vie privée reconnu à l'art. 5 de la *Charte* québécoise dans certaines circonstances, j'estime, pour les raisons que j'ai exposées relativement à la question de la renonciation à un droit prévu par la *Charte* canadienne, que ces circonstances sont inexistantes en l'espèce. Je procéderai donc directement à l'examen de la question de savoir si l'obligation de résidence imposée par l'appelante a, en privant l'intimée de la faculté de choisir un lieu pour établir sa demeure, enfreint la *Charte* québécoise.

Il faut mentionner d'abord, à cet égard, que l'argumentation de l'intimée devant notre Cour ne portait pas que sur l'art. 5 de la *Charte* québécoise,

1997 CanLII 335 (SCC)

respect of s. 1. For convenience, I repeat those provisions here, in French and English:

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

Il possède également la personnalité juridique.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

5. Every person has a right to respect for his private life.

As regards s. 5, the respondent contended that choosing where to live is a fundamentally personal decision, falling within the ambit of the "private life" protected by that provision. As regards s. 1, the respondent similarly alleged that the right to choose where to establish one's home falls within the scope of the right to "freedom".

Were there not another provision of the Quebec *Charter* aimed more directly at guaranteeing protection for individuals' private spheres of life, I would have had considerable sympathy for the respondent's s. 1 argument. It seems to me, however, that in enacting s. 5 in addition to s. 1, the Quebec legislator expressly contemplated the importance of protecting matters of a fundamentally private or personal nature, and deemed it appropriate to provide specific protection for them. In light of this, I am of the view that matters involving personal autonomy and privacy — such as choosing where to establish one's home — will normally be more appropriately addressed under s. 5. This is not necessarily to say that s. 1 does not protect personal autonomy at all; rather, it is simply to say that since s. 5 is, by its very terms, aimed directly at protecting individuals' private lives, matters that implicate privacy and personal autonomy will generally be better dealt with there. Since I am of the view that the right asserted by the respondent in this case is protected by s. 5, I find it unnecessary to address the arguments made in respect of s. 1.

mais également sur l'article premier. Par souci de commodité, je reproduis les versions française et anglaise de ces dispositions:

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

Il possède également la personnalité juridique.

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

1. Every human being has a right to life, and to personal security, inviolability and freedom.

He also possesses juridical personality.

5. Every person has a right to respect for his private life.

Pour ce qui est de l'art. 5, l'intimée soutient que le choix du lieu où l'on veut vivre est une décision essentiellement personnelle ressortissant au droit à la «vie privée» protégé par cette disposition. Relativement à l'article premier, elle plaide, pareillement, que le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure est inclus dans le droit à la «liberté».

N'eût été l'existence dans la *Charte* québécoise d'une disposition portant plus précisément sur la protection des aspects privés de la vie, j'aurais été enclin à souscrire à l'argument de l'intimée fondé sur l'article premier. Il me semble toutefois qu'en édictant l'art. 5 en plus de l'article premier, le législateur québécois a expressément considéré l'importance de protéger les domaines de nature fondamentalement privée ou personnelle et a jugé opportun de leur accorder une protection particulière. Par conséquent, j'estime que l'art. 5 sera normalement plus utile pour l'examen des questions relevant de l'autonomie personnelle et de la vie privée, comme le choix d'un lieu pour établir sa demeure. Cela ne veut pas nécessairement dire que l'article premier ne protège d'aucune façon l'autonomie personnelle, mais simplement que puisque l'art. 5, par son libellé même, concerne directement la protection de la vie privée, cette disposition permettra mieux de statuer sur les questions ayant trait à la vie privée et à l'autonomie personnelle. Comme je suis d'avis que le droit revendiqué par l'intimée en l'espèce est protégé par l'art. 5, je n'estime pas nécessaire de me prononcer sur les arguments soulevés en rapport avec l'article premier. 95

1997 CanLII 335 (SCC)

96 I turn, then, to the parties' submissions in respect of s. 5. The appellant, along with the *mis en cause*, argued that s. 5 found no application in the present case because it protects only (a) a very limited class of interests related directly to the individual himself or herself (such as physical image) and (b) certain kinds of confidential information (such as medical records or health status), but that it does not protect what I have described as a narrow sphere of personal autonomy. The respondent, by contrast, argued that the notion of "private life" ("*vie privée*") implicated by s. 5 has yet to be fully determined, that it should be found to include a limited sphere of personal autonomy with respect to personal decision-making, and that that sphere of autonomy should, in turn, be found to include the right to choose where to establish one's home.

97 The Quebec courts have clearly recognized that, in appropriate cases, such things as confidential or personal information will be found to enjoy the protection of s. 5 of the Quebec *Charter*; see, e.g., *Reid v. Belzile*, [1980] C.S. 717, and *Centre local de services communautaires de l'Érable v. Lambert*, [1981] C.S. 1077 (both dealing with medical records); *Cohen v. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.) (dealing with photographic image); and *The Gazette (Division Southam Inc.) v. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) (protecting personal information concerning state of health from becoming public); see also P. A. Molinari and P. Trudel, "Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications", in Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 197. I have no doubt that the decisions mentioned, so far as they go, accurately express part of what is captured within the scope of a right to "respect for [one's] private life". In my view, however, the respondent is correct in claiming that the ambit of the right to privacy has not yet been fully delineated and that other aspects of "private life" may, as cases arise, be found to enjoy the protection of s. 5. In my view, one of those other

Je passe donc à l'examen des arguments des parties ayant trait à l'art. 5. L'appelante et le mis en cause ont affirmé que cette disposition ne s'appliquait pas en l'espèce parce qu'elle protégeait uniquement une catégorie très limitée d'intérêts liés directement à la personne (comme l'image physique) et certains types de renseignements confidentiels (comme le dossier médical ou l'état de santé), mais non ce que j'ai décrit comme une sphère limitée d'autonomie personnelle. L'intimée, quant à elle, avance que la notion de «vie privée» («*private life*») visée à l'art. 5 n'a pas encore été entièrement définie et qu'elle devrait être interprétée de manière à inclure une sphère limitée d'autonomie personnelle en ce qui a trait aux décisions d'ordre privé, laquelle sphère devrait comprendre le droit de choisir un lieu pour établir sa demeure.

Les tribunaux québécois ont clairement reconnu que, dans les cas où cela est justifié, les renseignements confidentiels ou personnels jouiront de la protection de l'art. 5 de la *Charte* québécoise; voir les décisions *Reid c. Belzile*, [1980] C.S. 717, et *Centre local de services communautaires de l'Érable c. Lambert*, [1981] C.S. 1077 (traitant toutes deux du dossier médical); *Cohen c. Queenswear International Ltd.*, [1989] R.R.A. 570 (C.S.) (concernant l'image photographique), et *The Gazette (Division Southam Inc.) c. Valiquette*, [1997] R.J.Q. 30 (C.A.) (empêchant la communication de renseignements concernant l'état de santé). Voir également: P. A. Molinari et P. Trudel, «Le droit au respect de l'honneur, de la réputation et de la vie privée: aspects généraux et applications», dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Application des Chartes des droits et libertés en matière civile* (1988), 197. Il ne fait aucun doute pour moi que les décisions mentionnées décrivent avec précision, chacune dans leur mesure, une partie de ce que comporte le droit au «respect de [l]a vie privée». J'estime cependant que l'intimée a raison d'affirmer que la portée du droit à la vie privée n'a pas été entièrement délimitée et que des cas pourront se présenter où il sera possible de juger que la protection prévue à l'art. 5 s'applique à d'autres aspects de la «vie privée». À mon avis, la sphère limitée d'autonomie person-

1997 CanLII 335 (SCC)

aspects is that narrow sphere of personal autonomy within which inherently private choices are made.

This view finds confirmation, *inter alia*, in *Valiquette*, *supra*, at p. 36, where Michaud C.J.Q. (speaking for a unanimous panel of the Quebec Court of Appeal) stated:

> [TRANSLATION] The right to one's private life, which is considered one of the most fundamental of the personality rights . . . has still not been formally defined.
>
> It is possible, however, to identify the components of the right to respect for one's private life, which are fairly specific. What is involved is a right to anonymity and privacy, a right to autonomy in structuring one's personal and family life and a right to secrecy and confidentiality. [Emphasis added; citation omitted.]

I endorse the views expressed by Michaud C.J.Q. and find, accordingly, that s. 5 of the Quebec *Charter* protects, among other things, the right to take fundamentally personal decisions free from unjustified external interference. But as in the case of the Canadian *Charter*, where I found that the sphere of autonomy protected by the liberty interest in s. 7 is narrowly circumscribed, I am of the view that the scope of decisions falling within the sphere of autonomy protected by s. 5 is similarly limited; viz., only those choices that are of a fundamentally private or inherently personal nature will be protected.

Having found that the right to make fundamentally personal decisions is protected by s. 5, the next question is whether choosing where to live qualifies as one of those decisions. For the reasons expressed in relation to s. 7 of the Canadian *Charter*, I am of the view that it does, and I do not propose to repeat my earlier comments here. Suffice it to say that by virtue of both the intimately personal considerations that factor into one's choice as to where to live and the very significant effects that choice inevitably has on one's personal affairs, the right to be free from unjustified interference in making a decision as to where to establish and maintain one's home seems to me to fall squarely within the scope of the Quebec *Charter*'s guarantee of "respect for [one's] private life". Since the residence requirement imposed by the appellant

nelle où se forment des choix intrinsèquement privés est l'un de ces autres aspects.

98 L'arrêt *Valiquette*, précité, confirme notamment cette opinion. Le juge en chef Michaud, exprimant l'opinion unanime de la formation de la Cour d'appel, a écrit, à la p. 36:

> Qualifié comme l'un des droits les plus fondamentaux des droits de la personnalité [. . .] le droit à la vie privée échappe encore à une définition formelle.
>
> Il est possible cependant de relever les composantes du droit au respect de la vie privée, lesquelles sont relativement précises. Il s'agit du droit à l'anonymat et à l'intimité ainsi que le droit à l'autonomie dans l'aménagement de sa vie personnelle et familiale ou encore le droit au secret et à la confidentialité. [Je souligne; citation omise.]

Je partage les vues du juge en chef Michaud, et je conclus, en conséquence, que l'art. 5 de la *Charte* québécoise protège notamment le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles sans influence externe indue. Tout comme j'ai conclu, relativement à la *Charte* canadienne que la sphère d'autonomie protégée par le droit à la liberté garanti par l'art. 7 a une portée étroitement circonscrite, je conclus que la portée des décisions relevant de la sphère d'autonomie protégée par l'art. 5 est pareillement limitée, car seuls les choix de nature fondamentalement privée ou intrinsèquement personnelle bénéficieront d'une protection.

99 Ayant conclu que le droit de prendre des décisions fondamentalement personnelles est protégé par l'art. 5, j'en viens à la question de savoir si le choix du lieu où l'on veut vivre est l'une de ces décisions. Pour les raisons exposées au sujet de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, je suis d'avis qu'il l'est. Sans répéter mes commentaires antérieurs, je me bornerai à dire qu'en raison des considérations intimes qui motivent le choix du lieu où l'on veut vivre et des répercussions extrêmement importantes que ce choix entraîne inévitablement sur les affaires personnelles, j'estime que le droit de décider sans intervention injustifiée où l'on veut établir et maintenir sa demeure est clairement visé par la garantie du droit au «respect de [l]a vie privée» énoncée par la *Charte* québécoise. Comme l'obligation de résidence imposée par l'appelante a

1997 CanLII 335 (SCC)

essentially precluded the respondent from making that choice freely, it violates s. 5.

100 This conclusion draws significant support from the majority decision of Gendreau J.A. in *Brasserie Labatt*, *supra*, upon which Gendreau J.A. himself relied in rendering his judgment in the present case. There, the respondent was required to move with his family from Quebec City to Montreal as a term of a promotion he was given within the management of the appellant brewery. While the respondent himself moved to Montreal, his family did not join him and, after a number of months, he was fired on the ground that he had failed to comply with the residence requirement in his contract. Gendreau J.A. held that the residence requirement was both contrary to public policy and violative of s. 5 of the Quebec *Charter*. In making his findings in respect of the latter ground, he stated, at p. 79:

[TRANSLATION] I do not believe that the right to one's private life set out in the Charter cannot include protection of the type and degree of cohabitation chosen by spouses and their children. In other words, where an employer imposes the location of the conjugal home and requires spouses and their children to live together more or less all of the time out of a concern for image and greater efficiency, it seems to me that this interferes with the protection of private life as defined in the Charter, in relation to the employee, the employee's spouse and each of the employee's children, and is therefore prohibited.

101 Baudouin J.A. found that *Brasserie Labatt* could be distinguished from this case on the basis that, unlike the residence requirement at issue there, the residence requirement here does not apply to anyone other than the respondent. With respect, I disagree. While the residence requirement at issue in *Brasserie Labatt* did apply explicitly to the respondent's family (and, in that sense, differed from the one at issue here), the gist of the respondent's claim in that case was, nonetheless, exactly the same as that of the respondent's here; namely, that by imposing a residence requirement, the respective employers in each case have invaded a sphere of personal autonomy within which individuals must be left to make their own fundamentally pri-

essentiellement empêché l'intimée de faire ce choix librement, elle contrevient à l'art. 5.

Cette conclusion trouve un appui considérable dans la décision que le juge Gendreau a rendue, au nom des juges majoritaires, dans l'arrêt *Brasserie Labatt*, précité, et dont il s'est lui-même inspiré pour statuer sur la présente affaire. Dans l'affaire *Brasserie Labatt*, l'intimé devait déménager avec sa famille de Québec à Montréal pour respecter une condition de la promotion qu'il avait obtenue au sein de la gestion de l'entreprise appelante. L'intimé avait déménagé, mais sa famille ne l'avait pas rejoint et, après quelques mois, il a été remercié de ses services parce qu'il ne s'était pas conformé à l'obligation de résidence stipulée dans son contrat. Le juge Gendreau a statué que l'obligation de résidence était contraire à l'ordre public et contrevenait à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Relativement à ce dernier motif, il a fait le commentaire suivant, à la p. 79:

[J]e ne crois pas que le droit à la vie privée prévu à la charte ne puisse pas s'étendre à la protection de la forme, de la portée et de l'étendue de la cohabitation choisie par deux époux et leurs enfants. En d'autres termes, l'imposition par un employeur de la localisation du domicile conjugal et du mode de partage plus ou moins complet de la vie commune, pour des motifs d'image et de plus grande efficacité, me semble une violation de la protection de la vie privée telle que définie à la charte, tant vis-à-vis l'employé que pour son conjoint et chacun de ses enfants, et est donc prohibée.

Le juge Baudouin a affirmé que la présente espèce se distingue de l'affaire *Brasserie Labatt* en ce que l'obligation de résidence visée en l'espèce ne s'applique à personne d'autre que l'intimée. Je ne puis me ranger à cette opinion. S'il est vrai que l'obligation de résidence visée dans l'affaire *Brasserie Labatt* s'appliquait expressément à la famille de l'intimé (dans ce sens, elle différait de l'obligation en l'espèce), l'essentiel de l'argument avancé par l'intimé dans cette affaire n'en était pas moins analogue en tout point à celui que soumet l'intimée en l'espèce, c'est-à-dire qu'en imposant leur obligation de résidence les employeurs respectifs se sont ingérés dans la sphère d'autonomie personnelle à laquelle chacun a droit pour effectuer des

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

vate choices. Indeed, to find as Baudouin J.A. did that the respondent in *Brasserie Labatt* could benefit from s. 5 but that the respondent in this case cannot would, in my view, amount to finding that residence requirements imposed only on employees themselves do not violate the "right to choose where to live" while those imposed on the employee and his or her family do. Again, with respect, I see no basis for this distinction.

choix fondamentalement privés. En fait, conclure comme l'a fait le juge Baudouin que l'intimé dans l'affaire *Brasserie Labatt* pouvait se prévaloir de l'art. 5 mais que l'intimée en l'espèce en est empêchée revient, à mon avis, à conclure que l'obligation de résidence imposée aux seuls employés ne contrevient pas au «droit de choisir le lieu où l'on veut vivre» tandis que celle qui vise l'employé et sa famille enfreint ce droit. Je le répète respectueusement, cette distinction n'est pas fondée.

For all these reasons, I am of the view that the residence requirement imposed by the appellant violates the respondent's right to respect for her private life, enshrined in s. 5 of the Quebec *Charter*. I will now examine whether that violation can be justified under s. 9.1.

102 Pour tous ces motifs, je suis d'avis que l'obligation de résidence imposée par l'appelante porte atteinte au droit au respect de la vie privée qui est reconnu à l'intimée à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. J'aborde maintenant la question de savoir si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'art. 9.1.

(b) *Section 9.1*

Section 9.1 of the Quebec *Charter* reads as follows in French and English:

b) *L'article 9.1*

103 L'article 9.1 de la *Charte* québécoise est ainsi conçu en français et en anglais:

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

9.1 Les libertés et droits fondamentaux s'exercent dans le respect des valeurs démocratiques, de l'ordre public et du bien-être général des citoyens du Québec.

La loi peut, à cet égard, en fixer la portée et en aménager l'exercice.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

9.1 In exercising his fundamental freedoms and rights, a person shall maintain a proper regard for democratic values, public order and the general well-being of the citizens of Québec.

In this respect, the scope of the freedoms and rights, and limits to their exercise, may be fixed by law.

As is evident from its very terms, s. 9.1 allows for the possibility that the "fundamental freedoms and rights" enshrined in the Quebec *Charter* may be subject to limits fixed by law. While it might be argued — I do not say how successfully — that the residence requirement at issue would not constitute a "law" for the purposes of s. 9.1, and while there appears to be some uncertainty in the academic literature as to whether the first paragraph of s. 9.1 can ever apply to limit rights even where no applicable "law" does so (see, e.g., F. Chevrette, "La disposition limitative de la Charte des droits et libertés de la personne: le dit et le non-dit", in *De*

Comme il appert de son libellé même, cette disposition prévoit la possibilité que des limites soient apportées législativement aux «libertés et droits fondamentaux» garantis par la *Charte* québécoise. Bien qu'on puisse prétendre — je ne m'avance pas sur le succès de l'argument — que l'obligation de résidence en litige ne constituerait pas une «loi» pour l'application de l'art. 9.1 et bien que la doctrine ne semble pas fixée sur la question de savoir si le premier paragraphe de l'art. 9.1 peut avoir pour effet de limiter des droits même en l'absence de «loi» applicable en ce sens (voir F. Chevrette, «La disposition limitative de la Charte des droits et

la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis (1989), 71), I do not consider it necessary to pronounce specifically upon either of those issues. I take this view for the following reasons.

104 First, neither issue was explicitly addressed by the parties and, consequently, the Court has not had the benefit of counsel's submissions on the questions they raise. Putting that matter aside, however, and operating on the assumption that s. 9.1 properly applies here, I am of the opinion that it would not, in any event, avail the appellant in this case. As this Court unanimously held in *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, s. 9.1 of the Quebec *Charter* is to be interpreted and applied in the same manner as s. 1 of the Canadian *Charter*. Thus, as the Court explained in *Ford*, the party seeking to justify a limitation on a plaintiff's Quebec *Charter* rights under s. 9.1 must bear the burden of proving both that such a limitation is imposed in furtherance of a legitimate and substantial objective and that the limitation is proportional to the end sought, inasmuch as (a) it is rationally connected to that end, and (b) the right is impaired as little as possible; see *Oakes*, *supra*; and *R. v. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 713. Essentially for the reasons I gave in my discussion of fundamental justice in the context of s. 7 of the Canadian *Charter*, I am of the opinion that two of the objectives suggested by the appellant as the basis for imposing the residence requirement on the respondent in this case — namely, (i) the maintenance of a high standard of municipal services and (ii) the stimulation of local business and municipal taxation revenue — are not so significant or pressing as to justify overriding the respondent's s. 5 right to respect for her private life. As regards the third objective advanced by the appellant — i.e., ensuring that workers performing essential public services are physically proximate to their place of work — I am unable to conclude that the very broad residence requirement at issue is either rationally connected to the end sought to be achieved, or that it is proportional to it. Moreover, the specific evidence advanced by the appellant in respect of the justifications it offered was scant at best and, in my

libertés de la personne: le dit et le non-dit», dans *De la Charte québécoise des droits et libertés: origine, nature et défis* (1989), 71), je ne crois pas, pour les motifs qui suivent, qu'il faille statuer sur l'une ou l'autre de ces questions en l'espèce.

Premièrement, les parties n'ayant explicitement soulevé ni l'une ni l'autre des questions, la Cour n'a pas pu prendre connaissance des observations des avocats sur le sujet. Cela dit, en supposant que l'article 9.1 s'applique bien en l'espèce, je suis d'avis qu'il ne serait d'aucune utilité à l'appelante dans le présent pourvoi. Comme notre Cour l'a affirmé à l'unanimité dans l'arrêt *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, l'art. 9.1 de la *Charte* québécoise doit être interprété et appliqué de la même manière que l'article premier de la *Charte* canadienne. Ainsi que la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Ford*, la partie qui invoque l'art. 9.1 pour tenter de justifier la limitation d'un droit garanti par la *Charte* québécoise a donc la charge de prouver que cette limite est imposée dans la poursuite d'un objectif légitime et important et qu'elle est proportionnelle à cet objectif, c'est-à-dire qu'elle est rationnellement liée à l'objectif et que l'atteinte au droit est minimale; voir l'arrêt *Oakes*, précité, et l'arrêt *R. c. Edwards Books and Art Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 713. Je suis d'avis, essentiellement pour les raisons que j'ai exposées relativement à la notion de justice fondamentale dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, que deux des objectifs sur lesquels l'appelante dit fonder l'obligation de résidence imposée en l'espèce à l'intimée, savoir le maintien de services municipaux de haute qualité ainsi que la stimulation du commerce local et l'accroissement des revenus fiscaux, ne sont pas assez importants ou urgents pour justifier l'atteinte au droit de l'intimée au respect de la vie privée, que garantit l'art. 5. Pour ce qui est du troisième objectif — s'assurer que les travailleurs fournissant des services publics essentiels soient physiquement à proximité de leur lieu de travail — je ne puis conclure que l'obligation de résidence extrêmement étendue qui est en cause ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi ni qu'elle lui soit proportionnelle. De plus, les éléments de preuve particuliers présentés par l'appelante à l'appui des raisons

1997 CanLII 335 (SCC)

1997 CanLII 335 (SCC)

view, is incapable of permitting the appellant to discharge its burden of proof. I conclude, therefore, that the infringement of the respondent's right to choose where she wishes to live has not been justified under s. 9.1. Just as I found that the appeal should be dismissed on the basis that the residence requirement violates s. 7 of the Canadian *Charter*, then, I also find that it should be dismissed on the basis that that requirement unjustifiably violates the respondent's right to respect for her private life under s. 5 of the Quebec *Charter*. I turn now to consider the respondent's cross-appeal on the issue of what I have called the "interim damages".

B. *The Cross-Appeal*

Before setting out my findings on this aspect of the case, it will be useful to restate briefly the pertinent facts and the issues they raise. On September 14, 1995, the Court of Appeal released its reasons for judgment and found, in addition to its holdings on the substantive issues, that because they had not been properly quantified, damages in respect of the income lost by the respondent during the period between the trial and the appeal should not be awarded. No specific holding to this effect was included in the formal judgment, however, and the respondent brought a motion for rectification, asking that the court amend its formal judgment and award the "interim damages". For its part, the Court of Appeal granted the motion on November 15, 1995 but amended its reasons in the manner set out earlier. In this Court, the appellant alleges that the Court of Appeal erred in issuing the rectificatory judgment in the first place, inasmuch as that judgment amounted to pronouncing upon a matter that was already *res judicata*, while the respondent claims that the Court of Appeal erred in three ways: (a) in refusing to allow her to introduce evidence at the appeal hearing in respect of the interim damages; (b) in failing to request that the parties submit additional argument in respect of the interim damages claim; and (c) in

invoquées comme justification sont, pour mettre les choses au mieux, insuffisants et ne lui permettent pas, selon moi, de s'acquitter du fardeau de preuve qui lui incombe. Je conclus, par conséquent, que l'atteinte au droit de l'intimée de choisir le lieu où elle souhaite vivre n'a pas été justifiée en vertu de l'art. 9.1. Tout comme j'ai exprimé l'opinion qu'il convient de rejeter le pourvoi parce que l'obligation de résidence contrevient à l'art. 7 de la *Charte* canadienne, je conclus pareillement qu'il devrait être rejeté parce que cette obligation porte atteinte de façon injustifiable au droit de l'intimée au respect de la vie privée reconnu à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. J'aborde maintenant l'examen du pourvoi incident en ce qui concerne la question de ce que j'ai appelé les «dommages-intérêts ultérieurs».

B. *Le pourvoi incident*

Avant de formuler mes conclusions sur cet aspect du pourvoi, j'estime utile de rappeler brièvement les faits pertinents et les questions qu'ils soulèvent. Le 14 septembre 1995, la Cour d'appel a rendu publics les motifs de son jugement et a ajouté à ses conclusions de fond une conclusion portant que, parce que le montant des dommages-intérêts découlant de la perte de revenus subie par l'intimée entre le procès et l'appel n'avait pas été correctement établi, la Cour ne pouvait les octroyer. Le dispositif du jugement ne renfermait cependant aucune conclusion explicite à cet effet, et l'intimée a présenté une requête en rectification demandant à la Cour de modifier son dispositif et d'octroyer les «dommages-intérêts ultérieurs». La Cour a fait droit à la requête le 15 novembre 1995, mais en apportant au jugement les modifications précédemment décrites. L'appelante plaide devant notre Cour que le fait même de prononcer un jugement rectificatif constitue une erreur, dans la mesure où il y avait chose jugée sur la question faisant l'objet de ce jugement. L'intimée, quant à elle, soutient que la Cour d'appel a commis trois erreurs: a) elle a refusé de l'autoriser à présenter, lors de l'audition de l'appel, des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts ultérieurs, b) elle n'a pas demandé aux parties de lui soumettre des observations supplémentaires relativement à la demande de dommages-intérêts ultérieurs, c) 105

failing to remand the matter to the Superior Court to be decided there.

106 To my mind, the issues raised in the cross-appeal can be addressed relatively quickly. I begin with the appellant's submission in respect of whether the issuance of the rectificatory judgment itself constituted an error. As I mentioned when setting out the issues, this claim is, technically speaking, a part of the main appeal but, for convenience, I have chosen to address it here. The crux of the argument was that because the reasons of September 14 made sufficiently clear that no interim damages would be awarded, the Court of Appeal ought not to have issued its November 15 judgment at all. While I agree that Baudouin J.A.'s September 14 reasons make plainly clear the Court of Appeal's refusal to award the interim damages, I do not find that the rectificatory judgment of November 15 amounted to re-examining a matter that was already *res judicata*. As I see it, the November 15 reasons constituted nothing more than an attempt by the Court of Appeal to formalize with precision the conclusion it had reached some two months earlier. They did not reopen the matters at issue; nor did they alter in any way the substance of the judgment that had already been rendered. Consequently, I cannot conclude, as the appellant urges, that the issuance of the rectificatory judgment constituted reversible error.

107 I should note in this regard that what appeared to concern the appellant most about the November 15 reasons was the following passage from the addendum that the Court of Appeal sought to include in its September 14 judgment:

[TRANSLATION]

DISMISSES, on the ground that it is unenforceable, the conclusion in the notice of appeal . . .

. . .

without prejudice to any of the [respondent's] rights or remedies arising from this judgment. [Emphasis added.]

The respondent treated this passage as conferring upon her a right to pursue further recourses to recover the interim damages and, in this respect,

elle n'a pas renvoyé la question à la Cour supérieure pour que celle-ci la tranche.

Je crois que les questions soulevées par le pourvoi incident peuvent être réglées assez rapidement. Prenons d'abord l'argument de l'appelante sur la question de savoir si le prononcé du jugement rectificatif était en soi une erreur. Comme je l'ai mentionné en énonçant les questions en litige, ce point fait techniquement partie du pourvoi principal mais, par souci de commodité, j'ai choisi de l'examiner ici. Essentiellement, l'appelante soutient que parce qu'il ressort suffisamment clairement des motifs rendus le 14 septembre que la Cour d'appel n'accordait pas les dommages-intérêts ultérieurs, il n'y avait pas lieu de prononcer le jugement du 15 novembre. Je conviens que le refus d'accorder ces dommages-intérêts ressort clairement des motifs rendus par le juge Baudouin le 14 septembre, mais je ne suis pas d'avis que le jugement du 15 novembre statuait de nouveau sur une chose jugée. Selon moi, par ce jugement, la Cour d'appel tentait tout au plus de préciser formellement la conclusion à laquelle elle était parvenue deux mois plus tôt. Elle n'a pas rouvert la question en litige, pas plus qu'elle n'a modifié de quelque façon la substance du jugement qu'elle avait déjà rendu. Par conséquent, je ne puis conclure, comme m'y invite avec insistance l'appelante, que le prononcé du jugement rectificatif constitue une erreur justifiant infirmation.

Je signale, à cet égard, que ce qui semble préoccuper le plus l'appelante, dans les motifs du 15 novembre, est le passage suivant du texte que la Cour d'appel a voulu ajouter à son jugement du 14 septembre:

REJETTE, parce qu'inexécutoire, la conclusion de l'avis d'appel. . .

. . .

tout en réservant à l'[intimée] tous ses droits et recours découlant du présent arrêt. [Je souligne.]

L'intimée a considéré que ce passage lui donnait le droit de rechercher le recouvrement des dommages-intérêts ultérieurs par d'autres voies de

1997 CanLII 335 (SCC)

the appellant viewed the rectificatory judgment as depriving it of a decision that had already been rendered in its favour. For my part, I do not read this passage in the manner advanced by the respondent. Indeed, to my mind, it simply serves to confirm that in formalizing its refusal to award the interim damages, the Court of Appeal did not want to be taken as having altered any findings it had made in its September 14 reasons. Read in this manner, the issuance of the rectificatory judgment did not have any detrimental effect on the legal position of the appellant.

recours et l'appelante, à cet égard, y a vu le retrait d'une décision déjà rendue en sa faveur. Je ne crois pas que cet extrait ait le sens que l'intimée lui prête. J'estime en effet qu'il ne fait que confirmer que la Cour d'appel, en exprimant formellement son refus d'octroyer des dommages-intérêts ultérieurs, ne voulait pas donner à penser qu'elle modifiait les conclusions formulées dans ses motifs du 14 septembre. Vu sous cet angle, le jugement rectificatif n'a eu aucun effet préjudiciable sur la position juridique de l'appelante.

As regards the respondent's submissions concerning how the Court of Appeal dealt with the interim damages issue — which are the matters truly raised in the cross-appeal itself — I am similarly unable to find any reversible error. In respect of the first claim (concerning the refusal of the Court of Appeal to admit the respondent's interim damages evidence during the appeal hearing itself), the Court of Appeal pointed out that the respondent could, in the course of the appeal proceedings, easily have presented evidence with respect to the quantum of the interim damages had she followed the proper procedures. Instead of doing so, however, the respondent simply attempted to introduce such evidence during the oral hearing itself, and then only after questions with respect to quantification had been raised by members of the court. As both the Court of Appeal and the appellant pointed out, allowing this evidence to be introduced at that stage would not have given the appellant ample opportunity to verify the figures the respondent claimed represented her losses. I cannot see how the Court of Appeal's refusal to permit the respondent to proceed in this manner could constitute reversible error.

108 L'argumentation de l'intimée concernant le traitement par la Cour d'appel de la question des dommages-intérêts ultérieurs — sur lequel porte véritablement le pourvoi incident — ne me convainc pas non plus qu'il y a eu erreur justifiant infirmation. Relativement au premier argument (portant sur le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à présenter des éléments de preuve concernant les dommages-intérêts ultérieurs pendant l'audition de l'appel lui-même), la Cour d'appel a souligné qu'il aurait été facile à l'intimée de soumettre la preuve relative au montant de ces dommages-intérêts pendant la procédure d'appel, si elle avait suivi les règles applicables. Au lieu de cela, elle a simplement tenté de présenter cette preuve à l'audition même de l'appel, et encore, seulement après que la cour eut posé des questions au sujet du montant des dommages-intérêts. Comme la Cour d'appel et l'appelante l'ont signalé, l'appelante n'aurait pas disposé de beaucoup de temps pour vérifier les chiffres présentés par l'intimée comme le montant de la perte qu'elle avait subie, si la cour avait autorisé, à ce stade, la présentation de cette preuve. Je ne vois pas d'erreur justifiant infirmation dans le refus de la Cour d'appel d'autoriser l'intimée à procéder de cette façon.

Moreover, as the Court of Appeal itself explained in its September 14 reasons (*per* Baudouin J.A.), the respondent could have presented evidence in respect of the interim damages claim not only as part of the appeal itself but also at any time before judgment, pursuant to art. 199 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Nearly a whole year elapsed between the

109 Comme la Cour d'appel elle-même l'a expliqué dans ses motifs du 14 septembre (sous la plume du juge Baudouin), la présentation de la preuve relative aux dommages-intérêts ultérieurs aurait pu se faire non seulement au cours de l'appel lui-même, mais aussi à tout moment avant le prononcé du jugement, ainsi que le prévoit l'art. 199 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. Il s'est

1997 CanLII 335 (SCC)

oral hearing and the handing down of judgment — a period during which the respondent would, of course, have been on notice that the Court of Appeal lacked sufficient evidence upon which to calculate any interim damages award — and still no attempt to quantify the interim damages in accordance with the appropriate procedure was made. In light of these considerations, I cannot accept that the Court of Appeal's refusal to grant the interim damages was based on some procedural error on its part. Rather, it was based simply on the fact that no evidence as to quantum had ever been properly placed before it.

110 In respect of the second and third claims (concerning whether the Court of Appeal should either have requested submissions on the interim damages issue or remanded the matter to the Superior Court), the respondent relied largely on art. 523 *C.C.P.* which reads in relevant part as follows:

523. The Court of Appeal may, if the ends of justice so require, permit a party to amend his written proceedings, to implead a person whose presence is necessary, or even, in exceptional circumstances, to adduce, in such manner as it directs, indispensable new evidence.

It has all the powers necessary for the exercise of its jurisdiction and may make any order necessary to safeguard the rights of the parties. . . .

The very wording of art. 523 *C.C.P.* makes clear that it confers a discretion on the Court of Appeal to act in the interests of justice and to make whatever orders it deems necessary in order to safeguard the rights of the parties; see *Construction Gilles Paquette ltée v. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 S.C.R. 299. In the present case, the Court of Appeal simply chose not to exercise that discretion. Particularly given the clear opportunities the respondent had to present evidence in respect of her interim damages, I am not persuaded this Court would be justified in interfering with that decision.

écoulé presque une année complète entre l'audition de l'appel et le dépôt du jugement — pendant laquelle l'intimée savait, bien sûr, que la Cour d'appel ne disposait pas d'éléments de preuve suffisants pour établir le montant des dommages-intérêts ultérieurs — mais l'intimée n'a pas tenté d'établir la preuve de ce montant conformément aux règles applicables. Il m'est donc impossible de conclure que le refus de la Cour d'appel d'octroyer les dommages-intérêts ultérieurs découlait d'une erreur procédurale de sa part. Cette décision reposait tout simplement sur le fait qu'aucun élément de preuve relatif au montant de ceux-ci ne lui avait été régulièrement présenté.

Relativement au deuxième et au troisième arguments (portant sur la question de savoir si la Cour d'appel aurait dû demander des observations au sujet des dommages-intérêts ultérieurs ou renvoyer cette question à la Cour supérieure), l'intimée fait fond en grande partie sur l'art. 523 *C.p.c.* dont le passage pertinent est ainsi libellé:

523. La Cour d'appel peut, si les fins de la justice le requièrent, permettre à une partie d'amender ses actes de procédure, de mettre en cause une personne dont la présence est nécessaire, ou encore, en des circonstances exceptionnelles, de présenter, selon le mode qu'elle indique, une preuve indispensable.

Elle a tous les pouvoirs nécessaires à l'exercice de sa compétence, et peut rendre toutes ordonnances propres à sauvegarder les droits des parties;

Il ressort clairement de la lecture de l'art. 523 *C.p.c.* que la disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir discrétionnaire qu'elle exerce dans l'intérêt de la justice et qui lui permet de rendre toute ordonnance qu'elle estime nécessaire pour préserver les droits des parties; voir *Construction Gilles Paquette ltée c. Entreprises Végo ltée*, [1997] 2 R.C.S. 299. En l'espèce, la Cour d'appel a simplement choisi de ne pas exercer ce pouvoir discrétionnaire. Compte tenu, en particulier, du fait que l'intimée avait clairement la possibilité de présenter des éléments de preuve au sujet des dommages-intérêts ultérieurs, je ne suis pas convaincu que notre Cour pourrait à bon droit modifier cette décision.

1997 CanLII 335 (SCC)

V. Conclusions

Based on my findings that the residence requirement at issue unjustifiably violates both s. 7 of the Canadian *Charter* and s. 5 of the Quebec *Charter*, I would dismiss the appeal with costs. I would also dismiss the cross-appeal, but make no order as to costs.

The judgment of Gonthier, Cory and Iacobucci was delivered by

CORY J. — In his carefully considered reasons, Justice La Forest rests his decision primarily upon his conclusion that the resolution of the City of Longueuil requiring employees of the city to reside within its boundaries unjustifiably infringes s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Although I agree with the conclusion reached by La Forest J. to dismiss the appeal, I would not base it upon an infringement of the Canadian *Charter*.

In the Quebec Court of Appeal, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, the judges were unanimous in their conclusion that the residence requirement was invalid but arrived at the result in different ways. Baudouin J.A. found that there was no infringement of a right protected by the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, and that s. 7 of the Canadian *Charter* was not applicable. He concluded nevertheless that, under the general law as a matter of public order, in the absence of some pressing and overriding concern persons must have the right to live where they wish. The residence requirement was not justified and contravened public order by restricting employees in choosing their place of residence. It was on this basis that he found the residential requirement to be invalid.

Fish J.A. was in substantial agreement with the reasons of Baudouin J.A. but determined that the Quebec *Charter* did not need to be considered.

V. Conclusion

111 Ayant conclu que l'obligation de résidence en cause contrevient sans justification à l'art. 7 de la *Charte* canadienne et à l'art. 5 de la *Charte* québécoise, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens. Je suis également d'avis de rejeter le pourvoi incident, sans toutefois rendre d'ordonnance quant aux dépens.

Version française du jugement des juges Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

112 LE JUGE CORY — Dans des motifs soigneusement rédigés, le juge La Forest fonde sa décision principalement sur la conclusion selon laquelle la résolution de la ville de Longueuil exigeant que ses employés résident dans les limites de la ville viole de façon injustifiable l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

113 Bien que je souscrive à la conclusion tirée par le juge La Forest selon laquelle il convient de rejeter le pourvoi, je ne la ferais pas reposer sur une atteinte à la *Charte* canadienne.

114 Les juges de la Cour d'appel du Québec, [1995] R.J.Q. 2561, 31 M.P.L.R. (2d) 130, ont conclu à l'unanimité que l'obligation de résidence n'était pas valable, mais ils sont parvenus à ce résultat au terme de raisonnements différents. Le juge Baudouin a conclu qu'il n'y avait pas transgression d'un droit protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12, et que l'art. 7 de la *Charte* canadienne ne s'appliquait pas. Il a néanmoins décidé que l'ordre public prescrivait qu'en l'absence d'un intérêt urgent et primordial, chacun devait avoir le droit d'habiter où bon lui semblait. L'obligation de résidence n'était pas justifiée et elle allait à l'encontre de l'ordre public en limitant le choix du lieu de résidence des employés. En s'appuyant sur ce principe, il a conclu à l'invalidité de l'obligation de résidence.

115 Le juge Fish a souscrit pour l'essentiel aux motifs du juge Baudouin, mais il a conclu qu'il n'était pas nécessaire d'examiner la *Charte* québécoise.

1997 CanLII 335 (SCC)

116 Gendreau J.A. based his decision upon s. 5 of the Quebec *Charter* which provides:

5. Every person has a right to respect for his private life.

117 Gendreau J.A., correctly in my view, relied upon his reasons given on behalf of the majority in *Brasserie Labatt ltée v. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), in concluding that the residence requirement infringed s. 5 of the Quebec *Charter*. Similarly, La Forest J., in the course of his scholarly reasons, found that the resolution of the City of Longueuil was invalid because it violated s. 5 of the Quebec *Charter*. I am in complete agreement with his reasoning on this issue. For me the infringement of s. 5 of the Quebec *Charter* provides a good and sufficient basis for dismissing this appeal and I would not consider the application of s. 7 of the Canadian *Charter*.

118 Although I would not consider s. 7 of the Canadian *Charter*, I cannot adopt the conclusion of the Court of Appeal that it is simply not applicable. This Court has recognized that the *Charter* can be applicable to municipal by-laws. See for example *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084. Yet I would prefer to withhold consideration of the application of s. 7 to a situation such as that presented in this case. The case raises important questions as to the scope of s. 7. Further, its application may have a significant effect upon municipalities. Before reaching a conclusion on an issue that need not be considered in determining this appeal I would like to hear further argument with regard to it including the submissions of interested parties and intervening Attorneys General of the provinces and Territories. Those submissions might well serve to change, vary or modify the approach the Court will take on this issue. Without hearing further argument on this question I would prefer not to hazard an opinion upon it.

119 Like La Forest J. I would dismiss the cross-appeal and make no order as to costs.

Le juge Gendreau a fondé sa décision sur l'art. 5 de la *Charte* québécoise, qui prévoit:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

Le juge Gendreau s'est fondé, à juste titre selon moi, sur les motifs qu'il avait exposés au nom des juges majoritaires dans *Brasserie Labatt ltée c. Villa*, [1995] R.J.Q. 73 (C.A.), pour conclure que l'obligation de résidence portait atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. De la même façon, le juge La Forest, dans ses motifs savants, a conclu que la résolution prise par la ville de Longueuil n'était pas valable parce qu'elle portait atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise. Je souscris entièrement à son raisonnement sur cette question. J'estime en effet que l'atteinte à l'art. 5 de la *Charte* québécoise constitue un motif suffisant pour rejeter le présent pourvoi et je n'examinerais pas l'application de l'art. 7 de la *Charte* canadienne.

Bien que je ne tienne pas compte de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, je ne puis souscrire à la conclusion de la Cour d'appel voulant qu'il ne s'applique tout simplement pas. Notre Cour a déjà reconnu que la *Charte* pouvait s'appliquer aux règlements municipaux. Voir par exemple *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084. Cependant, je préférerais ne pas me prononcer sur l'application de l'art. 7 à une situation comme celle de l'espèce. La présente affaire soulève des questions importantes sur la portée de l'art. 7. En outre, il se peut que son application ait un effet considérable sur les municipalités. Avant de parvenir à une conclusion à l'égard d'une question qui n'a pas à être examinée pour déterminer l'issue du présent pourvoi, j'aimerais qu'on me présente d'autres arguments sur celle-ci, y compris les observations des parties concernées et des procureurs généraux des provinces et territoires intervenants. Il se pourrait fort bien que ces observations modifient l'approche qu'adoptera la Cour sur cette question. Je préférerais ne pas hasarder d'avis sur cette question avant d'avoir entendu d'autres arguments à ce sujet.

Comme le juge La Forest, je rejetterais le pourvoi incident sans rendre d'ordonnance concernant les dépens.

1997 CanLII 335 (SCC)

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed.

Solicitors for the appellant/respondent on cross-appeal: Dunton Rainville, Montreal.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Trudel Nadeau Lesage Larivière & Associés, Montreal.

Solicitor for the mis en cause: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté.

Procureurs de l'appelante/intimée dans le pourvoi incident: Dunton Rainville, Montréal.

Procureurs de l'intimée/appelante dans le pourvoi incident: Trudel Nadeau Lesage Larivière & Associés, Montréal.

Procureur du mis en cause: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

1997 CanLII 335 (SCC)

TAB 23

Attorney General of Canada *Appellant/ Respondent on cross-appeal*

v.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and Valerie Scott *Respondents/Appellants on cross-appeal*

- and -

Attorney General of Ontario *Appellant/ Respondent on cross-appeal*

v.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch and Valerie Scott *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS, British Columbia Civil Liberties Association, Evangelical Fellowship of Canada, Canadian HIV/AIDS Legal Network, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Canadian Association of Sexual Assault Centres, Native Women's Association of Canada, Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère

Procureur général du Canada *Appelant/ Intimé au pourvoi incident*

c.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott *Intimées/Appelantes au pourvoi incident*

- et -

Procureur général de l'Ontario *Appelant/ Intimé au pourvoi incident*

c.

Terri Jean Bedford, Amy Lebovitch et Valerie Scott *Intimées/Appelantes au pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec, Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society, PACE Society, Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, Alliance évangélique du Canada, Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS, HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, Association des femmes autochtones du Canada, Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle,

sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Christian Legal Fellowship, Catholic Civil Rights League, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Simone de Beauvoir Institute, AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution and Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Interveners*

Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel, Vancouver Rape Relief Society, Alliance des chrétiens en droit, Ligue catholique des droits de l'homme, REAL Women of Canada, David Asper Centre for Constitutional Rights, Institut Simone de Beauvoir, AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution et Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. *Intervenants*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* Bedford

2013 SCC 72

File No.: 34788.

2013: June 13; 2013: December 20.*

Present: McLachlin C.J. and LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis and Wagner JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Right to security of person — Freedom of expression — Criminal law — Prostitution — Common bawdy-house — Living on avails of prostitution — Communicating in public for purposes of prostitution — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Prostitutes alleging impugned provisions violate s. 7 security of the person rights by preventing implementation of safety measures that could protect them from violent clients — Prostitutes also alleging prohibition on communicating in public for purposes of prostitution infringes freedom of expression guarantee — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 7 — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1), 210, 212(1)(j), 213(1)(c).

* A judgment was issued on January 17, 2014, amending para. 164 of both versions of the reasons. The amendments are included in these reasons.

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* Bedford

2013 CSC 72

N° du greffe : 34788.

2013 : 13 juin; 2013 : 20 décembre*.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges LeBel, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis et Wagner.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la sécurité de la personne — Liberté d'expression — Droit criminel — Prostitution — Maisons de débauche — Proxénétisme — Communiquer en public à des fins de prostitution — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — Allégation selon laquelle ces dispositions portent atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 en empêchant les prostituées de prendre des mesures susceptibles de les protéger contre la violence de certains clients — Allégation supplémentaire suivant laquelle l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution porte atteinte à la liberté d'expression garantie aux prostituées — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 7 — Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1), 210, 212(1)j), 213(1)c).

* Un jugement a été rendu le 17 janvier 2014, modifiant le par. 164 des deux versions des motifs. Les modifications ont été incorporées dans les présents motifs.

Courts — Decisions — Stare decisis — Standard of review — Prostitutes challenging constitutionality of prohibitions on bawdy-houses, living on avails of prostitution and communicating in public for purposes of prostitution under Criminal Code — Under what circumstances application judge could revisit conclusions of Supreme Court of Canada in Prostitution Reference which upheld bawdy-house and communicating prohibitions — Degree of deference owed to application judge's findings on social and legislative facts.

B, L and S, current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which criminalize various activities related to prostitution, infringe their rights under s. 7 of the *Charter*: s. 210 makes it an offence to keep or be in a bawdy-house; s. 212(1)(*j*) prohibits living on the avails of prostitution; and, s. 213(1)(*c*) prohibits communicating in public for the purposes of prostitution. They argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, by preventing them from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or "screening" potential clients — that could protect them from violence. B, L and S also alleged that s. 213(1)(*c*) infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(*b*) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

The Ontario Superior Court of Justice granted the application, declaring, without suspension, that each of the impugned *Criminal Code* provisions violated the *Charter* and could not be saved by s. 1. The Ontario Court of Appeal agreed s. 210 was unconstitutional and struck the word "prostitution" from the definition of "common bawdy-house" as it applies to s. 210, however it suspended the declaration of invalidity for 12 months. The court declared that s. 212(1)(*j*) was an unjustifiable violation of s. 7, ordering the reading in of words to clarify that the prohibition on living on the avails of prostitution applies only to those who do so "in circumstances of exploitation". It further held the communicating prohibition under s. 213(1)(*c*) did not violate either s. 2(*b*) or s. 7. The Attorneys General appeal from the declaration that ss. 210 and 212(1)(*j*) of the *Code* are unconstitutional. B, L and S cross-appeal on the constitutionality of s. 213(1)(*c*) and in respect of the s. 210 remedy.

Tribunaux — Décisions — Stare decisis — Norme de contrôle — Contestation par des prostituées des dispositions du Code criminel qui interdisent les maisons de débauche, le proxénétisme et la communication en public à des fins de prostitution — À quelles conditions un juge de première instance peut-il réexaminer les conclusions de la Cour suprême du Canada dans le Renvoi sur la prostitution selon lesquelles les interdictions visant les maisons de débauche et la communication sont valides? — Degré de déférence que commandent les conclusions du juge de première instance sur des faits sociaux ou législatifs.

B, L et S — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement déclarant que trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui criminalisent diverses activités liées à la prostitution, portent atteinte au droit que leur garantit l'art. 7 de la *Charte* : l'art. 210 crée l'acte criminel de tenir une maison de débauche ou de s'y trouver; l'al. 212(1)*j*) interdit de vivre des produits de la prostitution d'autrui; l'al. 213(1)*c*) interdit la communication en public à des fins de prostitution. Elles font valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées en ce qu'elles les empêchent de prendre certaines mesures de protection contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

La Cour supérieure de justice de l'Ontario a fait droit à la demande et déclaré, sans effet suspensif, que chacune des dispositions contestées du *Code criminel* porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* et ne peut être sauvegardée par application de l'article premier. La Cour d'appel de l'Ontario a convenu de l'inconstitutionnalité de l'art. 210 et radié le mot « prostitution » de la définition de « maison de débauche » applicable à cette disposition, mais elle a suspendu l'effet de la déclaration d'invalidité pendant 12 mois. Elle a statué que l'al. 212(1)*j*) constitue une atteinte injustifiable au droit garanti à l'art. 7 et ordonné d'interpréter la disposition de manière que l'interdiction vise seulement les personnes qui vivent de la prostitution d'autrui « dans des situations d'exploitation », comme si ces mots y étaient employés. Elle a par ailleurs estimé que l'interdiction de communiquer prévue à l'al. 213(1)*c*) n'est attentatoire ni à la liberté garantie par l'al. 2*b*), ni au droit que consacre l'art. 7. Les procureurs généraux se pourvoient contre la déclaration d'inconstitutionnalité de l'art. 210 et de l'al. 212(1)*j*) du *Code*. B, L et S se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) et à la mesure prise pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

Held: The appeals should be dismissed and the cross-appeal allowed. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(*j*) and 213(1)(*c*) of the *Criminal Code* are declared to be inconsistent with the *Charter*. The word "prostitution" is struck from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only. The declaration of invalidity should be suspended for one year.

The three impugned provisions, primarily concerned with preventing public nuisance as well as the exploitation of prostitutes, do not pass *Charter* muster: they infringe the s. 7 rights of prostitutes by depriving them of security of the person in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is not necessary to determine whether this Court should depart from or revisit its conclusion in the *Prostitution Reference* that s. 213(1)(*c*) does not violate s. 2(*b*) since it is possible to resolve this case entirely on s. 7 grounds.

The common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. However, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. The threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. In this case, the application judge was entitled to rule on the new legal issues of whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7, as the majority decision of this Court in the *Prostitution Reference* was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years. The application judge was not, however, entitled to decide the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference* and was binding on her.

The application judge's findings on social and legislative facts are entitled to deference. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative,

Arrêt : Les pourvois sont rejetés, et le pourvoi incident est accueilli. L'article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)*j*) et 213(1)*c*) du *Code criminel* sont déclarés incompatibles avec la *Charte*. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 210 uniquement. L'effet de la déclaration d'invalidité est suspendu pendant un an.

Les trois dispositions contestées, qui visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées, ne résistent pas au contrôle constitutionnel. Elles portent atteinte au droit à la sécurité de la personne que l'art. 7 garantit aux prostituées, et ce, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Point n'est besoin de déterminer si notre Cour devrait rompre avec la conclusion qu'elle a tirée dans le *Renvoi sur la prostitution*, à savoir que l'al. 213(1)*c*) ne porte pas atteinte à la liberté garantie à l'al. 2*b*), ou la réexaminer, puisqu'il est possible de trancher en l'espèce sur le fondement du seul art. 7.

La règle du *stare decisis* issue de la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. Une juridiction inférieure ne peut toutefois pas faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit d'en justifier le réexamen. Les conditions sont réunies lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. En l'espèce, la juge de première instance pouvait trancher la question nouvelle de savoir si les dispositions en cause portent atteinte ou non au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 car, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires de la Cour statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti par l'art. 7. Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, les principes de justice fondamentale sont examinés sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de l'acceptabilité de celle-ci. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années. La juge de première instance n'était cependant pas admise à trancher la question de savoir si la disposition sur la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Notre Cour s'était prononcée sur ce point dans le *Renvoi sur la prostitution*, et la juge était liée par cette décision.

Les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs commandent la déférence. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait —

social, or legislative — remains palpable and overriding error.

The impugned laws negatively impact security of the person rights of prostitutes and thus engage s. 7. The proper standard of causation is a flexible "sufficient causal connection" standard, as correctly adopted by the application judge. The prohibitions all heighten the risks the applicants face in prostitution — itself a legal activity. They do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks. That causal connection is not negated by the actions of third-party johns and pimps, or prostitutes' so-called choice to engage in prostitution. While some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Moreover, it makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

The applicants have also established that the deprivation of their security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice: principles that attempt to capture basic values underpinning our constitutional order. This case concerns the basic values against arbitrariness (where there is *no connection* between the effect and the object of the law), overbreadth (where the law goes too far and interferes with *some* conduct that bears no connection to its objective), and gross disproportionality (where the effect of the law is grossly disproportionate to the state's objective). These are three distinct principles, but overbreadth is related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is no connection between the law's effect and its objective. All three principles compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness; they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits or is negatively impacted. The analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently

qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

Les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu le droit garanti à l'art. 7. La norme qui convient est celle du « lien de causalité suffisant », appliquée avec souplesse, celle retenue à juste titre par la juge de première instance. Les interdictions augmentent tous les risques auxquels s'exposent les demanderesses lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. Elles ne font pas qu'encadrer la pratique de la prostitution. Elles franchissent un pas supplémentaire déterminant par l'imposition de conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : elles empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection. Le lien de causalité n'est pas rendu inexistant par les actes de tiers (clients et proxénètes) ou le prétendu choix des intéressées de se prostituer. Bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution (ou qui a un jour fait ce choix), de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. De plus, le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées ne change rien. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

Les demanderesses ont également établi que l'atteinte à leur droit à la sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, lesquels sont censés intégrer les valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire (*absence de lien* entre l'effet de la loi et son objet), à la portée excessive (la disposition va trop loin et empiète sur *quelque* comportement sans lien avec son objectif) et à la disproportion totale (l'effet de la disposition est totalement disproportionné à l'objectif de l'État). Il s'agit de trois notions distinctes, mais la portée excessive est liée au caractère arbitraire en ce que l'absence de lien entre l'effet de la disposition et son objectif est commune aux deux. Les trois notions supposent de comparer l'atteinte aux droits qui découle de la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité; elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi ou qui en pâtit. L'analyse se veut qualitative, et non quantitative. La question que commande l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement

bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

Applying these principles to the impugned provisions, the negative impact of the bawdy-house prohibition (s. 210) on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective of preventing public nuisance. The harms to prostitutes identified by the courts below, such as being prevented from working in safer fixed indoor locations and from resorting to safe houses, are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. Second, the purpose of the living on the avails of prostitution prohibition in s. 212(1)(*j*) is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage. The law, however, punishes everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes and those who could increase the safety and security of prostitutes, for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards. It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes *some* conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is consequently overbroad. Third, the purpose of the communicating prohibition in s. 213(1)(*c*) is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution off the streets and out of public view in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes, who are prevented by the communicating prohibition from screening potential clients for intoxication and propensity to violence, is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

While the Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1, some of their arguments under s. 7 are properly addressed at this stage of the analysis. In particular, they attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work

mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

Si l'on applique ces notions aux dispositions contestées, l'effet préjudiciable de l'interdiction des maisons de débauche (art. 210) sur le droit à la sécurité des demanderesses est totalement disproportionné à l'objectif de prévenir les nuisances publiques. Les préjudices subis par les prostituées selon les juridictions inférieures (p. ex. le fait de ne pouvoir travailler dans un lieu fixe, sûr et situé à l'intérieur, ni avoir recours à un refuge sûr) sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer les nuisances, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. L'interdiction faite à l'al. 212(1)*j*) de vivre des produits de la prostitution d'autrui vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés. Or, la disposition vise toute personne qui vit des produits de la prostitution d'autrui sans établir de distinction entre celui qui exploite une prostituée et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. *Certains* actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent ainsi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive. L'alinéa 213(1)*c*), qui interdit la communication, vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Son effet préjudiciable sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue, du fait que ces dernières sont empêchées de communiquer avec leurs clients éventuels afin de déterminer s'ils sont intoxiqués ou enclins à la violence, est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

Même si les procureurs généraux ne prétendent pas sérieusement que, si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse. En particulier, ils tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation. Or, la disposition vise non seulement

with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships. The impugned laws are not saved by s. 1.

Concluding that each of the challenged provisions violates the *Charter* does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime. Considering all the interests at stake, the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Cases Cited

Referred to: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458; *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10; *R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307; *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

le chauffeur ou le garde du corps, qui peut en réalité être un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur son effet qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie. Les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier.

La conclusion que les dispositions contestées portent atteinte à des droits garantis par la *Charte* ne dépouille pas le législateur du pouvoir de décider des lieux et des modalités de la prostitution, à condition qu'il exerce ce pouvoir sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel. Au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, il convient de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458; *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330; *H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721; *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311; *R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10; *R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514; *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417; *R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80; *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307; *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services*

486; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489; *R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555; *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735; *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704; *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; *Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 7.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 197(1) "common bawdy-house", 210, 212(1)(*j*), 213(1)(*c*).
Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, Part V, s. 182.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 14.05(3)(g.1).

Authors Cited

Canada. House of Commons. Subcommittee on Solicitation Laws of the Standing Committee on Justice and Human Rights. *The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws*. Ottawa: Communication Canada, 2006.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London: Clarke, 1817 (first published 1644).
Hogg, Peter W. "The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.
Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations*, by Stephen T. Goudge. Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
Rubin, Gerald. "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960), 6 *McGill L.J.* 168.
Stewart, Hamish. *Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Irwin Law, 2012.

APPEALS and CROSS-APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, affirming in part a decision of Himel J., 2010 ONSC 4264, 102 O.R.

communautaires) c. G. (J.), [1999] 3 R.C.S. 46; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489; *R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555; *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57; *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735; *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704; *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 7.
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 197(1) « maison de débauche », 210, 212(1)*j*), 213(1)*c*).
Code criminel, S.C. 1953-1954, ch. 51, partie V, art. 182.
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règle 14.05(3)g.1).

Doctrine et autres documents cités

Canada. Chambre des communes. Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada*. Ottawa : Communication Canada, 2006.
Coke, Edward. *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes*. London : Clarke, 1817 (first published 1644).
Hogg, Peter W. « The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195.
Ontario. *Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations*, par Stephen T. Goudge. Toronto : Ministère du Procureur général, 2008.
Rubin, Gerald. « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168.
Stewart, Hamish. *Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto : Irwin Law, 2012.

POURVOIS et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk), 2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1, 290 O.A.C. 236, 346 D.L.R. (4th) 385, 282 C.C.C. (3d) 1, 256 C.R.R. (2d) 143, 91 C.R. (6th) 257, [2012] O.J. No. 1296 (QL), 2012 CarswellOnt 3557, qui a confirmé en partie une décision de la juge Himel,

(3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Michael H. Morris, *Nancy Dennison* and *Gail Sinclair*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada.

Jamie C. Klukach, *Christine Bartlett-Hughes* and *Megan Stephens*, for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario.

Alan N. Young, *Marlys A. Edwardh* and *Daniel Sheppard*, for the respondents/appellants on cross-appeal.

Sylvain Leboeuf and *Julie Dassylva*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Katrina E. Pacey, *Joseph J. Arvay*, *Q.C.*, *Elin R. S. Sigurdson*, *Lisa C. Glowacki* and *M. Kathleen Kinch*, for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society.

Written submissions only by *Michael A. Feder* and *Tammy Shoranick*, for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS.

Brent B. Olthuis, *Megan Vis-Dunbar* and *Michael Sobkin*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Georgialee A. Lang and *Donald Hutchinson*, for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada.

Jonathan A. Shime, *Megan Schwartzentruber* and *Renée Lang*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet and *Fay Faraday*, for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of

2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321, 327 D.L.R. (4th) 52, 262 C.C.C. (3d) 129, 217 C.R.R. (2d) 1, 80 C.R. (6th) 256, [2010] O.J. No. 4057 (QL), 2010 CarswellOnt 7249. Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Michael H. Morris, *Nancy Dennison* et *Gail Sinclair*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada.

Jamie C. Klukach, *Christine Bartlett-Hughes* et *Megan Stephens*, pour l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario.

Alan N. Young, *Marlys A. Edwardh* et *Daniel Sheppard*, pour les intimées/appelantes au pourvoi incident.

Sylvain Leboeuf et *Julie Dassylva*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Katrina E. Pacey, *Joseph J. Arvay*, *c.r.*, *Elin R. S. Sigurdson*, *Lisa C. Glowacki* et *M. Kathleen Kinch*, pour les intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society.

Argumentation écrite seulement par *Michael A. Feder* et *Tammy Shoranick*, pour l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida.

Brent B. Olthuis, *Megan Vis-Dunbar* et *Michael Sobkin*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Georgialee A. Lang et *Donald Hutchinson*, pour l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada.

Jonathan A. Shime, *Megan Schwartzentruber* et *Renée Lang*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario.

Janine Benedet et *Fay Faraday*, pour les intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association

Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* and *Amanda C. McLachlan*, for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, for the intervener the Simone de Beauvoir Institute.

Gwendoline Allison, for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe and *Emily R. Hill*, for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society.

Robert W. Staley, *Ranjan K. Agarwal* et *Amanda C. McLachlan*, pour les intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Walid Hijazi, pour l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir.

Gwendoline Allison, pour l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution.

Christa Big Canoe et *Emily R. Hill*, pour l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.

Table of contents

Paragraph

I. The Case 3

II. Legislation 16

III. Prior Decisions 17

A. Ontario Superior Court of Justice (Himel J.) 17

B. Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.) 25

IV. Discussion 36

Table des matières

Paragraphe

I. Le dossier 3

II. Dispositions législatives 16

III. Décisions des juridictions inférieures 17

A. Cour supérieure de Justice de l'Ontario (la juge Himel) 17

B. Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk) 25

IV. Analyse 36

A. Preliminary Issues 38

(1) Revisiting the *Prostitution Reference* 38

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts 48

B. Section 7 Analysis 57

(1) Is Security of the Person Engaged? 58

(a) Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House 61

(b) Section 212(1)(*j*): Living on the Avails of Prostitution 66

(c) Section 213(1)(*c*): Communicating in a Public Place 68

(2) A Closer Look at Causation 73

(a) The Nature of the Required Causal Connection 74

(b) Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties? 79

(3) Principles of Fundamental Justice 93

(a) The Applicable Norms 93

(b) The Relationship Between Section 7 and Section 1 124

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice? 130

A. Questions préliminaires 38

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution* 38

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs 48

B. Analyse fondée sur l'art. 7 57

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu? 58

a) Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche 61

b) Alinéa 212(1)*j*) : Proxénétisme 66

c) Alinéa 213(1)*c*) : Communication en public 68

(2) Examen approfondi du lien de causalité 73

a) Nature du lien de causalité requis 74

b) Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers? 79

(3) Principes de justice fondamentale 93

a) Normes applicables 93

b) Interaction entre l'art. 7 et l'article premier 124

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale? 130

(a) Section 210: The Bawdy-House Prohibition 130

(i) The Object of the Provision 130

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 133

(b) Section 212(1)(*j*): Living on the Avails of Prostitution 137

(i) The Object of the Provision 137

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 139

(c) Section 213(1)(*c*): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution 146

(i) The Object of the Provision 146

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice 148

C. Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(*b*) of the *Charter*? 160

D. Are the Infringements Justified Under Section 1 of the *Charter*? 161

V. Result and Remedy 164

a) Article 210 : Interdiction des maisons de débauche 130

(i) Objet de la disposition 130

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale 133

b) Alinéa 212(1)*j*) : Proxénétisme 137

(i) Objet de la disposition 137

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale 139

c) Alinéa 213(1)*c*) : Communiquer en public à des fins de prostitution 146

(i) Objet de la disposition 146

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale 148

C. Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*? 160

D. Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la *Charte*? 161

V. Dispositif et réparation 164

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — It is not a crime in Canada to sell sex for money. However, it is a crime to keep a bawdy-house, to live on the avails of prostitution or to communicate in public with respect to a proposed act of prostitution. It is argued that these restrictions on prostitution put the safety and lives of prostitutes at risk, and are therefore unconstitutional.

[2] These appeals and the cross-appeal are not about whether prostitution should be legal or not. They are about whether the laws Parliament has enacted on how prostitution may be carried out pass constitutional muster. I conclude that they do not. I would therefore make a suspended declaration of invalidity, returning the question of how to deal with prostitution to Parliament.

I. The Case

[3] Three applicants, all current or former prostitutes, brought an application seeking declarations that three provisions of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, are unconstitutional.

[4] The three impugned provisions criminalize various activities related to prostitution. They are primarily concerned with preventing public nuisance, as well as the exploitation of prostitutes. Section 210 makes it an offence to be an inmate of a bawdy-house, to be found in a bawdy-house without lawful excuse, or to be an owner, landlord, lessor, tenant, or occupier of a place who knowingly permits it to be used as a bawdy-house. Section 212(1)(*j*) makes it an offence to live on the avails of another's prostitution. Section 213(1)(*c*) makes it an offence to either stop or attempt to stop, or communicate or attempt to communicate with, someone in a public place for the purpose of engaging in prostitution or hiring a prostitute.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Au Canada, offrir ses services sexuels contre de l'argent n'est pas un crime. Par contre, tenir une maison de débauche, vivre des produits de la prostitution d'autrui ou communiquer avec quelqu'un en public en vue d'un acte de prostitution constituent des actes criminels. On fait valoir que ces restrictions apportées à la prostitution compromettent la sécurité et la vie des prostituées et qu'elles sont de ce fait inconstitutionnelles.

[2] Les pourvois et le pourvoi incident ne visent pas à déterminer si la prostitution doit être légale ou non, mais bien si les dispositions adoptées par le législateur fédéral pour encadrer sa pratique résistent au contrôle constitutionnel. Je conclus qu'elles n'y résistent pas. Je suis donc d'avis de les invalider avec effet suspensif et de renvoyer la question au législateur afin qu'il redéfinisse les modalités de cet encadrement.

I. Le dossier

[3] Les demanderesses — trois prostituées ou ex-prostituées — ont sollicité un jugement qui déclare inconstitutionnelles trois dispositions du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[4] Les trois dispositions contestées criminalisent diverses activités liées à la prostitution. Elles visent principalement à empêcher les nuisances publiques et l'exploitation des prostituées. Suivant l'art. 210, est coupable d'une infraction quiconque, selon le cas, habite une maison de débauche, est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche ou, en qualité de propriétaire, locateur, occupant ou locataire d'un local, en permet sciemment l'utilisation comme maison de débauche. L'alinéa 212(1)*j*) dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui. L'alinéa 213(1)*c*) crée l'infraction d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne ou de communiquer ou de tenter de communiquer avec elle dans un endroit public dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre.

[5] However, prostitution itself is not illegal. It is not against the law to exchange sex for money. Under the existing regime, Parliament has confined lawful prostitution to two categories: street prostitution and "out-calls" — where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client's home. This reflects a policy choice on Parliament's part. Parliament is not precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted, as long as it does so in a way that does not infringe the constitutional rights of prostitutes.

[6] The applicants allege that all three provisions infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* by preventing prostitutes from implementing certain safety measures — such as hiring security guards or "screening" potential clients — that could protect them from violent clients. The applicants also allege that s. 213(1)(*c*) infringes s. 2(*b*) of the *Charter*, and that none of the provisions are saved under s. 1.

[7] The backgrounds of the three applicants as revealed in their evidence were reviewed in the application judge's decision (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford was born in Collingwood, Ontario, in 1959, and as of 2010 had 14 years of experience working as a prostitute in various Canadian cities. She worked as a street prostitute, a massage parlour attendant, an escort, an owner and manager of an escort agency, and a dominatrix. Ms. Bedford had a difficult childhood and adolescence during which she was subjected to various types of abuse. She also encountered brutal violence throughout her career — largely, she stated, while working on the street. In her experience, indoor prostitution is safer than prostitution on the street, although she conceded that safety of an indoor location can vary. Ms. Bedford has been convicted of both keeping and being an inmate of a common bawdy-house, for which she has paid a number of fines and served 15 months in jail.

[5] Or, la prostitution n'est pas elle-même illégale. Échanger des services sexuels contre de l'argent n'est pas contraire à la loi. Le régime actuel ne permet que deux types de prostitution : celle qui se pratique dans la rue et celle qui est « itinérante », où la prostituée se déplace pour aller à la rencontre de son client dans un endroit convenu, chez lui par exemple. Cette limitation témoigne d'un choix de politique générale du législateur. Il est loisible à ce dernier de limiter les modalités et les lieux d'exercice de la prostitution à condition qu'il le fasse sans porter atteinte aux droits constitutionnels des prostituées.

[6] Les demanderesses soutiennent que les dispositions portent toutes trois atteinte au droit garanti à l'art. 7 de la *Charte canadienne de droits et libertés* en ce qu'elles empêchent les prostituées de prendre certaines mesures pour se prémunir contre les actes de violence, telles l'embauche d'un garde ou l'évaluation préalable du client. Elles ajoutent que l'al. 213(1)*c*) porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et qu'aucune des dispositions n'est sauvegardée par l'article premier.

[7] Dans sa décision, la juge de première instance relate l'histoire personnelle de chacune des trois demanderesses à partir de leurs témoignages (2010 ONSC 4264, 102 O.R. (3d) 321).

[8] Terri Jean Bedford est née en 1959 à Collingwood, en Ontario. En 2010, elle se prostituait depuis 14 ans et avait travaillé dans différentes villes canadiennes. Elle a été tour à tour prostituée dans la rue, employée de salon de massage, escorte, propriétaire et directrice d'une agence d'escortes, puis dominatrice. Elle a connu une enfance et une adolescence difficiles pendant lesquelles elle a subi divers types de violence. Elle a également été victime d'actes de violence pendant ses années de prostitution, surtout, a-t-elle expliqué, lorsqu'elle travaillait dans la rue. Elle en conclut que la prostitution pratiquée à l'intérieur est moins risquée que la prostitution dans la rue, même si elle reconnaît que la sécurité à l'intérieur peut varier d'un lieu à l'autre. M^me^ Bedford a été déclarée coupable d'avoir tenu et habité une maison de débauche, deux infractions qui lui ont valu des amendes et une peine d'emprisonnement de 15 mois.

[9] When she ran an escort service in the 1980s, Ms. Bedford instituted various safety measures, including: ensuring someone else was on location during in-calls, except during appointments with well-known clients; ensuring that women were taken to and from out-call appointments by a boyfriend, husband, or professional driver; if an appointment was at a hotel, calling the hotel to verify the client's name and hotel room number; if an appointment was at a client's home, calling the client's phone to ensure it was the correct number; turning down appointments from clients who sounded intoxicated; and verifying that credit card numbers matched the names of clients. She claimed she was not aware of any incidents of violence by the clientele towards her employees during that time. At some point in the 1990s, Ms. Bedford ran the Bondage Bungalow, where she offered dominatrix services. She also instituted various safety measures at this establishment, and claimed she only experienced one incident of "real violence" (application decision, at para. 30).

[9] Lorsqu'elle dirigeait un service d'escortes dans les années 1980, M^me^ Bedford prenait diverses mesures de sécurité, dont les suivantes. Assurer la présence sur place d'une autre personne lors de la visite d'un nouveau client; faire en sorte que la prostituée soit amenée au lieu de rendez-vous, puis en soit ramenée par son petit ami, son mari ou un chauffeur; appeler l'hôtel où le rendez-vous est donné pour vérifier le nom du client et le numéro de sa chambre; composer le numéro de téléphone du client pour s'assurer que c'était le bon lorsque la rencontre avait lieu chez le client; refuser tout rendez-vous à un client qui semblait intoxiqué; s'assurer que le numéro de carte de crédit correspondait au nom du client. Pour autant qu'elle sache, aucune de ses employées n'a été victime d'actes de violence de la part de clients pendant cette période. À un certain moment au cours des années 1990, M^me^ Bedford a ouvert le « Bondage Bungalow » où elle a offert des services de dominatrice. Elle y a également pris des mesures de sécurité et n'a connu qu'un seul incident de [TRADUCTION] « violence véritable » (décision de première instance, par. 30).

[10] Ms. Bedford is not currently working in prostitution but asserted that she would like to return to working as a dominatrix in a secure, indoor location; however, she is concerned that in doing so, she would be exposed to criminal liability. Furthermore, she does not want the people assisting her to be subject to criminal liability due to the living on the avails of prostitution provision.

[10] Pour l'heure, M^me^ Bedford ne se livre pas à la prostitution. Elle aimerait reprendre ses activités de dominatrice dans un lieu sûr, à l'intérieur, mais elle craint d'engager alors sa responsabilité criminelle. Elle ajoute ne pas vouloir non plus que ses collaborateurs s'exposent à des accusations de proxénétisme.

[11] Amy Lebovitch was born in Montréal in 1979. She comes from a stable background and attended both CEGEP and university. She currently works as a prostitute and has done so since approximately 1997 in various cities in Canada. She worked first as a street prostitute, then as an escort, and later in a fetish house. Ms. Lebovitch considers herself lucky that she was never subjected to violence during her years working on the streets. She moved off the streets to work at the escort agency after seeing other women's injuries and hearing stories of the violence suffered by other street prostitutes. Ms. Lebovitch maintains that she felt safer in an indoor location; she attributed remaining safety issues mainly to poor management. Ms. Lebovitch experienced one notable instance of violence, which

[11] Née en 1979 à Montréal, Amy Lebovitch a grandi dans une famille stable et a fréquenté le cégep et l'université. Elle se livre actuellement à la prostitution. Elle a commencé vers 1997 et a travaillé dans plusieurs villes du Canada. Elle s'est d'abord prostituée dans la rue, puis comme escorte et, enfin, dans une maison fétichiste. Elle s'estime chanceuse de n'avoir jamais été victime de violence au cours des années où elle a travaillé dans la rue. Elle a quitté ce milieu pour devenir escorte après avoir vu les blessures infligées à d'autres prostituées de la rue et avoir entendu le récit des actes de violence commis à leur endroit. M^me^ Lebovitch soutient qu'elle se sent davantage en sécurité lorsqu'elle se livre à la prostitution à l'intérieur. Selon elle, les incidents qui s'y produisent malgré tout sont

she did not report to the police out of fear of police scrutiny and the possibility of criminal charges.

[12] Presently, Ms. Lebovitch primarily works independently out of her home, where she takes various safety precautions, including: making sure client telephone calls are from unblocked numbers; not taking calls from clients who sound drunk, high, or in another manner undesirable; asking for expectations upfront; taking clients' full names and verifying them using directory assistance; getting referrals from regular clients; and calling a third party — her "safe call" — when the client arrives and before he leaves. Ms. Lebovitch fears being charged and convicted under the bawdy-house provisions and the consequent possibility of forfeiture of her home. She says that the fear of criminal charges has caused her to work on the street on occasion. She is also concerned that her partner will be charged with living on the avails of prostitution. She has never been charged with a criminal offence of any kind. Ms. Lebovitch volunteers as the spokesperson for Sex Professionals of Canada ("SPOC"), and she also records information from women calling to report "bad dates" — incidents that ended in violence or theft. Ms. Lebovitch stated that she enjoys her job and does not plan to leave it in the foreseeable future.

[13] Valerie Scott was born in Moncton, New Brunswick, in 1958. She is currently the executive director of SPOC, and she no longer works as a prostitute. In the past, she worked indoors, from her home or in hotel rooms; she also worked as a prostitute on the street, in massage parlours, and she ran a small escort business. She has never been charged with a criminal offence of any kind. When Ms. Scott worked from home, she would screen new clients by meeting them in public locations. She never experienced significant harm working from home. Around 1984, as awareness about HIV/AIDS increased, Ms. Scott was compelled to work as a street prostitute, since indoor clients felt entitled not to wear condoms. On the street, she was subjected to threats of violence, as well as verbal and physical abuse. Ms. Scott described some precautions street

essentiellement attribuables à une mauvaise gestion. Elle n'a connu qu'un seul cas de violence digne de mention, qu'elle n'a toutefois pas dénoncé de crainte d'attirer l'attention de la police sur ses activités et d'être accusée au criminel.

[12] À l'heure actuelle, M^me^ Lebovitch se prostitue essentiellement chez elle, de manière autonome. Elle prend diverses précautions, dont s'assurer que le numéro de téléphone du client n'est pas masqué, refuser un client qui semble ivre, intoxiqué ou par ailleurs rebutant, s'enquérir au départ des attentes du client, lui demander son nom au complet et vérifier son identité à l'assistance annuaire, obtenir des références d'un client fiable et appeler un tiers — son « ange gardien » — à l'arrivée du client et peu avant qu'il ne parte. M^me^ Lebovitch craint d'être accusée et déclarée coupable de tenir une maison de débauche et que sa demeure soit confisquée en conséquence. Elle affirme que la peur d'être accusée au criminel l'a parfois amenée à travailler dans la rue. Elle craint également que son conjoint ne soit accusé de proxénétisme. Elle n'a jamais fait l'objet d'accusations au pénal. Elle est porte-parole bénévole de l'organisme Sex Professionals of Canada (« SPOC ») et consigne par ailleurs les incidents que lui signalent des prostituées victimes de violence ou de vol de la part de clients. M^me^ Lebovitch dit aimer son travail et n'entend pas en changer dans un avenir prévisible.

[13] Née en 1958 à Moncton, au Nouveau-Brunswick, Valerie Scott est actuellement directrice administrative de SPOC. Elle ne travaille plus comme prostituée, mais elle l'a fait, à l'intérieur, chez elle ou dans des chambres d'hôtel, dans la rue et dans des salons de massage. Elle a aussi dirigé une petite agence d'escortes. Elle n'a jamais été accusée de la moindre infraction criminelle. Lorsqu'elle travaillait chez elle, elle soumettait tout nouveau client à une évaluation préalable lors d'une rencontre dans un lieu public. Elle n'a alors jamais eu d'ennuis graves. Vers 1984, les craintes accrues suscitées par le VIH/SIDA l'ont amenée à travailler dans la rue car les clients qu'elle recevait chez elle se croyaient dispensés du port du condom. Dans la rue, elle a été l'objet de menaces de violence ainsi que d'agressions verbales et physiques. Elle fait

prostitutes took prior to the enactment of the communicating law, including working in pairs or threes and having another prostitute visibly write down the client's licence plate number, so he would know he was traceable if something was to go wrong.

[14] Ms. Scott worked as an activist and, among other things, advocated against Bill C-49 (which included the current communicating provision). Ms. Scott stated that following the enactment of the communicating law, the Canadian Organization for the Rights of Prostitutes ("CORP") began receiving calls from women working in prostitution about the increased enforcement of the laws and the prevalence of bad dates. In response, Ms. Scott was involved in setting up a drop-in and phone centre for prostitutes in Toronto; within the first year, Ms. Scott spoke to approximately 250 prostitutes whose main concerns were client violence and legal matters arising from arrest. In 2000, Ms. Scott formed SPOC to revitalize and continue the work previously done by CORP. As the executive director of this organization, she testified before a Parliamentary Subcommittee on Solicitation Laws in 2005. Over the years, Ms. Scott estimates that she has spoken with approximately 1,500 women working in prostitution. If this challenge is successful, Ms. Scott would like to operate an indoor prostitution business. While she recognizes that clients may be dangerous in both outdoor and indoor locations, she would institute safety precautions such as checking identification of clients, making sure other people are close by during appointments to intervene if needed, and hiring a bodyguard.

[15] The three applicants applied pursuant to rule 14.05(3)(g.1) of the *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, for an order that the provisions restricting prostitution are unconstitutional. The evidentiary record consists of over 25,000 pages of evidence in 88 volumes. The affidavit evidence was accompanied by a large volume of studies, reports, newspaper articles, legislation, Hansard and many

état de certaines précautions que les prostituées de la rue prenaient avant l'adoption des dispositions interdisant la communication, dont le travail à deux ou à trois ou la prise ostensible du numéro de plaque du client par une autre prostituée afin que ce dernier sache qu'on pouvait le retracer si les choses tournaient mal.

[14] M^me^ Scott a été militante. Elle a notamment fait campagne contre le projet de loi C-49 (dont est issue la disposition actuelle interdisant la communication). Elle dit qu'après l'interdiction de la communication, la Canadian Organization for the Rights of Prostitutes (« CORP ») a commencé à recevoir des appels de prostituées qui constataient une répression policière accrue et un plus grand nombre d'incidents avec des clients. C'est pourquoi elle a participé à la mise sur pied à Toronto d'un centre d'aide aux prostituées dont les services étaient offerts sur place et au téléphone. Dès la première année, M^me^ Scott s'est entretenue avec environ 250 prostituées dont les principaux sujets de préoccupation étaient la violence des clients et les conséquences juridiques d'une arrestation. En 2000, elle a créé SPOC afin de donner une nouvelle impulsion au travail entrepris par la CORP. C'est à titre de directrice administrative de cet organisme qu'elle a témoigné en 2005 devant le Sous-comité parlementaire de l'examen des lois sur le racolage. Au fil des ans, elle se serait entretenue avec environ 1 500 femmes qui se livrent à la prostitution. Si les appelantes ont gain de cause, M^me^ Scott aimerait se mettre à son compte et offrir des services de prostitution à l'intérieur. Elle reconnaît qu'un client peut se révéler dangereux tant à l'intérieur qu'à l'extérieur, mais elle prendrait des précautions, comme la vérification de l'identité du client, la présence d'une autre personne à proximité qui puisse intervenir au besoin lors d'un rendez-vous et l'embauche d'un garde du corps.

[15] Les trois demanderesses ont demandé, sur le fondement de l'al. 14.05(3)g.1) des *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, que les dispositions qui limitent la prostitution soient déclarées inconstitutionnelles. Le dossier de preuve compte plus de 25 000 pages et 88 volumes. La preuve par affidavit s'accompagne d'une foule d'études, de rapports, d'articles de journaux, d'extraits de textes

other documents. Some of the affiants were cross-examined.

II. Legislation

[16] The relevant legislation is as follows:

Canadian Charter of Rights and Freedoms

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

. . .

(*b*) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

Criminal Code

197. (1) In this Part,

. . .

"common bawdy-house" means a place that is

(*a*) kept or occupied, or

(*b*) resorted to by one or more persons

for the purpose of prostitution or the practice of acts of indecency;

210. (1) Every one who keeps a common bawdy-house is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding two years.

(2) Every one who

de loi et des Débats de la Chambre des communes, et de nombreux autres documents. Certains déposants ont été contre-interrogés.

II. Dispositions législatives

[16] Les dispositions législatives applicables sont les suivantes :

Charte canadienne des droits et libertés

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes :

. . .

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

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

Code criminel

197. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

. . .

« maison de débauche » Local qui, selon le cas :

a) est tenu ou occupé;

b) est fréquenté par une ou plusieurs personnes,

à des fins de prostitution ou pour la pratique d'actes d'indécence.

210. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de deux ans quiconque tient une maison de débauche.

(2) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, selon le cas :

(*a*) is an inmate of a common bawdy-house,

(*b*) is found, without lawful excuse, in a common bawdy-house, or

(*c*) as owner, landlord, lessor, tenant, occupier, agent or otherwise having charge or control of any place, knowingly permits the place or any part thereof to be let or used for the purposes of a common bawdy-house,

is guilty of an offence punishable on summary conviction.

(3) Where a person is convicted of an offence under subsection (1), the court shall cause a notice of the conviction to be served on the owner, landlord or lessor of the place in respect of which the person is convicted or his agent, and the notice shall contain a statement to the effect that it is being served pursuant to this section.

(4) Where a person on whom a notice is served under subsection (3) fails forthwith to exercise any right he may have to determine the tenancy or right of occupation of the person so convicted, and thereafter any person is convicted of an offence under subsection (1) in respect of the same premises, the person on whom the notice was served shall be deemed to have committed an offence under subsection (1) unless he proves that he has taken all reasonable steps to prevent the recurrence of the offence.

212. (1) Every one who

. . .

(*j*) lives wholly or in part on the avails of prostitution of another person,

is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years.

213. (1) Every person who in a public place or in any place open to public view

. . .

a) habite une maison de débauche;

b) est trouvé, sans excuse légitime, dans une maison de débauche;

c) en qualité de propriétaire, locateur, occupant, locataire, agent ou ayant autrement la charge ou le contrôle d'un local, permet sciemment que ce local ou une partie du local soit loué ou employé aux fins de maison de débauche.

(3) Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction visée au paragraphe (1), le tribunal fait signifier un avis de la déclaration de culpabilité au propriétaire ou locateur du lieu à l'égard duquel la personne est déclarée coupable, ou à son agent, et l'avis doit contenir une déclaration portant qu'il est signifié selon le présent article.

(4) Lorsqu'une personne à laquelle un avis est signifié en vertu du paragraphe (3) n'exerce pas immédiatement tout droit qu'elle peut avoir de résilier la location ou de mettre fin au droit d'occupation que possède la personne ainsi déclarée coupable, et que, par la suite, un individu est déclaré coupable d'une infraction visée au paragraphe (1) à l'égard du même local, la personne à qui l'avis a été signifié est censée avoir commis une infraction visée au paragraphe (1), à moins qu'elle ne prouve qu'elle a pris toutes les mesures raisonnables pour empêcher le renouvellement de l'infraction.

212. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans quiconque, selon le cas :

. . .

j) vit entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne.

213. (1) Est coupable d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire quiconque, dans un endroit soit public soit situé à la vue du public et dans le but de se livrer à la prostitution ou de retenir les services sexuels d'une personne qui s'y livre :

. . .

(*c*) stops or attempts to stop any person or in any manner communicates or attempts to communicate with any person

for the purpose of engaging in prostitution or of obtaining the sexual services of a prostitute is guilty of an offence punishable on summary conviction.

c) soit arrête ou tente d'arrêter une personne ou, de quelque manière que ce soit, communique ou tente de communiquer avec elle.

III. Prior Decisions

A. *Ontario Superior Court of Justice (Himel J.)*

[17] The application judge, Himel J., concluded that the applicants had private interest standing to challenge the provisions. She held that the decision of this Court upholding the bawdy-house and communicating law in the *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123 ("*Prostitution Reference*"), did not prevent her from reviewing their constitutionality because: (1) s. 7 jurisprudence has evolved considerably since 1990; in particular, the doctrines of arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality had not yet been fully articulated and therefore were not argued or considered in the *Prostitution Reference*; (2) the evidentiary record before her was much richer, based on research not available in 1990; (3) the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* may no longer be valid; and (4) the type of expression at issue differed from that considered in the *Prostitution Reference*.

[18] In considering the legislative scheme as it exists and the evidence before her, Himel J. found that each of the impugned laws deprived the applicants and others like them of their liberty (by reason of potential imprisonment) and their security of the person (because they increased the risk of injury). The increased risk of violence created by the laws constituted a "sufficient" cause, engaging the security of the person protected by s. 7. She stated:

With respect to s. 210, the evidence suggests that working in-call is the safest way to sell sex; yet, prostitutes

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour supérieure de justice de l'Ontario (la juge Himel)*

[17] En première instance, la juge Himel conclut que les demanderesses ont qualité pour agir dans l'intérêt privé et contester les dispositions. Elle estime que le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 (« *Renvoi sur la prostitution* »), dans lequel notre Cour confirme la validité des dispositions sur les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution, ne l'empêche pas d'examiner leur constitutionnalité, car (1) la jurisprudence relative à l'art. 7 a beaucoup évolué depuis 1990 et, plus particulièrement, les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale n'étaient pas encore bien arrêtées, de sorte qu'elles n'avaient pas été invoquées ou examinées dans cette affaire, (2) le dossier de preuve est beaucoup plus étoffé et repose sur les résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, (3) les données sociales, politiques et économiques qui sous-tendent le *Renvoi sur la prostitution* ne sont peut-être plus valables et (4) l'expression considérée en l'espèce diffère de celle examinée dans le *Renvoi sur la prostitution*.

[18] Après examen du régime législatif existant et de la preuve offerte, la juge Himel conclut que les dispositions contestées portent toutes trois atteinte au droit à la liberté (en raison du risque d'emprisonnement) et à la sécurité (en raison du risque accru de préjudice) des demanderesses et d'autres personnes dans la même situation. Le risque accru de violence créé par les dispositions « suffit » pour mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7. Elle déclare :

[TRADUCTION] À l'égard de l'art. 210, les preuves indiquent que travailler à l'intérieur est la façon la plus

who attempt to increase their level of safety by working in-call face criminal sanction. With respect to s. 212(1)(*j*), prostitution, including legal out-call work, may be made less dangerous if a prostitute is allowed to hire an assistant or a bodyguard; yet, such business relationships are illegal due to the living on the avails of prostitution provision. Finally, s. 213(1)(*c*) prohibits street prostitutes, who are largely the most vulnerable prostitutes and face an alarming amount of violence, from screening clients at an early, and crucial stage of a potential transaction, thereby putting them at an increased risk of violence.

In conclusion, these three provisions prevent prostitutes from taking precautions, some extremely rudimentary, that can decrease the risk of violence towards them. Prostitutes are faced with deciding between their liberty and their security of the person. Thus, while it is ultimately the client who inflicts violence upon a prostitute, in my view the law plays a sufficient contributory role in preventing a prostitute from taking steps that could reduce the risk of such violence. [paras. 361-62]

[19] Himel J. concluded that the deprivation of security thus established was not in accordance with the principles of fundamental justice, notably the requirements that laws not infringe security of the person in a way that is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

[20] Himel J. found the bawdy-house provision (s. 210) overbroad because it extended to virtually any place and allowed for convictions that were unrelated to the objective of preventing community nuisance. And the harms it inflicted were grossly disproportionate to the few nuisance complaints received. The effect of preventing prostitutes from working in-call at a regular indoor location was to force them to choose between their liberty interest (obeying the law) and their personal security.

[21] Himel J. found the prohibition against living on the avails of prostitution (s. 212(1)(*j*)) arbitrary, overbroad and grossly disproportionate. While targeting exploitation by pimps, the provision

sécuritaire de vendre des services à caractère sexuel. Pourtant, les prostituées qui tentent d'accroître leur niveau de sécurité en travaillant à l'intérieur sont passibles d'une sanction pénale. Relativement à l'al. 212(1)*j*), la prostitution, y compris le travail légal « itinérant », pourrait être plus sécuritaire si la prostituée avait le droit d'embaucher un adjoint ou un garde du corps. Pourtant, de telles relations de travail sont illégales en raison de la disposition interdisant de vivre des produits de la prostitution. En dernier lieu, l'al. 213(1)*c*) interdit aux prostituées de la rue, qui sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence, de présélectionner les clients à l'étape initiale, et cruciale, de la transaction possible, les exposant ainsi à un risque accru de violence.

En conclusion, ces trois dispositions empêchent les prostituées de prendre des précautions, certaines extrêmement rudimentaires, qui pourraient réduire le risque de violence à leur endroit. Les prostituées sont obligées de choisir entre la liberté et la sécurité de leur personne. Ainsi, bien que ce soit le client qui, en fin de compte, fasse subir la violence à la prostituée, je suis d'avis que la loi contribue suffisamment à empêcher qu'une prostituée prenne des mesures qui pourraient réduire le risque d'une telle violence. [par. 361-362]

[19] La juge Himel conclut que la privation du droit à la sécurité qui en résulte n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale, dont celui qui empêche le législateur de porter atteinte au droit à la sécurité de la personne par l'adoption d'une disposition arbitraire ou totalement disproportionnée ou dont la portée est trop grande.

[20] À son avis, la disposition sur les maisons de débauche (l'art. 210) a une portée trop grande en ce qu'elle vise pratiquement tout lieu et réprime des actes qui n'ont rien à voir avec l'objectif d'empêcher les nuisances publiques. De plus, le préjudice infligé est totalement disproportionné compte tenu du nombre peu élevé de plaintes pour nuisance. Empêcher les prostituées de se livrer à la prostitution dans un lieu établi, situé à l'intérieur, les contraint à renoncer à leur liberté (par l'observation de la loi) ou à leur sécurité personnelle.

[21] La juge Himel estime que l'interdiction du proxénétisme (l'al. 212(1)*j*)) est arbitraire et totalement disproportionnée, et que sa portée est trop grande. Même si elle est censée réprimer

encompasses virtually anyone who provides services to prostitutes. Prostitutes are forced to work alone, increasing the risk of harm, or work with people prepared to break the law. It increases reliance on pimps, and is therefore arbitrary. It catches non-exploitative relationships, and is therefore overbroad. And it creates the risk of severe violence from pimps and exploiters, making it grossly disproportionate.

[22] Finally, Himel J. found the prohibition on communicating for the purposes of prostitution (s. 213(1)(*c*)) violates the principle against gross disproportionality. By preventing prostitutes from screening clients — an essential tool for enhancing their safety — it endangers them out of all proportion to the small social benefit it provides. It also infringes the freedom of expression guarantee under s. 2(*b*) of the *Charter*.

[23] Himel J. found that the infringement of the s. 7 and s. 2(*b*) rights imposed by the laws could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

[24] In the result, Himel J. declared the communicating and living on the avails offences unconstitutional, without suspension, and rectified the bawdy-house prohibition by striking the word "prostitution" from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) as it applies to s. 210.

B. *Ontario Court of Appeal (Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson and Cronk JJ.A.)*

[25] The majority of the Court of Appeal, *per* Doherty, Rosenberg and Feldman J.J.A. (with whom the minority *per* MacPherson J.A. concurred on these issues), agreed with the application judge that the bawdy-house and living on the avails provisions were unconstitutional on the basis that they

l'exploitation par le proxénète, la disposition vise pratiquement toute personne qui offre des services à une prostituée. Celle-ci est obligée soit de travailler seule, ce qui augmente le risque auquel elle s'expose, soit de travailler avec des gens qui sont disposés à contrevenir à la loi. L'interdiction accroît la dépendance des prostituées envers les souteneurs, ce qui la rend arbitraire. Elle s'applique à des rapports exempts d'exploitation, de sorte que sa portée est trop grande. Enfin, elle crée un risque de violence grave de la part des proxénètes et des exploiteurs, d'où son caractère totalement disproportionné.

[22] Enfin, la juge Himel statue que l'interdiction de communiquer en vue de se livrer à la prostitution (l'al. 213(1)*c*)) va à l'encontre du principe de la proportionnalité. Parce qu'elle empêche les prostituées de jauger leurs clients — une mesure essentielle à l'accroissement de leur sécurité —, l'interdiction les expose à un danger disproportionné au faible avantage social obtenu. Elle porte par ailleurs atteinte à la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[23] La juge Himel opine que l'atteinte au droit et à la liberté garantis à l'art. 7 et à l'al. 2*b*) qui découle des dispositions en cause ne peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte.*

[24] Elle déclare donc inconstitutionnelles, sans effet suspensif, les dispositions créant les infractions de communication aux fins de prostitution et de proxénétisme, et elle modifie l'interdiction de tenir une maison de débauche par la suppression du mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) pour les besoins de l'art. 210.

B. *Cour d'appel de l'Ontario (les juges Doherty, Rosenberg, Feldman, MacPherson et Cronk)*

[25] Les juges majoritaires de la Cour d'appel (les juges Doherty, Rosenberg et Feldman, avec l'accord des juges minoritaires sur ces points exprimé par le juge MacPherson) conviennent avec la juge de première instance que les dispositions sur les maisons de débauche et le proxénétisme sont

engaged the security of the person in a way that was not in accordance with the principles of fundamental justice (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). In particular, the majority found as follows.

[26] The prohibition on bawdy-houses was overbroad and had an impact on security that was grossly disproportionate to any benefit conferred. The court agreed that the word "prostitution" should be struck from the definition of "common bawdy-house". However, it suspended the declaration of invalidity for 12 months.

[27] The prohibition on living on the avails was not arbitrary, as the application judge found, but was overbroad and grossly disproportionate in its effects. However, instead of striking the provision out, the court narrowed the provision by reading in "in circumstances of exploitation" (para. 267).

[28] The majority of the Court of Appeal found the prohibition on communicating in public for the purpose of prostitution was constitutional. While it engaged security of the person, it did so in accordance with the principles of fundamental justice. The provision aims to combat nuisance-related problems caused by street solicitation. It is not arbitrary; it has been effective in protecting residential neighbourhoods from the targeted harms. Nor is it overbroad or grossly disproportionate. In finding the provision grossly disproportionate, the application judge erred by understating the objective in a way that did not reflect the evidence, and by overemphasizing the impact of the provision on prostitutes' security of the person. The evidence did not establish that inability to communicate with customers contributed to the harm experienced by prostitutes to a degree that made the impact grossly disproportionate to the benefits. The majority also found that it was bound by the *Prostitution Reference*: thus, this provision violated s. 2(*b*) of the *Charter*, but was justified under s. 1 of the *Charter*.

inconstitutionnelles parce qu'elles portent atteinte à la sécurité de la personne d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale (2012 ONCA 186, 109 O.R. (3d) 1). Ils concluent notamment ce qui suit.

[26] Selon eux, l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande et un effet sur le droit à la sécurité qui est totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Ils conviennent de supprimer le mot « prostitution » dans la définition de « maison de débauche », mais suspendent l'effet de l'invalidation pendant 12 mois.

[27] Ils opinent que l'interdiction du proxénétisme n'est pas arbitraire, contrairement à ce qu'affirme la juge de première instance, mais que sa portée est trop grande et qu'elle est totalement disproportionnée par ses effets. Toutefois, au lieu d'invalider la disposition, ils en restreignent la portée en l'interprétant largement comme si les mots [TRADUCTION] « dans des situations d'exploitation » y étaient employés (par. 267).

[28] Les juges majoritaires de la Cour d'appel concluent que l'interdiction de communiquer en public à des fins de prostitution est constitutionnelle. Même si elle porte atteinte à la sécurité de la personne, elle est conforme aux principes de justice fondamentale. La disposition vise à empêcher les nuisances causées par le racolage, et elle n'est pas arbitraire. Elle a permis d'assurer la quiétude des quartiers résidentiels. Sa portée n'est pas trop grande et elle n'est pas totalement disproportionnée. Pour arriver à la conclusion que la disposition est totalement disproportionnée, la juge de première instance a eu tort de sous-estimer l'objectif sans égard à la preuve et d'accorder trop d'importance aux répercussions sur le droit à la sécurité des prostituées. La preuve ne démontrait pas que l'impossibilité de communiquer avec des clients contribuait aux ennuis des prostituées au point d'avoir un effet totalement disproportionné à l'avantage obtenu. Les juges majoritaires s'estiment également liés par le *Renvoi sur la prostitution* et ils concluent que la disposition porte atteinte à la liberté garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*, mais que cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

[29] The minority, *per* MacPherson J.A. (dissenting only on this one issue), would have struck down the communicating prohibition under ss. 7 and 1 of the *Charter* as grossly disproportionate to the legislative objective of combatting social nuisance. The minority found that: (1) its effects were equally or more serious than the other provision; (2) the application judge correctly stated the objective of the provision; (3) the record supported the conclusion that screening is an essential tool for safety; (4) beyond screening, the provision adversely impacts safety by forcing prostitutes to work in isolated and dangerous areas; (5) the provision impacts the most vulnerable class of prostitutes, street workers, raising s. 15 equality concerns; (6) the recent decision of this Court in *Canada (Attorney General) v. PHS Community Services Society*, 2011 SCC 44, [2011] 3 S.C.R. 134, supports the conclusion that the provision violates s. 7; and (7) the compounding effect of legislation that drives prostitutes onto the streets and then denies them the ability to evaluate prospective clients supports unconstitutionality. This conclusion made it unnecessary for the minority to consider s. 2(*b*) of the *Charter*.

[29] Sous la plume du juge MacPherson, les juges minoritaires (dissidents sur ce seul point) auraient invalidé l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution sur le fondement de l'art. 7 et de l'article premier de la *Charte* au motif qu'elle est totalement disproportionnée à l'objectif législatif de réprimer la nuisance sociale. Selon eux, (1) ses répercussions sont aussi graves, sinon plus, que celles des autres dispositions, (2) la juge de première instance a correctement énoncé l'objectif de la disposition, (3) le dossier permettait de conclure que l'évaluation du client est essentielle à la sécurité des prostituées, (4) la disposition empêche non seulement cette évaluation, mais nuit à la sécurité des prostituées en les obligeant à travailler dans des endroits isolés et dangereux, (5) la disposition a des répercussions sur les prostituées les plus vulnérables, celles de la rue, ce qui compromet le droit à l'égalité garanti à l'art. 15, (6) notre récent arrêt *Canada (Procureur général) c. PHS Community Services Society*, 2011 CSC 44, [2011] 3 R.C.S. 134 appuie la conclusion d'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et (7) l'effet combiné de mesures législatives ayant pour effet d'obliger les prostituées à exercer leurs activités dans la rue tout en les empêchant de jauger leurs clients éventuels va également dans le sens de l'inconstitutionnalité. Cette conclusion des juges minoritaires les dispense d'examiner l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[30] In the course of arriving at its conclusions, the majority of the Court of Appeal made a number of ancillary observations of importance.

[30] Pour en arriver à leurs conclusions, les juges majoritaires formulent accessoirement un certain nombre d'observations importantes.

[31] In considering the doctrine of *stare decisis* and whether the application judge was bound by the *Prostitution Reference*, the court adopted a narrow view of when a trial judge can reconsider previous decisions of the Supreme Court of Canada on the basis of changes in the social, economic or political landscapes: the trial judge cannot change the law, but is limited to making findings of fact and credibility to create the necessary evidentiary record which the Supreme Court of Canada can then consider. Reasons that justify a court departing from its own prior decisions cannot justify a lower court revisiting binding authority. This applies to

[31] En ce qui concerne la règle du *stare decisis* et la question de savoir si la juge était liée par le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour d'appel interprète strictement les conditions auxquelles un juge de première instance peut réexaminer une décision antérieure de notre Cour au regard de mutations sociales, économiques ou politiques. Le juge ne peut modifier le droit établi. Il doit s'en tenir à des conclusions sur les faits et la crédibilité afin de constituer le dossier de preuve à partir duquel notre Cour pourra ensuite se prononcer. Les motifs pour lesquels un tribunal peut s'écarter de ses propres décisions antérieures ne sauraient permettre à une

determining what constitutes a reasonable limit on a right under s. 1 of the *Charter* (paras. 75-76).

[32] On the standard of causation required to engage s. 7, the Court of Appeal held that the traditional causation analysis is inappropriate where it is legislation, and not the actions of a government official, that is said to have interfered with a s. 7 interest. Rather, the judge should conduct a practical, pragmatic analysis to determine what the legislation prohibits or requires, its impact on the persons affected, and whether this amounts to an interference with protected rights (paras. 107-9).

[33] On the issue of deference to findings of fact of the application judge, the Court of Appeal held that findings on social and legislative facts are not entitled to appellate deference, while findings on the credibility of affiants and the objectivity of expert witnesses attract deference (paras. 128-31).

[34] Regarding the purpose of the laws, the court rejected the Attorney General of Ontario's submission that there was an overarching legislative objective to eradicate, or at least discourage, prostitution. Rather, the purpose of each of the laws must be independently ascertained with reference to its unique historical context (paras. 165-70).

[35] On the principles of fundamental justice, the Court of Appeal held that arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality each use a different filter to examine the connection between the law and the legislative objective. Arbitrariness is the absence of any link between the objective of the law and its negative impact on security of the person. Overbreadth addresses the situation where the law imposes limits on security of the person that go beyond what is required to achieve its objective. Gross disproportionality describes the case where the effects of the impugned law are so extreme that they cannot be justified by its object (paras. 143-49).

juridiction inférieure de remettre en question un arrêt qui la lie. Ce principe vaut lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui constitue une limite raisonnable à l'exercice d'un droit au sens de l'article premier de la *Charte* (par. 75-76).

[32] S'agissant de la causalité requise pour emporter l'application de l'art. 7, la Cour d'appel explique que l'analyse traditionnelle ne convient pas lorsque ce sont les dispositions d'une loi, et non les actes d'un fonctionnaire, qui auraient porté atteinte à un droit garanti par l'art. 7. Il faut plutôt recourir à une analyse factuelle et pragmatique pour déterminer ce que les dispositions interdisent ou prescrivent, quelles sont leurs répercussions sur les intéressés et s'il en résulte une atteinte à un droit garanti (par. 107-109).

[33] En ce qui concerne la déférence qui s'impose à l'égard des conclusions de fait tirées en première instance, la Cour d'appel opine que les conclusions sur des faits sociaux ou législatifs ne commandent pas la déférence de la juridiction d'appel, tandis que celles sur la crédibilité des déposants et l'objectivité des témoins experts la commandent (par. 128-131).

[34] S'agissant de l'objet des dispositions, la Cour d'appel rejette la prétention du procureur général de l'Ontario suivant laquelle leur objectif primordial est de supprimer la prostitution ou, du moins, de la décourager. À son avis, il faut plutôt cerner l'objet de chacune des dispositions séparément, dans son propre contexte historique (par. 165-170).

[35] Quant aux principes de justice fondamentale, la Cour d'appel statue que le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné appellent des examens sous des angles différents du lien entre la disposition contestée et l'objectif législatif. Le caractère arbitraire s'entend de l'absence de rapport entre l'objectif de la loi et ses effets préjudiciables sur la sécurité de la personne. Une disposition a une portée trop grande lorsqu'elle limite le droit à la sécurité de la personne plus qu'il n'est nécessaire pour atteindre son objectif. Une disposition est par ailleurs totalement disproportionnée lorsque ses répercussions sont si extrêmes qu'elles ne peuvent être justifiées par son objet (par. 143-149).

IV. Discussion

[36] The appellant Attorneys General appeal from the Court of Appeal's declaration that ss. 210 and 212(1)(*j*) of the *Code* are unconstitutional. The respondents cross-appeal on the issue of the constitutionality of s. 213(1)(*c*), and in respect of the Court of Appeal's remedy to resolve the unconstitutionality of s. 210.

[37] Before turning to the *Charter* arguments before us, I will first discuss two preliminary issues: (1) whether the 1990 decision in the *Prostitution Reference*, upholding the bawdy-house and communication prohibitions, is binding on trial judges and this Court; and (2) the degree of deference to be accorded to the application judge's findings on social and legislative facts.

A. *Preliminary Issues*

(1) Revisiting the *Prostitution Reference*

[38] Certainty in the law requires that courts follow and apply authoritative precedents. Indeed, this is the foundational principle upon which the common law relies.

[39] The issue of when, if ever, such precedents may be departed from takes two forms. The first "vertical" question is when, if ever, a lower court may depart from a precedent established by a higher court. The second "horizontal" question is when a court such as the Supreme Court of Canada may depart from its own precedents.

[40] In this case, the precedent in question is the Supreme Court of Canada's 1990 advisory opinion in the *Prostitution Reference*, which upheld the constitutionality of the prohibitions on

IV. Analyse

[36] Les procureurs généraux appelants se pourvoient contre le jugement de la Cour d'appel qui déclare inconstitutionnels l'art. 210 et l'al. 212(1)*j*) du *Code*. Les intimées se pourvoient de manière incidente relativement à la constitutionnalité de l'al. 213(1)*c*) et à la mesure prise par la Cour d'appel pour remédier à l'inconstitutionnalité de l'art. 210.

[37] Avant de passer aux moyens fondés sur la *Charte*, j'examine d'abord deux questions préliminaires. Premièrement, les juges de première instance et notre Cour sont-ils liés par le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la validité des dispositions interdisant les maisons de débauche et la communication à des fins de prostitution? Deuxièmement, quel degré de déférence commandent les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs?

A. *Questions préliminaires*

(1) Réexamen du *Renvoi sur la prostitution*

[38] La notion de certitude du droit exige que les tribunaux suivent et appliquent les précédents qui font autorité. C'est d'ailleurs l'assise fondamentale de la common law.

[39] La question de savoir à quelles conditions il est possible de s'écarter d'un précédent, le cas échéant, se présente de deux manières. Elle se pose premièrement du point de vue « hiérarchique ». À quelles conditions une juridiction inférieure peut-elle, le cas échéant, s'écarter du précédent établi par une juridiction supérieure? Elle se pose deuxièmement du point de vue « collégial ». À quelles conditions une juridiction comme notre Cour peut-elle, le cas échéant, s'écarter de ses propres précédents?

[40] Dans la présente affaire, le précédent correspond à l'avis consultatif de la Cour dans le *Renvoi sur la prostitution* de 1990, qui confirme la constitutionnalité des interdictions faites par deux des

bawdy-houses and communicating — two of the three provisions challenged in this case. The questions in that case were whether the laws infringed s. 7 or s. 2(*b*) of the *Charter*, and, if so, whether the limit was justified under s. 1. The Court concluded that neither of the impugned laws were inconsistent with s. 7, and that although the communicating law infringed s. 2(*b*), it was a justifiable limit under s. 1 of the *Charter*. While reference opinions may not be legally binding, in practice they have been followed (G. Rubin, "The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law" (1960), 6 *McGill L.J.* 168, at p. 175).

[41] The application judge in this case held that she could revisit those conclusions because: the legal issues under s. 7 were different, in light of the evolution of the law in that area; the evidentiary record was richer and provided research not available in 1990; the social, political and economic assumptions underlying the *Prostitution Reference* no longer applied; and the type of expression at issue in that case (commercial expression) differed from the expression at issue in this case (expression promoting safety). The Court of Appeal disagreed with respect to the s. 2(*b*) issue, holding that a trial judge asked to depart from a precedent on the basis of new evidence, or new social, political or economic assumptions, may make findings of fact for consideration by the higher courts, but cannot apply them to arrive at a different conclusion from the previous precedent (para. 76).

[42] In my view, a trial judge can consider and decide arguments based on *Charter* provisions that were not raised in the earlier case; this constitutes a new legal issue. Similarly, the matter may be revisited if new legal issues are raised as a consequence of significant developments in the law, or if there is a change in the circumstances or evidence

trois dispositions contestées en l'espèce de tenir une maison de débauche et communiquer à des fins de prostitution. Dans ce renvoi, la Cour devait décider si les dispositions portaient atteinte au droit ou à la liberté garantis à l'art. 7 ou à l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette limite était justifiée par application de l'article premier. Elle conclut que ni l'une ni l'autre des dispositions ne sont incompatibles avec l'art. 7 et que, même si l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution porte atteinte à une liberté garantie à l'al. 2*b*), il s'agit d'une limite justifiable suivant l'article premier de la *Charte*. Bien que les avis consultatifs puissent ne pas être juridiquement contraignants, dans les faits, il sont suivis (G. Rubin, « The Nature, Use and Effect of Reference Cases in Canadian Constitutional Law » (1960), 6 *R.D. McGill* 168, p. 175).

[41] La juge de première instance dit pouvoir réexaminer les conclusions tirées dans le *Renvoi sur la prostitution* parce que les questions de droit soulevées relativement à l'art. 7 sont différentes étant donné l'évolution du droit dans le domaine, que le dossier de preuve est plus étoffé et fait état de résultats de recherches qui n'étaient pas disponibles en 1990, que les données sociales, politiques et économiques sous-jacentes ne sont plus valables et que l'expression alors en cause (commerciale) diffère de celle considérée dans la présente affaire (celle qui contribue à la sécurité). La Cour d'appel exprime son désaccord au sujet de l'al. 2*b*) et explique que le tribunal de première instance invité à rompre avec un précédent en raison de nouveaux éléments de preuve ou de nouvelles données sociales, politiques ou économiques peut tirer des conclusions de fait susceptibles d'être examinées ensuite par une juridiction supérieure, mais ne peut les appliquer pour arriver à une solution différente de celle retenue dans le précédent (par. 76).

[42] À mon avis, le juge du procès peut se pencher puis se prononcer sur une prétention d'ordre constitutionnel qui n'a pas été invoquée dans l'affaire antérieure; il s'agit alors d'une nouvelle question de droit. De même, le sujet peut être réexaminé lorsque de nouvelles questions de droit sont soulevées par suite d'une évolution importante du droit ou qu'une

that fundamentally shifts the parameters of the debate.

[43] The intervener, the David Asper Centre for Constitutional Rights, argues that the common law principle of *stare decisis* is subordinate to the Constitution and cannot require a court to uphold a law which is unconstitutional. It submits that lower courts should not be limited to acting as "mere scribe[s]", creating a record and findings without conducting a legal analysis (I.F., at para. 25).

[44] I agree. As the David Asper Centre also noted, however, a lower court is not entitled to ignore binding precedent, and the threshold for revisiting a matter is not an easy one to reach. In my view, as discussed above, this threshold is met when a new legal issue is raised, or if there is a significant change in the circumstances or evidence. This balances the need for finality and stability with the recognition that when an appropriate case arises for revisiting precedent, a lower court must be able to perform its full role.

[45] It follows that the application judge in this case was entitled to rule on whether the laws in question violated the security of the person interests under s. 7 of the *Charter*. In the *Prostitution Reference*, the majority decision was based on the s. 7 physical liberty interest alone. Only Lamer J., writing for himself, touched on security of the person — and then, only in the context of economic interests. Contrary to the submission of the Attorney General of Canada, whether the s. 7 interest at issue is economic liberty or security of the person is *not* "a distinction without a difference" (A.F., at para. 94). The rights protected by s. 7 are "independent interests, each of which must be given independent significance by the Court" (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30, at p. 52). Furthermore, the principles of fundamental justice considered in the *Prostitution Reference* dealt with vagueness and the permissibility of indirect criminalization. The principles raised in this case — arbitrariness,

modification de la situation ou de la preuve change radicalement la donne.

[43] L'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights fait valoir que la règle du *stare decisis* propre à la common law est subordonnée à la Constitution et ne saurait avoir pour effet d'obliger un tribunal à valider une loi inconstitutionnelle. À son avis, une juridiction inférieure ne doit pas s'en tenir au rôle de [TRADUCTION] « simple exécutant » qui constitue un dossier et tire des conclusions sans se livrer à l'analyse du droit (m.i., par. 25).

[44] Je partage cet avis. Mais comme le signale aussi l'intervenant, la juridiction inférieure ne peut faire abstraction d'un précédent qui fait autorité, et la barre est haute lorsqu'il s'agit de justifier le réexamen d'un précédent. Rappelons que, selon moi, le réexamen est justifié lorsqu'une nouvelle question de droit se pose ou qu'il y a modification importante de la situation ou de la preuve. Cette approche met en balance les impératifs que sont le caractère définitif et la stabilité avec la reconnaissance du fait qu'une juridiction inférieure doit pouvoir exercer pleinement sa fonction lorsqu'elle est aux prises avec une situation où il convient de revoir un précédent.

[45] Il s'ensuit que, en l'espèce, la juge pouvait trancher la question de savoir si les dispositions en cause respectaient ou non le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Dans le *Renvoi sur la prostitution*, les juges majoritaires statuent uniquement en fonction du droit à la liberté physique de la personne garanti à l'art. 7. Seul le juge Lamer, qui s'exprime en son nom personnel, aborde la question de la sécurité de la personne, et ce, dans le seul contexte des droits économiques. Contrairement à ce que prétend le procureur général du Canada, le fait que le droit en cause garanti par l'art. 7 soit celui à la liberté économique ou à la sécurité de la personne *n'*est *pas* [TRADUCTION] « une distinction sans importance » (m.a., par. 94). Les droits garantis à l'art. 7 sont des « intérêts indépendants auxquels la Cour doit respectivement donner un sens indépendant » (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30, p. 52). Qui plus est, dans le *Renvoi sur la prostitution*, la Cour a examiné les

overbreadth, and gross disproportionality — have, to a large extent, developed only in the last 20 years.

[46] These considerations do not apply to the question of whether the communication provision is a justified limit on freedom of expression. That issue was decided in the *Prostitution Reference*. Re-characterizing the type of expression alleged to be infringed did not convert this argument into a new legal issue, nor did the more current evidentiary record or the shift in attitudes and perspectives amount to a change in the circumstances or evidence that fundamentally shifted the parameters of the debate.

[47] This brings me to the question of whether this Court should depart from its previous decision on the s. 2(*b*) aspect of this case. At heart, this is a balancing exercise, in which the Court must weigh correctness against certainty (*Canada v. Craig*, 2012 SCC 43, [2012] 2 S.C.R. 489, at para. 27). In this case, however, it is not necessary to determine whether this Court can depart from its s. 2(*b*) conclusion in the *Prostitution Reference*, since it is possible to resolve the case entirely on s. 7 grounds.

(2) Deference to the Application Judge's Findings on Social and Legislative Facts

[48] The Court of Appeal held that the application judge's findings on social and legislative facts — that is, facts about society at large, established by complex social science evidence — were not entitled to deference. With respect, I cannot agree. As this Court stated in *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235, appellate courts should not interfere with a trial judge's findings of fact, absent a palpable and overriding error.

principes de justice fondamentale sous l'angle de l'imprécision de la criminalisation indirecte et de son acceptabilité. En l'espèce, ce sont le caractère arbitraire, la portée trop grande et le caractère totalement disproportionné qui sont allégués, des notions qui ont en grande partie vu le jour au cours des 20 dernières années.

[46] Ces considérations sont étrangères à la question — tranchée dans le *Renvoi sur la prostitution* — de savoir si la disposition qui interdit la communication constitue une limitation justifiée de la liberté d'expression. Qualifier différemment l'expression à laquelle il aurait été porté atteinte en l'espèce ne fait pas naître une nouvelle question de droit, et ni une preuve actualisée, ni l'évolution des mentalités et des points de vue n'équivalent à une modification de la situation ou de la preuve qui change radicalement la donne.

[47] Passons à la question de savoir si, en l'espèce, notre Cour doit rompre ou non avec une décision antérieure concernant l'application de l'al. 2*b*). Il nous faut essentiellement mettre en balance deux éléments : la justesse et la certitude (*Canada c. Craig*, 2012 CSC 43, [2012] 2 R.C.S. 489, par. 27). Dans le présent dossier, toutefois, il n'est pas nécessaire de déterminer si notre Cour peut rompre avec la conclusion qu'elle a tirée sur l'application de l'al. 2*b*) dans le *Renvoi sur la prostitution* puisqu'il est possible de trancher sur le fondement du seul art. 7.

(2) Déférence envers les conclusions tirées en première instance sur des faits sociaux ou législatifs

[48] La Cour d'appel se dit d'avis que les conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs — qui intéressent la société en général et qui sont établis au moyen d'une preuve complexe relevant des sciences sociales — ne commandent pas la déférence. Je ne puis malheureusement souscrire à son opinion. Comme le dit notre Cour dans *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235, une cour d'appel doit se garder de modifier les conclusions de fait tirées en première instance, sauf erreur manifeste et dominante.

[49] When social and legislative evidence is put before a judge of first instance, the judge's duty is to evaluate and weigh that evidence in order to arrive at the conclusions of fact necessary to decide the case. The trial judge is charged with the responsibility of establishing the record on which subsequent appeals are founded. Absent reviewable error in the trial judge's appreciation of the evidence, a court of appeal should not interfere with the trial judge's conclusions on social and legislative facts. This division of labour is basic to our court system. The first instance judge determines the facts; appeal courts review the decision for correctness in law or palpable and overriding error in fact. This applies to social and legislative facts as much as to findings of fact as to what happened in a particular case.

[50] There are two important practical reasons not to depart from the usual standard of review simply because social or legislative facts are at issue.

[51] First, to do so would require the appeal court to duplicate the sometimes time-consuming and tedious work of the first instance judge in reviewing all the material and reconciling differences between the experts, studies and research results. A new set of judges would need to take the hours if not weeks required to intimately appreciate and analyze the evidence. And counsel for the parties would be required to take the appellate judges through all the evidence once again so they could draw their own conclusions. All this would increase the costs and delay in the litigation process. In a review for error — which is what an appeal is — it makes more sense to have counsel point out alleged errors in the trial judge's conclusions on the evidence and confine the court of appeal to determining whether those errors vitiate the trial judge's conclusions.

[52] Second, social and legislative facts may be intertwined with adjudicative facts — that is, the facts of the case at hand — and with issues of credibility of experts. To posit a different standard of review for adjudicative facts and the credibility of

[49] Le juge saisi d'éléments de preuve portant sur des faits sociaux ou législatifs a l'obligation de les examiner et de les soupeser en vue de tirer les conclusions de fait nécessaires pour trancher le litige. Il lui incombe de constituer le dossier sur lequel reposeront les appels subséquents. Sauf erreur d'appréciation susceptible de contrôle, la juridiction d'appel doit se garder de modifier les conclusions de première instance sur des faits sociaux ou législatifs. Ce partage des tâches est fondamental dans notre système de justice. Le juge du procès se prononce sur les faits, puis les juridictions d'appel contrôlent sa décision pour déterminer si elle est fondée en droit ou si elle est entachée d'une erreur de fait manifeste et dominante. La règle vaut pour les faits sociaux ou législatifs tout autant que pour les conclusions sur les faits qui sont à l'origine du litige.

[50] Deux raisons importantes d'ordre pratique militent contre la mise au rancart de la norme de contrôle habituelle seulement parce que des faits sociaux ou législatifs sont en cause.

[51] En premier lieu, la juridiction d'appel devrait alors reprendre le travail parfois long et fastidieux qui consiste à examiner tous les éléments et à concilier les divergences entre les experts, les études et les résultats de recherches. Une nouvelle formation de juges devrait passer des heures, voire des semaines, à prendre connaissance de la preuve et à l'analyser. Et les avocats des parties devraient examiner la preuve avec ces juges une fois de plus afin que ces derniers puissent tirer leurs propres conclusions. Il en résulterait une augmentation du coût et de la durée de la procédure judiciaire. Lorsqu'il s'agit de rechercher une erreur éventuelle — ce qui est le propre d'un appel —, il est plus sensé de demander aux avocats de signaler toute erreur qui entacherait les conclusions tirées de la preuve en première instance, de sorte que la juridiction d'appel n'ait qu'à décider si l'erreur vicie les conclusions.

[52] En second lieu, les faits sociaux ou législatifs peuvent s'entremêler avec les faits en litige — les faits de l'espèce — et avec les questions liées à la crédibilité des experts. Appliquer une norme de contrôle aux faits en litige ainsi qu'à la crédibilité

affiants and expert witnesses on the one hand, and social and legislative facts on the other (as proposed by the Court of Appeal), is to ask the impossible of courts of appeal. Untangling the different sources of those conclusions and applying different standards of review to them would immensely complicate the appellate task.

[53] As the Attorney General of Canada points out, this Court's decision in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, suggested that legislative fact findings are owed less deference. However, the use of social science evidence in *Charter* litigation has evolved significantly since *RJR-MacDonald* was decided. In the intervening years, this Court has expressed a preference for social science evidence to be presented through an expert witness (*R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras 26-28; *R. v. Spence*, 2005 SCC 71, [2005] 3 S.C.R. 458, at para. 68). The assessment of expert evidence relies heavily on the trial judge (*R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at paras. 62-96). This is particularly so in the wake of the Ontario report by Justice Goudge, which emphasized the role of the trial judge in preventing miscarriages of justice flowing from flawed expert evidence (*Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report*, vol. 3, *Policy and Recommendations* (2008)). The distinction between adjudicative and legislative facts can no longer justify gradations of deference.

[54] This case illustrates the problem. The application judge arrived at her conclusions on the impact of the impugned laws on s. 7 security interests on the basis of the personal evidence of the applicants, the evidence of affiants and experts, and documentary evidence in the form of studies, reports of expert panels and Parliamentary records. The Court of Appeal conceded that it must accord deference to her findings of adjudicative facts and the credibility of affiants and experts, but said it owes no deference to findings on social and legislative facts. The task

des déposants et des témoins experts et en appliquer une autre aux faits sociaux ou législatifs (comme le propose la Cour d'appel) revient à demander l'impossible aux juridictions d'appel. Démêler les différentes sources de ces conclusions et les soumettre à des normes de contrôle différentes compliqueraient immensément la tâche de la juridiction d'appel.

[53] Le procureur général du Canada souligne que, dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, notre Cour affirme que les conclusions relatives aux faits législatifs commandent un degré de déférence moins élevé. Or, le recours à des éléments de preuve relevant des sciences sociales dans les affaires portant sur l'application de la *Charte* a beaucoup évolué depuis cet arrêt. Dans les années qui ont suivi, notre Cour a dit préférer que de tels éléments de preuve soient présentés par des témoins experts (*R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 26-28; *R. c. Spence*, 2005 CSC 71, [2005] 3 R.C.S. 458, par. 68). L'appréciation du témoignage d'un expert relève au premier chef du juge du procès (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 62-96), surtout depuis le rapport établi en Ontario par le juge Goudge qui met en évidence le rôle du juge du procès dans la prévention des erreurs judiciaires imputables aux témoignages d'experts déficients (*Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario : Rapport*, vol. 3, *Politique et recommandations* (2008)). La distinction entre les faits en litige et les faits législatifs ne peut plus justifier des degrés différents de déférence.

[54] La présente affaire constitue un bon exemple. La juge de première instance tire ses propres conclusions concernant l'effet des dispositions contestées sur le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 à partir du témoignage des demanderesses, des déposants et des experts, ainsi que de la preuve documentaire constituée d'études, de rapports de comités d'experts et de documents parlementaires. La Cour d'appel concède qu'elle doit déférer aux conclusions de la juge sur les faits en litige ainsi que sur la crédibilité des déposants

of applying different standards of review when the evidence is intertwined would be daunting.

[55] It is suggested that no deference is required on social and legislative facts because appellate courts are in as good a position to evaluate such evidence as trial judges. If this were so, adjudicative facts presented only in affidavit form would similarly be owed less deference. Yet this Court has been clear that, absent express statutory instruction, there is no middling standard of review for findings of fact (*H.L. v. Canada (Attorney General)*, 2005 SCC 25, [2005] 1 S.C.R. 401). Furthermore, this view does not meet the concerns of duplication of effort and the intertwining of such evidence with other kinds of evidence. Nor does it address the point that the appellate task is not to review evidence globally, but rather to review the conclusions the first instance judge has drawn from the evidence.

[56] For these reasons, I am of the view that a no-deference standard of appellate review for social and legislative facts should be rejected. The standard of review for findings of fact — whether adjudicative, social, or legislative — remains palpable and overriding error.

B. *Section 7 Analysis*

[57] In the discussion that follows, I first consider whether the applicants have established that the impugned laws impose limits on security of the person, thus engaging s. 7. I then examine the argument of the appellant Attorneys General that the laws do not cause the alleged harms. I go on to consider whether any limits on security of the person are in accordance with the principles of fundamental justice.

et des experts, mais elle refuse de faire preuve de déférence à l'endroit de ses conclusions sur des faits sociaux ou législatifs. Appliquer des normes de contrôle différentes à des éléments de preuve entremêlés représenterait une tâche colossale.

[55] On laisse entendre qu'il n'y a pas lieu de déférer aux conclusions sur des faits sociaux ou législatifs, car une juridiction d'appel est aussi bien placée qu'un juge de première instance pour les apprécier. Si tel était le cas, un fait en litige établi uniquement au moyen d'un affidavit aurait donc droit à un degré de déférence moindre. Or, notre Cour précise qu'à défaut d'un libellé exprès en ce sens, aucune norme de contrôle intermédiaire ne s'applique aux conclusions de fait (*H.L. c. Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, [2005] 1 R.C.S. 401). De plus, ce n'est pas de nature à apaiser la crainte d'un dédoublement de l'examen et d'un entremêlement de tels éléments de preuve avec d'autres. C'est méconnaître également la fonction d'une juridiction d'appel, qui ne consiste pas à examiner la preuve globalement, mais à s'en tenir aux conclusions que le juge de première instance a tirées à partir de la preuve.

[56] Pour ces motifs, je suis d'avis qu'il ne convient pas d'appliquer aux faits sociaux ou législatifs une norme de contrôle non déférente. La norme de contrôle applicable aux conclusions de fait — qu'elles portent sur les faits en litige, des faits sociaux ou des faits législatifs — demeure celle de l'erreur manifeste et dominante.

B. *Analyse fondée sur l'art. 7*

[57] Dans l'analyse qui suit, j'examine d'abord si les demanderesses ont démontré que les dispositions en cause restreignent le droit à la sécurité de la personne et mettent ainsi en jeu l'art. 7. Je me penche ensuite sur la thèse des procureurs généraux appelants selon laquelle les dispositions n'ont pas l'effet attentatoire allégué. Je poursuis en me demandant si la limite apportée le cas échéant au droit à la sécurité de la personne est conforme aux principes de justice fondamentale.

(1) Is Security of the Person Engaged?

[58] Section 7 provides that the state cannot deny a person's right to life, liberty or security of the person, except in accordance with the principles of fundamental justice. At this stage, the question is whether the impugned laws negatively impact or limit the applicants' security of the person, thus bringing them within the ambit of, or engaging, s. 7 of the *Charter*.[1]

[59] Here, the applicants argue that the prohibitions on bawdy-houses, living on the avails of prostitution, and communicating in public for the purposes of prostitution, heighten the risks they face in prostitution — itself a legal activity. The application judge found that the evidence supported this proposition and the Court of Appeal agreed.

[60] For reasons set out below, I am of the same view. The prohibitions at issue do not merely impose conditions on how prostitutes operate. They go a critical step further, by imposing *dangerous* conditions on prostitution; they prevent people engaged in a risky — but legal — activity from taking steps to protect themselves from the risks.

1 The focus is on security of the person, not liberty, for three reasons. First, the *Prostitution Reference* decided that the communicating and bawdy-house provisions engage liberty, and it is binding on this point. The security of the person argument is a novel issue and an important reason why the application judge was able to revisit the *Prostitution Reference*. Second, it is not clear that any of the applicants' personal liberty interests are engaged by the living on the avails provision; rather, they have pleaded that they fear that it could apply to their employees or their loved ones. Lastly, it seems to me that the real gravamen of the complaint is not that *breaking* the law engages the applicants' liberty, but rather that *compliance* with the laws infringes the applicants' security of the person.

(1) Le droit à la sécurité de la personne est-il en jeu?

[58] L'article 7 dispose que l'État ne peut porter atteinte au droit de quiconque à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Il faut dès lors se demander si les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des demanderesses ou limitent ce droit, de sorte qu'elles tombent sous le coup de l'art. 7 de la *Charte* ou mettent celui-ci en jeu[1].

[59] En l'espèce, les demanderesses soutiennent que l'interdiction des maisons de débauche, du proxénétisme et de la communication en public à des fins de prostitution augmente les risques auxquels elles s'exposent lorsqu'elles se livrent à la prostitution, une activité qui est en soi légale. La juge de première instance conclut que la preuve va dans ce sens, et la Cour d'appel lui donne raison.

[60] Pour les motifs qui suivent, je suis du même avis. Le législateur ne se contente pas d'encadrer la pratique de la prostitution. Il franchit un pas supplémentaire déterminant qui l'amène à imposer des conditions *dangereuses* à la pratique de la prostitution : les interdictions empêchent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, de prendre des mesures pour assurer leur propre protection contre les risques ainsi courus.

1 L'accent est mis sur la sécurité de la personne, non sur la liberté, pour trois raisons. Premièrement, le *Renvoi sur la prostitution* établit que les dispositions relatives à la communication et aux maisons de débauche mettent en jeu le droit à la liberté et il fait autorité sur ce point. Le moyen fondé sur le droit à la sécurité de la personne est nouveau et justifie amplement le réexamen du renvoi par la juge de première instance. Deuxièmement, on ne saurait dire avec certitude que le droit à la liberté des demanderesses est mis en jeu par la disposition relative au proxénétisme; les demanderesses disent en fait craindre l'application de la disposition à leurs employés ou à leurs proches. Enfin, il me semble que les demanderesses prétendent essentiellement dans les faits non pas que l'*inobservation* de la loi porte atteinte à leur droit à la liberté, mais plutôt que son *respect* porte atteinte à leur droit à la sécurité.

(a) *Sections 197 and 210: Keeping a Common Bawdy-House*

[61] It is not an offence to sell sex for money. The bawdy-house provisions, however, make it an offence to do so in any "place" that is "kept or occupied" or "resorted to" for the purpose of prostitution (ss. 197 and 210(1) of the *Code*). The reach of these provisions is broad. "Place" includes any defined space, even if unenclosed and used only temporarily (s. 197(1) of the *Code*; *R. v. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). And by definition, it applies even if resorted to by only one person (s. 197(1); *R. v. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (Ont. C.A.)).

[62] The practical effect of s. 210 is to confine lawful prostitution to two categories: street prostitution and out-calls (application decision, at para. 385). In-calls, where the john comes to the prostitute's residence, are prohibited. Out-calls, where the prostitute goes out and meets the client at a designated location, such as the client's home, are allowed. Working on the street is also permitted, though the practice of street prostitution is significantly limited by the prohibition on communicating in public (s. 213(1)(*c*)).

[63] The application judge found, on a balance of probabilities, that the safest form of prostitution is working independently from a fixed location (para. 300). She concluded that indoor work is far less dangerous than street prostitution — a finding that the evidence amply supports. She also concluded that out-call work is not as safe as in-call work, particularly under the current regime where prostitutes are precluded by virtue of the living on the avails provision from hiring a driver or security guard. Since the bawdy-house provision makes the safety-enhancing method of in-call prostitution illegal, the application judge concluded that the bawdy-house prohibition materially increased the risk prostitutes face under the present regime. I agree.

a) *Articles 197 et 210 : Tenue d'une maison de débauche*

[61] Offrir ses services sexuels contre de l'argent ne constitue pas une infraction. Toutefois, la disposition relative aux maisons de débauche dispose qu'est coupable d'un acte criminel quiconque tient une maison de débauche dans un « local » qui est « tenu ou occupé » ou « employé » à des fins de prostitution (art. 197 et par. 210(1) du *Code*). Sa portée est grande. On entend par « local » ou « endroit » tout lieu défini, même s'il n'est pas enclos et n'est employé que temporairement (par. 197(1) du *Code*; *R. c. Pierce* (1982), 37 O.R. (2d) 721 (C.A.)). De plus, il y a « local » ou « endroit » au sens de cette définition même lorsque le lieu est utilisé par une seule personne (par. 197(1); *R. c. Worthington* (1972), 10 C.C.C. (2d) 311 (C.A. Ont.)).

[62] Dans les faits, l'art. 210 limite à deux les modalités d'exercice d'une activité légale : la prostitution dans la rue et la prostitution « itinérante » (décision de première instance, par. 385). La prostitution pratiquée chez soi, où la prostituée reçoit ses clients chez elle, est interdite. La prostitution itinérante, où la prostituée rejoint le client dans un lieu convenu, telle la résidence de ce dernier, est permise. Il en est de même de la prostitution dans la rue, bien que celle-ci soit considérablement limitée par l'interdiction de communiquer en public (al. 213(1)*c*)).

[63] La juge de première instance conclut, selon la prépondérance des probabilités, que la forme de prostitution la plus sûre est celle qui se pratique de façon autonome dans un même lieu (par. 300). Elle ajoute que travailler à l'intérieur est beaucoup moins dangereux que travailler dans la rue, une conclusion amplement étayée par la preuve. Toujours selon elle, il est moins sûr d'offrir ses services chez autrui de manière itinérante, surtout sous le régime actuel, l'interdiction du proxénétisme empêchant l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. Étant donné que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale la pratique plus sûre qu'est la prostitution chez soi, la juge opine que l'interdiction augmente sensiblement le risque auquel s'exposent actuellement les prostituées. Je suis de cet avis.

[64] First, the prohibition prevents prostitutes from working in a fixed indoor location, which would be safer than working on the streets or meeting clients at different locations, especially given the current prohibition on hiring drivers or security guards. This, in turn, prevents prostitutes from having a regular clientele and from setting up indoor safeguards like receptionists, assistants, bodyguards and audio room monitoring, which would reduce risks (application decision, at para. 421). Second, it interferes with provision of health checks and preventive health measures. Finally — a point developed in argument before us — the bawdy-house prohibition prevents resort to safe houses, to which prostitutes working on the street can take clients. In Vancouver, for example, "Grandma's House" was established to support street workers in the Downtown Eastside, at about the same time as fears were growing that a serial killer was prowling the streets — fears which materialized in the notorious Robert Pickton. Street prostitutes — who the application judge found are largely the most vulnerable class of prostitutes, and who face an alarming amount of violence (para. 361) — were able to bring clients to Grandma's House. However, charges were laid under s. 210, and although the charges were eventually stayed — four years after they were laid — Grandma's House was shut down (supplementary affidavit of Dr. John Lowman, May 6, 2009, J.A.R., vol. 20, at p. 5744). For some prostitutes, particularly those who are destitute, safe houses such as Grandma's House may be critical. For these people, the ability to work in brothels or hire security, even if those activities were lawful, may be illusory.

[64] Premièrement, l'interdiction empêche les prostituées de travailler dans un lieu fixe, situé à l'intérieur, ce qui est plus sûr que de travailler dans la rue ou d'aller à la rencontre des différents clients, d'autant plus que l'interdiction actuelle empêche l'embauche d'un chauffeur ou d'un garde de sécurité. L'interdiction les empêche également de se constituer une clientèle et de prendre des précautions chez elles en embauchant par exemple un réceptionniste, un assistant ou un garde du corps et en installant des dispositifs de surveillance audio, de manière à réduire le risque couru (décision de première instance, par. 421). Deuxièmement, elle empêche les prostituées de faire certaines vérifications sur l'état de santé des clients et de prendre des mesures sanitaires préventives. Enfin, lors de la plaidoirie devant notre Cour, on a fait valoir que l'interdiction de tenir une maison de débauche empêche l'existence d'endroits sûrs où les prostituées peuvent emmener les clients recrutés dans la rue. À Vancouver, par exemple, la « Grandma's House » a été créée pour venir en aide aux prostituées du Downtown Eastside à peu près à la même époque où les craintes allaient croissant quant à la possibilité qu'un tueur en série sévisse dans le quartier (des craintes que les actes imputés au tristement célèbre Robert Pickton ont justifiées). Les prostituées de la rue — qui, selon la juge de première instance, sont de loin les plus vulnérables et font l'objet d'un nombre alarmant d'actes de violence (par. 361) — pouvaient se rendre à la Grandma's House en compagnie de leurs clients. Toutefois, le refuge a fait l'objet d'accusations fondées sur l'art. 210, et même s'il y a eu arrêt des procédures quatre ans après, la Grandma's House a finalement fermé ses portes (affidavit complémentaire du D^r^ John Lowman en date du 6 mai 2009, d.c.d., vol. 20, p. 5744). L'existence d'un établissement sûr comme Grandma's House peut être indispensable à certaines prostituées, en particulier celles qui sont démunies. Pour elles, la possibilité de travailler dans un bordel ou d'embaucher un garde de sécurité peut se révéler illusoire même s'il s'agit d'activités légales.

[65] I conclude, therefore, that the bawdy-house provision negatively impacts the security of

[65] Je conclus donc que la disposition sur les maisons de débauche a un effet préjudiciable sur

the person of prostitutes and engages s. 7 of the *Charter*.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

[66] Section 212(1)(*j*) criminalizes living on the avails of prostitution of another person, wholly or in part. While targeting parasitic relationships (*R. v. Downey*, [1992] 2 S.C.R. 10), it has a broad reach. As interpreted by the courts, it makes it a crime for anyone to supply a service to a prostitute, because she is a prostitute (*R. v. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. v. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). In effect, it prevents a prostitute from hiring bodyguards, drivers and receptionists. The application judge found that by denying prostitutes access to these security-enhancing safeguards, the law prevented them from taking steps to reduce the risks they face and negatively impacted their security of the person (para. 361). As such, she found that the law engages s. 7 of the *Charter*.

[67] The evidence amply supports the judge's conclusion. Hiring drivers, receptionists, and bodyguards, could increase prostitutes' safety (application decision, at para. 421), but the law prevents them from doing so. Accordingly, I conclude that s. 212(1)(*j*) negatively impacts security of the person and engages s. 7.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in a Public Place*

[68] Section 213(1)(*c*) prohibits communicating or attempting to communicate for the purpose of engaging in prostitution or obtaining the sexual services of a prostitute, in a public place or a place open to public view. The provision extends to conduct short of verbal communication by prohibiting stopping or attempting to stop any person for those purposes (*R. v. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (B.C.C.A.)).

le droit à la sécurité des prostituées et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

[66] L'alinéa 212(1)*j*) criminalise le proxénétisme, c'est-à-dire le fait de vivre entièrement ou en partie des produits de la prostitution d'une autre personne. Bien qu'il vise le parasitisme (*R. c. Downey*, [1992] 2 R.C.S. 10), sa portée est grande. Suivant son interprétation par les tribunaux, commet un acte criminel quiconque fournit un service à une prostituée parce qu'elle est une prostituée (*R. c. Grilo* (1991), 2 O.R. (3d) 514 (C.A.); *R. c. Barrow* (2001), 54 O.R. (3d) 417 (C.A.)). Dans les faits, il empêche la prostituée d'engager un garde du corps, un chauffeur ou un réceptionniste. La juge de première instance conclut qu'en niant aux prostituées le droit de prendre de telles mesures susceptibles d'accroître leur sécurité, la disposition fait obstacle à la réduction des risques auxquels elles s'exposent et a un effet préjudiciable sur la sécurité de leur personne (par. 361). Elle statue donc que la disposition met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[67] La preuve appuie amplement sa conclusion. L'embauche d'un chauffeur, d'un réceptionniste ou d'un garde du corps pourrait accroître la sécurité des prostituées (décision de première instance, par. 421), mais la loi y fait obstacle. Je conclus donc que l'al. 212(1)*j*) a un effet préjudiciable sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

c) *Alinéa 213(1)c) : Communication en public*

[68] L'alinéa 213(1)*c*) interdit de communiquer ou de tenter de communiquer avec une personne en vue de se livrer à la prostitution ou d'obtenir les services sexuels d'une prostituée dans un endroit public ou situé à la vue du public. La disposition vise non seulement la communication verbale, mais aussi le fait d'arrêter ou de tenter d'arrêter une personne à ces fins (*R. c. Head* (1987), 59 C.R. (3d) 80 (C.A.C.-B.)).

[69] The application judge found that face-to-face communication is an "essential tool" in enhancing street prostitutes' safety (para. 432). Such communication, which the law prohibits, allows prostitutes to screen prospective clients for intoxication or propensity to violence, which can reduce the risks they face (paras. 301 and 421). This conclusion, based on the evidence before her, sufficed to engage security of the person under s. 7.

[70] The application judge also found that the communicating law has had the effect of displacing prostitutes from familiar areas, where they may be supported by friends and regular customers, to more isolated areas, thereby making them more vulnerable (paras. 331 and 502).

[71] On the evidence accepted by the application judge, the law prohibits communication that would allow street prostitutes to increase their safety. By prohibiting communicating in public for the purpose of prostitution, the law prevents prostitutes from screening clients and setting terms for the use of condoms or safe houses. In these ways, it significantly increases the risks they face.

[72] I conclude that the evidence supports the application judge's conclusion that s. 213(1)(*c*) impacts security of the person and engages s. 7.

(2) A Closer Look at Causation

[73] For the reasons discussed above, the application judge concluded — and I agree — that the impugned laws negatively impact and thus engage security of the person rights of prostitutes. However, the appellant Attorneys General contend that s. 7 is not engaged because there is an insufficient causal connection between the laws and the risks faced by prostitutes. First, they argue that the courts below erroneously measured causation by an attenuated standard. Second, they argue that it is the choice of the applicants to engage in prostitution, rather than

[69] La juge de première instance conclut que la communication entre les intéressés est [TRADUCTION] « essentielle » à l'accroissement de la sécurité des prostituées de la rue (par. 432). Cette communication, que la loi interdit, permet aux prostituées de jauger leurs clients éventuels afin d'écarter ceux qui sont intoxiqués et qui pourraient être enclins à la violence, ce qui serait de nature à réduire les risques auxquels elles s'exposent (par. 301 et 421). Cette conclusion fondée sur la preuve offerte suffit à mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7.

[70] La juge estime en outre que l'interdiction de la communication a eu pour effet de faire migrer les prostituées vers des lieux isolés et peu familiers où elles ne peuvent compter sur l'appui de leurs amis et de leurs clients habituels, ce qui les a rendues plus vulnérables (par. 331 et 502).

[71] Suivant les éléments admis en preuve au procès, la loi interdit une communication qui permettrait aux prostituées de la rue d'accroître leur sécurité. En interdisant la communication en public à des fins de prostitution, la loi empêche les prostituées d'évaluer leurs clients éventuels, ainsi que de convenir de l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr. Elle accroît ainsi sensiblement le risque couru.

[72] Je conclus que la preuve appuie la conclusion de la juge de première instance selon laquelle l'al. 213(1)*c*) a une incidence sur la sécurité de la personne et met en jeu l'art. 7.

(2) Examen approfondi du lien de causalité

[73] Pour les motifs examinés précédemment, la juge de première instance conclut — et je conviens avec elle — que les dispositions contestées ont un effet préjudiciable sur le droit à la sécurité des prostituées et mettent donc en jeu ce droit. Les procureurs généraux appelants soutiennent toutefois que l'art. 7 ne s'applique pas faute d'un lien de causalité suffisant entre les dispositions et les risques auxquels s'exposent les prostituées. D'abord, ils avancent que les juridictions inférieures ont eu tort de soumettre le lien de causalité à une norme

the law, that is the causal source of the harms they face. These arguments cannot succeed.

(a) *The Nature of the Required Causal Connection*

[74] Three possible standards for causation are raised for our consideration: (1) "sufficient causal connection", adopted by the application judge (paras. 287-88); (2) a general "impact" approach, adopted by the Court of Appeal (paras. 108-9); and (3) "active and foreseeable" and "direct" causal connection, urged by the appellant Attorneys General (A.G. of Canada factum, at paras. 64-68; A.G. of Ontario factum, at paras. 12-17).

[75] I conclude that the "sufficient causal connection" standard should prevail. This is a flexible standard, which allows the circumstances of each particular case to be taken into account. Adopted in *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, and applied in a number of subsequent cases (see, e.g., *United States v. Burns*, 2001 SCC 7, [2001] 1 S.C.R. 283; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3), it posits the need for "a sufficient causal connection between the state-caused [effect] and the prejudice suffered by the [claimant]" for s. 7 to be engaged (*Blencoe*, at para. 60 (emphasis added)).

[76] A sufficient causal connection standard does not require that the impugned government action or law be the only or the dominant cause of the prejudice suffered by the claimant, and is satisfied by a reasonable inference, drawn on a balance of probabilities (*Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44, at para. 21). A sufficient causal connection is sensitive to the context of the particular case and insists on a real, as opposed to a speculative, link. Understood in this way, a sufficient causal connection standard is consistent with the substance of the standard that the Court of Appeal applied in this case. While I

atténuée. Ils prétendent ensuite que le préjudice couru par les demanderesses tient à leur choix de se livrer à la prostitution et non à la loi. On ne saurait faire droit à ces prétentions.

a) *Nature du lien de causalité requis*

[74] Nous sommes appelés à considérer trois normes de causalité possibles : (1) celle fondée sur un « lien de causalité suffisant » retenue par la juge de première instance (par. 287-288), (2) celle, générale, fondée sur l'« effet » adoptée par la Cour d'appel (par. 108-109) et (3) celle fondée sur un lien de causalité « actif, prévisible et direct » préconisée par les procureurs généraux appelants (mémoire du p.g. du Canada, par. 65; mémoire du p.g. de l'Ontario, par. 14-15).

[75] Je suis d'avis que la norme du « lien de causalité suffisant » est celle qui convient. Sa souplesse permet l'adaptation aux circonstances propres à chaque espèce. Adoptée dans l'arrêt *Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44, [2000] 2 R.C.S. 307, et appliquée dans plusieurs affaires subséquentes (voir, p. ex., *États-Unis c. Burns*, 2001 CSC 7, [2001] 1 R.C.S. 283; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3), elle postule l'existence d'« un lien de causalité suffisant entre [l'effet] imputable à l'État et le préjudice subi par [le demandeur] » pour que l'art. 7 entre en jeu (*Blencoe*, par. 60 (je souligne)).

[76] La norme du lien de causalité suffisant n'exige pas que la mesure législative ou autre reprochée à l'État soit l'unique ou la principale cause du préjudice subi par le demandeur, et il y est satisfait par déduction raisonnable, suivant la prépondérance des probabilités (*Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44, par. 21). L'exigence d'un lien de causalité suffisant tient compte du contexte et s'attache à l'existence d'un lien réel, et non hypothétique. Considérée sous cet angle, la norme du lien de causalité suffisant correspond essentiellement à celle qu'applique la Cour d'appel en l'espèce. Bien que je ne convienne

do not agree with the Court of Appeal that causation is not the appropriate lens for examining whether legislation — as opposed to the conduct of state actors — engages s. 7 security interests, its "practical and pragmatic" inquiry (para. 108) tracks the process followed in cases such as *Blencoe* and *Khadr*.

[77] The Attorney General of Canada argues for a higher standard. The prejudice to the claimant's security interest, he argues, must be active, foreseeable, and a "necessary link" (factum, at paras. 62 and 65). He relies on this Court's statement in *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519 (cited by way of contrast in *Blencoe*, at para. 69), that "[i]n the absence of government involvement, Mrs. Rodriguez would not have suffered a deprivation of her s. 7 rights." He also relies on the Court's statement in *Suresh*, at para. 54, that "[a]t least where Canada's participation is a necessary precondition for the deprivation and where the deprivation is an entirely foreseeable consequence of Canada's participation, the government does not avoid the guarantee of fundamental justice". These statements establish that a causal connection is made out when the state action is a foreseeable and necessary cause of the prejudice. They do not, however, establish that this is the only way a causal connection engaging s. 7 of the *Charter* can be demonstrated.

[78] Finally, from a practical perspective, a sufficient causal connection represents a fair and workable threshold for engaging s. 7 of the *Charter*. This is the port of entry for s. 7 claims. The claimant bears the burden of establishing this connection. Even if established, it does not end the inquiry, since the claimant must go on to show that the deprivation of her security of the person is not in accordance with the principles of fundamental justice. Although mere speculation will not suffice to establish causation, to set the bar too high risks barring meritorious claims. What is required is a sufficient connection, having regard to the context of the case.

pas avec elle que l'exigence d'un lien de causalité ne permet pas de déterminer si la loi — par opposition aux actes de représentants de l'État — met en jeu le droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7, la démarche [TRADUCTION] « pratique et pragmatique » (par. 108) qui la sous-tend s'inspire de celle suivie, par exemple, dans *Blencoe* et *Khadr*.

[77] Le procureur général du Canada préconise une norme plus stricte. Il fait valoir que l'atteinte au droit à la sécurité des demanderesses doit être active et prévisible et qu'un [TRADUCTION] « lien nécessaire » est requis (mémoire, par. 62 et 65). Il cite à l'appui les motifs de notre Cour dans *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 (cités à des fins de comparaison dans l'arrêt *Blencoe*, par. 69), suivant lesquels : « N'eût été le rôle de l'État, il n'y aurait eu aucune atteinte aux droits garantis à M^me^ Rodriguez par l'art. 7. » Il invoque par ailleurs l'arrêt *Suresh*, par. 54 : « À tout le moins, dans les cas où la participation du Canada est un préalable nécessaire à l'atteinte et où cette atteinte est une conséquence parfaitement prévisible de la participation canadienne, le gouvernement ne saurait être libéré de son obligation de respecter les principes de justice fondamentale . . . » Ces énoncés établissent qu'il y a lien de causalité lorsque l'acte de l'État est prévisible et qu'il est la cause nécessaire du préjudice, mais pas qu'il s'agit du seul moyen de démontrer l'existence d'un lien de causalité qui met en jeu l'art. 7 de la *Charte*.

[78] Enfin, sur le plan pratique, l'existence d'un lien de causalité suffisant constitue un critère juste et fonctionnel pour déterminer si l'art. 7 de la *Charte* est en jeu. Elle ouvre la voie à l'application du droit garanti à l'art. 7, et il incombe au demandeur de la démontrer. Une fois ce lien établi, l'analyse ne prend pas fin pour autant, car le demandeur doit prouver l'atteinte à la sécurité de sa personne et la non-conformité de cette atteinte aux principes de justice fondamentale. De simples hypothèses ne sauraient établir le lien de causalité, mais placer la barre trop haut risque de faire obstacle à des demandes fondées. Le lien doit être suffisant eu égard au contexte considéré.

(b) *Is the Causal Connection Negated by Choice or the Role of Third Parties?*

[79] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that prostitutes choose to engage in an inherently risky activity. They can avoid both the risk inherent in prostitution and any increased risk that the laws impose simply by choosing not to engage in this activity. They say that choice — and not the law — is the real cause of their injury.

[80] The Attorneys General contend that Parliament is entitled to regulate prostitution as it sees fit. Anyone who chooses to sell sex for money must accept these conditions. If the conditions imposed by the law prejudice their security, it is their choice to engage in the activity, not the law, that is the cause.

[81] What the applicants seek, the Attorneys General assert, is a constitutional right to engage in risky commercial activities. Thus the Attorney General of Ontario describes the s. 7 claim in this case as a "veiled assertion of a positive right to vocational safety" (factum, at para. 25).

[82] The Attorneys General rely on this Court's decision in *Malmo-Levine*, which upheld the constitutionality of the prohibition of possession of marijuana on the basis that the recreational use of marijuana was a "lifestyle choice" and that lifestyle choices were not constitutionally protected (para. 185).

[83] The Attorneys General buttress this argument by asserting that if this Court accepts that these laws can be viewed as causing prejudice to the applicants' security, then many other laws that leave open the choice to engage in risky activities by only partially or indirectly regulating those activities will be rendered unconstitutional.

b) *Le lien de causalité est-il rendu inexistant par le choix de se prostituer ou les actes de tiers?*

[79] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que les prostituées font le choix de se livrer à une activité intrinsèquement risquée. Elles peuvent se soustraire à la fois aux risques inhérents à la prostitution et à tout risque supplémentaire causé par la loi en choisissant simplement de ne pas se livrer à cette activité. Selon eux, c'est le choix de la prostitution — et non la loi — qui est la cause véritable du préjudice.

[80] Les procureurs généraux prétendent que le législateur peut réglementer la prostitution selon ce qu'il juge opportun. La personne qui décide d'offrir ses services sexuels contre de l'argent doit accepter les règles établies, et lorsque celles-ci portent atteinte à sa sécurité, elle doit s'en prendre à son choix de se livrer à cette activité, non à la loi.

[81] Ils ajoutent que les demanderesses revendiquent le droit constitutionnel de se livrer à une activité commerciale risquée. Le procureur général de l'Ontario voit d'ailleurs dans l'allégation fondée sur l'art. 7 la [TRADUCTION] « revendication à mots couverts du droit à la sécurité professionnelle » (mémoire, par. 25).

[82] Les procureurs généraux invoquent l'arrêt *Malmo-Levine* dans lequel notre Cour confirme la constitutionnalité de l'interdiction de posséder de la marihuana au motif que sa consommation à des fins récréatives constitue un « choix de mode de vie », un choix que ne protège pas la Constitution (par. 185).

[83] Pour étayer leur thèse, les procureurs généraux font valoir que si notre Cour reconnaît que les dispositions en cause peuvent porter atteinte à la sécurité des demanderesses, de nombreuses autres dispositions qui permettent de se livrer ou non à une activité risquée en réglementant celle-ci partiellement ou indirectement deviendront du coup inconstitutionnelles.

[84] Finally, in a variant on the argument that the impugned laws are not the cause of the applicants' alleged loss of security, the Attorneys General argue that the source of the harm is third parties — the johns who use and abuse prostitutes and the pimps who exploit them.

[85] For the following reasons, I cannot accept the argument that it is not the law, but rather prostitutes' choice and third parties, that cause the risks complained of in this case.

[86] First, while some prostitutes may fit the description of persons who freely choose (or at one time chose) to engage in the risky economic activity of prostitution, many prostitutes have no meaningful choice but to do so. Ms. Bedford herself stated that she initially prostituted herself "to make enough money to at least feed myself" (cross-examination of Ms. Bedford, J.A.R., vol. 2, at p. 92). As the application judge found, street prostitutes, with some exceptions, are a particularly marginalized population (paras. 458 and 472). Whether because of financial desperation, drug addictions, mental illness, or compulsion from pimps, they often have little choice but to sell their bodies for money. Realistically, while they may retain some minimal power of choice — what the Attorney General of Canada called "constrained choice" (transcript, at p. 22) — these are not people who can be said to be truly "choosing" a risky line of business (see *PHS*, at paras. 97-101).

[87] Second, even accepting that there are those who freely choose to engage in prostitution, it must be remembered that prostitution — the exchange of sex for money — is not illegal. The causal question is whether the impugned laws make this lawful activity more dangerous. An analogy could be drawn to a law preventing a cyclist from wearing a helmet. That the cyclist chooses to ride her bike does not diminish the causal role of the law in

[84] Enfin, ils recourent à une variante de la prétention suivant laquelle les dispositions contestées ne sont pas la cause de l'atteinte alléguée à la sécurité des demanderesses, à savoir que le préjudice est imputable à des tiers, en l'occurrence les hommes qui ont recours aux services des prostituées et qui maltraitent celles-ci, ainsi que les proxénètes qui les exploitent.

[85] Pour les motifs qui suivent, je ne puis convenir que ce n'est pas la loi, mais plutôt le choix de se prostituer et les actes de tiers qui sont à l'origine des risques dénoncés en l'espèce.

[86] Premièrement, bien que certaines prostituées puissent correspondre au profil de celle qui choisit librement de se livrer à l'activité économique risquée qu'est la prostitution — ou qui fait ce choix à un moment de sa vie —, de nombreuses prostituées n'ont pas vraiment d'autre solution que la prostitution. M[me] Bedford déclare s'être d'abord prostituée [TRADUCTION] « afin de faire assez d'argent pour au moins [s]e nourrir » (contre-interrogatoire de M[me] Bedford, d.c.d., vol. 2, p. 92). Comme le dit la juge de première instance, les prostituées de la rue forment, à quelques exceptions près, une population particulièrement marginalisée (par. 458 et 472). Que ce soit à cause du désespoir financier, de la toxicomanie, de la maladie mentale ou de la contrainte exercée par un proxénète, elles n'ont souvent guère d'autre choix que de vendre leur corps contre de l'argent. Dans les faits, même si elles peuvent conserver un certain pouvoir minimal de choisir — [TRADUCTION] « un choix limité » selon le procureur général (transcription, p. 22) —, on ne peut dire qu'elles « choisissent » véritablement une activité commerciale risquée (voir *PHS*, par. 97-101).

[87] Deuxièmement, à supposer même que des personnes choisissent librement de se livrer à la prostitution, il faut se rappeler que cette activité — l'échange de services sexuels contre de l'argent — n'est pas illégale. La question qui se pose sur le plan de la causalité est celle de savoir si les dispositions contestées accroissent le risque couru par la personne qui se prostitue. On peut faire une analogie avec la disposition qui interdirait aux cyclistes le

making that activity riskier. The challenged laws relating to prostitution are no different.

[88] Nor is it accurate to say that the claim in this case is a veiled assertion of a positive right to vocational safety. The applicants are not asking the government to put into place measures making prostitution safe. Rather, they are asking this Court to strike down legislative provisions that aggravate the risk of disease, violence and death.

[89] It makes no difference that the conduct of pimps and johns is the immediate source of the harms suffered by prostitutes. The impugned laws deprive people engaged in a risky, but legal, activity of the means to protect themselves against those risks. The violence of a john does not diminish the role of the state in making a prostitute more vulnerable to that violence.

[90] The government's call for deference in addressing the problems associated with prostitution has no role at this stage of the analysis. Calls for deference cannot insulate legislation that creates serious harmful effects from the charge that they negatively impact security of the person under s. 7 of the *Charter*. The question of deference arises under the principles of fundamental justice, not at the early stage of considering whether a person's life, liberty, or security of the person is infringed.

[91] Finally, recognizing that laws with serious harmful effects may engage security of the person does not mean that a host of other criminal laws will be invalidated. Trivial impingements on security of the person do not engage s. 7 (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 59). As already discussed, the applicant must show that the impugned law is sufficiently connected to the prejudice suffered before s. 7 is engaged. And even if s. 7 is found to be engaged, the applicant must

port du casque. Malgré le choix des cyclistes d'utiliser leurs bicyclettes, il demeurerait que c'est la disposition qui rendrait l'activité plus risquée. Il en va de même des dispositions contestées sur la prostitution.

[88] Il n'est pas non plus exact d'affirmer que la demande formulée en l'espèce revient à revendiquer à mots couverts le droit à la sécurité professionnelle. L'objectif des demanderesses n'est pas que l'État adopte des mesures qui fassent de la prostitution une activité sûre, mais plutôt que notre Cour invalide des dispositions qui accroissent le risque de maladie, de violence et de décès.

[89] Le fait que le comportement des proxénètes et des clients soit la source immédiate des préjudices subis par les prostituées n'y change rien. Les dispositions contestées privent des personnes qui se livrent à une activité risquée, mais légale, des moyens nécessaires à leur protection contre le risque couru. La violence d'un client ne diminue en rien la responsabilité de l'État qui rend une prostituée plus vulnérable à cette violence.

[90] Le respect auquel nous exhorte l'État quant aux décisions qu'il prend pour contrer les problèmes liés à la prostitution n'est pas pertinent à ce stade de l'analyse. Il ne saurait faire obstacle à l'allégation qu'une mesure législative a de graves effets préjudiciables et porte atteinte au droit à la sécurité de la personne garanti à l'art. 7 de la *Charte*. Cette considération vaut lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a conformité aux principes de justice fondamentale, et non pour déterminer au préalable s'il y a atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne de l'intéressé.

[91] Enfin, reconnaître qu'une disposition gravement préjudiciable peut mettre en jeu le droit à la sécurité de la personne n'emportera pas l'invalidation d'une foule d'autres dispositions criminelles. L'atteinte anodine à ce droit ne met pas en jeu l'art. 7 (*Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46, par. 59). Rappelons que le demandeur doit démontrer l'existence d'un lien suffisant entre la disposition contestée et le préjudice subi pour que s'applique l'art. 7. Et même si l'on conclut que

then show that the deprivation of security is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[92] For all these reasons, I reject the arguments of the Attorneys General that the cause of the harm is not the impugned laws, but rather the actions of third parties and the prostitutes' choice to engage in prostitution. As I concluded above, the laws engage s. 7 of the *Charter*. That conclusion remains undisturbed.

(3) Principles of Fundamental Justice

(a) *The Applicable Norms*

[93] I have concluded that the impugned laws deprive prostitutes of security of the person, engaging s. 7. The remaining step in the s. 7 analysis is to determine whether this deprivation is in accordance with the principles of fundamental justice. If so, s. 7 is not breached.

[94] The principles of fundamental justice set out the minimum requirements that a law that negatively impacts on a person's life, liberty, or security of the person must meet. As Lamer J. put it, "[t]he term 'principles of fundamental justice' is not a right, but a qualifier of the right not to be deprived of life, liberty and security of the person; its function is to set the parameters of that right" (*Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486 ("*Motor Vehicle Reference*"), at p. 512).

[95] The principles of fundamental justice have significantly evolved since the birth of the *Charter*. Initially, the principles of fundamental justice were thought to refer narrowly to principles of natural justice that define procedural fairness. In the *Motor Vehicle Reference*, this Court held otherwise:

> . . . it would be wrong to interpret the term "fundamental justice" as being synonymous with natural justice . . . . To do so would strip the protected interests of much, if not most, of their content and leave the "right" to life, liberty and security of the person in a sorely emaciated

l'art. 7 s'applique, le demandeur doit démontrer que l'atteinte à sa sécurité n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[92] Pour tous ces motifs, je rejette la prétention des procureurs généraux selon laquelle le préjudice allégué n'est pas attribuable aux dispositions contestées, mais bien aux actes de tiers et au choix de se prostituer. J'estime toujours que les dispositions en cause font intervenir l'art. 7 de la *Charte*.

(3) Principes de justice fondamentale

a) *Normes applicables*

[93] J'arrive à la conclusion que les dispositions contestées portent atteinte au droit à la sécurité de la personne des prostituées et qu'elles mettent ainsi en jeu l'art. 7. Reste donc à savoir si, au regard de l'art. 7, cette atteinte est conforme ou non aux principes de justice fondamentale. Dans l'affirmative, il n'y a pas d'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

[94] Les principes de justice fondamentale définissent les conditions minimales auxquelles doit satisfaire la loi qui a un effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne. Selon le juge Lamer, « [l]'expression "principes de justice fondamentale" constitue non pas un droit, mais un modificatif du droit de ne pas se voir porter atteinte à sa vie, à sa liberté et à la sécurité de sa personne; son rôle est d'établir les paramètres de ce droit » (*Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 (« *Renvoi sur la MVA* »), p. 512).

[95] Les « principes de justice fondamentale » ont beaucoup évolué depuis l'adoption de la *Charte*. Au départ, on les réduisait aux principes de justice naturelle qui définissent l'équité procédurale. Dans le *Renvoi sur la MVA*, notre Cour en a jugé autrement :

> . . . il serait erroné d'interpréter l'expression « justice fondamentale » comme synonyme de justice naturelle [. . .] Ce faire aurait pour conséquence de dépouiller les intérêts protégés de tout leur sens ou presque et de laisser le « droit » à la vie, à la liberté et à la sécurité de la

state. Such a result would be inconsistent with the broad, affirmative language in which those rights are expressed and equally inconsistent with the approach adopted by this Court toward the interpretation of *Charter* rights in *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *per* Estey J., and *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*. [pp. 501-2]

[96] The *Motor Vehicle Reference* recognized that the principles of fundamental justice are about the basic values underpinning our constitutional order. The s. 7 analysis is concerned with capturing inherently bad laws: that is, laws that take away life, liberty, or security of the person in a way that runs afoul of our basic values. The principles of fundamental justice are an attempt to capture those values. Over the years, the jurisprudence has given shape to the content of these basic values. In this case, we are concerned with the basic values against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality.

[97] The concepts of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality evolved organically as courts were faced with novel *Charter* claims.

[98] Arbitrariness was used to describe the situation where there is no connection between the effect and the object of the law. In *Morgentaler*, the accused challenged provisions of the *Criminal Code* that required abortions to be approved by a therapeutic abortion committee of an accredited or approved hospital. The purpose of the law was to protect women's health. The majority found that the requirement that all therapeutic abortions take place in accredited hospitals did not contribute to the objective of protecting women's health and, in fact, caused delays that were detrimental to women's health. Thus, the law violated basic values because the effect of the law actually contravened the objective of the law. Beetz J. called this "manifest unfairness" (*Morgentaler*, at p. 120), but later cases interpreted this as an "arbitrariness" analysis (see *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 133, *per* McLachlin C.J. and Major J.).

personne dans un état d'atrophie déplorable. Un tel résultat serait incompatible avec le style affirmatif et général dans lequel ces droits sont énoncés et également incompatible avec le point de vue que cette Cour a adopté, en ce qui concerne l'interprétation des droits garantis par la *Charte*, dans l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357 (le juge Estey), et dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, précité. [p. 501-502]

[96] Dans le *Renvoi sur la MVA*, la Cour reconnaît que les principes de justice fondamentale s'entendent des valeurs fondamentales qui sous-tendent notre ordre constitutionnel. L'analyse fondée sur l'art. 7 s'attache à débusquer les dispositions législatives intrinsèquement mauvaises, celles qui privent du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne au mépris des valeurs fondamentales que sont censés intégrer les principes de justice fondamentale et dont la jurisprudence a défini la teneur au fil des ans. Dans la présente affaire, les valeurs fondamentales qui nous intéressent s'opposent à l'arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale.

[97] Les notions d'arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale ont connu une évolution endogène au fur et à mesure que les tribunaux ont été saisis d'allégations nouvelles fondées sur la *Charte*.

[98] On a qualifié d'« arbitraire » la disposition dont l'effet n'avait aucun lien avec son objet. Dans l'affaire *Morgentaler*, l'accusé contestait les dispositions du *Code criminel* qui exigeaient qu'un avortement soit approuvé par le comité de l'avortement thérapeutique d'un hôpital agréé. L'objet des dispositions était de protéger la santé des femmes. Or, selon les juges majoritaires de la Cour, l'exigence que tout avortement thérapeutique soit pratiqué dans un hôpital agréé ne contribuait pas à la réalisation de cet objectif et causait en fait des délais nuisibles à la santé des femmes. Par conséquent, les dispositions portaient atteinte aux valeurs fondamentales en ce que leur effet allait en fait à l'encontre de leur objectif. Le juge Beetz a alors parlé d'« iniquité manifeste » (*Morgentaler*, p. 120), et la Cour y a vu ensuite un « caractère arbitraire » (voir *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 133, la juge en chef McLachlin et le juge Major).

[99] In *Chaoulli*, the applicant challenged a Quebec law that prohibited private health insurance for services that were available in the public sector. The purpose of the provision was to protect the public health care system and prevent the diversion of resources from the public system. The majority found, on the basis of international evidence, that private health insurance and a public health system could co-exist. Three of the four-judge majority found that the prohibition was "arbitrary" because there was no real connection on the facts between the effect and the objective of the law.

[100] Most recently, in *PHS*, this Court found that the Minister's decision not to extend a safe injection site's exemption from drug possession laws was arbitrary. The purpose of drug possession laws was the protection of health and public safety, and the services provided by the safe injection site actually contributed to these objectives. Thus, the effect of not extending the exemption — that is, prohibiting the safe injection site from operating — was contrary to the objectives of the drug possession laws.

[101] Another way in which laws may violate our basic values is through what the cases have called "overbreadth": the law goes too far and interferes with some conduct that bears no connection to its objective. In *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, the accused challenged a vagrancy law that prohibited offenders convicted of listed offences from "loitering" in public parks. The majority of the Court found that the law, which aimed to protect children from sexual predators, was overbroad; insofar as the law applied to offenders who did not constitute a danger to children, and insofar as it applied to parks where children were unlikely to be present, it was unrelated to its objective.

[102] In *R. v. Demers*, 2004 SCC 46, [2004] 2 S.C.R. 489, the challenged provisions of the

[99] Dans *Chaoulli*, le demandeur contestait des dispositions québécoises qui interdisaient de souscrire une assurance maladie privée pour l'obtention de services offerts dans le réseau public. Les dispositions en cause avaient pour objet la protection du système de santé public et le maintien de ses ressources. Sur la foi de la preuve concernant la situation dans d'autres pays, les juges majoritaires concluent qu'assurance maladie privée et système de santé public peuvent coexister. Trois d'entre eux jugent l'interdiction « arbitraire » vu l'absence, selon les faits mis en preuve, d'un lien réel entre l'effet de la loi et son objectif.

[100] Plus récemment, dans *PHS*, notre Cour a jugé arbitraire le refus du ministre de prolonger l'exemption dont bénéficiait un centre d'injection supervisée relativement à l'application des dispositions sur la possession de drogue. Ces dispositions avaient pour objet la protection de la santé et de la sécurité publiques, et les services fournis par le centre d'injection supervisée contribuaient en fait à l'atteinte de cet objectif. L'effet du refus de prolonger l'exemption — à savoir empêcher le fonctionnement du centre d'injection supervisée — allait à l'encontre des objectifs des dispositions relatives à la possession de drogue.

[101] Une disposition peut aussi violer nos valeurs fondamentales du fait de ce que les tribunaux appellent la « portée excessive », c'est-à-dire lorsqu'elle va trop loin et empiète sur un comportement sans lien avec son objectif. Dans *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, l'accusé contestait une disposition sur le vagabondage qui interdisait aux délinquants reconnus coupables de l'une des infractions énumérées de « flâner » dans les parcs publics. Les juges majoritaires de la Cour concluent que la portée de la disposition, dont l'objet était de protéger les enfants contre les prédateurs sexuels, est trop grande; la disposition n'a pas de lien avec son objectif dans la mesure où elle s'applique à des délinquants qui ne présentent pas un danger pour les enfants et à des parcs qui ne sont pas susceptibles d'être fréquentés par des enfants.

[102] Dans *R. c. Demers*, 2004 CSC 46, [2004] 2 R.C.S. 489, les dispositions contestées du *Code*

Criminal Code prevented an accused who was found unfit to stand trial from receiving an absolute discharge, and subjected the accused to indefinite appearances before a review board. The purpose of the provisions was "to allow for the ongoing treatment or assessment of the accused in order for him or her to become fit for an eventual trial" (para. 41). The Court found that insofar as the law applied to permanently unfit accused, who would never become fit to stand trial, the objective did "not apply" and therefore the law was overbroad (paras. 42-43).

[103] Laws are also in violation of our basic values when the effect of the law is grossly disproportionate to the state's objective. In *Malmo-Levine*, the accused challenged the prohibition on the possession of marijuana on the basis that its effects were grossly disproportionate to its objective. Although the Court agreed that a law with grossly disproportionate effects would violate our basic norms, the Court found that this was not such a case: ". . . the effects on accused persons of the present law, including the potential of imprisonment, fall within the broad latitude within which the Constitution permits legislative action" (para. 175).

[104] In *PHS*, this Court found that the Minister's refusal to exempt the safe injection site from drug possession laws was not in accordance with the principles of fundamental justice because the effect of denying health services and increasing the risk of death and disease of injection drug users was grossly disproportionate to the objectives of the drug possession laws, namely public health and safety.

[105] The overarching lesson that emerges from the case law is that laws run afoul of our basic values when the means by which the state seeks to attain its objective is fundamentally flawed, in the sense of being arbitrary, overbroad, or having effects that are grossly disproportionate to the legislative goal. To deprive citizens of life, liberty, or security of the person by laws that violate these

criminel empêchaient l'accusé jugé inapte à subir son procès de bénéficier d'une libération inconditionnelle et l'obligeaient à comparaître périodiquement devant une commission d'examen pendant une période indéfinie. Les dispositions avaient pour objet « de fournir à l'accusé un traitement ou une évaluation continus afin de le rendre éventuellement apte à subir son procès » (par. 41). Selon la Cour, dans la mesure où les dispositions s'appliquaient malgré l'inaptitude permanente de l'accusé — qui ne deviendrait jamais apte à subir son procès —, leur objectif « ne s'appliqu[ait] pas » et leur portée était donc excessive (par. 42-43).

[103] La disposition dont l'effet est totalement disproportionné à l'objectif de l'État viole aussi nos valeurs fondamentales. Dans *Malmo-Levine*, l'accusé contestait l'interdiction de posséder de la marihuana au motif que ses effets étaient totalement disproportionnés à son objectif. La Cour reconnaît qu'une disposition aux effets totalement disproportionnés viole nos normes fondamentales, mais elle conclut que tel n'est pas le cas en l'espèce : « . . . les effets sur les accusés des dispositions actuelles, y compris la possibilité d'emprisonnement, n'excèdent pas la vaste latitude que la Constitution accorde au Parlement » (par. 175).

[104] Dans l'arrêt *PHS*, notre Cour conclut que le refus du ministre de soustraire le centre d'injection supervisée à l'application des dispositions sur la possession de drogue n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale parce que le refus de services de santé et l'augmentation du risque de décès et de maladie chez les consommateurs de drogues injectables sont totalement disproportionnés aux objectifs des dispositions sur la possession de drogue, à savoir la santé et la sécurité publiques.

[105] L'enseignement primordial de la jurisprudence veut qu'une disposition aille à l'encontre de nos valeurs fondamentales lorsque les moyens mis en œuvre par l'État pour atteindre son objectif comportent une faille fondamentale en ce qu'ils sont arbitraires ou ont une portée trop générale, ou encore, ont des effets totalement disproportionnés à l'objectif législatif. Il n'est pas conforme

norms is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[106] As these principles have developed in the jurisprudence, they have not always been applied consistently. The Court of Appeal below pointed to the confusion that has been caused by the "commingling" of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality (paras. 143-51). This Court itself recently noted the conflation of the principles of overbreadth and gross disproportionality (*R. v. Khawaja*, 2012 SCC 69, [2012] 3 S.C.R. 555, at paras. 38-40; see also *R. v. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, at para. 72). In short, courts have explored different ways in which laws run afoul of our basic values, using the same words — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — in slightly different ways.

[107] Although there is significant overlap between these three principles, and one law may properly be characterized by more than one of them, arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality remain three distinct principles that stem from what Hamish Stewart calls "failures of instrumental rationality" — the situation where the law is "inadequately connected to its objective or in some sense goes too far in seeking to attain it" (*Fundamental Justice: Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), at p. 151). As Peter Hogg has explained:

> The doctrines of overbreadth, disproportionality and arbitrariness are all at bottom intended to address what Hamish Stewart calls "failures of instrumental rationality", by which he means that the Court accepts the legislative objective, but scrutinizes the policy instrument enacted as the means to achieve the objective. If the policy instrument is not a rational means to achieve the objective, then the law is dysfunctional in terms of its own objective.
>
> ("The Brilliant Career of Section 7 of the Charter" (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, at p. 209 (citation omitted))

aux principes de justice fondamentale de priver un citoyen du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne au moyen d'une disposition ainsi irrégulière.

[106] Au fil de l'évolution jurisprudentielle, ces principes n'ont pas toujours été appliqués uniformément. En l'espèce, la Cour d'appel signale la confusion créée par l'[TRADUCTION] « amalgame » du caractère arbitraire, de la portée excessive et de la disproportion totale (par. 143-151). Notre Cour relevait elle-même récemment que l'on confond portée excessive et disproportion totale (*R. c. Khawaja*, 2012 CSC 69, [2012] 3 R.C.S. 555, par. 38-40; voir également *R. c. S.S.C.*, 2008 BCCA 262, 257 B.C.A.C. 57, par. 72). Ainsi, les tribunaux ont employé les mêmes mots — caractère arbitraire, portée excessive et disproportion totale — avec quelques variantes pour explorer les différentes manières dont une disposition législative peut aller à l'encontre de nos valeurs fondamentales.

[107] Bien qu'il y ait un chevauchement important entre le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, et que plus d'une de ces trois notions puissent bel et bien s'appliquer à une disposition, il demeure que les trois correspondent à des principes distincts qui découlent de ce que Hamish Stewart appelle un [TRADUCTION] « manque de logique fonctionnelle », à savoir que la disposition « n'est pas suffisamment liée à son objectif ou, dans un certain sens, qu'elle va trop loin pour l'atteindre » (*Fundamental Justice : Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms* (2012), p. 151). Peter Hogg explique :

> [TRADUCTION] Les principes liés à la portée excessive, à la disproportion et au caractère arbitraire visent tous au fond à pallier ce que Hamish Stewart appelle un « manque de logique fonctionnelle », en ce sens que le tribunal reconnaît l'objectif législatif, mais examine le moyen choisi pour l'atteindre. Si ce moyen ne permet pas logiquement d'atteindre l'objectif, la disposition est dysfonctionnelle eu égard à son propre objectif.
>
> (« The Brilliant Career of Section 7 of the Charter » (2012), 58 *S.C.L.R.* (2d) 195, p. 209 (renvoi omis))

[108] The case law on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality is directed against two different evils. The first evil is the absence of a connection between the infringement of rights and what the law seeks to achieve — the situation where the law's deprivation of an individual's life, liberty, or security of the person is not connected to the purpose of the law. The first evil is addressed by the norms against arbitrariness and overbreadth, which target the absence of connection between the law's purpose and the s. 7 deprivation.

[109] The second evil lies in depriving a person of life, liberty or security of the person in a manner that is grossly disproportionate to the law's objective. The law's impact on the s. 7 interest is connected to the purpose, but the impact is so severe that it violates our fundamental norms.

[110] Against this background, it may be useful to elaborate on arbitrariness, overbreadth and gross disproportionality.

[111] Arbitrariness asks whether there is a direct connection between the purpose of the law and the impugned effect on the individual, in the sense that the effect on the individual bears some relation to the law's purpose. There must be a rational connection between the object of the measure that causes the s. 7 deprivation, and the limits it imposes on life, liberty, or security of the person (Stewart, at p. 136). A law that imposes limits on these interests in a way that bears *no connection* to its objective arbitrarily impinges on those interests. Thus, in *Chaoulli*, the law was arbitrary because the prohibition of private health insurance was held to be unrelated to the objective of protecting the public health system.

[112] Overbreadth deals with a law that is so broad in scope that it includes *some* conduct that bears no relation to its purpose. In this sense, the law is arbitrary *in part*. At its core, overbreadth addresses the situation where there is no rational connection between the purposes of the law and *some*, but not all, of its impacts. For instance, the law at issue in *Demers* required unfit accused to

[108] La jurisprudence relative au caractère arbitraire, à la portée excessive et à la disproportion totale s'attache à deux failles. La première est l'absence de lien entre l'atteinte aux droits et l'objectif de la disposition — lorsque l'atteinte au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'a aucun lien avec l'objet de la loi. Ce sont alors les principes liés au caractère arbitraire et à la portée excessive (l'absence de lien entre l'objet de la disposition et l'atteinte au droit garanti par l'art. 7) qui sont en cause.

[109] La seconde faille se présente lorsqu'une disposition prive une personne du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière totalement disproportionnée à son objectif. L'incidence sur le droit garanti à l'art. 7 a un lien avec l'objet, mais elle est si importante qu'elle viole nos normes fondamentales.

[110] Dans ce contexte, il peut être utile de développer les notions de caractère arbitraire, de portée excessive et de disproportion totale.

[111] Déterminer qu'une disposition est arbitraire ou non exige qu'on se demande s'il existe un lien direct entre son objet et l'effet allégué sur l'intéressé, s'il y a un certain rapport entre les deux. Il doit exister un lien rationnel entre l'objet de la mesure qui cause l'atteinte au droit garanti à l'art. 7 et la limite apportée au droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne (Stewart, p. 136). La disposition qui limite ce droit selon des modalités qui n'ont *aucun lien* avec son objet empiète arbitrairement sur ce droit. Ainsi, dans *Chaoulli*, la Cour juge les dispositions arbitraires parce qu'interdire l'assurance maladie privée n'a aucun rapport avec l'objectif de protéger le système de santé public.

[112] Il y a portée excessive lorsqu'une disposition s'applique si largement qu'elle vise *certains* actes qui n'ont aucun lien avec son objet. La disposition est alors *en partie* arbitraire. Essentiellement, la situation en cause est celle où il n'existe aucun lien rationnel entre les objets de la disposition et *certains* de ses effets, mais pas tous. Par exemple, dans *Demers*, le texte législatif en cause exigeait

attend repeated review board hearings. The law was only disconnected from its purpose insofar as it applied to permanently unfit accused; for temporarily unfit accused, the effects were related to the purpose.

[113] Overbreadth allows courts to recognize that the law is rational in some cases, but that it overreaches in its effect in others. Despite this recognition of the scope of the law as a whole, the focus remains on the individual and whether the effect on the individual is rationally connected to the law's purpose. For example, where a law is drawn broadly and targets some conduct that bears no relation to its purpose in order to make enforcement more practical, there is still no connection between the purpose of the law and its effect on the *specific individual*. Enforcement practicality may be a justification for an overbroad law, to be analyzed under s. 1 of the *Charter*.

[114] It has been suggested that overbreadth is not truly a distinct principle of fundamental justice. The case law has sometimes said that overbreadth straddles both arbitrariness and gross disproportionality. Thus, in *Heywood*, Cory J. stated: "The effect of overbreadth is that in some applications the law is arbitrary or disproportionate" (p. 793).

[115] And in *R. v. Clay*, 2003 SCC 75, [2003] 3 S.C.R. 735, the companion case to *Malmo-Levine*, Gonthier and Binnie JJ. explained:

> Overbreadth in that respect addresses the potential infringement of fundamental justice where the adverse effect of a legislative measure on the individuals subject to its strictures is grossly disproportionate to the state interest the legislation seeks to protect. Overbreadth in this aspect is, as Cory J. pointed out [in *Heywood*], related to arbitrariness. [Emphasis deleted; para. 38.]

[116] In part this debate is semantic. The law has not developed by strict labels, but on a case-by-case

que l'accusé inapte comparaisse périodiquement devant la commission d'examen. Il n'était dissocié de son objet que dans la mesure où il s'appliquait à un accusé inapte en permanence; ses effets étaient liés à l'objet dans le cas de l'accusé temporairement inapte.

[113] L'application de la notion de portée excessive permet au tribunal de reconnaître qu'une disposition est rationnelle sous certains rapports, mais que sa portée est trop grande sous d'autres. Malgré la prise en compte de la portée globale de la disposition, l'examen demeure axé sur l'intéressé et sur la question de savoir si l'effet sur ce dernier a un lien rationnel avec l'objet. Par exemple, lorsqu'une disposition est rédigée de manière générale et vise des comportements qui n'ont aucun lien avec son objet afin de faciliter son application, il n'y a pas non plus de lien entre l'objet de la disposition et son effet sur l'*intéressé*. Faciliter l'application pourrait justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[114] On a fait valoir que la portée excessive ne correspond pas vraiment à un principe distinct de justice fondamentale. Il appert de certains arrêts que la portée excessive empiète à la fois sur le caractère arbitraire et sur la disproportion totale. Dans *Heywood*, le juge Cory affirme par exemple ce qui suit : « Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications » (p. 793).

[115] Dans *R. c. Clay*, 2003 CSC 75, [2003] 3 R.C.S. 735, l'arrêt connexe à *Malmo-Levine*, les juges Gonthier et Binnie expliquent :

> Dans ce contexte, la portée excessive s'attache aux atteintes potentielles à la justice fondamentale lorsque l'effet préjudiciable d'une mesure législative sur les personnes qu'elle touche est [totalement] disproportionné [. . .] à l'intérêt général que le texte de loi tente de protéger. À cet égard, comme l'a souligné le juge Cory [dans *Heywood*], la portée excessive est liée au caractère arbitraire. [Italiques omis; par. 38.]

[116] Le débat est en partie sémantique. Le droit a évolué non par le recours à des étiquettes

basis, as courts identified laws that were inherently bad because they violated our basic values.

[117] Moving forward, however, it may be helpful to think of overbreadth as a distinct principle of fundamental justice related to arbitrariness, in that the question for both is whether there is *no connection* between the effects of a law and its objective. Overbreadth simply allows the court to recognize that the lack of connection arises in a law that goes too far by sweeping conduct into its ambit that bears no relation to its objective.

[118] An ancillary question, which applies to both arbitrariness and overbreadth, concerns how significant the lack of correspondence between the objective of the infringing provision and its effects must be. Questions have arisen as to whether a law is arbitrary or overbroad when its effects are *inconsistent* with its objective, or whether, more broadly, a law is arbitrary or overbroad whenever its effects are *unnecessary* for its objective (see, e.g., *Chaoulli*, at paras. 233-34).

[119] As noted above, the root question is whether the law is inherently bad because there is *no connection*, in whole or in part, between its effects and its purpose. This standard is not easily met. The evidence may, as in *Morgentaler*, show that the effect actually undermines the objective and is therefore "inconsistent" with the objective. Or the evidence may, as in *Chaoulli*, show that there is simply no connection on the facts between the effect and the objective, and the effect is therefore "unnecessary". Regardless of how the judge describes this lack of connection, the ultimate question remains whether the evidence establishes that the law violates basic norms because there is *no connection* between its effect and its purpose. This is a matter to be determined on a case-by-case basis, in light of the evidence.

[120] Gross disproportionality asks a different question from arbitrariness and overbreadth. It

strictes, mais d'une décision à l'autre, lorsque les tribunaux ont jugé des dispositions intrinsèquement mauvaises parce qu'elles violaient nos valeurs fondamentales.

[117] Avant de passer au point suivant, toutefois, il peut être utile de voir dans la portée excessive un principe distinct de justice fondamentale lié au caractère arbitraire, l'*absence de lien* entre les effets d'une disposition et son objectif étant commune aux deux. La portée excessive permet seulement au tribunal de reconnaître l'absence de lien lorsqu'une disposition va trop loin en faisant tomber sous le coup de son application un comportement qui n'a aucun rapport avec son objectif.

[118] Une question accessoire, qui touche à la fois le caractère arbitraire et la portée excessive, concerne l'ampleur que doit revêtir l'absence de correspondance entre l'objectif de la disposition attentatoire et ses effets. On s'est demandé si une disposition était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets étaient *incompatibles* avec son objectif ou si, de manière générale, elle était arbitraire ou avait une portée trop grande lorsque ses effets *n'étaient pas nécessaires* à la réalisation de son objectif (voir, p. ex., *Chaoulli*, par. 233-234).

[119] Rappelons qu'il s'agit fondamentalement de déterminer si la disposition en cause est intrinsèquement mauvaise du fait de l'*absence de lien*, en tout ou en partie, entre ses effets et son objet. Satisfaire à cette norme n'est pas chose aisée. Comme dans l'affaire *Morgentaler*, la preuve peut démontrer que l'effet compromet en fait la réalisation de l'objectif et qu'il est donc « incompatible » avec celui-ci. Il peut aussi ressortir de la preuve, comme dans *Chaoulli*, qu'il n'y a tout simplement pas de lien entre l'effet et l'objectif, de sorte que l'effet « n'est pas nécessaire ». Peu importe la manière dont le juge qualifie cette absence de lien, la question demeure au fond de savoir si la preuve établit que la disposition viole des normes fondamentales du fait de l'*absence de lien* entre son effet et son objet. Il faut statuer en fonction du dossier et de la preuve offerte.

[120] La disproportion totale s'attache à d'autres éléments que ceux considérés pour le caractère

targets the second fundamental evil: the law's effects on life, liberty or security of the person are so grossly disproportionate to its purposes that they cannot rationally be supported. The rule against gross disproportionality only applies in extreme cases where the seriousness of the deprivation is totally out of sync with the objective of the measure. This idea is captured by the hypothetical of a law with the purpose of keeping the streets clean that imposes a sentence of life imprisonment for spitting on the sidewalk. The connection between the draconian impact of the law and its object must be entirely outside the norms accepted in our free and democratic society.

[121] Gross disproportionality under s. 7 of the *Charter* does *not* consider the beneficial effects of the law for society. It balances the negative effect on the individual against the purpose of the law, *not* against societal benefit that might flow from the law. As this Court said in *Malmo-Levine*:

> In effect, the exercise undertaken by Braidwood J.A. was to balance the law's salutary and deleterious effects. In our view, with respect, that is a function that is more properly reserved for s. 1. These are the types of social and economic harms that generally have no place in s. 7. [para. 181]

[122] Thus, gross disproportionality is not concerned with the number of people who experience grossly disproportionate effects; a grossly disproportionate effect on one person is sufficient to violate the norm.

[123] All three principles — arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality — compare the rights infringement caused by the law with the objective of the law, not with the law's effectiveness. That is, they do not look to how well the law achieves its object, or to how much of the population the law benefits. They do not consider ancillary benefits to the general population. Furthermore, none of the principles measure the percentage of the population that is negatively impacted. The

arbitraire et la portée excessive. Elle vise la seconde faille fondamentale, à savoir le fait que les effets de la disposition sur la vie, la liberté ou la sécurité de la personne sont si totalement disproportionnés à ses objectifs qu'ils ne peuvent avoir d'assise rationnelle. La règle qui exclut la disproportion totale ne s'applique que dans les cas extrêmes où la gravité de l'atteinte est sans rapport aucun avec l'objectif de la mesure. Pour illustrer cette idée, prenons l'hypothèse d'une loi qui, dans le but d'assurer la propreté des rues, infligerait une peine d'emprisonnement à perpétuité à quiconque cracherait sur le trottoir. Le lien entre les répercussions draconiennes et l'objet doit déborder complètement le cadre des normes reconnues dans notre société libre et démocratique.

[121] L'analyse de la disproportion totale au regard de l'art. 7 de la *Charte ne* tient *pas* compte des avantages de la loi pour la société. Elle met en balance l'effet préjudiciable sur l'intéressé avec l'objet de la loi, et *non* avec l'avantage que la société peut retirer de la loi. Comme le dit notre Cour dans *Malmo-Levine* :

> Dans les faits, le juge Braidwood a procédé à la pondération des effets bénéfiques et des effets préjudiciables de la Loi. En toute déférence, nous estimons qu'une telle démarche relève davantage de l'application de l'article premier. Il s'agit là de préjudices sociaux et économiques qui n'ont généralement pas leur place dans l'analyse fondée sur l'art. 7. [par. 181]

[122] Il peut y avoir disproportion totale indépendamment du nombre de personnes touchées; un effet totalement disproportionné sur une seule personne suffit.

[123] Les trois notions — le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale — supposent la comparaison de l'atteinte aux droits causée par la loi avec l'objectif de la loi, et non avec son efficacité. Autrement dit, elles ne s'intéressent pas à la réalisation de l'objectif législatif ou au pourcentage de la population qui bénéficie de l'application de la loi. Elles ne tiennent pas compte des avantages accessoires pour la population en général. De plus, aucune ne requiert la détermination du

analysis is qualitative, not quantitative. The question under s. 7 is whether *anyone's* life, liberty or security of the person has been denied by a law that is inherently bad; a grossly disproportionate, overbroad, or arbitrary effect on one person is sufficient to establish a breach of s. 7.

pourcentage de la population qui est touchée par un effet préjudiciable. L'analyse est qualitative et non quantitative. La question à se poser dans le cadre de l'analyse fondée sur l'art. 7 est celle de savoir si une disposition législative intrinsèquement mauvaise prive *qui que ce soit* du droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne; un effet totalement disproportionné, excessif ou arbitraire sur une seule personne suffit pour établir l'atteinte au droit garanti à l'art. 7.

(b) *The Relationship Between Section 7 and Section 1*

b) *Interaction entre l'art. 7 et l'article premier*

[124] This Court has previously identified parallels between the rules against arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality under s. 7 and elements of the s. 1 analysis for justification of laws that violate *Charter* rights. These parallels should not be allowed to obscure the crucial differences between the two sections.

[124] Notre Cour a déjà établi des parallèles entre les règles qui interdisent le caractère arbitraire, la portée excessive ou la disproportion totale au regard de l'art. 7 et les éléments de l'analyse, fondée sur l'article premier, de la justification d'une disposition qui porte atteinte à un droit garanti par la *Charte*. Ces parallèles ne doivent pas permettre d'occulter les différences cruciales entre ces deux articles.

[125] Section 7 and s. 1 ask different questions. The question under s. 7 is whether the law's negative effect on life, liberty, or security of the person is in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to the principles of arbitrariness, overbreadth, and gross disproportionality, the specific questions are whether the law's purpose, taken at face value, is connected to its effects and whether the negative effect is grossly disproportionate to the law's purpose. Under s. 1, the question is different — whether the negative impact of a law on the rights of individuals is proportionate to the pressing and substantial goal of the law in furthering the public interest. The question of justification on the basis of an overarching public goal is at the heart of s. 1, but it plays no part in the s. 7 analysis, which is concerned with the narrower question of whether the impugned law infringes individual rights.

[125] L'article 7 et l'article premier appellent des questions différentes. Pour les besoins de l'art. 7, l'effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est-il conforme aux principes de justice fondamentale? En ce qui concerne le caractère arbitraire, la portée excessive et la disproportion totale, il faut se demander si, de prime d'abord, l'objet de la disposition présente un lien avec ses effets et si l'effet préjudiciable est proportionné à cet objet. Pour les besoins de l'article premier, il faut plutôt se demander si l'effet préjudiciable sur les droits des personnes est proportionné à l'objectif urgent et réel de défense de l'intérêt public. La justification fondée sur l'objectif public prédominant constitue l'axe central de l'application de l'article premier, mais elle ne joue aucun rôle dans l'analyse fondée sur l'art. 7, qui se soucie seulement de savoir si la disposition contestée porte atteinte à un droit individuel.

[126] As a consequence of the different questions they address, s. 7 and s. 1 work in different ways. Under s. 1, the government bears the burden of showing that a law that breaches an individual's

[126] En raison des considérations différentes qui président à leur application, l'art. 7 et l'article premier opèrent différemment. Suivant l'article premier, il incombe à l'État de démontrer que

rights can be justified having regard to the government's goal. Because the question is whether the broader public interest justifies the infringement of individual rights, the law's goal must be pressing and substantial. The "rational connection" branch of the s. 1 analysis asks whether the law was a rational means for the legislature to pursue its objective. "Minimal impairment" asks whether the legislature could have designed a law that infringes rights to a lesser extent; it considers the legislature's reasonable alternatives. At the final stage of the s. 1 analysis, the court is required to weigh the negative impact of the law on people's rights against the beneficial impact of the law in terms of achieving its goal for the greater public good. The impacts are judged both qualitatively and quantitatively. Unlike individual claimants, the Crown is well placed to call the social science and expert evidence required to justify the law's impact in terms of society as a whole.

la disposition attentatoire peut être justifiée par l'objectif du législateur. Parce que la question est celle de savoir si l'intérêt public général justifie l'atteinte aux droits individuels, l'objectif doit être urgent et réel. Le volet de l'analyse fondée sur l'article premier qui porte sur l'existence d'un « lien rationnel » consiste à déterminer si, pour le législateur, la disposition représente un moyen rationnel d'atteindre son objectif. Le volet relatif à l'« atteinte minimale » établit si le législateur aurait pu concevoir une disposition moins attentatoire; il s'intéresse aux solutions de rechange raisonnables qui s'offrent au législateur. À l'étape finale de l'analyse fondée sur l'article premier, le tribunal soupèse l'effet préjudiciable de la disposition sur les droits des personnes et son effet bénéfique sur la réalisation de son objectif dans l'intérêt public supérieur. L'effet est apprécié sur les plans qualitatif et quantitatif. À la différence d'un demandeur individuel, l'État est bien placé pour présenter une preuve relevant des sciences humaines ainsi que le témoignage d'experts qui justifient les répercussions d'une disposition sur l'ensemble de la société.

[127] By contrast, under s. 7, the claimant bears the burden of establishing that the law deprives her of life, liberty or security of the person, in a manner that is not connected to the law's object or in a manner that is grossly disproportionate to the law's object. The inquiry into the purpose of the law focuses on the nature of the object, not on its efficacy. The inquiry into the impact on life, liberty or security of the person is not quantitative — for example, how many people are negatively impacted — but qualitative. An arbitrary, overbroad, or grossly disproportionate impact on one person suffices to establish a breach of s. 7. To require s. 7 claimants to establish the efficacy of the law versus its deleterious consequences on members of society as a whole, would impose the government's s. 1 burden on claimants under s. 7. That cannot be right.

[127] En revanche, l'art. 7 oblige le demandeur à démontrer que la disposition porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne d'une manière qui est sans lien avec l'objet de la disposition ou qui est totalement disproportionnée à celui-ci. La détermination de l'objet s'attache à sa nature et non à son efficacité. La détermination de l'effet sur le droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est pas quantitative, mais qualitative. On ne se demande donc pas combien de personnes subissent un effet préjudiciable. Il suffit d'un effet arbitraire, excessif ou totalement disproportionné sur une seule personne pour établir l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7. Obliger la personne qui invoque l'art. 7 à démontrer l'efficacité de la loi par opposition à ses conséquences néfastes sur l'ensemble de la société revient à lui imposer le même fardeau que celui qui incombe à l'État pour l'application de l'article premier, ce qui ne saurait être acceptable.

[128] In brief, although the concepts under s. 7 and s. 1 are rooted in similar concerns, they are analytically distinct.

[128] En résumé, bien que l'art. 7 et l'article premier fassent intervenir des notions qui s'originent de préoccupations semblables, ils commandent des analyses distinctes.

[129] It has been said that a law that violates s. 7 is unlikely to be justified under s. 1 of the *Charter* (*Motor Vehicle Reference*, at p. 518). The significance of the fundamental rights protected by s. 7 supports this observation. Nevertheless, the jurisprudence has also recognized that there may be some cases where s. 1 has a role to play (see, e.g., *Malmo-Levine*, at paras. 96-98). Depending on the importance of the legislative goal and the nature of the s. 7 infringement in a particular case, the possibility that the government could establish that a s. 7 violation is justified under s. 1 of the *Charter* cannot be discounted.

(4) Do the Impugned Laws Respect the Principles of Fundamental Justice?

(a) *Section 210: The Bawdy-House Prohibition*

(i) The Object of the Provision

[130] The bawdy-house provision has remained essentially unchanged since it was moved to Part V of the *Criminal Code*, "Disorderly Houses, Gaming and Betting", in the 1953-54 *Code* revision (c. 51, s. 182). In *Rockert v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 704, Estey J. found "little, if any, doubt" in the authorities that the disorderly house provisions were not directed at the mischief of betting, gaming and prostitution *per se*, but rather at the harm to the community in which such activities were carried on in a notorious and habitual manner (p. 712). This objective can be traced back to the common law origins of the bawdy-house provisions (see, e.g., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England: Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, first published 1644), at pp. 205-6).

[131] The appellant Attorneys General argue that the object of this provision, considered alone and in conjunction with the other prohibitions, is to

[129] On a affirmé que la disposition qui violait un droit garanti à l'art. 7 avait peu de chances d'être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* (*Renvoi sur la MVA*, p. 518). L'importance des droits fondamentaux protégés par l'art. 7 appuie cette remarque. Néanmoins, la jurisprudence reconnaît par ailleurs qu'il peut se présenter des situations dans lesquelles l'article premier a un rôle à jouer (voir, p. ex., l'arrêt *Malmo-Levine*, par. 96-98). On ne peut écarter la possibilité que l'État soit en mesure de démontrer que l'atteinte à un droit garanti à l'art. 7 est justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*, selon l'importance de l'objectif législatif et la nature de l'atteinte à un droit garanti par l'art. 7.

(4) Les dispositions législatives contestées respectent-elles les principes de justice fondamentale?

a) *Article 210 : Interdiction des maisons de débauche*

(i) Objet de la disposition

[130] La disposition relative aux maisons de débauche est demeurée pour l'essentiel inchangée depuis qu'elle figure à la partie V du *Code criminel* intitulée « Maisons de désordre, jeux et paris » par suite de la révision de 1953-1954 (ch. 51, art. 182). Dans l'arrêt *Rockert c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 704, le juge Estey se dit d'avis que la jurisprudence « ne permet plus de douter » que le méfait visé par ces infractions n'est pas le pari, le jeu et la prostitution en soi, mais plutôt le préjudice porté aux intérêts de la collectivité dans laquelle ces activités s'exercent d'une manière notoire et habituelle (p. 712). On peut faire remonter cet objectif à la common law qui est à l'origine des dispositions sur les maisons de débauche (voir, p. ex., E. Coke, *The Third Part of the Institutes of the Laws of England : Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown and Criminal Causes* (1817, publié pour la première fois en 1644), p. 205-206).

[131] Les procureurs généraux appelants soutiennent que, seule ou de concert avec les autres, cette interdiction vise à décourager la prostitution. Le

deter prostitution. The record does not support this contention; on the contrary, it is clear from the legislative record that the purpose of the prohibition is to prevent community harms in the nature of nuisance.

[132] There is no evidence to support a reappraisal of this purpose by Parliament. The doctrine against shifting objectives does not permit a new object to be introduced at this point (*R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731). On its face, the provision is only directed at in-call prostitution, and so cannot be said to aim at deterring prostitution generally. To find that it operates with the other *Criminal Code* provisions to deter prostitution generally is also unwarranted, given their piecemeal evolution and patchwork construction, which leaves out-calls and prostitution itself untouched. I therefore agree with the lower courts that the objectives of the bawdy-house provision are to combat neighbourhood disruption or disorder and to safeguard public health and safety.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[133] The courts below considered whether the bawdy-house prohibition is overbroad, or grossly disproportionate.

[134] I agree with them that the negative impact of the bawdy-house prohibition on the applicants' security of the person is grossly disproportionate to its objective. I therefore find it unnecessary to decide whether the prohibition is overbroad insofar as it applies to a single prostitute operating out of her own home (C.A., at para. 204). The application judge found on the evidence that moving to a bawdy-house would improve prostitutes' safety by providing the "safety benefits of proximity to others, familiarity with surroundings, security staff, closed-circuit television and other such monitoring that a permanent indoor location can facilitate" (para. 427). Balancing this against the evidence demonstrating

dossier n'appuie pas leur prétention; au contraire, il ressort du dossier législatif que l'interdiction a pour objet de faire obstacle au préjudice apparenté à la nuisance qui est infligé à la collectivité.

[132] Nul élément de preuve ne justifie la remise en cause de cet objectif. Le principe qui fait obstacle au changement d'objet ne permet pas de conclure maintenant à l'existence d'un nouvel objectif (*R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731). À première vue, la disposition ne vise que la prostitution pratiquée chez soi, de sorte qu'elle ne saurait viser à décourager la prostitution en général. Il n'y a pas lieu non plus de conclure qu'elle a pour effet, avec les autres dispositions du *Code criminel*, de décourager la prostitution en général, étant donné le caractère parcellaire de l'adoption et de l'évolution des dispositions qui a permis à la prostitution pratiquée chez autrui et à la prostitution comme telle d'échapper à la répression. Je conviens donc avec les juridictions inférieures que l'objectif de la disposition sur les maisons de débauche est de lutter contre les troubles de voisinage et de protéger la santé et la sécurité publiques.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[133] Les juridictions inférieures se demandent si l'interdiction des maisons de débauche a une portée trop grande ou si elle est totalement disproportionnée.

[134] Je conviens avec elles que l'effet préjudiciable de l'interdiction sur le droit à la sécurité des demanderesses est totalement disproportionné à l'objectif. J'estime donc inutile de me prononcer sur sa portée excessive dans le cas de la prostituée qui travaille seule chez elle (C.A., par. 204). La juge de première instance conclut de la preuve que dispenser leurs services dans une maison de débauche accroîtrait la sécurité des prostituées en les faisant bénéficier [TRADUCTION] « de l'avantage sécuritaire de la proximité d'autres personnes, de la familiarisation avec les lieux, d'un personnel chargé de leur sécurité, de la télésurveillance en circuit fermé et de toute autre mesure que permet un lieu permanent

that "complaints about nuisance arising from indoor prostitution establishments are rare" (*ibid.*), she found that the harmful impact of the provision was grossly disproportionate to its purpose.

[135] The Court of Appeal acknowledged that empirical evidence on the subject is difficult to gather, since almost all the studies focus on street prostitution. However, it concluded that the evidence supported the application judge's findings on gross disproportionality — in particular, the evidence of the high homicide rate among prostitutes, with the overwhelming number of victims being street prostitutes. The Court of Appeal agreed that moving indoors amounts to a "basic safety precaution" for prostitutes, one which the bawdy-house provision makes illegal (paras. 206-7).

[136] In my view, this conclusion was not in error. The harms identified by the courts below are grossly disproportionate to the deterrence of community disruption that is the object of the law. Parliament has the power to regulate against nuisances, but not at the cost of the health, safety and lives of prostitutes. A law that prevents street prostitutes from resorting to a safe haven such as Grandma's House while a suspected serial killer prowls the streets, is a law that has lost sight of its purpose.

(b) *Section 212(1)(j): Living on the Avails of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[137] This Court has held, *per* Cory J. for the majority in *Downey*, that the purpose of this provision is to target pimps and the parasitic, exploitative conduct in which they engage:

It can be seen that the majority of offences outlined in s. 195 are aimed at the procurer who entices, encourages or importunes a person to engage in prostitution. Section

situé à l'intérieur » (par. 427). Après avoir mis en balance ces éléments avec la preuve selon laquelle « rares sont les plaintes pour nuisance déposées contre un établissement où se pratique la prostitution » (*ibid.*), elle conclut que l'effet préjudiciable de la disposition est totalement disproportionné à son objectif.

[135] La Cour d'appel reconnaît qu'il est difficile de recueillir des données empiriques sur le sujet étant donné que la plupart des études s'intéressent surtout à la prostitution dans la rue. Elle conclut toutefois que la preuve étaye les conclusions de la juge sur la disproportion totale, en particulier en ce qui concerne le nombre élevé de meurtres de prostituées, en très grande majorité des prostituées travaillant dans la rue. Elle convient que travailler à l'intérieur constitue une [TRADUCTION] « précaution élémentaire » que la disposition sur les maisons de débauche rend illégale pour les prostituées (par. 206-207).

[136] À mon avis, cette conclusion n'est pas erronée. Les préjudices relevés par les juridictions inférieures sont totalement disproportionnés à l'objectif de réprimer le désordre public. Le législateur a le pouvoir de réprimer la nuisance, mais pas au prix de la santé, de la sécurité et de la vie des prostituées. La disposition qui empêche une prostituée de la rue de recourir à un refuge sûr comme Grandma's House alors qu'un tueur en série est soupçonné de sévir dans les rues est une disposition qui a perdu de vue son objectif.

b) *Alinéa 212(1)j) : Proxénétisme*

(i) Objet de la disposition

[137] Dans l'arrêt *Downey*, les juges majoritaires de la Cour (sous la plume du juge Cory) concluent que l'al. 212(1)*j*) vise à réprimer le proxénétisme, ainsi que le parasitisme et l'exploitation qui y sont associés :

On peut constater que la majorité des infractions mentionnées à l'art. 195 visent le proxénète qui entraîne ou encourage une personne à s'adonner à la prostitution

195(1)(*j*) [now s. 212(1)(*j*)] is specifically aimed at those who have an economic stake in the earnings of a prostitute. It has been held correctly I believe that the target of s. 195(1)(*j*) is the person who lives parasitically off a prostitute's earnings. That person is commonly and aptly termed a pimp. [p. 32]

[138] The Attorneys General of Canada and Ontario argue that the true objective of s. 212(1)(*j*) is to target the commercialization of prostitution, and to promote the values of dignity and equality. This characterization of the objective does not accord with *Downey*, and is not supported by the legislative record. It must be rejected.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[139] The courts below concluded that the living on the avails provision is overbroad insofar as it captures a number of non-exploitative relationships which are not connected to the law's purpose. The courts below also concluded that the provision's negative effect on the security and safety of prostitutes is grossly disproportionate to its objective of protecting prostitutes from harm.

[140] I agree with the courts below that the living on the avails provision is overbroad.

[141] The provision has been judicially restricted to those who provide a service or good to a prostitute because she is a prostitute, thus excluding grocers and doctors, for instance (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). It also has been held to require that exploitation be proven in the case of a person who lives with the prostitute, in order to exclude people in legitimate domestic relationships with a prostitute (*Grilo*). These refinements render the prohibition narrower than its words might suggest.

[142] The question here is whether the law nevertheless goes too far and thus deprives the applicants of their security of the person in a manner unconnected to the law's objective. The law punishes

ou la harcèle à cette fin. L'alinéa 195(1)*j*) [aujourd'hui remplacé par l'al. 212(1)*j*)] vise particulièrement ceux qui ont un intérêt financier dans les revenus d'un prostitué. On estime à juste titre, je crois, que la cible visée par l'al. 195(1)*j*) est la personne qui vit en parasite du revenu d'un prostitué, qu'on appelle communément et fort à propos le souteneur. [p. 32]

[138] Le procureur général du Canada et celui de l'Ontario soutiennent que le véritable objectif de l'al. 212(1)*j*) est de réprimer la commercialisation de la prostitution et de promouvoir les valeurs que sont la dignité et l'égalité. Leur prétention est contraire à l'arrêt *Downey* et n'est pas étayée par le dossier législatif. Elle doit donc être écartée.

(ii) Conformité avec les principes de justice fondamentale

[139] Les juridictions inférieures estiment que la portée de la disposition sur le proxénétisme est excessive en ce que sont ciblés des rapports dénués d'exploitation qui n'ont aucun lien avec l'objet de la disposition. Elles opinent en outre que l'effet préjudiciable de la disposition sur la sécurité des prostituées est totalement disproportionné à l'objectif de les protéger.

[140] Je conviens avec elles que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive.

[141] Les tribunaux n'ont appliqué la disposition qu'à la personne qui offre un service ou un bien à une prostituée parce qu'elle est une prostituée, ce qui exclut, par exemple, l'épicier ou le médecin (*Shaw c. Director of Public Prosecutions*, [1962] A.C. 220 (H.L.)). Ils ont également statué que, dans le cas d'une personne habitant avec une prostituée, l'exploitation devait être prouvée afin qu'un conjoint de fait légitime ne puisse être inquiété (*Grilo*). Leur démarche a pour effet de limiter la portée que l'interdiction pourrait avoir si l'on s'en tenait strictement à son libellé.

[142] La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si la disposition va néanmoins trop loin et porte ainsi atteinte au droit à la sécurité des demanderesses selon des modalités qui sont étrangères

everyone who lives on the avails of prostitution without distinguishing between those who exploit prostitutes (for example, controlling and abusive pimps) and those who could increase the safety and security of prostitutes (for example, legitimate drivers, managers, or bodyguards). It also includes anyone involved in business with a prostitute, such as accountants or receptionists. In these ways, the law includes some conduct that bears no relation to its purpose of preventing the exploitation of prostitutes. The living on the avails provision is therefore overbroad.

[143] The appellant Attorneys General argue that the line between an exploitative pimp and a prostitute's legitimate driver, manager or bodyguard, blurs in the real world. A relationship that begins on a non-exploitative footing may become exploitative over time. If the provision were tailored more narrowly — for example, by reading in "in circumstances of exploitation" as the Court of Appeal did — evidentiary difficulties may lead to exploiters escaping liability. Relationships of exploitation often involve intimidation and manipulation of the kind that make it very difficult for a prostitute to testify. For these reasons, the Attorneys General argue, the provision must be drawn broadly in order to effectively capture those it targets.

[144] This argument is more appropriately addressed under the s. 1 analysis. As stated above, if a law captures conduct that bears no relation to its purpose, the law is overbroad under s. 7; enforcement practicality is one way the government may justify an overbroad law under s. 1 of the *Charter*.

[145] Having found that the prohibition on living on the avails of prostitution is overbroad, I find it unnecessary to consider whether it is also grossly disproportionate to its object of protecting prostitutes from exploitative relationships.

à l'objectif poursuivi. Est sanctionné quiconque vit des produits de la prostitution d'autrui sans que ne soit établie de distinction entre celui qui exploite une prostituée (tel le proxénète contrôlant et violent) et celui qui peut accroître la sécurité d'une prostituée (tel le chauffeur, le gérant ou le garde du corps véritable). La disposition vise également toute personne qui fait affaire avec une prostituée, y compris un comptable ou un réceptionniste. Certains actes sans aucun rapport avec l'objectif de prévenir l'exploitation des prostituées tombent aussi sous le coup de la loi. La disposition sur le proxénétisme a donc une portée excessive.

[143] Les procureurs généraux appelants font valoir que, dans la réalité, la ligne de démarcation entre le proxénète qui exploite une prostituée et le chauffeur, le gérant ou le garde du corps d'une prostituée est floue. Une relation qui n'est empreinte d'aucune exploitation au départ peut le devenir avec le temps. Si le libellé de la disposition était circonscrit davantage — par exemple en considérant que les mots « dans des situations d'exploitation » y sont employés, comme le préconise la Cour d'appel —, un exploiteur pourrait échapper à l'application de la loi du seul fait que sa responsabilité serait difficile à établir. L'exploitation comporte souvent manipulation et intimidation, ce qui rend très difficile l'obtention du témoignage d'une prostituée. Les procureurs généraux font donc valoir que la disposition doit avoir une grande portée afin de réprimer les actes qui sont censés l'être.

[144] Cette considération a davantage sa place dans l'analyse fondée sur l'article premier. Je le répète, une disposition a une portée excessive au regard de l'art. 7 lorsqu'elle s'applique à un comportement qui est sans rapport avec son objet; l'utilité pratique sur le plan de l'application est l'une des considérations que le gouvernement peut invoquer pour justifier la portée excessive d'une disposition suivant l'article premier de la *Charte*.

[145] Vu ma conclusion que la disposition sur le proxénétisme a une portée excessive, il me paraît inutile de déterminer si elle est aussi totalement disproportionnée à son objectif de protéger les prostituées contre l'exploitation.

(c) *Section 213(1)(c): Communicating in Public for the Purposes of Prostitution*

(i) The Object of the Provision

[146] The object of the communicating provision was explained by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*:

> Like Wilson J., I would characterize the legislative objective of s. 195.1(1)(*c*) [now s. 213(1)(*c*)] in the following manner: the provision is meant to address solicitation in public places and, to that end, seeks to eradicate the various forms of social nuisance arising from the public display of the sale of sex. My colleague Lamer J. finds that s. 195.1(1)(*c*) is truly directed towards curbing the exposure of prostitution and related violence, drugs and crime to potentially vulnerable young people, and towards eliminating the victimization and economic disadvantage that prostitution, and especially street soliciting, represents for women. I do not share the view that the legislative objective can be characterized so broadly. In prohibiting sales of sexual services in public, the legislation does not attempt, at least in any direct manner, to address the exploitation, degradation and subordination of women that are part of the contemporary reality of prostitution. Rather, in my view, the legislation is aimed at taking solicitation for the purposes of prostitution off the streets and out of public view.
>
> The *Criminal Code* provision subject to attack in these proceedings clearly responds to the concerns of home-owners, businesses, and the residents of urban neighbourhoods. Public solicitation for the purposes of prostitution is closely associated with street congestion and noise, oral harassment of non-participants and general detrimental effects on passers-by or bystanders, especially children. [pp. 1134-35]

[147] It is clear from these reasons that the purpose of the communicating provision is not to eliminate street prostitution for its own sake, but to take prostitution "off the streets and out of public view" in order to prevent the nuisances that street prostitution can cause. The *Prostitution Reference* belies the argument of the Attorneys General that

c) *Alinéa 213(1)c) : Communiquer en public à des fins de prostitution*

(i) Objet de la disposition

[146] Dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson explique l'objet de la disposition sur la communication :

> Comme le juge Wilson, je suis d'avis de qualifier l'objectif législatif de l'al. 195.1(1)*c*) [aujourd'hui remplacé par l'al. 213(1)*c*)] de la façon suivante : la disposition vise la sollicitation dans les endroits publics et, à cette fin, tente de supprimer les diverses formes de nuisances sociales qui découlent de l'étalage en public de la vente de services sexuels. Mon collègue le juge Lamer conclut que l'al. 195.1(1)*c*) vise en réalité à empêcher que de jeunes personnes vraisemblablement vulnérables soient exposées à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime qui l'accompagnent et à éliminer l'oppression et la sujétion économique que la prostitution, et particulièrement la sollicitation de rue, représentent pour les femmes. Je ne partage pas l'opinion que l'objectif législatif puisse être qualifié de façon aussi large. En interdisant la vente de services sexuels dans les endroits publics, la loi ne tente pas, à tout le moins directement, de traiter le problème de l'exploitation, de la dégradation et de la subordination des femmes, qui font partie de la réalité quotidienne de la prostitution. À mon avis, la loi vise plutôt à empêcher que la sollicitation en vue de se livrer à la prostitution se fasse dans les rues et sous les regards du public.
>
> La disposition du *Code criminel* contestée en l'espèce répond clairement aux préoccupations des propriétaires de maison, des commerces et des habitants des secteurs urbains. La sollicitation en public aux fins de la prostitution est intimement associée à l'encombrement des rues ainsi qu'au bruit, au harcèlement verbal de ceux qui n'y participent pas et à divers effets généralement néfastes sur les passants et les spectateurs, particulièrement les enfants. [p. 1134-1135]

[147] Il s'ensuit clairement que la disposition sur la communication vise non pas à éliminer la prostitution dans la rue comme telle, mais bien « à sortir la prostitution de la rue et à la soustraire au regard du public » afin d'empêcher les nuisances susceptibles d'en découler. Le *Renvoi sur la prostitution* contredit la thèse des procureurs généraux selon laquelle

Parliament's overall objective in these provisions is to deter prostitution.

(ii) Compliance With the Principles of Fundamental Justice

[148] The application judge concluded that the harm imposed by the prohibition on communicating in public was grossly disproportionate to the provision's object of removing the nuisance of prostitution from the streets. This was based on evidence that she found established that the ability to screen clients was an "essential tool" to avoiding violent or drunken clients (application decision, at para. 432).

[149] The majority of the Court of Appeal found that the application judge erred in her analysis of gross disproportionality by attaching too little importance to the objective of s. 213(1)(*c*), and by incorrectly finding on the evidence that face-to-face communication with a prospective customer is essential to enhancing prostitutes' safety (paras. 306 and 310).

[150] In my view, the Court of Appeal majority's reasoning on this question is problematic, largely for the reasons set out by MacPherson J.A., dissenting in part. Four aspects of the majority's analysis are particularly troubling.

[151] First, in concluding that the application judge accorded too little weight to the legislative objective of s. 213(1)(*c*), the majority of the Court of Appeal criticized her characterization of the object of the provision as targeting "noise, street congestion, and the possibility that the practice of prostitution will interfere with those nearby" (C.A., at para. 306). But the application judge's conclusion was in concert with the object of s. 213(1)(*c*) established by Dickson C.J. in the *Prostitution Reference*, which the majority of the Court of Appeal endorsed earlier in their reasons (para. 286).

[152] Compounding this error, the majority of the Court of Appeal inflated the objective of the prohibition on public communication by referring to "drug possession, drug trafficking, public

l'objectif général de la disposition serait de décourager la prostitution.

(ii) Conformité aux principes de justice fondamentale

[148] La juge de première instance conclut que le préjudice causé par l'interdiction de communiquer en public est totalement disproportionné à l'objet de la disposition, à savoir mettre fin à la nuisance que constitue la prostitution dans la rue. Elle s'appuie sur des éléments de preuve qui, à son avis, démontrent que la possibilité de jauger les clients est [TRADUCTION] « essentielle » à la détection de ceux qui sont violents ou ivres (décision de première instance, par. 432).

[149] Les juges majoritaires de la Cour d'appel opinent que, dans son analyse de la proportionnalité, la juge de première instance commet l'erreur d'accorder trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)*c*) et de conclure, à partir de la preuve, que la possibilité d'une communication entre les intéressés est essentielle à la sécurité des prostituées (par. 306 et 310).

[150] À mon avis, le raisonnement des juges majoritaires de la Cour d'appel sur ce point pose problème, en grande partie pour les motifs qu'invoque le juge MacPherson, dissident en partie. Leur analyse est problématique sous quatre rapports.

[151] Premièrement, pour conclure que la juge accorde trop peu d'importance à l'objectif de l'al. 213(1)*c*), les juges majoritaires de la Cour d'appel lui reprochent d'affirmer que la disposition vise [TRADUCTION] « le bruit, l'encombrement des rues et la possibilité que l'exercice de la prostitution gêne ceux qui se trouvent dans les lieux environnants » (C.A., par. 306). Or, la conclusion de la juge s'accorde avec l'objet de l'al. 213(1)*c*) reconnu par le juge en chef Dickson dans le *Renvoi sur la prostitution* et auquel les juges majoritaires souscrivent par ailleurs dans leurs motifs (par. 286).

[152] Pour ajouter à cette erreur, les juges majoritaires accroissent la portée de l'objectif de l'interdiction de la communication en public en mentionnant [TRADUCTION] « la possession de drogue, le

intoxication, and organized crime" (para. 307), even though Dickson C.J. explicitly *excluded* the exposure of "related violence, drugs and crime" to vulnerable young people from the objectives of s. 213(1)(*c*). At most, the provision's effect on these other issues is an ancillary benefit — and, as such, it should not play into the gross disproportionality analysis, which weighs the actual objective of the provision against its negative impact on the individual's life, liberty and security of the person.

trafic de stupéfiants, l'intoxication publique et le crime organisé » (par. 307). Pourtant, dans le *Renvoi sur la prostitution*, le juge en chef Dickson *écarte* explicitement des objectifs de l'al. 213(1)*c*) le fait d'empêcher que de jeunes personnes vulnérables soient exposées « à la prostitution, à la violence, aux drogues et au crime » qui accompagnent la prostitution. Tout au plus, l'effet de cette disposition sur ces autres aspects ne constitue qu'un avantage accessoire, de sorte qu'il ne devrait pas être pris en compte lorsque, dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité, on soupèse l'objectif réel de la disposition et son effet préjudiciable sur le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

[153] The three remaining concerns with the majority's reasoning relate to the other side of the balance: the assessment of the impact of the provision.

[153] Les trois autres failles du raisonnement de la majorité touchent l'autre plateau de la balance, soit l'effet de la disposition.

[154] First, the majority of the Court of Appeal erroneously substituted its assessment of the evidence for that of the application judge. It found that the application judge's conclusion that face-to-face communication is essential to enhancing prostitutes' safety was based only on "anecdotal evidence . . . informed by her own common sense" (para. 311). This was linked to its error, discussed above, in according too little deference to the application judge on findings of social and legislative facts. MacPherson J.A. for the minority, correctly countered that the evidence on this point came from both prostitutes' own accounts and from expert assessments, and provided a firm basis for the application judge's conclusion (paras. 348-50).

[154] Premièrement, les juges majoritaires de la Cour d'appel substituent à tort leur appréciation de la preuve à celle de la juge de première instance. Ils concluent que cette dernière se fonde sur [TRADUCTION] « des preuves anecdotiques [. . .] éclairées par son propre bon sens » (par. 311) pour conclure que la communication des intéressés est essentielle à la sécurité accrue des prostituées. Leur erreur est imputable à celle, mentionnée précédemment, de déférer trop peu aux conclusions de la juge sur des faits sociaux ou législatifs. Au nom des juges minoritaires, le juge MacPherson rétorque à juste titre que la preuve sur ce point est constituée à la fois de témoignages de prostituées et de témoignages d'experts, et qu'elle étaye solidement la conclusion tirée en première instance (par. 348-350).

[155] Second, the majority ignored the law's effect of displacing prostitutes to more secluded, less secure locations. The application judge highlighted this displacement (at para. 331), citing the evidence found in the report of the House of Commons Standing Committee on Justice and Human Rights Subcommittee on Solicitation Laws (*The Challenge of Change: A Study of Canada's Criminal Prostitution Laws* (2006)) on the effects of s. 213(1)(*c*). The majority's conclusion that the application judge did not have a proper basis to

[155] Deuxièmement, les juges majoritaires font fi des conséquences que la disposition a eues sur les prostituées en les faisant migrer vers des lieux isolés et moins sûrs. La juge de première instance met cette migration en évidence (par. 331) et cite les éléments de preuve tirés du rapport du Sous-comité de l'examen des lois sur le racolage du Comité permanent de la justice et des droits de la personne de la Chambre des communes (*Le défi du changement : Étude des lois pénales en matière de prostitution au Canada* (2006)) sur les effets de l'application de

conclude that face-to-face communication enhances safety may be explained in part by their failure to consider the impact of the provision on displacement.

[156] Related to this is the uncontested fact that the communication ban prevents street workers from bargaining for conditions that would materially reduce their risk, such as condom use and the use of safe houses.

[157] Finally, the majority of the Court of Appeal majority, in rejecting the application judge's conclusions, relied on its own speculative assessment of the impact of s. 213(1)(*c*):

> While it is fair to say that a street prostitute might be able to avoid a "bad date" by negotiating details such as payment, services to be performed and condom use up front, it is equally likely that the customer could pass muster at an early stage, only to turn violent once the transaction is underway. It is also possible that the prostitute may proceed even in the face of perceived danger, either because her judgment is impaired by drugs or alcohol, or because she is so desperate for money that she feels compelled to take the risk. [para. 312]

[158] It is certainly conceivable, as this passage suggests, that some street prostitutes would not refuse a client even if communication revealed potential danger. It is also conceivable that the danger may not be perfectly predicted in advance. However, that does not negate the application judge's finding that communication is an essential tool that can decrease risk. The assessment is qualitative, not quantitative. If screening could have prevented one woman from jumping into Robert Pickton's car, the severity of the harmful effects is established.

[159] In sum, the Court of Appeal wrongly attributed errors in reasoning to the application judge and made a number of errors in considering gross disproportionality. I would restore the application

l'al. 213(1)*c*). La conclusion des juges majoritaires suivant laquelle la juge ne disposait pas d'éléments suffisants pour conclure que la communication entre les intéressés accroît la sécurité des prostituées peut s'expliquer en partie par leur omission de tenir compte de l'effet de la disposition sur la migration des prostituées.

[156] À cela s'ajoute le fait incontesté que l'interdiction de communiquer à des fins de prostitution empêche les prostituées de la rue de négocier des conditions susceptibles de réduire sensiblement le risque auquel elles s'exposent, telle l'utilisation du condom ou d'un lieu sûr.

[157] Enfin, les juges majoritaires de la Cour d'appel s'appuient sur leur propre appréciation spéculative des répercussions de l'al. 213(1)*c*) pour écarter les conclusions tirées en première instance :

> [TRADUCTION] Bien qu'il soit juste de dire qu'une prostituée de la rue pourrait éviter les incidents malheureux en négociant à l'avance des modalités comme le paiement, les services à rendre et l'utilisation d'un condom, il est également possible que le client jugé acceptable à ce stade préalable devienne ensuite violent lorsque la prestation est en cours. Il est également possible que la prostituée décide d'aller de l'avant malgré le danger pressenti, soit parce que son jugement est altéré par la drogue ou l'alcool, soit parce qu'elle a tellement besoin d'argent qu'elle se sent obligée de courir le risque. [par. 312]

[158] Même si on peut assurément concevoir, comme l'indique cet extrait, qu'une prostituée de la rue ne refuse pas un client même lorsque la communication révèle l'existence d'un risque, il est également concevable que le risque ne puisse être totalement prévisible. Pour autant, la conclusion de la juge selon laquelle la communication entre les intéressés est essentielle à la réduction du risque demeure valable. L'appréciation est qualitative, non quantitative. À supposer que l'évaluation préalable ait pu empêcher une seule femme de monter à bord de la voiture de Robert Pickton, la gravité des effets préjudiciables est démontrée.

[159] En somme, la Cour d'appel relève à tort des erreurs dans le raisonnement de la juge de première instance et elle en commet plusieurs au chapitre de la proportionnalité. Je suis d'avis de rétablir la

judge's conclusion that s. 213(1)(*c*) is grossly disproportionate. The provision's negative impact on the safety and lives of street prostitutes is a grossly disproportionate response to the possibility of nuisance caused by street prostitution.

C. *Do the Prohibitions Against Communicating in Public Violate Section 2(b) of the Charter?*

[160] Having concluded that the impugned laws violate s. 7, it is unnecessary to consider this question.

D. *Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

[161] The appellant Attorneys General have not seriously argued that the laws, if found to infringe s. 7, can be justified under s. 1 of the *Charter*. Only the Attorney General of Canada addressed this in his factum, and then, only briefly. I therefore find it unnecessary to engage in a full s. 1 analysis for each of the impugned provisions. However, some of their arguments under s. 7 of the *Charter* are properly addressed at this stage of the analysis.

[162] In particular, the Attorneys General attempt to justify the living on the avails provision on the basis that it must be drafted broadly in order to capture all exploitative relationships, which can be difficult to identify. However, the law not only catches drivers and bodyguards, who may actually be pimps, but it also catches clearly non-exploitative relationships, such as receptionists or accountants who work with prostitutes. The law is therefore not minimally impairing. Nor, at the final stage of the s. 1 inquiry, is the law's effect of preventing prostitutes from taking measures that would increase their safety, and possibly save their lives, outweighed by the law's positive effect of protecting prostitutes from exploitative relationships.

conclusion de la juge selon laquelle l'al. 213(1)*c*) est totalement disproportionné. L'effet préjudiciable de cette disposition sur le droit à la sécurité et à la vie des prostituées de la rue est totalement disproportionné au risque de nuisance causée par la prostitution de la rue.

C. *Les interdictions de communiquer en public portent-elles atteinte à une liberté garantie à l'al. 2b) de la Charte?*

[160] Comme je conclus que les dispositions contestées violent le droit garanti à l'art. 7, point n'est besoin de se prononcer à cet égard.

D. *Les atteintes sont-elles justifiées suivant l'article premier de la Charte?*

[161] Les procureurs généraux appelants ne prétendent pas sérieusement que si elles sont jugées contraires à l'art. 7, les dispositions en cause peuvent être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*. Seul le procureur général du Canada aborde le sujet dans son mémoire, et ce, brièvement. Il m'apparaît donc inutile de me livrer à une analyse exhaustive au regard de l'article premier pour chacune des dispositions attaquées. Par contre, certaines des thèses qu'ils défendent en fonction de l'art. 7 de la *Charte* sont reprises à juste titre à cette étape de l'analyse.

[162] En particulier, les procureurs généraux tentent de justifier la disposition sur le proxénétisme par la nécessité d'un libellé général afin que tombent sous le coup de son application toutes les relations empreintes d'exploitation, lesquelles peuvent être difficiles à cerner. Or, la disposition vise non seulement le chauffeur ou le garde du corps, qui peut être en fait un proxénète, mais aussi la personne qui entretient avec la prostituée des rapports manifestement dénués d'exploitation (p. ex. un réceptionniste ou un comptable). La disposition n'équivaut donc pas à une atteinte minimale. Pour les besoins du dernier volet de l'analyse fondée sur l'article premier, son effet bénéfique — protéger les prostituées contre l'exploitation — ne l'emporte pas non plus sur l'effet préjudiciable qui empêche les prostituées de prendre des mesures pour accroître leur sécurité et, peut-être, leur sauver la vie.

[163] The Attorneys General have not raised any other arguments distinct from those considered under s. 7. I therefore find that the impugned laws are not saved by s. 1 of the *Charter*.

V. Result and Remedy

[164] I would dismiss the appeals and allow the cross-appeal. Section 210, as it relates to prostitution, and ss. 212(1)(*j*) and 213(1)(*c*) are declared to be inconsistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and hence are void. The word "prostitution" is struck from the definition of "common bawdy-house" in s. 197(1) of the *Criminal Code* as it applies to s. 210 only.

[165] I have concluded that each of the challenged provisions, considered independently, suffers from constitutional infirmities that violate the *Charter*. That does not mean that Parliament is precluded from imposing limits on where and how prostitution may be conducted. Prohibitions on keeping a bawdy-house, living on the avails of prostitution and communication related to prostitution are intertwined. They impact on each other. Greater latitude in one measure — for example, permitting prostitutes to obtain the assistance of security personnel — might impact on the constitutionality of another measure — for example, forbidding the nuisances associated with keeping a bawdy-house. The regulation of prostitution is a complex and delicate matter. It will be for Parliament, should it choose to do so, to devise a new approach, reflecting different elements of the existing regime.

[166] This raises the question of whether the declaration of invalidity should be suspended and if so, for how long.

[167] On the one hand, immediate invalidity would leave prostitution totally unregulated while Parliament grapples with the complex and sensitive problem of how to deal with it. How prostitution is regulated is a matter of great public concern, and few countries leave it entirely unregulated.

[163] Les procureurs généraux n'invoquent pas d'éléments distincts de ceux examinés au regard de l'art. 7. Je conclus donc que les dispositions contestées ne sont pas sauvegardées par application de l'article premier de la *Charte*.

V. Dispositif et réparation

[164] Je suis d'avis de rejeter les pourvois et d'accueillir le pourvoi incident. L'article 210, en ce qui concerne la prostitution, et les al. 212(1)*j*) et 213(1)*c*) sont déclarés incompatibles avec la *Charte canadienne des droits et libertés* et sont par conséquent invalidés. Le mot « prostitution » est supprimé de la définition de « maison de débauche » figurant au par. 197(1) du *Code criminel* pour les besoins de l'art. 210 uniquement.

[165] Je conclus que, considérée isolément, chacune des dispositions contestées comporte des failles constitutionnelles qui portent atteinte à la *Charte*. Il ne s'ensuit pas que le législateur ne peut décider des lieux et des modalités de la prostitution. L'interdiction de tenir une maison de débauche, celle de s'adonner au proxénétisme et celle de communiquer aux fins de prostitution s'entremêlent. Chacune a une incidence sur l'autre. Atténuer l'une d'elles — par exemple en permettant aux prostituées de retenir les services de préposés à leur sécurité — peut influer sur la constitutionnalité de l'autre, comme celle des nuisances associées à la tenue d'une maison de débauche. L'encadrement de la prostitution est un sujet complexe et délicat. Il appartiendra au législateur, s'il le juge opportun, de concevoir une nouvelle approche qui intègre les différents éléments du régime actuel.

[166] La question se pose alors de savoir s'il doit y avoir invalidation avec effet suspensif et, dans l'affirmative, quelle doit être la durée de cet effet.

[167] L'invalidité avec effet immédiat ferait en sorte que la prostitution échappe à toute réglementation le temps que le législateur trouve une solution au problème épineux et délicat de l'encadrement de la prostitution. La question revêt un intérêt public considérable, et peu de pays s'abstiennent de toute

Whether immediate invalidity would pose a danger to the public or imperil the rule of law (the factors for suspension referred to in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679) may be subject to debate. However, it is clear that moving abruptly from a situation where prostitution is regulated to a situation where it is entirely unregulated would be a matter of great concern to many Canadians.

[168] On the other hand, leaving the prohibitions against bawdy-houses, living on the avails of prostitution and public communication for purposes of prostitution in place in their present form leaves prostitutes at increased risk for the time of the suspension — risks which violate their constitutional right to security of the person.

[169] The choice between suspending the declaration of invalidity and allowing it to take immediate effect is not an easy one. Neither alternative is without difficulty. However, considering all the interests at stake, I conclude that the declaration of invalidity should be suspended for one year.

Appeals dismissed and cross-appeal allowed.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the appellant/respondent on cross-appeal the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Québec.

Solicitors for the interveners the Pivot Legal Society, the Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society and the PACE Society: Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay,

réglementation en la matière. Il peut y avoir controverse quant à savoir si l'invalidité avec effet immédiat présenterait un danger pour le public ou compromettrait la primauté du droit (les facteurs favorables à la suspension invoqués dans *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679). Cependant, il est clair que passer carrément de la situation où la prostitution est réglementée à la situation où elle ne le serait pas du tout susciterait de vives inquiétudes chez de nombreux Canadiens.

[168] Par contre, laisser s'appliquer dans leur forme actuelle l'interdiction des maisons de débauche, celle du proxénétisme et celle de la communication en public aux fins de prostitution exposerait les prostituées à un risque accru durant la suspension, un risque qui porte atteinte à leur droit constitutionnel à la sécurité de la personne.

[169] Il n'est pas facile de choisir entre l'invalidation avec effet suspensif ou immédiat. L'une et l'autre des mesures comportent des inconvénients. Toutefois, au vu de l'ensemble des intérêts en jeu, je conclus à la nécessité de suspendre l'effet de la déclaration d'invalidité pendant un an.

Pourvois rejetés et pourvoi incident accueilli.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'appelant/intimé au pourvoi incident le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs des intimées/appelantes au pourvoi incident : Osgoode Hall Law School of York University, Toronto; Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Québec.

Procureurs des intervenantes Pivot Legal Society, Downtown Eastside Sex Workers United Against Violence Society et PACE Society : Pivot Legal Society, Vancouver; Arvay Finlay, Vancouver;

Vancouver; Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Secretariat of the Joint United Nations Programme on HIV/AIDS: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Evangelical Fellowship of Canada: Evangelical Fellowship of Canada, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS and the HIV & AIDS Legal Clinic Ontario: Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the Native Women's Association of Canada, the Canadian Association of Elizabeth Fry Societies, Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel and the Vancouver Rape Relief Society: University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Solicitors for the interveners the Christian Legal Fellowship, the Catholic Civil Rights League and REAL Women of Canada: Bennett Jones, Toronto.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Solicitors for the intervener the Simone de Beauvoir Institute: Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Janes Freedman Kyle Law Corporation, Vancouver; Ratcliff & Company, North Vancouver; Harper Grey, Vancouver.

Procureurs de l'intervenant le Secrétariat du Programme commun des Nations Unies sur le VIH/sida : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Hunter Litigation Chambers, Vancouver.

Procureur de l'intervenante l'Alliance évangélique du Canada : Alliance évangélique du Canada, Ottawa.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS et HIV & AIDS Legal Clinic Ontario : Cooper & Sandler, Toronto; HIV & AIDS Legal Clinic Ontario, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Association canadienne des centres contre les agressions à caractère sexuel, l'Association des femmes autochtones du Canada, l'Association canadienne des Sociétés Elizabeth Fry, l'Action ontarienne contre la violence faite aux femmes, la Concertation des luttes contre l'exploitation sexuelle, le Regroupement québécois des Centres d'aide et de lutte contre les agressions à caractère sexuel et Vancouver Rape Relief Society : University of British Columbia, Vancouver; Fay Faraday, Toronto.

Procureurs des intervenantes l'Alliance des chrétiens en droit, la Ligue catholique des droits de l'homme et REAL Women of Canada : Bennett Jones, Toronto.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : Arvay Finlay, Vancouver; David Asper Centre for Constitutional Rights, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Institut Simone de Beauvoir : Desrosiers, Joncas, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the AWCEP Asian Women for Equality Society, operating as Asian Women Coalition Ending Prostitution: Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Solicitor for the intervener Aboriginal Legal Services of Toronto Inc.: Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

Procureurs de l'intervenante AWCEP Asian Women for Equality Society, exerçant ses activités sous le nom Asian Women Coalition Ending Prostitution : Foy Allison Law Group, West Vancouver.

Procureur de l'intervenante Aboriginal Legal Services of Toronto Inc. : Aboriginal Legal Services of Toronto Inc., Toronto.

TAB 24

Adil Charkaoui *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Arab Federation, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Hassan Almrei *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration and Minister of Public Safety and Emergency Preparedness *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees,

Adil Charkaoui *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Fédération canado-arabe, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Hassan Almrei *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés,

African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

- and -

Mohamed Harkat *Appellant*

v.

Minister of Citizenship and Immigration, Minister of Public Safety and Emergency Preparedness, and Attorney General of Canada *Respondents*

and

Attorney General of Ontario, Amnesty International, British Columbia Civil Liberties Association, Canadian Bar Association, Canadian Civil Liberties Association, Canadian Council for Refugees, African Canadian Legal Clinic, International Civil Liberties Monitoring Group, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Federation of Law Societies of Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch *Interveners*

Indexed as: Charkaoui *v.* Canada (Citizenship and Immigration)

African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

- et -

Mohamed Harkat *Appelant*

c.

Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et procureur général du Canada *Intimés*

et

Procureur général de l'Ontario, Amnistie internationale, British Columbia Civil Liberties Association, Association du Barreau canadien, Association canadienne des libertés civiles, Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles, National Anti-Racism Council of Canada, Canadian Council on American-Islamic Relations, Canadian Muslim Civil Liberties Association, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada, University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch *Intervenants*

Répertorié : Charkaoui *c.* Canada (Citoyenneté et Immigration)

Neutral citation: 2007 SCC 9.

File Nos.: 30762, 30929, 31178.

2006: June 13, 14, 15; 2007: February 23.

Present: McLachlin C.J. and Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of person — Fundamental justice — Fair hearing — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge reviewing reasonableness of certificate must ensure confidentiality of information on which certificate is based if disclosure would be injurious to national security — Named persons in certificates denied opportunity to known case put against them — Whether named persons deprived of their right to life, liberty and security of person in accordance with principles of fundamental justice — If not, whether limit imposed on named persons' constitutional right justifiable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Arbitrary detention — Right to prompt review of detention — Immigration — Removal — Detention of foreign nationals automatic upon issuance of certificate stating they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether detention without warrant or lack of review of detention until 120 days after reasonableness of certificate judicially confirmed infringes guarantee against arbitrary detention — If so, whether infringement justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 9, 10(c).

Constitutional law — Charter of Rights — Cruel and unusual treatment — Fundamental justice — Immigration — Extended period of detention pending removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Immigration legislation permitting lengthy and indeterminate detention or lengthy periods subject to onerous release conditions — Whether legislation constitutes cruel and

Référence neutre : 2007 CSC 9.

N[os] du greffe : 30762, 30929, 31178.

2006 : 13, 14, 15 juin; 2007 : 23 février.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Justice fondamentale — Audition équitable — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Juge saisi de l'examen du caractère raisonnable du certificat tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale — Personnes désignées dans les certificats privées de la possibilité de connaître la preuve pesant contre elles — L'atteinte portée au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité des personnes désignées est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Si non, l'atteinte au droit constitutionnel des personnes désignées est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Détention arbitraire — Droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention — Immigration — Renvoi — Détention automatique des étrangers dès la délivrance d'un certificat attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — La mise en détention sans mandat ou l'absence de contrôle de la détention pendant 120 jours suivant la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat violent-elles le droit à la protection contre la détention arbitraire? — Dans l'affirmative, cette violation est-elle justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 9, 10c).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Traitement cruel et inusité — Justice fondamentale — Immigration — Période de détention prolongée en attente du renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Loi sur l'immigration permettant la détention prolongée ou pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une

unusual treatment or is inconsistent with principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 12.

Constitutional law — Charter of Rights — Right to equality — Immigration — Removal — Whether deportation scheme applicable only to non-citizens infringes equality rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

Constitutional law — Rule of law — Immigration — Removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Judge's determination on reasonableness of certificate final — Whether unavailability of appeal infringes rule of law — Whether rule of law prohibits automatic detention or detention on basis of executive decision.

Immigration law — Inadmissibility and removal — Permanent resident and foreign nationals detained following issuance of certificates stating that they are inadmissible to Canada on grounds of security — Whether scheme under which certificates issued and detentions ordered constitutional — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 9, 10(c), 12, 15 — Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 77 to 85.

The *Immigration and Refugee Protection Act* ("*IRPA*") allows the Minister of Citizenship and Immigration and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness to issue a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to Canada on grounds of security, among others (s. 77), and leading to the detention of the person named in the certificate. The certificate and the detention are both subject to review by a judge of the Federal Court, in a process that may deprive the person of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered (s. 78). Once a certificate is issued, a permanent resident may be detained, and the detention must be reviewed within 48 hours; in the case of a foreign national, the detention is automatic and that person cannot apply for review until 120 days after a judge determines the certificate to be reasonable (ss. 82-84). The judge's determination on the reasonableness of the certificate cannot be appealed or judicially reviewed (s. 80(3)). If the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order, which cannot be appealed and which may be immediately enforced (s. 81).

longue période — La loi impose-t-elle un traitement cruel et inusité ou est-elle incompatible avec les principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 12.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à l'égalité — Immigration — Renvoi — Un régime d'expulsion applicable seulement aux non-citoyens porte-t-il atteinte aux droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

Droit constitutionnel — Primauté du droit — Immigration — Renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat définitive — L'absence de droit d'appel est-elle contraire à la primauté du droit? — La primauté du droit interdit-elle la détention automatique ou la détention fondée sur une décision de l'exécutif?

Droit de l'immigration — Interdiction de territoire et renvoi — Résident permanent et étrangers détenus à la suite de la délivrance de certificats attestant qu'ils sont interdits de territoire au Canada pour raison de sécurité — Le régime régissant la délivrance de certificats et la détention est-il constitutionnel? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 9, 10c), 12, 15 — Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 77 à 85.

La *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (« *LIPR* ») permet au ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et au ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de délivrer un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire au Canada, notamment pour raison de sécurité (art. 77), et entraînant la détention de la personne désignée dans le certificat. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge de la Cour fédérale, effectué selon des règles qui peuvent priver la personne de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée (art. 78). Après la délivrance du certificat, un résident permanent peut être mis en détention, et sa détention doit être contrôlée dans un délai de 48 heures; dans le cas d'un étranger, la détention est automatique et une demande de contrôle ne peut être présentée que 120 jours après la confirmation par un juge du caractère raisonnable du certificat (art. 82-84). La décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire (par. 80(3)). Le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi, qui est sans appel et peut être exécutée immédiatement (art. 81).

Certificates of inadmissibility have been issued by the Ministers against the appellants C, H and A. While C is a permanent resident, H and A are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained on the basis of allegations that they constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement in terrorist activities. C and H were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but A remains in detention. Both the Federal Court and the Federal Court of Appeal upheld the constitutional validity of the *IRPA*'s certificate scheme.

Held: The appeals should be allowed.

(1) *Procedure for determining reasonableness of certificate and for review of detention*

The procedure under the *IRPA* for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedures infringe s. 7 of the *Charter*. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not in itself engage s. 7, features associated with deportation may do so. Here, s. 7 is clearly engaged because the person named in a certificate faces detention pending the outcome of the proceedings and because the process may lead to the person's removal to a place where his or her life or freedom would be threatened. Further, the *IRPA*'s impairment of the named person's right to life, liberty and security is not in accordance with the principles of fundamental justice. The procedure for determining whether a certificate is reasonable and the detention review procedure fail to assure the fair hearing that s. 7 requires before the state deprives a person of this right. [13-14] [17-18] [65]

The right to a fair hearing comprises the right to a hearing before an independent and impartial magistrate who must decide on the facts and the law, the right to know the case put against one, and the right to answer that case. While the *IRPA* procedures properly reflect the exigencies of the security context, security concerns cannot be used, at the s. 7 stage of the analysis, to excuse procedures that do not conform to fundamental justice. Here, the *IRPA* scheme includes a hearing and meets the requirement of independence and impartiality, but the secrecy required by the scheme denies the person named in a certificate the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. The judges of the Federal Court,

Les ministres ont délivré des certificats d'interdiction de territoire contre les appelants C, H et A. C est un résident permanent, tandis que H et A sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. C et H ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement, mais A demeure détenu. La Cour fédérale et la Cour d'appel fédérale ont confirmé la validité constitutionnelle du régime de certificats établi par la *LIPR*.

Arrêt : Les pourvois sont accueillis.

(1) *Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention*

Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* contreviennent à l'art. 7 de la *Charte*. Bien que l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas en soi l'application de l'art. 7, certains éléments rattachés à l'expulsion pourraient l'enclencher. En l'espèce, il est clair que l'art. 7 trouve application, parce que la personne désignée dans un certificat peut être mise en détention jusqu'à l'issue de la procédure et parce que le processus peut entraîner son renvoi vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées. De plus, l'atteinte portée par la *LIPR* au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne désignée n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Les procédures d'examen du caractère raisonnable d'un certificat et de contrôle de la détention ne garantissent pas l'audition équitable requise par l'art. 7 lorsque l'État porte atteinte à ce droit. [13-14] [17-18] [65]

Le droit à une audition équitable comprend le droit à une audition devant un magistrat indépendant et impartial, qui rend une décision fondée sur les faits et sur le droit, le droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui et le droit d'y répondre. Bien que les procédures établies par la *LIPR* tiennent compte, à bon droit, des exigences propres au contexte de la sécurité, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. En l'occurrence, le régime établi par la *LIPR* inclut une audition et satisfait à l'exigence de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais le secret requis par le régime empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge

who are required under the *IRPA* to conduct a searching examination of the reasonableness of the certificate, in an independent and judicial fashion and on the material placed before them, do not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in an inquisitorial process. At the same time, the person named in a certificate is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged, perhaps unknowingly, to make the required decision based on only part of the relevant evidence. Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the person named in a certificate may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or to develop legal arguments based on the evidence. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. The *IRPA* provides neither. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

The infringement of s. 7 is not saved by s. 1 of the *Charter*. While the protection of Canada's national security and related intelligence sources constitutes a pressing and substantial objective, and the non-disclosure of evidence at certificate hearings is rationally connected to this objective, the *IRPA* does not minimally impair the rights of persons named in certificates. Less intrusive alternatives developed in Canada and abroad, notably the use of special counsel to act on behalf of the named persons, illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Detention of foreign nationals*

The detention of foreign nationals without warrant does not infringe the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing under s. 77 of the *IRPA* of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violation of human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and

de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. Les juges de la Cour fédérale, qui sont tenus par la *LIPR* de procéder à un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat, de façon indépendante et judiciaire et à partir des renseignements dont ils disposent, ne sont pas investis de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que leur conférerait un processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée dans le certificat ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent un processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, soit obligé — peut-être sans le savoir — de rendre sa décision sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée dans le certificat ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à l'intéressé, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. La *LIPR* ne prévoit ni l'un ni l'autre. [23] [27-31] [38] [45] [50-52] [61] [65]

La contravention à l'art. 7 n'est pas validée par application de l'article premier de la *Charte*. Bien que la protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue un objectif urgent et réel et que la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ait un lien rationnel avec cet objectif, la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des personnes désignées dans un certificat. Les solutions moins attentatoires conçues au Canada et à l'étranger, notamment le recours à un avocat spécial pour représenter les personnes désignées, démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. [66] [68] [70] [73] [85] [87]

(2) *Détention des étrangers*

La détention sans mandat des étrangers ne viole pas les droits à la protection contre la détention arbitraire garanti à l'art. 9 de la *Charte*. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature, en vertu de l'art. 77 de la *LIPR*, du certificat attestant que cet étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que

therefore provides a rational foundation for the detention. However, the lack of review of the detention of foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially confirmed (s. 84(2)) infringes the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. While there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. [88-89] [91] [93]

The infringement of ss. 9 and 10(*c*) is not justified under s. 1 of the *Charter*. The *IRPA* provides permanent residents who pose a danger to national security with a mandatory detention review within 48 hours. It follows that denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed does not minimally impair the rights guaranteed by ss. 9 and 10(*c*). [93-94]

(3) *Extended periods of detention*

While the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment cannot be used as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime, indefinite detention without hope of release or recourse to a legal process to procure release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment. The *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, but it may in fact permit lengthy and indeterminate detention, or lengthy periods of detention subject to onerous release conditions. The principles of fundamental justice and the guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. The person must be accorded meaningful opportunities to challenge his or her continued detention or the conditions of his or her release. [97-98] [105] [107]

Extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review

représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Toutefois, l'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat (par. 84(2)) porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention garanti par l'al. 10*c*) de la *Charte*. Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme, mais cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. [88-89] [91] [93]

La contravention à l'art. 9 et à l'al. 10*c*) n'est pas justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*. La *LIPR* assure aux résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale le contrôle obligatoire de leur détention dans un délai de 48 heures. Par conséquent, empêcher le contrôle de la détention des étrangers durant les 120 jours qui suivent la confirmation du certificat ne porte pas le moins possible atteinte aux droits que garantissent aux étrangers l'art. 9 et l'al. 10*c*). [93-94]

(3) *Détention prolongée*

Bien que la garantie de l'art. 12 contre tout traitement cruel et inusité ne soit pas un mécanisme pouvant servir à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier, la détention d'une durée indéterminée sans espoir d'être libéré, ni aucune voie de droit pour obtenir une mise en liberté, peut causer un stress psychologique et constituer de ce fait un traitement cruel et inusité. La *LIPR* n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, mais elle peut en fait permettre une détention prolongée ou pour une durée indéterminée, ou l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. Les principes de justice fondamentale et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Chacun doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté. [97-98] [105] [107]

Les longues périodes de détention en attente de l'expulsion permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte* lorsqu'elles sont assorties d'un processus

of detention, taking into account all of the relevant factors, including the reasons for detention, the length of the detention, the reasons for the delay in deportation, the anticipated future length of detention, if applicable, and the availability of alternatives to detention. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice. [110-116] [123]

(4) *Differential treatment of citizens and non-citizens*

Since s. 6 of the *Charter* specifically provides for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters, a deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not for that reason alone infringe s. 15 of the *Charter*. Even though the detention of some of the appellants has been long, the record does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. [129] [131]

(5) *Rule of law*

The rule of law is not infringed by (1) the unavailability of an appeal of the designated judge's review of the reasonableness of the certificate; or (2) the provision for the issuance of an arrest warrant by the executive in the case of a permanent resident, or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision in the case of a foreign national. First, there is no constitutional right to an appeal, nor can such a right be said to flow from the rule of law in the present context. Second, the rule of law does not categorically prohibit automatic detention, or detention on the basis of an executive decision, and the constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*. [133] [136-137]

(6) *Remedy*

The *IRPA*'s procedure for the judicial approval of certificates is inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect. This declaration is suspended for one year from the date of this judgment. If the government chooses to have the reasonableness of C's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After that period, H and A's certificates will lose their "reasonable" status and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. Likewise, any certificates or detention reviews occurring after

qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction de tous les facteurs pertinents, y compris les motifs de la détention, le temps passé en détention, les raisons qui retardent l'expulsion, la durée anticipée du prolongement de la détention, le cas échéant, et l'existence de solutions de rechange à la détention. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale. [110-116] [123]

(4) *Traitement différent des citoyens et des non-citoyens*

Comme l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas de ce seul fait contraire à l'art. 15 de la *Charte*. En dépit de la longue détention de certains des appelants le dossier n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. [129] [131]

(5) *La primauté du droit*

Ni (1) l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, ni (2) les dispositions qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation, dans le cas d'un résident permanent, ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif, dans le cas d'un étranger, ne sont incompatibles avec la primauté du droit. Premièrement, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution et on ne peut affirmer que ce droit découle de la primauté du droit dans le présent contexte. Deuxièmement, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique, ni la détention ordonnée par l'exécutif, et les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*. [133] [136-137]

(6) *Réparation*

La procédure de confirmation judiciaire des certificats établie par la *LIPR* est incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. L'effet de la présente déclaration est suspendu pour un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant C pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après ce délai, les certificats visant H et A perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et ils pourront en demander l'annulation. De même, l'examen d'un certificat et le contrôle de la

the one-year delay will be subject to the new process devised by Parliament. Further, s. 84(2), which denies a prompt hearing to foreign nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release, is struck, and s. 83 is modified so as to allow for review of the detention of a foreign national both before and after the certificate has been deemed reasonable. [139-141]

Cases Cited

Referred to: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1; *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230; *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51; *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711; *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41; *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74; *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053; *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3; *Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248; *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40; *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44; *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31; *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Eur. Court H.R., *Chahal v. United Kingdom*, judgment of 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V; *M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] 2 All E.R. 863,

détention effectués après l'expiration de cette période de un an seront assujettis au nouveau processus conçu par le législateur. De plus, le par. 84(2), qui nie aux étrangers détenus le droit à une audition dans un bref délai, en interdisant toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation du certificat, est radié et l'art. 83 est modifié pour permettre le contrôle de la détention d'un étranger tant avant qu'après qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat. [139-141]

Jurisprudence

Arrêts mentionnés : *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1; *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. nº 1706 (QL), 2006 CF 1230; *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51; *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711; *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41; *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74; *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053; *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3; *Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248; *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40; *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44; *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31; *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75; *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350; Cour eur. D.H., *Chahal c. Royaume-Uni*, arrêt du 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V; *M. c. Secretary*

[2004] EWCA Civ 324, aff'g [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004; *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X; *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045; *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84; *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214; Eur. Court H.R., *Soering* case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882; *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171; *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645; *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721; *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49; *Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53; *Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394.

Statutes and Regulations Cited

Anti-terrorism Act, S.C. 2001, c. 41.
Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (U.K.), 2001, c. 24, s. 23.
Canada Evidence Act, R.S.C. 1985, c. C-5, ss. 37 to 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 6(1), 7, 9, 10(*c*), 11(*d*), 12, 15, 24(1).
Canadian Security Intelligence Service Act, S.C. 1984, c. 21 (later R.S.C. 1985, c. C-23).
Constitution Act, 1867, s. 96.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 487.055, 503(1).
Federal Courts Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4.
Immigration Act, R.S.C. 1985, c. I-2 (formerly *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52), ss. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27, ss. 33, 55 to 58, 77 to 85, 112, 115.
Immigration and Refugee Protection Regulations, SOR/2002-227, r. 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (U.K.), 1997, c. 68, s. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, rr. 35, 36, 38.

of State for the Home Department, [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324, conf. [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004; *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); *Slivenko c. Lettonie* [GC], nº 48321/99, CEDH 2003-X; *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045; *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84; *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214; Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, nº 161; *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882; *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. nº 1114 (QL); *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645; *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983; *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56; *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721; *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49; *Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53; *Zündel, Re*, [2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394.

Lois et règlements cités

Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001 (R.-U.), 2001, ch. 24, art. 23.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 6(1), 7, 9, 10*c*), 11*d*), 12, 15, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 487.055, 503(1).
Loi antiterroriste, L.C. 2001, ch. 41.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi sur l'immigration, L.R.C. 1985, ch. I-2 (auparavant *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52), art. 39(2), (6), (9), (10), 40(1), 40.1.
Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27, art. 33, 55 à 58, 77 à 85, 112, 115.
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. 1985, ch. C-5, art. 37 à 39, 38.01, 38.02, 38.04.
Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23).
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4.
Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés, DORS/2002-227, règle 248.
Special Immigration Appeals Commission Act 1997 (R.-U.), 1997, ch. 68, art. 6(1), (4).
Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003, S.I. 2003/1034, règles 35, 36, 38.

Treaties and Other International Instruments

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, arts. 5, 14.

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations*. Ottawa: The Commission, 2006.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Citizenship and Immigration, *Evidence*, 1st Sess., 37th Parl., April 26, 2001 (online: http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?SourceID=54760).

Canada. Security Intelligence Review Committee. *Annual Report 1988-1989*. Ottawa: The Committee, 1989.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in David Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* Montréal: Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Stewart, Hamish. "Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235.

United Kingdom. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London: Stationery Office, 2005.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.), [2005] 2 F.C.R. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] F.C.J. No. 2060 (QL), 2004 FCA 421, upholding a decision of Noël J., [2004] 3 F.C.R. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] F.C.J. No. 1816 (QL), 2003 FC 1419, refusing to declare

Traités et autres instruments internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 5, 14.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, *Témoignages*, 1re sess., 37e lég., 26 avril 2001 (en ligne : http://cmte.parl.gc.ca/cmte/CommitteePublication.aspx?COM=212&SourceId=54760&SwitchLanguage=1).

Canada. Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité. *Rapport annuel 1988-1989*. Ottawa : Le Comité, 1989.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations*. Ottawa : La Commission, 2006.

Canada. Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale*. Ottawa : La Commission, 2006.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, loose-leaf ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 1997 (updated 2006, release 1).

Hugessen, James K. « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans David Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* Montréal : Thémis, 2002, 381.

Rankin, Murray. « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173.

Roach, Kent. « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102.

Royaume-Uni. House of Commons Constitutional Affairs Committee. *The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*, 7th Report, Sess. 2004-05, vol. 1. London : Stationery Office, 2005.

Stewart, Hamish. « Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau), [2005] 2 R.C.F. 299, 247 D.L.R. (4th) 405, 328 N.R. 201, 126 C.R.R. (2d) 298, 42 Imm. L.R. (3d) 165, [2004] A.C.F. no 2060 (QL), 2004 CAF 421, qui a maintenu la décision du juge Noël, [2004] 3 R.C.F. 32, 253 F.T.R. 22, 38 Imm. L.R. (3d) 56, [2003] A.C.F. no 1816 (QL),

parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Charkaoui. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Létourneau, Sexton and Sharlow JJ.A.), [2005] 3 F.C.R. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] F.C.J. No. 213 (QL), 2005 FCA 54, upholding a decision of Blanchard J., [2004] 4 F.C.R. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] F.C.J. No. 509 (QL), 2004 FC 420, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Almrei. Appeal allowed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (Richard C.J. and Décary and Létourneau JJ.A.) (2005), 340 N.R. 286, [2005] F.C.J. No. 1467 (QL), 2005 FCA 285, upholding a decision of Dawson J. (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] F.C.J. No. 481 (QL), 2005 FC 393, refusing to declare parts of the *Immigration and Refugee Protection Act* unconstitutional at the request of the appellant Harkat. Appeal allowed.

Johanne Doyon and *Julius H. Grey*, for the appellant Charkaoui.

John Norris and *Barbara Jackman*, for the appellant Almrei.

Paul D. Copeland and *Matt Webber*, for the appellant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* and *Daniel Latulippe*, for the respondents (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* and *Cheryl D. Mitchell*, for the respondents (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* and *Donald A. MacIntosh*, for the respondents (31178).

John Corelli and *Ian Bulmer*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru and *Michael Doi*, for the intervener the Attorney General of Ontario (30929).

2003 CF 1419, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Charkaoui. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (les juges Létourneau, Sexton et Sharlow), [2005] 3 R.C.F. 142, 251 D.L.R. (4th) 13, 330 N.R. 73, 45 Imm. L.R. (3d) 163, [2005] A.C.F. nº 213 (QL), 2005 CAF 54, qui a maintenu une décision du juge Blanchard, [2004] 4 R.C.F. 327, 249 F.T.R. 53, 38 Imm. L.R. (3d) 117, [2004] A.C.F. nº 509 (QL), 2004 CF 420, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Almrei. Pourvoi accueilli.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Richard et les juges Décary et Létourneau) (2005), 340 N.R. 286, [2005] A.C.F. nº 1467 (QL), 2005 CAF 285, qui a maintenu une décision de la juge Dawson (2005), 261 F.T.R. 52, 45 Imm. L.R. (3d) 65, [2005] A.C.F. nº 481 (QL), 2005 CF 393, qui a refusé de déclarer inconstitutionnelles certaines parties de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* à la demande de l'appelant Harkat. Pourvoi accueilli.

Johanne Doyon et *Julius H. Grey*, pour l'appelant Charkaoui.

John Norris et *Barbara Jackman*, pour l'appelant Almrei.

Paul D. Copeland et *Matt Webber*, pour l'appelant Harkat.

Bernard Laprade, *Normand Lemyre* et *Daniel Latulippe*, pour les intimés (30762).

Urszula Kaczmarczyk, *Donald A. MacIntosh* et *Cheryl D. Mitchell*, pour les intimés (30929).

Bernard Laprade, *Urszula Kaczmarczyk* et *Donald A. MacIntosh*, pour les intimés (31178).

John Corelli et *Ian Bulmer*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30762, 31178).

Shaun Nakatsuru et *Michael Doi*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario (30929).

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* and *Thomas G. Conway*, for the intervener Amnesty International.

Gregory P. DelBigio and *Jason B. Gratl*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, for the intervener the Canadian Bar Association.

Edward L. Greenspan, *Q.C.*, and *David N. Tice*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* and *Mary Eberts*, for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott and *Gabriel R. Fahel*, for the intervener the Canadian Arab Federation.

David Baker and *Faisal Bhabha*, for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil, Liberties Association.

Michael Code, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein and *Catherine Beagan Flood*, for the intervener the Federation of Law Societies of Canada.

Sujit Choudhry and *Robert A. Centa*, for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Introduction

1 One of the most fundamental responsibilities of a government is to ensure the security of its

Michael Bossin, *Owen M. Rees*, *Vanessa Gruben* et *Thomas G. Conway*, pour l'intervenante Amnistie internationale.

Gregory P. DelBigio et *Jason B. Gratl*, pour l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association.

Lorne Waldman, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Edward L. Greenspan, *c.r.*, et *David N. Tice*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Sharryn Aiken, *Marie Chen* et *Mary Eberts*, pour les intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada.

R. Douglas Elliott et *Gabriel R. Fahel*, pour l'intervenante la Fédération canado-arabe.

David Baker et *Faisal Bhabha*, pour les intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association.

Michael Code, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Neil Finkelstein et *Catherine Beagan Flood*, pour l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada.

Sujit Choudhry et *Robert A. Centa*, pour les intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LA JUGE EN CHEF —

I. Introduction

L'une des responsabilités les plus fondamentales d'un gouvernement est d'assurer la sécurité de

citizens. This may require it to act on information that it cannot disclose and to detain people who threaten national security. Yet in a constitutional democracy, governments must act accountably and in conformity with the Constitution and the rights and liberties it guarantees. These two propositions describe a tension that lies at the heart of modern democratic governance. It is a tension that must be resolved in a way that respects the imperatives both of security and of accountable constitutional governance.

ses citoyens. Pour y parvenir, il peut arriver qu'il doive agir sur la foi de renseignements qu'il ne peut divulguer ou détenir des personnes qui constituent une menace pour la sécurité nationale. En revanche, dans une démocratie constitutionnelle, le gouvernement doit agir de manière responsable, en conformité avec la Constitution et les droits et libertés qu'elle garantit. Ces deux propositions illustrent une tension inhérente au système de gouvernance démocratique moderne. Cette tension ne peut être réglée que dans le respect des impératifs à la fois de la sécurité et d'une gouvernance constitutionnelle responsable.

In this case, we are confronted with a statute, the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 ("*IRPA*"), that attempts to resolve this tension in the immigration context by allowing the Minister of Citizenship and Immigration (the "Minister"), and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness (collectively "the ministers") to issue a certificate of inadmissibility leading to the detention of a permanent resident or foreign national deemed to be a threat to national security. The certificate and the detention are both subject to review by a judge, in a process that may deprive the person named in the certificate of some or all of the information on the basis of which the certificate was issued or the detention ordered. The question is whether the solution that Parliament has enacted conforms to the Constitution, and in particular the guarantees in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* that protect against unjustifiable intrusions on liberty, equality and the freedom from arbitrary detention and from cruel and unusual treatment.

2 Le pourvoi porte sur une loi qui est censée régler cette tension dans le contexte de l'immigration, soit la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (« *LIPR* »). Celle-ci autorise le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration (le « ministre ») et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (collectivement « les ministres ») à délivrer un certificat d'interdiction de territoire entraînant la détention d'un résident permanent ou d'un étranger considéré comme constituant un danger pour la sécurité nationale. Le certificat et la détention sont assujettis au contrôle d'un juge. La procédure de contrôle se déroule selon des règles qui peuvent priver la personne désignée dans le certificat de l'accès à la totalité ou à une partie des renseignements sur la foi desquels le certificat a été délivré ou sa détention ordonnée. Il s'agit en l'espèce de savoir si la solution retenue par le législateur est conforme à la Constitution, et plus particulièrement si elle respecte les garanties incluses dans la *Charte canadienne des droits et libertés* contre toute atteinte injustifiable à la liberté, à l'égalité, à la protection contre la détention arbitraire et à la protection contre tout traitement cruel et inusité.

I conclude that the *IRPA* unjustifiably violates s. 7 of the *Charter* by allowing the issuance of a certificate of inadmissibility based on secret material without providing for an independent agent at the stage of judicial review to better protect the named person's interests. I also conclude that some of the time limits in the provisions for continuing detention of a foreign national violate ss. 9 and

3 Je conclus que la *LIPR* contrevient de manière injustifiable à l'art. 7 de la *Charte* en autorisant la délivrance d'un certificat d'interdiction de territoire sur la foi de documents secrets, sans prévoir la participation d'un représentant indépendant à l'étape du contrôle judiciaire pour garantir le plus grand respect des intérêts de la personne désignée. Je conclus également que certains des délais

10(*c*) because they are arbitrary. I find that s. 12 has not been shown to be violated since a meaningful detention review process offers relief against the possibility of indefinite detention. Finally, I find that there is no breach of the s. 15 equality right.

II. Background

4 The provisions of the *IRPA* at issue in this case, reproduced in the Appendix, are part of Canada's immigration law. Their purpose is to permit the removal of non-citizens living in Canada — permanent residents and foreign nationals — on various grounds, including connection with terrorist activities. The scheme permits deportation on the basis of confidential information that is not to be disclosed to the person named in the certificate or anyone acting on the person's behalf or in his or her interest. The scheme was meant to "facilitat[e] the early removal of persons who are inadmissible on serious grounds, including persons posing a threat to the security of Canada" (*Clause by Clause Analysis* (2001), at p. 72). In reality, however, it may also lead to long periods of incarceration.

5 The *IRPA* requires the ministers to sign a certificate declaring that a foreign national or permanent resident is inadmissible to enter or remain in Canada on grounds of security, among others: s. 77. A judge of the Federal Court then reviews the certificate to determine whether it is reasonable: s. 80. If the state so requests, the review is conducted *in camera* and *ex parte*. The person named in the certificate has no right to see the material on the basis of which the certificate was issued. Non-sensitive material may be disclosed; sensitive or confidential material must not be disclosed if the government objects. The named person and his or her lawyer cannot see undisclosed material, although the ministers and the reviewing judge may rely on it. At the end of the day, the judge must provide the person with a summary of the case against him or her — a summary that does not

prévus par les dispositions permettant de maintenir un étranger en détention contreviennent à l'art. 9 et à l'al. 10*c*), parce qu'ils sont arbitraires. Je conclus qu'aucune contravention à l'art. 12 n'a été démontrée, étant donné qu'un processus valable de contrôle de la détention offre un recours contre la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée. Enfin, je conclus à l'absence de violation du droit à l'égalité garanti par l'art. 15.

II. Les faits

Les dispositions en cause de la *LIPR*, reproduites en annexe, font partie intégrante du droit canadien de l'immigration. Elles visent à permettre le renvoi de non-citoyens qui vivent au Canada — résidents permanents et étrangers — pour divers motifs, y compris un lien avec des activités terroristes. Ce régime autorise l'expulsion sur la foi de renseignements confidentiels qui ne sont communiqués ni à la personne désignée dans le certificat ni à qui que ce soit qui agirait en son nom ou défendrait ses intérêts. Il avait pour objectif de [TRADUCTION] « facilit[er] le renvoi rapide des personnes interdites de territoire pour des motifs graves, notamment celles qui constituent un danger pour la sécurité du Canada » (*Clause by Clause Analysis* (2001), p. 72). Or, dans les faits, il peut aussi entraîner de longues périodes d'incarcération.

La *LIPR* exige que les ministres signent un certificat attestant qu'un étranger ou un résident permanent est interdit de territoire pour raison de sécurité, de sorte qu'il n'est autorisé ni à entrer ni à demeurer au Canada : art. 77. Un juge de la Cour fédérale examine ensuite le certificat afin de déterminer s'il est raisonnable : art. 80. Si l'État le demande, l'examen se déroule à huis clos et en l'absence de l'intéressé. La personne désignée dans le certificat n'a pas le droit de prendre connaissance des documents sur la foi desquels le certificat a été délivré. Les renseignements qui ne sont pas sensibles peuvent être communiqués. Par contre, les renseignements sensibles ou confidentiels ne peuvent pas être divulgués si le gouvernement s'oppose à leur divulgation. Ni la personne désignée ni son avocat ne peuvent prendre connaissance des renseignements tenus secrets, même si les ministres et le juge peuvent

disclose material that might compromise national security. If the judge determines that the certificate is reasonable, there is no appeal and no way to have the decision judicially reviewed: s. 80(3).

s'appuyer sur eux. En définitive, le juge fournit à l'intéressé un résumé de la preuve présentée contre lui — résumé qui ne divulgue aucun élément susceptible de porter atteinte à la sécurité nationale. Si le juge conclut que le certificat est raisonnable, sa décision n'est pas susceptible d'appel et il n'existe aucun moyen de la soumettre au contrôle judiciaire : par. 80(3).

The consequences of the issuance and confirmation of a certificate of inadmissibility vary, depending on whether the person is a permanent resident of Canada or a foreign national whose right to remain in Canada has not yet been confirmed. Permanent residents who the ministers have reasonable grounds to believe are a danger to national security *may* be held in detention. In order to detain them, the ministers must issue a warrant stating that the person is a threat to national security or to another person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal. Foreign nationals, meanwhile, *must* be detained once a certificate is issued: under s. 82(2), the detention is automatic. While the detention of a permanent resident must be reviewed within 48 hours, a foreign national, on the other hand, must apply for review, but may not do so until 120 days after a judge of the Federal Court determines the certificate to be reasonable. In both cases, if the judge finds the certificate to be reasonable, it becomes a removal order. Such an order deprives permanent residents of their status; their detention is then subject to review on the same basis as that of other foreign nationals.

6 Les conséquences de la délivrance et de la confirmation d'un certificat d'interdiction de territoire diffèrent selon que l'intéressé est un résident permanent du Canada ou un étranger dont le droit de demeurer au Canada n'a pas encore été confirmé. Les résidents permanents dont les ministres ont des motifs raisonnables de croire qu'ils constituent un danger pour la sécurité nationale *peuvent* être mis en détention. Pour ce faire, les ministres doivent lancer un mandat indiquant qu'ils constituent une menace soit pour la sécurité nationale soit pour la sécurité d'autrui ou qu'ils se soustrairont vraisemblablement à la procédure ou au renvoi. Pour leur part, les étrangers *doivent* être mis en détention dès la délivrance du certificat : selon le par. 82(2), la mise en détention est automatique. La détention d'un résident permanent doit être contrôlée dans un délai de 48 heures, tandis qu'un étranger doit présenter une demande pour faire contrôler sa détention et n'est pas autorisé à présenter sa demande avant l'expiration d'un délai de 120 jours après la décision d'un juge de la Cour fédérale concluant au caractère raisonnable du certificat. Dans les deux cas, le certificat considéré raisonnable par le juge devient une mesure de renvoi. À la suite de cette mesure, les résidents permanents perdent leur statut; leur détention est alors contrôlée de la même manière que celle des autres étrangers.

The removal order cannot be appealed and may be immediately enforced, thus eliminating the requirement of holding or continuing an examination or an admissibility hearing: s. 81(*b*). The detainee, whether a permanent resident or a foreign national, may no longer apply for protection: s. 81(*c*). Additionally, a refugee or a protected person determined to be inadmissible on any of the grounds for a certificate loses the protection of the

7 La mesure de renvoi est sans appel et peut être exécutée immédiatement, ce qui écarte l'obligation d'effectuer ou de poursuivre un contrôle ou une enquête. Qu'il soit un résident permanent ou un étranger, le détenu ne peut plus présenter une demande de protection : art. 81. En outre, une personne protégée ou un réfugié qui est interdit de territoire pour l'un ou l'autre des motifs de délivrance d'un certificat ne bénéficie plus du principe

principle of non-refoulement under s. 115(1) if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada: s. 115(2). This means that he or she may, at least in theory, be deported to torture.

8 A permanent resident detained under a certificate is entitled to a review of his or her detention every six months. Under s. 83(3), a judge must order the detention of a permanent resident to be continued if the judge is satisfied that the person continues to pose a danger to security or to the safety of another, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

9 The detention of foreign nationals, on the other hand, is mandatory. If a foreign national has not been removed within 120 days of the certificate being found reasonable by a judge, however, the judge may order the person released on appropriate conditions if "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person": s. 84(2). Even if released, the foreign national may be deported.

10 Mr. Charkaoui is a permanent resident, while Messrs. Harkat and Almrei are foreign nationals who had been recognized as Convention refugees. All were living in Canada when they were arrested and detained. At the time of the decisions on appeal, all had been detained for some time — since 2003, 2002 and 2001 respectively. In 2001, a judge of the Federal Court determined Mr. Almrei's certificate to be reasonable; another determined Mr. Harkat's certificate to be reasonable in 2005. The reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate has yet to be determined. Messrs. Charkaoui and Harkat were released on conditions in 2005 and 2006 respectively, but Mr. Harkat has been advised that he will be deported to Algeria, which he is contesting in other proceedings. Mr. Almrei remains in detention. In all these cases, the detentions were based on allegations that the individuals constituted a threat to the security of Canada by reason of involvement

du non-refoulement énoncé au par. 115(1) si, selon le ministre, cette personne ne devrait pas être présente au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'elle constitue pour la sécurité du Canada : par. 115(2). Elle pourrait donc, du moins en théorie, être renvoyée dans un pays où elle risque la torture.

Le résident permanent détenu à la suite de la délivrance d'un certificat a le droit de faire contrôler sa détention tous les six mois. Selon le par. 83(3), le juge ordonne le maintien en détention du résident permanent, s'il est convaincu que ce dernier constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

Par contre, la détention des étrangers est obligatoire. Un juge peut mettre en liberté, aux conditions qu'il estime indiquées, un étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée 120 jours après qu'un juge ait conclu au caractère raisonnable du certificat, « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). L'étranger peut être expulsé même s'il a été remis en liberté.

M. Charkaoui est un résident permanent, tandis que MM. Harkat et Almrei sont des étrangers qui ont obtenu le statut de réfugié au sens de la Convention. Ils vivaient tous au Canada au moment de leur arrestation et de leur mise en détention. Au moment des décisions prononcées en appel, ils étaient tous détenus depuis un certain temps — soit depuis 2003, 2002 et 2001 respectivement. En 2001, un juge de la Cour fédérale a statué que le certificat visant M. Almrei était raisonnable; un autre juge a conclu au caractère raisonnable du certificat visant M. Harkat en 2005. Aucune décision n'a encore été rendue sur le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui. MM. Charkaoui et Harkat ont été libérés sous conditions en 2005 et 2006 respectivement. M. Harkat a néanmoins été informé qu'il serait expulsé en Algérie et il conteste cette décision dans une autre procédure. M. Almrei est toujours détenu. Ils ont tous été mis

in terrorist activities. In the course of their detentions, all three appellants challenged, unsuccessfully, the constitutionality of the *IRPA*'s certificate scheme and detention review process.

en détention sur le fondement d'allégations selon lesquelles ils constituaient une menace pour la sécurité du Canada en raison de leur participation à des activités terroristes. Au cours de leur détention, les trois appellants ont contesté, sans succès, la constitutionnalité du régime de certificats et de la procédure de contrôle de la détention établis par la *LIPR*.

III. Issues

The appellants argue that the *IRPA*'s certificate scheme under which their detentions were ordered is unconstitutional. They argue that it violates five provisions of the *Charter*: the s. 7 guarantee of life, liberty and security of the person; the s. 9 guarantee against arbitrary detention; the s. 10(*c*) guarantee of a prompt review of detention; the s. 12 guarantee against cruel and unusual treatment; and the s. 15 guarantee of equal protection and equal benefit of the law. They also allege violations of unwritten constitutional principles. I discuss these claims under the following headings:

A. Does the *procedure* under the *IRPA* for determining the reasonableness of the certificate infringe s. 7 of the *Charter*, and if so, is the infringement justified under s. 1 of the *Charter*?

B. Does the *detention* of permanent residents or foreign nationals under the *IRPA* infringe ss. 7, 9, 10(*c*) or 12 of the *Charter*, and if so, are the infringements justified under s. 1 of the *Charter*?

C. Do the certificate and detention review procedures *discriminate* between citizens and non-citizens, contrary to s. 15 of the *Charter*, and if so, is the discrimination justified under s. 1 of the *Charter*?

III. Les questions en litige

11 Les appelants invoquent l'inconstitutionnalité du régime de certificats établi dans la *LIPR*, en application duquel leur mise en détention a été ordonnée. Ils font valoir que ce régime enfreint cinq dispositions de la *Charte* soit : l'art. 7, qui garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; l'art. 9, qui accorde une protection contre la détention arbitraire; l'al. 10*c*), qui garantit à chacun le droit de faire contrôler promptement la légalité de sa détention; l'art. 12, qui garantit le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité; et l'art. 15, qui garantit à tous le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi. Ils allèguent aussi la violation de principes constitutionnels non écrits. J'examinerai ces prétentions sous les rubriques suivantes :

A. La *procédure* d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la *LIPR* contrevient-elle à l'art. 7 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

B. La *détention* de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la *LIPR* contrevient-elle aux art. 7, 9, 10*c*) ou 12 de la *Charte*? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la *Charte*?

C. Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une *discrimination* interdite par l'art. 15 de la *Charte*? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

D. Are the *IRPA* certificate provisions inconsistent with the constitutional principle of the rule of law?

A. *Does the Procedure Under the IRPA for Determining the Reasonableness of the Certificate Infringe Section 7 of the Charter, and if so, Is the Infringement Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Is Section 7 of the *Charter* Engaged?

12 Section 7 of the *Charter* guarantees the right to life, liberty and security of the person, and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice. This requires a claimant to prove two matters: first, that there has been or could be a deprivation of the right to life, liberty and security of the person, and second, that the deprivation was not or would not be in accordance with the principles of fundamental justice. If the claimant succeeds, the government bears the burden of justifying the deprivation under s. 1, which provides that the rights guaranteed by the *Charter* are subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

13 The provisions at issue, found at Division 9 of Part 1 of the *IRPA*, clearly deprive detainees such as the appellants of their liberty. The person named in a certificate can face detention pending the outcome of the proceedings. In the case of a foreign national, this detention is automatic and lasts at least until 120 days *after* the certificate is deemed reasonable. For both foreign nationals and permanent residents, the period of detention can be, and frequently is, several years. Indeed, Mr. Almrei remains in detention and does not know when, if ever, he will be released.

14 The detainee's security may be further affected in various ways. The certificate process may lead to removal from Canada, to a place where his or

D. Les dispositions de la *LIPR* concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?

A. *La procédure d'examen du caractère raisonnable du certificat établie dans la LIPR contrevient-elle à l'art. 7 de la Charte? Dans l'affirmative, cette contravention est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

1. L'article 7 de la *Charte* trouve-t-il application?

L'article 7 de la *Charte* garantit à chacun le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne et précise qu'il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le réclamant a donc le fardeau de prouver deux éléments : premièrement, qu'il a subi ou qu'il pourrait subir une atteinte à son droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; deuxièmement, que cette atteinte ne respecte pas ou ne respecterait pas les principes de justice fondamentale. Si le réclamant réussit à faire cette preuve, le gouvernement a le fardeau de justifier l'atteinte en application de l'article premier, selon lequel les droits garantis par la *Charte* ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites raisonnables dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Les dispositions en cause, qui figurent dans la section 9 de la partie 1 de la *LIPR*, privent clairement les détenus comme les appelants de leur liberté. En effet, les personnes désignées dans un certificat peuvent être mises en détention jusqu'à l'issue de la procédure. Pour un étranger, cette détention est automatique et elle dure au moins 120 jours *après* la confirmation du caractère raisonnable du certificat. Tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, la période de détention peut être de plusieurs années et atteint souvent cette durée. De fait, M. Almrei est toujours détenu et il ignore quand il sera remis en liberté, s'il l'est un jour.

En outre, il peut être porté atteinte à la sécurité du détenu de diverses autres façons. Le processus de délivrance d'un certificat peut entraîner

her life or freedom would be threatened: see e.g. *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, at p. 207, *per* Wilson J. A certificate may bring with it the accusation that one is a terrorist, which could cause irreparable harm to the individual, particularly if he or she is eventually deported to his or her home country. Finally, a person who is determined to be inadmissible on grounds of security loses the protection of s. 115(1) of the *IRPA*, which means that under s. 115(2), he or she can be deported to torture if the Minister is of the opinion that the person is a danger to the security of Canada.

In *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] 1 S.C.R. 3, 2002 SCC 1, this Court stated, at para. 76, that "barring extraordinary circumstances, deportation to torture will generally violate the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*." More recently, the Federal Court has ruled that another certificate detainee is at risk of torture if deported, and that there were no exceptional circumstances justifying such a deportation: *Jaballah (Re)* (2006), 148 C.R.R. (2d) 1, 2006 FC 1230. The appellants claim that they would be at risk of torture if deported to their countries of origin. But in each of their cases, this remains to be proven as part of an application for protection under the provisions of Part 2 of the *IRPA*. The issue of deportation to torture is consequently not before us here.

The individual interests at stake suggest that s. 7 of the *Charter*, the purpose of which is to protect the life, liberty and security of the person, is engaged, and this leads directly to the question whether the *IRPA*'s impingement on these interests conforms to the principles of fundamental justice. The government argues, relying on *Medovarski v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 539, 2005 SCC 51, that s. 7 does not apply because this is an immigration matter. The comment from that case on which the government relies was made in response to a claim that to deport a non-citizen violates s. 7 of the *Charter*. In

son renvoi du Canada vers une destination où sa vie ou sa liberté seraient menacées : voir, p. ex., *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, p. 207, la juge Wilson. Un certificat peut aussi présenter une personne comme un terroriste, ce qui risque de lui causer un tort irréparable, surtout si elle est expulsée par la suite vers son pays d'origine. Finalement, une personne interdite de territoire pour raison de sécurité perd la protection accordée par le par. 115(1) de la *LIPR*, ce qui signifie qu'elle peut, en application du par. 115(2), être expulsée vers une destination où elle risque la torture si le ministre est d'avis qu'elle constitue un danger pour la sécurité du Canada.

15 Dans *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] 1 R.C.S. 3, 2002 CSC 1, par. 76, la Cour a affirmé que « sauf circonstances extraordinaires, une expulsion impliquant un risque de torture violera généralement les principes de justice fondamentale protégés par l'art. 7 de la *Charte* ». Plus récemment, la Cour fédérale a statué qu'une autre personne détenue en vertu d'un certificat risque la torture si elle est expulsée, et qu'aucune circonstance exceptionnelle ne justifie son expulsion : *Jaballah (Re)*, [2006] A.C.F. n^{o} 1706 (QL), 2006 CF 1230. Les appelants soutiennent qu'ils risquent la torture s'ils sont expulsés vers leur pays d'origine. Mais dans chacun de leurs cas, le risque de torture reste à démontrer dans le cadre d'une demande de protection aux termes de la partie 2 de la *LIPR*. Par conséquent, nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la question de l'expulsion comportant un risque de torture.

16 Les intérêts personnels en jeu indiquent que l'art. 7 de la *Charte*, qui vise à protéger la vie, la liberté et la sécurité de la personne, trouve application. Ce qui nous amène directement à la question de savoir si l'atteinte portée à ces intérêts par la *LIPR* est conforme aux principes de justice fondamentale. Le gouvernement soutient que l'art. 7 ne s'applique pas parce qu'il s'agit d'une affaire d'immigration. Il se fonde à cet égard sur l'arrêt *Medovarski c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 539, 2005 CSC 51. L'affirmation sur laquelle s'appuie le gouvernement a été faite en réponse à une prétention selon laquelle l'expulsion

considering this claim, the Court, *per* McLachlin C.J., noted, at para. 46, citing *Chiarelli v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1992] 1 S.C.R. 711, at p. 733, that "[t]he most fundamental principle of immigration law is that non-citizens do not have an unqualified right to enter or remain in Canada". The Court added: "Thus the deportation of a non-citizen in itself cannot implicate the liberty and security interests protected by s. 7" (*Medovarski*, at para. 46 (emphasis added)).

17 *Medovarski* thus does not stand for the proposition that proceedings related to deportation in the immigration context are immune from s. 7 scrutiny. While the deportation of a non-citizen in the immigration context may not *in itself* engage s. 7 of the *Charter*, some features associated with deportation, such as detention in the course of the certificate process or the prospect of deportation to torture, may do so.

18 In determining whether s. 7 applies, we must look at the interests at stake rather than the legal label attached to the impugned legislation. As Professor Hamish Stewart writes:

> Many of the principles of fundamental justice were developed in criminal cases, but their application is not restricted to criminal cases: they apply whenever one of the three protected interests is engaged. Put another way, the principles of fundamental justice apply in *criminal* proceedings, not because they are criminal proceedings, but because the liberty interest is always engaged in criminal proceedings. [Emphasis in original.]
>
> ("Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional?" (2005), 54 *U.N.B.L.J.* 235, at p. 242)

I conclude that the appellants' challenges to the fairness of the process leading to possible deportation and the loss of liberty associated with detention raise important issues of liberty and security, and that s. 7 of the *Charter* is engaged.

d'un non-citoyen contrevenait à l'art. 7 de la *Charte*. En statuant sur cet argument, la Cour, sous la plume de la juge en chef McLachlin, a cité au par. 46 l'arrêt *Chiarelli c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 1 R.C.S. 711, p. 733, précisant que « [l]e principe le plus fondamental du droit de l'immigration veut que les non-citoyens n'aient pas un droit absolu d'entrer ou de demeurer au Canada ». La Cour a ajouté « À elle seule, l'expulsion d'un non-citoyen ne peut mettre en cause les droits à la liberté et à la sécurité garantis par l'art. 7 » (*Medovarski*, par. 46 (je souligne)).

Ainsi, *Medovarski* ne permet pas d'affirmer que la procédure d'expulsion, dans le contexte de l'immigration, échappe à l'examen fondé sur l'art. 7. Si l'expulsion d'un non-citoyen dans le contexte de l'immigration n'enclenche peut-être pas *en soi* l'application de l'art. 7 de la *Charte*, certains éléments rattachés à l'expulsion, telles la détention au cours du processus de délivrance et d'examen d'un certificat ou l'éventualité d'un renvoi vers un pays où il existe un risque de torture, pourraient en entraîner l'application.

Pour déterminer si l'art. 7 s'applique, nous devons tenir compte des intérêts en cause plutôt que de la caractérisation juridique de la loi contestée. Comme l'écrit le professeur Hamish Stewart :

> [TRADUCTION] De nombreux principes de justice fondamentale ont été élaborés dans le cadre de causes criminelles. Cependant, leur application ne se limite pas à ce type de cause : ils s'appliquent dès lors que l'un des trois droits protégés est en jeu. Autrement dit, les principes de justice fondamentale s'appliquent aux instances *criminelles*, non pas parce qu'il s'agit d'instances criminelles, mais parce que le droit à la liberté y est toujours en jeu. [En italique dans l'original.]
>
> (« Is Indefinite Detention of Terrorist Suspects Really Constitutional? » (2005), 54 *R.D. U.N.-B.* 235, p. 242)

Je conclus que les arguments des appelants touchant l'équité du processus qui peut mener à l'expulsion et la perte de liberté liée à la détention soulèvent d'importantes questions quant à la liberté et à la sécurité et que l'art. 7 de la *Charte* trouve application.

2. How Do Security Considerations Affect the Section 7 Analysis?

Section 7 of the *Charter* requires that laws that interfere with life, liberty and security of the person conform to the principles of fundamental justice — the basic principles that underlie our notions of justice and fair process. These principles include a guarantee of procedural fairness, having regard to the circumstances and consequences of the intrusion on life, liberty or security: *Suresh*, at para. 113.

Section 7 of the *Charter* requires not a particular type of process, but a fair process having regard to the nature of the proceedings and the interests at stake: *United States of America v. Ferras*, [2006] 2 S.C.R. 77, 2006 SCC 33, at para. 14; *R. v. Rodgers*, [2006] 1 S.C.R. 554, 2006 SCC 15, at para. 47; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631, at pp. 656-57. The procedures required to meet the demands of fundamental justice depend on the context (see *Rodgers*; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361; *Chiarelli*, at pp. 743-44; *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, [2001] 2 S.C.R. 281, 2001 SCC 41, at paras. 20-21). Societal interests may be taken into account in elucidating the applicable principles of fundamental justice: *R. v. Malmo-Levine*, [2003] 3 S.C.R. 571, 2003 SCC 74, at para. 98.

Unlike s. 1, s. 7 is not concerned with whether a limit on life, liberty or security of the person is *justified*, but with whether the limit has been imposed in a way that respects the principles of fundamental justice. Hence, it has been held that s. 7 does not permit "a free-standing inquiry . . . into whether a particular legislative measure 'strikes the right balance' between individual and societal interests in general" (*Malmo-Levine*, at para. 96). Nor is "achieving the right balance . . . itself an overarching principle of fundamental justice" (*ibid.*). As the majority in *Malmo-Levine* noted, to hold otherwise "would entirely collapse the s. 1 inquiry into s. 7" (*ibid.*). This in turn would relieve the state from its

2. Comment les considérations relatives à la sécurité influencent-elles l'analyse fondée sur l'art. 7?

19 L'article 7 de la *Charte* exige que les lois qui portent atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne respectent les principes de justice fondamentale — c'est-à-dire les principes fondamentaux qui sous-tendent notre conception de la justice et de l'équité procédurale. Ces principes comprennent une garantie d'équité procédurale, liée aux circonstances et conséquences de l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité : *Suresh*, par. 113.

20 L'article 7 de la *Charte* exige non pas un type particulier de procédure, mais une procédure équitable eu égard à la nature de l'instance et des intérêts en cause : *États-Unis d'Amérique c. Ferras*, [2006] 2 R.C.S. 77, 2006 CSC 33, par. 14; *R. c. Rodgers*, [2006] 1 R.C.S. 554, 2006 CSC 15, par. 47; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631, p. 656-657. Les mesures procédurales requises par la justice fondamentale dépendent du contexte (voir *Rodgers*; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, p. 361; *Chiarelli*, p. 743-744; *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, [2001] 2 R.C.S. 281, 2001 CSC 41, par. 20-21). On peut prendre les intérêts sociétaux en considération pour clarifier les principes applicables de justice fondamentale : *R. c. Malmo-Levine*, [2003] 3 R.C.S. 571, 2003 CSC 74, par. 98.

21 Contrairement à l'article premier, l'art. 7 ne soulève pas la question de savoir si l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne est *justifiée*, mais plutôt celle de savoir si l'atteinte a été portée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Par conséquent, il a été statué que l'art. 7 n'autorise pas la tenue d'« un examen distinct pour décider si une mesure législative donnée établit un "juste équilibre" entre les droits de l'individu et les intérêts de la société en général » (*Malmo-Levine*, par. 96). La Cour ne croyait pas non plus que « l'établissement d'un juste équilibre constitue en soi un principe de justice fondamentale dominant » (*ibid.*). Comme l'a noté la

burden of justifying intrusive measures, and require the *Charter* complainant to show that the measures are not justified.

22 The question at the s. 7 stage is whether the principles of fundamental justice relevant to the case have been observed in substance, having regard to the context and the seriousness of the violation. The issue is whether the process is fundamentally unfair to the affected person. If so, the deprivation of life, liberty or security of the person simply does not conform to the requirements of s. 7. The inquiry then shifts to s. 1 of the *Charter*, at which point the government has an opportunity to establish that the flawed process is nevertheless justified having regard, notably, to the public interest.

23 It follows that while administrative constraints associated with the context of national security may inform the analysis on whether a particular process is fundamentally unfair, security concerns cannot be used to excuse procedures that do not conform to fundamental justice at the s. 7 stage of the analysis. If the context makes it impossible to adhere to the principles of fundamental justice in their usual form, adequate substitutes may be found. But the principles must be respected to pass the hurdle of s. 7. That is the bottom line.

24 In the instant case, the context is the detention, incidental to their removal or an attempt to remove them from the country, of permanent residents and foreign nationals who the ministers conclude pose a threat to national security. This context may impose certain administrative constraints that may be properly considered at the s. 7 stage. Full disclosure of the information relied on may not be possible. The executive branch of government may be required to act quickly, without recourse, at

majorité dans *Malmo-Levine*, le raisonnement contraire « intègre entièrement l'examen que commande l'article premier à l'analyse fondée sur l'art. 7 » (*ibid.*). Ainsi, l'État se trouverait libéré du fardeau de justifier les mesures attentatoires et la personne qui invoque la *Charte* aurait l'obligation de démontrer que les mesures contestées ne sont pas justifiées.

À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il s'agit de savoir si les principes de justice fondamentale pertinents ont été respectés pour l'essentiel, compte tenu du contexte et de la gravité de l'atteinte. Il faut se demander si la procédure est fondamentalement inéquitable envers la personne touchée. Dans l'affirmative, l'atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne n'est tout simplement pas conforme aux exigences de l'art. 7. Il faut alors passer à l'étape de l'application de l'article premier de la *Charte*, à laquelle le gouvernement peut démontrer que la procédure irrégulière est néanmoins justifiée compte tenu, notamment, de l'intérêt public.

Ainsi, bien que l'analyse visant à déterminer si une procédure est fondamentalement inéquitable puisse tenir compte de contraintes administratives particulières liées au contexte de sécurité nationale, les questions de sécurité ne peuvent servir à légitimer, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, une procédure non conforme à la justice fondamentale. Dans les cas où le contexte ne permet pas l'utilisation des moyens habituels de satisfaire aux principes de justice fondamentale, il est possible de recourir à d'autres moyens convenables. La procédure doit néanmoins être conforme aux principes de justice fondamentale pour résister à l'analyse dictée par l'art. 7. C'est ce qui est essentiel.

Le pourvoi a pour contexte la détention de résidents permanents et d'étrangers, que les ministres considèrent comme une menace pour la sécurité nationale, accessoirement à leur renvoi ou à une tentative de les renvoyer du Canada. Ce contexte peut engendrer certaines contraintes administratives qui peuvent, à bon droit, être prises en considération à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7. Tous les renseignements qui servent de fondement à l'affaire ne peuvent peut-être pas être divulgués.

least in the first instance, to the judicial procedures normally required for the deprivation of liberty or security of the person.

Il est possible que le pouvoir exécutif doive agir rapidement, sans recourir, du moins au départ, à la procédure judiciaire exigée normalement lorsqu'il y a atteinte à la liberté ou à la sécurité d'une personne.

At the same time, it is a context that may have important, indeed chilling, consequences for the detainee. The seriousness of the individual interests at stake forms part of the contextual analysis. As this Court stated in *Suresh*, "[t]he greater the effect on the life of the individual by the decision, the greater the need for procedural protections to meet the common law duty of fairness and the requirements of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*" (para. 118). Thus, "factual situations which are closer or analogous to criminal proceedings will merit greater vigilance by the courts": *Dehghani v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 S.C.R. 1053, at p. 1077, *per* Iacobucci J.

25 Par ailleurs, ce contexte risque d'avoir des conséquences importantes — en fait, terrifiantes — pour la personne détenue. L'importance des intérêts individuels en jeu fait partie de l'analyse contextuelle. Comme la Cour l'a affirmé dans *Suresh* : « Plus l'incidence de la décision sur la vie de l'intéressé est grande, plus les garanties procédurales doivent être importantes afin que soient respectées l'obligation d'équité en common law et les exigences de la justice fondamentale consacrées par l'art. 7 de la *Charte* » (par. 118). Ainsi, « les tribunaux devront être plus vigilants en ce qui concerne les situations de fait qui se rapprochent davantage des procédures criminelles ou qui leur sont analogues » : *Dehghani c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 R.C.S. 1053, p. 1077, le juge Iacobucci.

The potential consequences of deportation combined with allegations of terrorism have been under a harsh spotlight due to the recent report of the Commission of Inquiry into the Actions of Canadian Officials in Relation to Maher Arar. Mr. Arar, a Canadian citizen born in Syria, was detained by American officials and deported to Syria. The report concludes that it is "very likely that, in making the decisions to detain and remove Mr. Arar to Syria, the U.S. authorities relied on information about Mr. Arar provided by the RCMP", including unfounded suspicions linking Mr. Arar to terrorist groups: *Report of the Events Relating to Maher Arar: Analysis and Recommendations* (2006) ("Arar Inquiry"), at p. 30. In Syria, Mr. Arar was tortured and detained under inhumane conditions for over 11 months. In his report, Commissioner O'Connor recommends enhanced review and accountability mechanisms for agencies dealing with national security, including not only the Royal Canadian Mounted Police, but also Citizenship and Immigration Canada and the Canada Border Services Agency. He notes that these immigration-related institutions can have an

26 Les conséquences possibles d'un renvoi combiné à des allégations de terrorisme sont cruellement ressorties dans le rapport récent de la Commission d'enquête sur les actions des responsables canadiens relativement à Maher Arar. Citoyen canadien né en Syrie, M. Arar a été détenu par les autorités américaines et expulsé vers la Syrie. Le rapport a conclu qu'en « prenant les décisions de détenir M. Arar puis de le renvoyer en Syrie, les autorités américaines se sont très probablement appuyées sur l'information concernant M. Arar que leur avait fournie la GRC », notamment des soupçons non fondés reliant M. Arar à des groupes terroristes : *Rapport sur les événements concernant Maher Arar : Analyse et recommandations* (2006) (« Commission Arar »), p. 32. En Syrie, M. Arar a été torturé et détenu durant 11 mois dans des conditions inhumaines. Dans son rapport, le commissaire O'Connor a recommandé un renforcement des mécanismes d'examen et de reddition de compte pour les organismes menant des activités reliées à la sécurité nationale, ce qui inclut non seulement la Gendarmerie royale du Canada, mais aussi Citoyenneté et Immigration Canada et

important impact on individual rights but that there is a lack of transparency surrounding their activities because their activities often involve sensitive national security information that cannot be disclosed to the public: *A New Review Mechanism for the RCMP's National Security Activities* (2006), at pp. 562-65. Moreover, the sensitive nature of security information means that investigations lead to fewer prosecutions. This, in turn, restricts the ability of courts to guarantee individual rights: "Unless charges are laid, . . . the choice of investigative targets, methods of information collection and exchange, and means of investigation generally will not be subject to judicial scrutiny, media coverage or public debate" (p. 439).

l'Agence des services frontaliers du Canada. Il a fait remarquer que ces organismes reliés à l'immigration peuvent avoir une forte incidence sur les droits individuels, mais qu'ils manquent de transparence dans leurs activités parce que celles-ci impliquent souvent des renseignements sensibles touchant la sécurité nationale qui ne peuvent être rendus publics : *Un nouveau mécanisme d'examen des activités de la GRC en matière de sécurité nationale* (2006), p. 623-627. En outre, en raison de la nature sensible des renseignements de sécurité, les enquêtes donnent lieu à moins de poursuites, ce qui restreint pour les tribunaux la possibilité de garantir les droits individuels : « à moins que des accusations ne soient déposées, le choix des cibles des enquêtes, les méthodes de collecte et d'échange d'information et les méthodes d'enquête en général ne feront pas l'objet d'examen judiciaire, de couverture médiatique ou de discussion publique » (p. 487-488).

27 The procedures required to conform to the principles of fundamental justice must reflect the exigencies of the security context. Yet they cannot be permitted to erode the essence of s. 7. The principles of fundamental justice cannot be reduced to the point where they cease to provide the protection of due process that lies at the heart of s. 7 of the *Charter*. The protection may not be as complete as in a case where national security constraints do not operate. But to satisfy s. 7, meaningful and substantial protection there must be.

Les mesures requises pour assurer la justice fondamentale doivent tenir compte des exigences propres au contexte de la sécurité. Il faut toutefois s'assurer que l'essence de l'art. 7 demeure intacte. Les principes de justice fondamentale ne peuvent être réduits au point de ne plus offrir la protection de l'application régulière de la loi qui constitue le fondement même de l'art. 7 de la *Charte*. Il se peut que cette protection ne soit pas aussi complète qu'en l'absence de contraintes liées à la sécurité nationale. Mais il demeure qu'il ne saurait y avoir conformité avec l'art. 7 sans une protection véritable et substantielle.

3. Relevant Principles of Fundamental Justice

3. Les principes pertinents de justice fondamentale

28 The overarching principle of fundamental justice that applies here is this: before the state can detain people for significant periods of time, it must accord them a fair judicial process: *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46. "It is an ancient and venerable principle that no person shall lose his or her liberty without due process according to the law, which must involve a meaningful judicial process": *Ferras*, at para. 19. This principle emerged in the

Le principe primordial de justice fondamentale applicable ici est le suivant : l'État ne peut détenir longtemps une personne sans lui avoir préalablement permis de bénéficier d'une procédure judiciaire équitable : *Nouveau-Brunswick (Ministre de la Santé et des Services communautaires) c. G. (J.)*, [1999] 3 R.C.S. 46. « C'est un ancien principe vénérable que nul ne peut être privé de sa liberté sans avoir pu bénéficier de l'application régulière de la loi, qui doit comporter un processus

era of feudal monarchy, in the form of the right to be brought before a judge on a motion of *habeas corpus*. It remains as fundamental to our modern conception of liberty as it was in the days of King John.

judiciaire valable » : *Ferras*, par. 19. Ce principe a vu le jour à l'époque de la monarchie féodale, sous la forme du droit de comparaître devant un juge à la suite d'une demande d'*habeas corpus*. Il demeure aussi fondamental dans notre conception moderne de la liberté qu'il l'était à l'époque du Roi Jean.

This basic principle has a number of facets. It comprises the right to a *hearing*. It requires that the hearing be *before an independent and impartial magistrate*. It demands a *decision by the magistrate on the facts and the law*. And it entails the *right to know the case put against one*, and the *right to answer that case*. Precisely how these requirements are met will vary with the context. But for s. 7 to be satisfied, each of them must be met in substance.

29 Ce principe de base comporte de nombreuses facettes, y compris le droit à une *audition*. Il commande que cette audition se déroule *devant un magistrat indépendant et impartial*, et que la *décision du magistrat soit fondée sur les faits et sur le droit*. Il emporte le *droit de chacun de connaître la preuve produite contre lui* et le *droit d'y répondre*. La façon précise de se conformer à ces exigences variera selon le contexte. Mais pour respecter l'art. 7, il faut satisfaire pour l'essentiel à chacune d'elles.

The *IRPA* process includes a hearing. The process consists of two phases, one executive and one judicial. There is no hearing at the executive phase that results in issuance of the certificate. However, this is followed by a review before a judge, where the named person is afforded a hearing. Thus, the first requirement, that of a hearing, is met.

30 Le processus établi par la *LIPR* comporte une audition. Il comprend deux étapes, l'une de nature exécutive, l'autre de nature judiciaire. Il n'y a pas d'audition à l'étape de nature exécutive qui mène à la délivrance du certificat. Celle-ci est toutefois suivie d'un examen par un juge désigné, à l'occasion duquel la personne désignée a droit à une audition. Par conséquent, le processus répond à la première exigence, soit la tenue d'une audition.

Questions arise, however, on the other requirements, namely: that the judge be independent and impartial; that the judge make a judicial decision based on the facts and the law; and finally, that the named person be afforded an opportunity to meet the case put against him or her by being informed of that case and being allowed to question or counter it. I conclude that the *IRPA* scheme meets the first requirement of independence and impartiality, but fails to satisfy the second and third requirements, which are interrelated here.

31 Les autres exigences soulèvent toutefois les questions suivantes : le juge est-il indépendant et impartial? Le juge prononce-t-il un jugement fondé sur les faits et sur le droit? Enfin, la personne désignée a-t-elle la possibilité de répondre aux allégations formulées contre elle en prenant connaissance de la preuve et en ayant la possibilité de la contester ou de présenter une contre-preuve? Je conclus que le régime établi par la *LIPR* répond à la première exigence, soit celle de l'indépendance et de l'impartialité du juge, mais ne satisfait ni à la deuxième ni à la troisième, qui sont interreliées en l'espèce.

4. Is the Judge Independent and Impartial?

4. Le juge est-il indépendant et impartial?

32 Même si la portée de l'audition requise peut varier selon le contexte (*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2

Although the scope of the required hearing can vary according to context (*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2

S.C.R. 817), a hearing must include "[a]n independent judicial phase and an impartial judge" (*Ferras*, at para. 25). This requirement is also consistent with the unwritten constitutional principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*, [1997] 3 S.C.R. 3. It has also been called "the cornerstone of the common law duty of procedural fairness" (*Application under s. 83.28 of the Criminal Code (Re)*, [2004] 2 S.C.R. 248, 2004 SCC 42 ("*Re Bagri*"), at para. 81), and is necessary in order to ensure judicial impartiality: *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. It is not enough that the judge in fact be independent and impartial; fundamental justice requires that the judge also appear to be independent and impartial. This flows from the fact that judicial independence has two facets: actual independence and perceived independence (*Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 689).

33 The *IRPA* scheme provides for the certificate issued by the ministers to be reviewed by a "designated judge", a judge of the Federal Court of Canada. The question here is whether, from an institutional perspective, the role assigned to designated judges under the *IRPA* leads to a perception that independence and impartiality are compromised.

34 The designated judge has been aptly described as the "cornerstone of the procedure established by Parliament" in the *IRPA* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 F.C.R. 32, 2003 FC 1419, at para. 120, *per* Noël J.). The judge is the sole avenue of review for the named person and the only person capable of providing the essential judicial component of the process.

35 When reviewing the certificate, the judge sees all the material relied on by the government. But if the government claims confidentiality for certain material, the judge cannot share this material with the named person. The judge must make his or her decision without hearing any objections the named person might be able to make, were he or she granted access to the whole of the record. Part of the hearing may be held *in camera*, with only the

R.C.S. 817), elle doit comprendre « [u]ne étape judiciaire indépendante et un juge impartial » (*Ferras*, par. 25). Cette exigence est aussi compatible avec le principe constitutionnel non écrit de l'indépendance judiciaire : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*, [1997] 3 R.C.S. 3. Cette indépendance a aussi été décrite comme « la pierre d'assise de l'obligation d'équité procédurale reconnue par la common law » (*Demande fondée sur l'art. 83.28 du Code criminel (Re)*, [2004] 2 R.C.S. 248, 2004 CSC 42 (« *Re Bagri* »), par. 81) et elle est nécessaire pour garantir l'impartialité judiciaire : *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 139. Il ne suffit pas que ce juge soit indépendant et impartial en réalité; la justice fondamentale exige en effet qu'il le soit aussi en apparence. Cette règle découle du fait que l'indépendance judiciaire a deux facettes : l'indépendance réelle et la perception d'indépendance (*Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 689).

Selon le régime créé par la *LIPR*, le certificat délivré par les ministres doit être examiné par un « juge désigné », un juge de la Cour fédérale du Canada. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si, du point de vue institutionnel, le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* crée l'impression que leur indépendance et leur impartialité est compromise.

Le juge désigné a été décrit avec justesse comme la « pierre angulaire de la procédure établie par le législateur » dans la *LIPR* (*Charkaoui (Re)*, [2004] 3 R.C.F. 32, 2003 CF 1419, par. 120, le juge Noël). Le juge est l'unique voie de recours pour la personne désignée et la seule personne capable de conférer au processus son caractère judiciaire essentiel.

Lorsqu'il examine le certificat, le juge prend connaissance de tous les renseignements sur lesquels s'est fondé le gouvernement. Néanmoins, si ce dernier invoque la confidentialité de certains renseignements, le juge ne peut les communiquer à la personne désignée. Il doit donc rendre sa décision sans entendre les objections que la personne désignée pourrait faire valoir si elle avait accès au dossier en entier. Une partie de l'audience peut se

judge and the government lawyers in the room. The named person is not there. His or her lawyer is not there. There is no one to speak for the person or to test the evidence put against him or her.

These circumstances may give rise to a perception that the designated judge under the *IRPA* may not be entirely independent and impartial as between the state and the person named in the certificate. Speaking at a conference in March 2002, Hugessen J. of the Federal Court expressed unease with the role assigned to designated judges under the *IRPA*:

> We do not like this process of having to sit alone hearing only one party,. and looking at the materials produced by only one party . . . .
>
> If there is one thing that I learned in my practice at the Bar, and I have managed to retain it through all these years, it is that good cross-examination requires really careful preparation and a good knowledge of your case. And by definition, judges do not do that. . . . [W]e do not have any knowledge except what is given to us and when it is only given to us by one party we are not well suited to test the materials that are put before us. [Emphasis added.]

(J. K. Hugessen, "Watching the Watchers: Democratic Oversight", in D. Daubney et al., eds., *Terrorism, Law and Democracy: How is Canada changing following September 11?* (2002), 381, at p. 384)

Three related concerns arise with respect to independence and impartiality. First is the concern that the *IRPA* may be perceived to deprive the judge of his or her independent judicial role and co-opt the judge as an agent of the executive branch of government. Second is the concern that the designated judge functions as an investigative officer rather than a judge. Third is the concern that the judge, whose role includes compensating for the fact that the named person may not have access to material and may not be present at the hearing, will become associated with this person's case.

dérouler à huis clos en présence uniquement du juge et des avocats du gouvernement. Ni la personne désignée ni son avocat ne sont présents. Personne n'est là pour parler au nom de la personne désignée ou pour contester les éléments de preuve produits contre elle.

36 Ces circonstances peuvent créer l'impression que le juge désigné sous le régime de la *LIPR* n'est peut-être pas complètement indépendant et impartial à l'égard de l'État et de la personne désignée dans le certificat. Dans le cadre d'une conférence, en mars 2002, le juge Hugessen de la Cour fédérale a exprimé sa réticence devant le rôle confié aux juges désignés par la *LIPR* :

> [TRADUCTION] Nous n'aimons pas ce processus qui consiste à entendre seulement une partie et à prendre connaissance des documents produits par une seule partie . . .
>
> S'il est une chose que j'ai apprise dans l'exercice de la profession d'avocat, et que je n'ai pas oubliée après toutes ces années, c'est qu'un bon contre-interrogatoire demande une préparation très minutieuse et une bonne connaissance de la cause. Or, par définition, les juges ne font pas ce genre de travail. [. . .] [N]ous ne connaissons rien de la cause à part ce qu'on nous en dit et lorsque l'information que nous recevons émane d'une seule partie, nous ne sommes pas vraiment en mesure d'en apprécier la valeur. [Je souligne.]

(J. K. Hugessen, « Watching the Watchers : Democratic Oversight », dans D. Daubney et autres, dir., *Terrorisme, droit et démocratie : Comment le Canada a-t-il changé après le 11 septembre?* (2002), 381, p. 384)

37 Trois problèmes se posent relativement à l'indépendance et à l'impartialité. Premièrement, la *LIPR* peut être perçue comme dépouillant le juge de sa fonction de magistrat indépendant pour lui attribuer le rôle de mandataire du pouvoir exécutif. Deuxièmement, le juge désigné agirait comme un enquêteur plutôt que comme un juge. Troisièmement, comme son rôle consiste aussi à pallier la possibilité que la personne désignée n'ait pas accès à l'information et ne puisse assister à l'audience, le juge pourrait devenir associé à la cause de cette personne.

38 The first concern is linked to the degree of deference that the judge accords to the ministers' conclusion that the facts supported the issuance of a certificate and the detention of the named person. Judges working under the process have eschewed an overly deferential approach, insisting instead on a searching examination of the reasonableness of the certificate on the material placed before them: *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 FC 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 F.C.R. 299, 2004 FCA 421, at para. 74. They are correct to do so, having regard to the language of the provision, the history of its adoption, and the role of the designated judge.

39 First, an active role for the designated judge is justified by the language of the *IRPA* and the standards of review it establishes. The statute requires the designated judge to determine whether the certificate is "reasonable", and emphasizes factual scrutiny by instructing the judge to do so "on the basis of the information and evidence available" (s. 80(1)). This language, as well as the accompanying factual, legal and administrative context, leads to the conclusion that the designated judge must review the certificate on a standard of reasonableness. Likewise, since the ministers' decision to detain a permanent resident is based on "reasonable grounds to believe" (s. 82(1)), "[i]t is logical to assume that in subsequent reviews by a designated judge, the same standard will be used" (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 F.C.R. 389, 2005 FC 248, at para. 30). The "reasonable grounds to believe" standard requires the judge to consider whether "there is an objective basis . . . which is based on compelling and credible information": *Mugesera v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 2 S.C.R. 100, 2005 SCC 40, at para. 114. "Reasonable grounds to believe" is the appropriate standard for judges to apply when reviewing a continuation of detention under the certificate provisions of the *IRPA*. The *IRPA* therefore does not ask the designated judge to be deferential, but, rather, asks him or her to engage in a searching review.

Le premier problème tient au degré de retenue du juge envers la conclusion des ministres selon laquelle les faits justifiaient la délivrance du certificat et la détention de la personne désignée. Dans le contexte de ce processus, les juges évitent de faire preuve d'une retenue excessive, insistant plutôt sur un examen rigoureux du caractère raisonnable du certificat à partir des renseignements dont ils disposent : *Jaballah, Re* (2004), 247 F.T.R. 68, 2004 CF 299; *Charkaoui (Re)*, [2005] 2 R.C.F. 299, 2004 CAF 421, par. 74. C'est à bon droit qu'ils agissent ainsi, étant donné le libellé de la disposition législative, l'historique de son adoption et le rôle du juge désigné.

Premièrement, le libellé de la *LIPR* et la norme de contrôle qu'elle établit justifient que le juge désigné joue un rôle actif. La loi exige que les juges désignés décident du « caractère raisonnable » des certificats et insiste sur l'examen minutieux des faits en donnant instruction au juge de rendre sa décision « compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose » (par. 80(1)). Ces termes, ainsi que leur contexte factuel, juridique et administratif, mènent à la conclusion que le juge désigné doit examiner le certificat selon la norme du caractère raisonnable. De même, comme la décision des ministres de détenir un résident permanent est fondée sur « des motifs raisonnables de croire » (par. 82(1)), « [i]l est logique de penser que lors de révisions subséquentes par un juge désigné, la même norme sera utilisée » (*Charkaoui (Re)*, [2005] 3 R.C.F. 389, 2005 CF 248, par. 30). La norme des « motifs raisonnables de croire » exige que le juge se demande s'il existe « un fondement objectif reposant sur des renseignements concluants et dignes de foi » : *Mugesera c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 2 R.C.S. 100, 2005 CSC 40, par. 114. C'est la norme des « motifs raisonnables de croire » que les juges doivent appliquer lorsqu'ils contrôlent le maintien en détention sous le régime des dispositions de la *LIPR* régissant les certificats. La *LIPR* n'impose pas une grande retenue au juge désigné, mais l'oblige à procéder à un examen approfondi.

This interpretation of the *IRPA* is confirmed by statements made in the course of the adoption of the scheme. While it was considering the *IRPA*, the Standing Committee on Citizenship and Immigration was informed that the role of the designated judge would be to avoid treatment that is unfair, arbitrary, or in violation of due process (Transcript of the Standing Committee on Citizenship and Immigration, Thursday, April 26, 2001 (online)).

Finally, the fact that the designated judge may have access to more information than the ministers did in making their initial decision to issue a certificate and detain suggests that the judge possesses relative expertise on the matters at issue and is no mere rubber stamp: *Charkaoui (Re)*, 2003 FC 1419, at para. 125.

I conclude that a non-deferential role for the designated judge goes some distance toward alleviating the first concern, that the judge will be perceived to be in the camp of the government.

The second concern is that the judge may be seen to function more as an investigator than as an independent and impartial adjudicator. The law is clear that the principles of fundamental justice are breached if a judge is reduced to an executive, investigative function. At the same time, the mere fact that a judge is required to assist in an investigative activity does not deprive the judge of the requisite independence. In *Re Bagri*, the Court considered whether a provision of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, that provides for a judge to assist the state in gathering evidence in the investigation of a terrorist offence violated s. 7 or s. 11(*d*) of the *Charter*. Under s. 83.28, a judge can order a person to attend before the judge (or before another judge) to give information on a suspected past or future terrorism offence, and supervise the taking of the person's statement. The hearing can take place *in camera*, and its very existence can be kept secret. Critics of s. 83.28 argued that it co-opts the presiding judge into performing an

40 Cette interprétation de la *LIPR* est corroborée par des déclarations faites durant le processus d'adoption du régime. Les témoignages présentés au Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration qui étudiait la *LIPR* lui ont révélé que le rôle du juge désigné consiste à éviter tout traitement injuste ou arbitraire et à garantir l'application régulière de la loi (Transcription des travaux du Comité permanent de la citoyenneté et de l'immigration, le jeudi 26 avril 2001 (en ligne)).

41 Enfin, le fait que le juge désigné ait accès à plus de renseignements que les ministres n'en avaient à leur disposition pour prendre leur décision initiale de délivrer un certificat et de mettre l'intéressé en détention porte à croire que le juge est relativement bien placé pour apprécier les questions en litige et ne se contente pas d'entériner machinalement cette décision : *Charkaoui (Re)*, 2003 CF 1419, par. 125.

42 Je conclus qu'attribuer au juge désigné un rôle qui ne l'oblige pas à faire preuve de retenue contribue à atténuer le premier problème, soit la possibilité que le juge soit perçu comme appartenant au camp du gouvernement.

43 Deuxièmement, on craint que le juge soit perçu davantage comme un enquêteur que comme un arbitre indépendant et impartial. Il est clair en droit qu'il serait contraire aux principes de justice fondamentale que le juge exerce une fonction purement exécutive, qui se limite à une enquête. Par contre, le simple fait qu'un juge soit appelé à participer à une activité d'enquête ne le prive pas de l'indépendance requise. Dans *Re Bagri*, la Cour devait décider si une disposition du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui autorise un juge à aider l'État à rechercher des éléments de preuve dans le cadre d'une enquête sur une infraction de terrorisme contrevenait à l'art. 7 ou à l'al. 11*d*) de la *Charte*. L'article 83.28 permet au juge d'ordonner qu'une personne comparaisse devant lui (ou devant un autre juge) pour fournir de l'information sur une infraction de terrorisme commise ou appréhendée et à superviser son interrogatoire. L'audience peut se dérouler à huis clos et même sa tenue peut être gardée secrète. Les critiques formulées contre l'art.

investigative rather than an adjudicative role. The majority held that the provision violates neither s. 7 of the *Charter* nor the unwritten principle of judicial independence. It stressed that s. 83.28 gives judges broad discretion to vary the terms of the order made under it and to ensure that constitutional and common law values are respected. It also noted that judges routinely participate in investigations in the criminal context and that their role in these situations is to "act as a check against state excess" (para. 86), and emphasized that in the context of investigative hearings the judge was not asked to question the individual or challenge the evidence, but merely to mediate and ensure the fairness of the proceeding. However, it warned that "once legislation invokes the aid of the judiciary, we must remain vigilant to ensure that the integrity of its role is not compromised or diluted" (para. 87).

83.28 voulaient qu'il permette au juge d'exercer des fonctions d'enquête plutôt que sa fonction juridictionnelle. La majorité a conclu que cette disposition ne viole ni l'art. 7 de la *Charte* ni le principe non écrit de l'indépendance judiciaire. Elle a précisé que l'art. 83.28 confère au juge un vaste pouvoir discrétionnaire pour fixer et modifier les modalités de l'ordonnance rendue en application de cet article et pour veiller au respect des valeurs reconnues par la Constitution et par la common law. La majorité a aussi souligné que les juges participent couramment à des enquêtes dans le contexte criminel et que, dans ces situations, leur rôle consiste à « refréner les excès de l'État » (par. 86). Elle a insisté sur le fait que, dans le cadre d'une enquête, le juge n'était pas appelé à poser des questions à l'intéressé ni à contester les éléments de preuve, mais simplement à agir comme médiateur et à garantir l'équité procédurale. Par contre, elle a prévenu que « dès qu'une mesure législative requiert l'aide du pouvoir judiciaire, il faut veiller à ce que l'intégrité du rôle de ce dernier ne soit ni compromise ni diminuée » (par. 87).

44 The *IRPA* provisions before the Court, like s. 83.28 of the *Criminal Code*, preserve the essential elements of the judicial role. It is even clearer in this case than in *Re Bagri* that the process established by the legislation at issue is not purely investigative; the judge's task of determining whether the certificate is "reasonable" seems on its face closer to adjudicative review of an executive act than to investigation. On the other hand, the provisions seem to require the judge to actively vet the evidence, an activity that the Court viewed as suspect in *Re Bagri*. Noël J., the designated judge for Mr. Charkaoui's case, stated:

> Designated judges preside over hearings and hear the Minister's witnesses. They examine witnesses themselves as the need arises. They examine the documents carefully to determine which information is related to security and which information is not. In order to do so, they examine, among other things, the sources of the information, the way in which it was obtained, the reliability of the sources and the

Les dispositions de la *LIPR* en cause, à l'instar de l'art. 83.28 du *Code criminel*, préservent les éléments essentiels de la fonction judiciaire. Il est encore plus clair en l'espèce que dans *Re Bagri* que le processus établi par la loi n'est pas strictement de la nature d'une enquête; la tâche du juge de décider du « caractère raisonnable » du certificat semble d'emblée s'apparenter davantage au contrôle judiciaire d'un acte de l'exécutif qu'à une enquête. D'autre part, les dispositions semblent exiger que le juge passe concrètement les éléments de preuve au crible, tâche qui paraissait suspecte aux yeux de la Cour dans *Re Bagri*. Le juge Noël, juge désigné dans la cause de M. Charkaoui, a affirmé :

> Le juge désigné préside les audiences et entend les témoins présentés par les ministres. Au besoin, il interroge lui-même ces témoins. Il examine soigneusement la documentation pour déterminer quels renseignements sont liés à la sécurité et lesquels ne le sont pas. Pour ce faire, il examine entre autres les sources des renseignements, la façon dont ces renseignements ont été obtenus, la fiabilité des sources et la méthode

method used, and whether it is possible to corroborate the information by other means.

(2003 FC 1419, at para. 101)

These comments suggest that while the designated judge may be more involved in vetting and skeptically scrutinizing the evidence than would be the case in a normal judicial hearing, the judge is nevertheless performing the adjudicative function of evaluation, rather than the executive function of investigation. However, care must be taken to avoid allowing the investigative aspect of the process to overwhelm its adjudicative aspect.

The third concern is that the judge's role as sole protector of the named person's interest may associate the judge, in fact or perception, with that interest. A judge who is obliged to take on a "defence" role in the absence of counsel may unconsciously become associated with that camp: *R. v. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, at p. 71; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.), at p. 191. This concern must be balanced against the opposite concern that the judge may appear to be part of the government scheme and hence in the government's camp. The critical consideration, however, is that the *IRPA* permits — indeed requires — the judge to conduct the review in an independent and judicial fashion. Provided the judge does so, the scheme cannot be condemned on the ground that he or she is, in fact or perception, in the named person's camp.

I conclude that, on its face, the *IRPA* process is designed to preserve the independence and impartiality of the designated judge, as required by s. 7. Properly followed by judges committed to a searching review, it cannot be said to compromise the perceived independence and impartiality of the designated judge.

I note that this conclusion conclusively rebuts the appellant Charkaoui's contention that the *IRPA* breaches the unwritten constitutional principle of

utilisée, ainsi que la possibilité de corroborer ces renseignements par d'autres moyens lorsque cela est possible.

(2003 CF 1419, par. 101)

Ces commentaires indiquent que, même si un juge désigné participe davantage au criblage et à l'examen critique des éléments de preuve que dans le cadre d'une audition judiciaire normale, il continue d'exercer sa fonction judiciaire d'évaluation, plutôt que la fonction exécutive d'enquête. Il faut toutefois veiller à ce que le volet d'enquête du processus n'en supplante pas le volet judiciaire.

45 Troisièmement, on craint que le juge, en raison de son rôle de protecteur unique des intérêts de la personne désignée, puisse être associé, en réalité ou en apparence, aux intérêts de cette personne. Un juge tenu d'assumer le rôle de la « défense » en l'absence d'un avocat pourrait devenir inconsciemment associé à ce camp : *R. c. Taubler* (1987), 20 O.A.C. 64, p. 71; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.), p. 191. Cette crainte doit être soupesée en regard de l'éventualité opposée que le juge soit perçu comme faisant partie intégrante du régime gouvernemental et appartenant au camp du gouvernement. La considération déterminante est toutefois que la *LIPR* permet au juge — lui enjoint en fait — de procéder au contrôle en agissant comme un magistrat indépendant exerçant des fonctions judiciaires. Dans la mesure où le juge agit effectivement ainsi, le régime ne peut être condamné sous prétexte que le juge se rangerait, en réalité ou en apparence, dans le camp de la personne désignée.

46 Je conclus qu'il ressort, à la simple lecture de la *LIPR*, que le processus qu'elle établit est conçu de façon à préserver l'indépendance et l'impartialité du juge désigné, comme l'exige l'art. 7. On ne saurait dire que l'indépendance et l'impartialité apparentes du juge désigné sont compromises, lorsque les juges appliquent correctement ce processus en procédant à un examen approfondi.

47 Soulignons que cette conclusion réfute définitivement la prétention de M. Charkaoui selon laquelle la *LIPR* contrevient au principe constitutionnel non

judicial independence affirmed in *Provincial Court Judges' Assn. of New Brunswick v. New Brunswick (Minister of Justice)*, [2005] 2 S.C.R. 286, 2005 SCC 44.

5. Is the Decision Based on the Facts and the Law?

48 To comply with s. 7 of the *Charter*, the magistrate must make a decision based on the facts and the law. In the extradition context, the principles of fundamental justice have been held to require, "at a minimum, a meaningful judicial assessment of the case on the basis of the evidence and the law. A judge considers the respective rights of the litigants or parties and makes findings of fact on the basis of evidence and applies the law to those findings. Both facts and law must be considered for a true adjudication. Since *Bonham's Case* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], the essence of a judicial hearing has been the treatment of facts revealed by the evidence in consideration of the substantive rights of the parties as set down by law" (*Ferras*, at para. 25). The individual and societal interests at stake in the certificate of inadmissibility context suggest similar requirements.

49 The *IRPA* process at issue seeks to meet this requirement by placing material before the judge for evaluation. As a practical matter, most if not all of the material that the judge considers is produced by the government and can be vetted for reliability and sufficiency only by the judge. The normal standards used to ensure the reliability of evidence in court do not apply: s. 78(*j*). The named person may be shown little or none of the material relied on by the ministers and the judge, and may thus not be in a position to know or challenge the case against him or her. It follows that the judge's decision, while based on the evidence before him or her, may not be based on all of the evidence available.

50 There are two types of judicial systems, and they ensure that the full case is placed before the judge in two different ways. In inquisitorial systems, as in

écrit de l'indépendance judiciaire reconnu dans *Assoc. des juges de la Cour provinciale du Nouveau-Brunswick c. Nouveau-Brunswick (Ministre de la Justice)*, [2005] 2 R.C.S. 286, 2005 CSC 44.

5. La décision est-elle fondée sur les faits et sur le droit?

Pour se conformer à l'art. 7 de la *Charte*, le magistrat doit rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit. Dans le contexte de l'extradition, il a été jugé que la justice fondamentale « impose aux tribunaux au moins l'obligation de procéder à une appréciation valable de l'affaire en fonction de la preuve et du droit. Le juge examine les droits respectifs des parties et, d'après la preuve, tire des conclusions de fait auxquelles il applique le droit. Il doit examiner autant les faits que le droit pour arriver à une conclusion valable. Depuis l'affaire *Bonham* [(1610), 8 Co. Rep. 113b, 77 E.R. 646], l'essence d'une audience judiciaire est de traiter les faits révélés par la preuve selon les droits substantiels que la loi confère aux parties » (*Ferras*, par. 25). Les intérêts individuels et sociétaux en jeu dans le contexte des certificats d'interdiction de territoire supposent l'application d'une exigence semblable.

Le processus établi par la *LIPR* est censé répondre à cette exigence par la production de renseignements soumis à l'appréciation du juge. En pratique, la plupart sinon la totalité des documents examinés par le juge sont produits par le gouvernement et seul le juge peut les passer au crible pour déterminer s'ils sont fiables et suffisants. Les normes servant habituellement à garantir la fiabilité de la preuve soumise aux tribunaux ne s'appliquent pas : al. 78*j*). Il se peut que la personne désignée ne puisse pas prendre connaissance de la totalité ou d'une grande partie des renseignements sur lesquels s'appuient les ministres et le juge, et qu'elle ne soit donc pas en mesure de connaître ou de contester les allégations formulées contre elle. Par conséquent, le juge peut rendre une décision qui, bien que fondée sur la preuve dont il dispose, n'est pas fondée sur tous les éléments de preuve disponibles.

Il existe deux types de systèmes de justice, qui garantissent de deux manières différentes que le juge dispose d'une preuve complète. Dans un système de

Continental Europe, the judge takes charge of the gathering of evidence in an independent and impartial way. By contrast, an adversarial system, which is the norm in Canada, relies on the parties — who are entitled to disclosure of the case to meet, and to full participation in open proceedings — to produce the relevant evidence. The designated judge under the *IRPA* does not possess the full and independent powers to gather evidence that exist in the inquisitorial process. At the same time, the named person is not given the disclosure and the right to participate in the proceedings that characterize the adversarial process. The result is a concern that the designated judge, despite his or her best efforts to get all the relevant evidence, may be obliged — perhaps unknowingly — to make the required decision based on only part of the relevant evidence. As Hugessen J. has noted, the adversarial system provides "the real warranty that the outcome of what we do is going to be fair and just" (p. 385); without it, the judge may feel "a little bit like a fig leaf" (Proceedings of the March 2002 Conference, at p. 386).

Judges of the Federal Court have worked assiduously to overcome the difficulties inherent in the role the *IRPA* has assigned to them. To their credit, they have adopted a pseudo-inquisitorial role and sought to seriously test the protected documentation and information. But the role remains *pseudo*-inquisitorial. The judge is not afforded the power to independently investigate all relevant facts that true inquisitorial judges enjoy. At the same time, since the named person is not given a full picture of the case to meet, the judge cannot rely on the parties to present missing evidence. The result is that, at the end of the day, one cannot be sure that the judge has been exposed to the whole factual picture.

Similar concerns arise with respect to the requirement that the decision be based on the law. Without knowledge of the information put against him or her, the named person may not be in a position to raise legal objections relating to the evidence, or

type inquisitoire, comme on en retrouve notamment sur le continent européen, le juge dirige la collecte des éléments de preuve de façon impartiale et indépendante. Par contraste, un système contradictoire, qui constitue la norme au Canada, compte sur les parties — qui ont le droit de connaître les allégations formulées contre elles et de participer pleinement à une procédure publique — pour qu'elles produisent les éléments de preuve pertinents. Sous le régime de la *LIPR*, le juge désigné n'est pas investi de tous les pouvoirs indépendants de colliger les éléments de preuve que lui conférerait le processus inquisitoire. Par contre, la personne désignée ne bénéficie ni de la divulgation de la preuve ni du droit de participer à la procédure qui caractérisent le processus contradictoire. En conséquence, on craint que le juge désigné, en dépit des efforts qu'il déploie pour obtenir toute la preuve pertinente, puisse être obligé — peut-être sans le savoir — de rendre la décision requise sur le fondement d'une partie seulement de la preuve pertinente. Comme l'a noté le juge Hugessen, le système contradictoire [TRADUCTION] « garantit réellement que l'issue de notre travail sera équitable et juste » (p. 385); sans lui, le juge pourrait avoir « un peu le sentiment d'être une feuille de vigne » (Actes de la conférence de mars 2002, p. 386).

51 Les juges de la Cour fédérale ont travaillé avec acharnement pour surmonter les difficultés inhérentes au rôle que la *LIPR* leur a confié. Ils sont louables d'avoir assumé un rôle pseudo-inquisitoire et essayé de vérifier sérieusement les documents et les renseignements protégés. Leur rôle demeure néanmoins *pseudo*-inquisitoire. Le juge n'a pas, contrairement aux juges d'un véritable système inquisitoire, le pouvoir d'enquêter de façon indépendante sur tous les faits pertinents. Par ailleurs, comme la personne désignée n'est pas pleinement informée de ce qu'on lui reproche, le juge ne peut pas compter sur les parties pour lui présenter la preuve manquante. En définitive, on ne peut jamais avoir la certitude que le juge a pu prendre connaissance de tous les faits.

52 Des problèmes semblables se posent quant au respect de l'exigence voulant que la décision soit fondée sur le droit. Ne sachant pas ce qui lui est reproché, il se peut que la personne désignée ne soit pas en mesure de soulever une objection juridique

to develop legal arguments based on the evidence. The named person is, to be sure, permitted to make legal representations. But without disclosure and full participation throughout the process, he or she may not be in a position to put forward a full legal argument.

6. Is the "Case to Meet" Principle Satisfied?

53 Last but not least, a fair hearing requires that the affected person be informed of the case against him or her, and be permitted to respond to that case. This right is well established in immigration law. The question is whether the procedures "provide an adequate opportunity for [an affected person] to state his case and know the case he has to meet" (*Singh*, at p. 213). Similarly, in *Suresh*, the Court held that a person facing deportation to torture under s. 53(1)(*b*) of the former *Immigration Act*, R.S.C. 1985, c. I-2, must "[n]ot only . . . be informed of the case to be met . . . [but] also be given an opportunity to challenge the information of the Minister where issues as to its validity arise" (para. 123).

54 Under the *IRPA*'s certificate scheme, the named person may be deprived of access to some or all of the information put against him or her, which would deny the person the ability to know the case to meet. Without this information, the named person may not be in a position to contradict errors, identify omissions, challenge the credibility of informants or refute false allegations. This problem is serious in itself. It also underlies the concerns, discussed above, about the independence and impartiality of the designated judge, and the ability of the judge to make a decision based on the facts and law.

55 Confidentiality is a constant preoccupation of the certificate scheme. The judge "shall ensure" the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence if, in the opinion of the judge, disclosure would be

contre un élément de preuve ou de faire valoir des arguments de droit fondés sur la preuve. Certes, la personne désignée est autorisée à présenter des arguments juridiques. Toutefois, sans la divulgation de la preuve et sans sa pleine participation du début à la fin du processus, elle n'est peut-être pas en mesure de préparer une argumentation complète sur les questions de droit.

6. Le principe selon lequel une partie a le droit de savoir ce qu'on lui reproche est-il respecté?

Dernier élément, qui n'est toutefois pas le moindre, une audition équitable suppose que l'intéressé soit informé des allégations formulées contre lui et ait la possibilité d'y répondre. Ce droit est bien établi en droit de l'immigration. Il s'agit de savoir si la procédure offre « à la personne [visée] une possibilité suffisante d'exposer sa cause et de savoir ce qu'elle doit prouver » (*Singh*, p. 213). De même, dans *Suresh*, la Cour a statué qu'une personne susceptible d'être expulsée vers un pays où elle risque la torture, en application de l'al. 53(1)*b*) de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, L.R.C. 1985, ch. I-2, « doit non seulement être informé[e] des éléments invoqués contre [elle], mais aussi avoir la possibilité de contester l'information recueillie par la ministre lorsque sa validité peut être mise en doute » (par. 123).

Sous le régime de certificats établi dans la *LIPR*, il est possible que la personne désignée n'ait pas accès à la totalité ou à une partie des renseignements produits contre elle, ce qui l'empêche de savoir ce qu'elle doit prouver. Il se peut que, privée de ces renseignements, elle ne soit pas en mesure de corriger les erreurs, relever les omissions, attaquer la crédibilité des informateurs ou réfuter les fausssetés. Ce problème est sérieux en soi. De surcroît, il alimente les craintes mentionnées précédemment concernant l'indépendance et l'impartialité du juge désigné et sa capacité à rendre une décision fondée sur les faits et sur le droit.

La confidentialité constitue une préoccupation constante dans le régime de certificats. Le juge « est tenu » de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte,

injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*b*). At the request of either minister "at any time during the proceedings", the judge "shall hear" information or evidence in the absence of the named person and his or her counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*e*). The judge "shall provide" the named person with a summary of information that enables him or her to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but the summary cannot include anything that would, in the opinion of the judge, be injurious to national security or to the safety of any person: s. 78(*h*). Ultimately, the judge may have to consider information that is not included in the summary: s. 78(*g*). In the result, the judge may be required to decide the case, wholly or in part, on the basis of information that the named person and his or her counsel never see. The named person may know nothing of the case to meet, and although technically afforded an opportunity to be heard, may be left in a position of having no idea as to what needs to be said.

The same concerns arise with respect to the detention review process under ss. 83 and 84 of the *IRPA*. Section 78 applies to detention reviews under s. 83, and it has been found to apply to detention reviews under s. 84(2): *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2005] 3 F.C.R. 142, 2005 FCA 54, at paras. 71-72.

The right to know the case to be met is not absolute. Canadian statutes sometimes provide for *ex parte* or *in camera* hearings, in which judges must decide important issues after hearing from only one side. In *Rodgers*, the majority of this Court declined to recognize notice and participation as invariable constitutional norms, emphasizing a context-sensitive approach to procedural fairness. And in *Goodis v. Ontario (Ministry of Correctional Services)*, [2006] 2 S.C.R. 32, 2006 SCC 31, the Court, *per* Rothstein J., held that while "[h]earing from both sides of an issue is a principle to be departed from only in exceptional circumstances", in the ordinary case, a judge would be

selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*b*). À la demande de l'un ou l'autre des ministres, présentée en tout temps au cours de la procédure, le juge « examine », en l'absence de la personne désignée et de son conseil, des renseignements ou des éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*e*). Le juge « fournit » un résumé des renseignements à la personne désignée, afin de lui permettre d'être suffisamment informée des circonstances ayant donné lieu au certificat. Toutefois, ce résumé ne comporte aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon le juge, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui : al. 78*h*). En définitive, le juge peut devoir tenir compte de renseignements qui ne font pas partie du résumé : al. 78*g*). Ainsi, il peut arriver que le juge doive rendre sa décision entièrement ou en partie sur la foi de renseignements que la personne désignée et son avocat ne verront jamais. La personne désignée pourrait ignorer totalement ce qu'on lui reproche et, même si elle a techniquement la possibilité d'être entendue, n'avoir aucune idée de la preuve qu'elle doit présenter.

56 Le même problème se pose relativement à la procédure de contrôle de la détention établie aux art. 83 et 84 de la *LIPR*. L'article 78 s'applique au contrôle de la détention visé à l'art. 83 et il a été jugé applicable au contrôle de la détention visé au par. 84(2) : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] 3 R.C.F. 142, 2005 CAF 54, par. 71-72.

57 Le droit d'une partie de connaître la preuve qui pèse contre elle n'est pas absolu. Les lois canadiennes prévoient parfois la tenue d'audiences à huis clos ou *ex parte* au cours desquelles les juges doivent trancher des questions importantes après avoir entendu les arguments d'une seule partie. Dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a refusé de reconnaître qu'un préavis et la participation à l'audition constituent des normes constitutionnelles immuables, insistant sur le principe voulant que l'équité procédurale dépende du contexte. Dans *Goodis c. Ontario (Ministère des Services correctionnels)*, [2006] 2 R.C.S. 32, 2006 CSC 31, le juge Rothstein, au nom de la Cour, a précisé que, si « [s]eules des

"well equipped . . . to determine whether a record is subject to [solicitor-client] privilege" without the assistance of counsel on both sides (para. 21).

58 More particularly, the Court has repeatedly recognized that national security considerations can limit the extent of disclosure of information to the affected individual. In *Chiarelli*, this Court found that the Security Intelligence Review Committee could, in investigating certificates under the former *Immigration Act, 1976*, S.C. 1976-77, c. 52 (later R.S.C. 1985, c. I-2), refuse to disclose details of investigation techniques and police sources. The context for elucidating the principles of fundamental justice in that case included the state's "interest in effectively conducting national security and criminal intelligence investigations and in protecting police sources" (p. 744). In *Suresh*, this Court held that a refugee facing the possibility of deportation to torture was entitled to disclosure of all the information on which the Minister was basing his or her decision, "[s]ubject to privilege or similar valid reasons for reduced disclosure, such as safeguarding confidential public security documents" (para. 122). And, in *Ruby v. Canada (Solicitor General)*, [2002] 4 S.C.R. 3, 2002 SCC 75, the Court upheld the section of the *Privacy Act*, R.S.C. 1985, c. P-21, that mandates *in camera* and *ex parte* proceedings where the government claims an exemption from disclosure on grounds of national security or maintenance of foreign confidences. The Court made clear that these societal concerns formed part of the relevant context for determining the scope of the applicable principles of fundamental justice (paras. 38-44).

circonstances exceptionnelles peuvent justifier une dérogation au principe selon lequel il faut entendre le point de vue des deux parties sur une question », en revanche, ordinairement, les juges sont « en mesure de déterminer si un document est protégé » par le secret professionnel de l'avocat, sans l'aide des avocats des deux parties (par. 21).

Plus particulièrement, la Cour a reconnu à de nombreuses reprises que des considérations relatives à la sécurité nationale peuvent limiter l'étendue de la divulgation de renseignements à l'intéressé. Dans *Chiarelli*, la Cour a reconnu la légalité de la non-communication des détails relatifs aux méthodes d'enquête et aux sources utilisées par la police dans le cadre de la procédure d'examen des attestations par le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration de 1976*, S.C. 1976-77, ch. 52 (plus tard L.R.C. 1985, ch. I-2). Dans cette cause, le contexte en fonction duquel les principes de justice fondamentale ont été précisés comprenait l'« intérêt [de l'État] à mener efficacement les enquêtes en matière de sécurité nationale et de criminalité et à protéger les sources de renseignements de la police » (p. 744). Dans *Suresh*, la Cour a jugé qu'un réfugié susceptible d'être expulsé vers un pays où il risquait la torture avait le droit d'être informé de tous les renseignements sur lesquels la ministre avait fondé sa décision « sous réserve du caractère privilégié de certains documents ou de l'existence d'autres motifs valables d'en restreindre la communication, comme la nécessité de préserver la confidentialité de documents relatifs à la sécurité publique » (par. 122). De plus, dans *Ruby c. Canada (Solliciteur général)*, [2002] 4 R.C.S. 3, 2002 CSC 75, la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'article de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. 1985, ch. P-21, qui prescrit la tenue d'une audience à huis clos et *ex parte* lorsque le gouvernement invoque l'exception relative à la sécurité nationale ou aux renseignements confidentiels de source étrangère pour se soustraire à son obligation de communication. La Cour a alors clairement indiqué que ces préoccupations d'ordre social font partie du contexte pertinent dont il faut tenir compte pour déterminer la portée des principes applicables de justice fondamentale (par. 38-44).

In some contexts, substitutes for full disclosure may permit compliance with s. 7 of the *Charter*. For example, in *Rodgers*, the majority of the Court upheld the constitutionality of *ex parte* hearings for applications under s. 487.055 of the *Criminal Code* to take DNA samples from listed multiple offenders, on the ground that the protections Parliament had put in place were adequate (paras. 51-52). Similarly, in *Chiarelli*, the Court upheld the lack of disclosure on the basis that the information disclosed by way of summary and the opportunity to call witnesses and cross-examine RCMP witnesses who testified *in camera* satisfied the requirements of fundamental justice. And in *Ruby*, the Court held that the substitute measures provided by Parliament satisfied the constitutional requirements of procedural fairness (para. 42). Arbour J. stated: "In such circumstances, fairness is met through other procedural safeguards such as subsequent disclosure, judicial review and rights of appeal" (para. 40).

59 Dans certains contextes, des solutions de rechange à la divulgation complète peuvent satisfaire à l'art. 7 de la *Charte*. Par exemple, dans *Rodgers*, la majorité de la Cour a confirmé la constitutionnalité de l'audition *ex parte* d'une demande présentée en vertu de l'art. 487.055 du *Code criminel* en vue du prélèvement d'échantillons d'ADN de récidivistes désignés parce que les garanties mises en place par le législateur étaient adéquates (par. 51-52). De même, dans *Chiarelli*, la Cour a confirmé la constitutionnalité de la non-communication parce que la divulgation des renseignements dans le résumé, la possibilité de faire entendre des témoins et celle de contre-interroger les témoins de la GRC qui avaient déposé à huis clos répondaient aux exigences de la justice fondamentale. Dans *Ruby*, la Cour a statué que les solutions de rechange prévues par le législateur satisfaisaient aux exigences constitutionnelles d'équité procédurale (par. 42). La juge Arbour a affirmé : « [e]n pareils cas, l'équité est assurée par d'autres garanties procédurales telles que la communication subséquente de la preuve, le contrôle judiciaire et le droit d'appel » (par. 40).

Where limited disclosure or *ex parte* hearings have been found to satisfy the principles of fundamental justice, the intrusion on liberty and security has typically been less serious than that effected by the *IRPA*: *Rodgers*, at para. 53. It is one thing to deprive a person of full information where fingerprinting is at stake, and quite another to deny him or her information where the consequences are removal from the country or indefinite detention. Moreover, even in the less intrusive situations, courts have insisted that disclosure be as specific and complete as possible.

60 Lorsque la communication limitée ou les audiences *ex parte* ont été jugées conformes aux principes de justice fondamentale, l'atteinte à la liberté et à la sécurité était généralement moins sérieuse que celle portée par la *LIPR* : *Rodgers*, par. 53. C'est une chose de ne pas communiquer tous les renseignements à une personne lorsque seul est en jeu le prélèvement de ses empreintes digitales, c'en est une tout autre de refuser de lui transmettre des renseignements lorsqu'elle peut être renvoyée du pays ou détenue pendant une période indéterminée. Qui plus est, même dans les situations moins attentatoires, les juges ont insisté sur la nécessité de divulguer l'information la plus précise et la plus complète possible.

In the context of national security, non-disclosure, which may be extensive, coupled with the grave intrusions on liberty imposed on a detainee, makes it difficult, if not impossible, to find substitute procedures that will satisfy s. 7. Fundamental justice requires substantial compliance with the venerated principle that a person whose liberty is in jeopardy must be given an opportunity to know the

61 La non-communication dans le contexte de la sécurité nationale, dont l'étendue peut être assez vaste, ajoutée aux graves atteintes portées à la liberté d'une personne détenue, rend difficile, voire impossible, le recours à une solution de rechange qui satisfasse à l'art. 7. La justice fondamentale exige que soit respecté, pour l'essentiel, le principe vénérable voulant qu'une personne dont la liberté

case to meet, and an opportunity to meet the case. Yet the imperative of the protection of society may preclude this. Information may be obtained from other countries or from informers on condition that it not be disclosed. Or it may simply be so critical that it cannot be disclosed without risking public security. This is a reality of our modern world. If s. 7 is to be satisfied, either the person must be given the necessary information, or a substantial substitute for that information must be found. Neither is the case here.

62 The only protection the *IRPA* accords the named person is a review by a designated judge to determine whether the certificate is reasonable. The ministers argue that this is adequate in that it maintains a "delicate balance" between the right to a fair hearing and the need to protect confidential security intelligence information. The appellants, on the other hand, argue that the judge's efforts, however conscientious, cannot provide an effective substitute for informed participation.

63 I agree with the appellants. The issue at the s. 7 stage, as discussed above, is not whether the government has struck the right balance between the need for security and individual liberties; that is the issue at the stage of s. 1 justification of an established limitation on a *Charter* right. The question at the s. 7 stage is whether the basic requirements of procedural justice have been met, either in the usual way or in an alternative fashion appropriate to the context, having regard to the government's objective and the interests of the person affected. The fairness of the *IRPA* procedure rests entirely on the shoulders of the designated judge. Those shoulders cannot by themselves bear the heavy burden of assuring, in fact and appearance, that the decision on the reasonableness of the certificate is impartial, is based on a full view of the facts and law, and reflects the named person's knowledge of the case to meet. The judge, working under the constraints imposed by the *IRPA*, simply cannot fill the vacuum left by the removal of the traditional guarantees of

est menacée ait la possibilité de connaître la preuve produite contre elle et d'y répondre. Or, il se peut que la nécessité de protéger la société exclue cette possibilité. Des renseignements peuvent avoir été fournis par des pays ou des informateurs à la condition qu'ils ne soient pas divulgués. Il peut aussi arriver que des renseignements soient sensibles au point de ne pouvoir être communiqués sans que la sécurité publique soit compromise. C'est là une réalité de la société moderne. Pour respecter l'art. 7, il faut soit communiquer les renseignements nécessaires à la personne visée, soit trouver une autre façon de l'informer pour l'essentiel. Ni l'un ni l'autre n'a été fait en l'espèce.

La seule protection que la *LIPR* accorde à la personne désignée est l'examen du certificat par un juge désigné qui détermine s'il est raisonnable. Les ministres soutiennent que cette protection est adéquate et qu'elle crée un [TRADUCTION] « équilibre délicat » entre le droit à une audition équitable et la nécessité de préserver la confidentialité du renseignement de sécurité. Pour leur part, les appelants font valoir que les efforts du juge, aussi consciencieux soient-ils, ne constituent pas un substitut valable à la participation éclairée.

Je partage l'opinion des appelants. Rappelons qu'il ne s'agit pas de savoir, à l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, si le gouvernement a atteint le bon équilibre entre la nécessité de préserver la sécurité et les libertés individuelles; cette question ne se pose qu'à l'étape de l'application de l'article premier, lorsqu'il s'agit de justifier une atteinte déjà établie à un droit protégé par la *Charte*. À l'étape de l'analyse fondée sur l'art. 7, il faut déterminer si les exigences fondamentales de la justice en matière de procédure ont été respectées, soit de la manière habituelle, soit d'une autre façon adaptée au contexte, compte tenu de l'objectif du gouvernement et des intérêts de la personne touchée. Le caractère équitable de la procédure établie par la *LIPR* repose entièrement sur les épaules du juge désigné. Ce dernier ne peut, à lui seul, s'acquitter du lourd fardeau de s'assurer que, tant en apparence qu'en réalité, la décision sur le caractère raisonnable du certificat soit impartiale, repose sur l'ensemble des faits et du droit et témoigne de la

a fair hearing. The judge sees only what the ministers put before him or her. The judge, knowing nothing else about the case, is not in a position to identify errors, find omissions or assess the credibility and truthfulness of the information in the way the named person would be. Although the judge may ask questions of the named person when the hearing is reopened, the judge is prevented from asking questions that might disclose the protected information. Likewise, since the named person does not know what has been put against him or her, he or she does not know what the designated judge needs to hear. If the judge cannot provide the named person with a summary of the information that is sufficient to enable the person to know the case to meet, then the judge cannot be satisfied that the information before him or her is sufficient or reliable. Despite the judge's best efforts to question the government's witnesses and scrutinize the documentary evidence, he or she is placed in the situation of asking questions and ultimately deciding the issues on the basis of incomplete and potentially unreliable information.

The judge is not helpless; he or she can note contradictions between documents, insist that there be at least some evidence on the critical points, and make limited inferences on the value and credibility of the information from its source. Nevertheless, the judge's activity on behalf of the named person is confined to what is presented by the ministers. The judge is therefore not in a position to compensate for the lack of informed scrutiny, challenge and counter-evidence that a person familiar with the case could bring. Such scrutiny is the whole point of the principle that a person whose liberty is in jeopardy must know the case to meet. Here that principle has not merely been limited; it has been effectively gutted. How can one meet a case one does not know?

connaissance par la personne désignée des allégations formulées contre elle. Le juge, assujetti aux contraintes fixées par la *LIPR*, ne peut tout simplement pas combler le vide créé par le retrait des garanties traditionnelles quant à la tenue d'une audition équitable. Le juge ne voit que ce que les ministres portent à sa connaissance. Ignorant tout du reste de la cause, il n'est pas en mesure de déceler les erreurs ou les omissions ni d'évaluer la crédibilité et la véracité des renseignements comme la personne désignée pourrait le faire. Même si le juge peut poser des questions à cette personne à la reprise de l'instance en sa présence, il doit éviter celles qui pourraient révéler des renseignements protégés. De même, comme la personne désignée ignore les allégations formulées contre elle, elle ignore quels renseignements elle doit fournir au juge désigné. Si le juge ne peut fournir à la personne désignée un résumé des renseignements qui soit suffisant pour que cette dernière sache quelle preuve elle doit produire, le juge ne peut être convaincu que les renseignements dont il dispose sont suffisants ou fiables. Peu importe les efforts qu'il déploie pour interroger les témoins du gouvernement et examiner la preuve documentaire, le juge se retrouve dans une situation où il doit poser des questions et, ultimement, rendre sa décision en s'appuyant sur des renseignements incomplets, qui ne sont peut-être pas fiables.

64 Certes, le juge dispose de certains moyens : il peut relever les contradictions entre les documents, insister pour qu'on lui fournisse au moins certains éléments de preuve sur les points cruciaux et tirer des conclusions limitées quant à la valeur et à la crédibilité des renseignements que lui fournit sa source. Néanmoins, sa participation au nom de la personne désignée se limite à ce que les ministres lui soumettent. Par conséquent, le juge n'est pas en mesure de compenser l'absence d'examen éclairé, de contestation et de contre-preuve par une personne qui serait au fait de la cause. Or, pareil examen est précisément ce que requiert le principe selon lequel une personne dont la liberté est en jeu doit savoir ce qu'on lui reproche. En l'espèce, ce principe n'a pas été simplement restreint, il a été vidé de sa substance. Comment peut-on réfuter des allégations dont on ignore tout?

7. Conclusion on Section 7

65 In the *IRPA*, an attempt has been made to meet the requirements of fundamental justice essentially through one mechanism — the designated judge charged with reviewing the certificate of inadmissibility and the detention. To Parliament's credit, a sincere attempt has been made to give the designated judge the powers necessary to discharge the role in an independent manner, based on the facts and the law. Yet, the secrecy required by the scheme denies the named person the opportunity to know the case put against him or her, and hence to challenge the government's case. This, in turn, undermines the judge's ability to come to a decision based on all the relevant facts and law. Despite the best efforts of judges of the Federal Court to breathe judicial life into the *IRPA* procedure, it fails to assure the fair hearing that s. 7 of the *Charter* requires before the state deprives a person of life, liberty or security of the person. I therefore conclude that the *IRPA*'s procedure for determining whether a certificate is reasonable does not conform to the principles of fundamental justice as embodied in s. 7 of the *Charter.* The same conclusion necessarily applies to the detention review procedures under ss. 83 and 84 of the *IRPA*.

8. Is the Limit Justified Under Section 1 of the *Charter*?

66 The *Charter* does not guarantee rights absolutely. The state is permitted to limit rights — including the s. 7 guarantee of life, liberty and security — if it can establish that the limits are demonstrably justifiable in a free and democratic society. This said, violations of s. 7 are not easily saved by s. 1. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, Lamer J. (as he then was) stated, for the majority:

Section 1 may, for reasons of administrative expediency, successfully come to the rescue of an otherwise

7. Conclusion sur l'art. 7

La *LIPR* est censée répondre aux exigences de la justice fondamentale essentiellement grâce à un mécanisme — soit l'examen du caractère raisonnable du certificat d'interdiction de territoire et le contrôle de la détention par le juge désigné. Il faut reconnaître que le législateur a essayé sincèrement de conférer au juge désigné les pouvoirs nécessaires pour qu'il s'acquitte de sa tâche de manière indépendante, en se fondant sur les faits et sur le droit. Cependant, le secret requis par le processus empêche la personne désignée de savoir ce qui lui est reproché et, partant, de contester la thèse du gouvernement. Ce qui a ensuite pour effet de miner la capacité du juge de rendre une décision fondée sur l'ensemble des faits et du droit pertinents. En dépit des efforts déployés par les juges de la Cour fédérale pour insuffler un caractère judiciaire à la procédure établie par la *LIPR*, elle ne garantit pas la tenue de l'audition équitable dont une personne doit bénéficier en vertu de l'art. 7 de la *Charte* avant que l'État porte atteinte à son droit à la vie, à la liberté ou à la sécurité de sa personne. Par conséquent, je conclus que la procédure d'examen du caractère raisonnable d'un certificat établie par la *LIPR* n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte*. Cette conclusion vaut nécessairement aussi pour le contrôle de la détention prévu aux art. 83 et 84 de la *LIPR*.

8. Cette limite est-elle justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*?

La *Charte* ne protège pas les droits de façon absolue. En effet, l'État est autorisé à restreindre les droits garantis — y compris le droit de chacun à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne protégé par l'art. 7 — dans des limites dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cela dit, les atteintes aux droits protégés par l'art. 7 ne sont pas faciles à valider par application de l'article premier. Dans le *Renvoi : Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer (plus tard Juge en chef) a affirmé, au nom de la majorité :

L'article premier peut, pour des motifs de commodité administrative, venir sauver ce qui constituerait par

violation of s. 7, but only in cases arising out of exceptional conditions, such as natural disasters, the outbreak of war, epidemics, and the like. [p. 518]

ailleurs une violation de l'art. 7, mais seulement dans les circonstances qui résultent de conditions exceptionnelles comme les désastres naturels, le déclenchement d'hostilités, les épidémies et ainsi de suite. [p. 518]

The rights protected by s. 7 — life, liberty, and security of the person — are basic to our conception of a free and democratic society, and hence are not easily overridden by competing social interests. It follows that violations of the principles of fundamental justice, specifically the right to a fair hearing, are difficult to justify under s. 1: *G. (J.)*. Nevertheless, the task may not be impossible, particularly in extraordinary circumstances where concerns are grave and the challenges complex.

Les droits protégés par l'art. 7 — la vie, la liberté et la sécurité de la personne — constituent le fondement même de notre conception d'une société libre et démocratique et peuvent difficilement être supplantés par des intérêts sociaux divergents. En conséquence, les dérogations aux principes de justice fondamentale, plus précisément au droit à une audition équitable, sont difficiles à justifier en application de l'article premier : *G. (J.)*. Toutefois, leur justification n'est pas nécessairement impossible, surtout dans des circonstances extraordinaires mettant en cause des préoccupations sérieuses et des problèmes complexes.

The test to be applied in determining whether a violation can be justified under s. 1, known as the *Oakes* test (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103), requires a pressing and substantial objective and proportional means. A finding of proportionality requires: (a) means rationally connected to the objective; (b) minimal impairment of rights; and (c) proportionality between the effects of the infringement and the importance of the objective.

67 Le test servant à déterminer si une atteinte est justifiée au sens de l'article premier, établi dans *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, exige que cette restriction vise un objectif urgent et réel et qu'elle soit proportionnée, c'est-à-dire a) qu'elle ait un lien rationnel avec l'objectif poursuivi, b) qu'elle porte le moins possible atteinte aux droits et c) que son effet attentatoire soit proportionnel à l'importance de l'objectif poursuivi.

The protection of Canada's national security and related intelligence sources undoubtedly constitutes a pressing and substantial objective. Moreover, the *IRPA*'s provisions regarding the non-disclosure of evidence at certificate hearings are rationally connected to this objective. The facts on this point are undisputed. Canada is a net importer of security information. This information is essential to the security and defence of Canada, and disclosure would adversely affect its flow and quality: see *Ruby*. This leaves the question whether the means Parliament has chosen, i.e. a certificate procedure leading to detention and deportation of non-citizens on the ground that they pose a threat to Canada's security, minimally impairs the rights of non-citizens.

68 La protection de la sécurité nationale du Canada et des sources en matière de renseignement constitue assurément un objectif urgent et réel. Les dispositions de la *LIPR* prévoyant la non-communication d'éléments de preuve dans le cadre d'une audition sur un certificat ont un lien rationnel avec cet objectif. Les faits à cet égard ne sont pas contestés. Le Canada est un importateur net de renseignements sur la sécurité. Or, ces derniers sont essentiels pour la sécurité et la défense du Canada, et leur divulgation nuirait à la circulation et à la qualité de ces renseignements : voir *Ruby*. Il reste donc à déterminer si le moyen choisi par le législateur, c'est-à-dire une procédure de délivrance et d'examen de certificats entraînant la détention et l'expulsion des non-citoyens qui constituent un danger pour la sécurité du Canada, porte le moins possible atteinte à leurs droits.

69 The realities that confront modern governments faced with the challenge of terrorism are stark. In the interest of security, it may be necessary to detain persons deemed to pose a threat. At the same time, security concerns may preclude disclosure of the evidence on which the detention is based. But these tensions are not new. As we shall see, Canada has already devised processes that go further in preserving s. 7 rights while protecting sensitive information; until recently, one of these solutions was applicable in the security certificate context. Nor are these tensions unique to Canada: in the specific context of anti-terrorism legislation, the United Kingdom uses special counsel to provide a measure of protection to the detained person's interests, while preserving the confidentiality of information that must be kept secret. These alternatives suggest that the *IRPA* regime, which places on the judge the entire burden of protecting the person's interest, does not minimally impair the rights of non-citizens, and hence cannot be saved under s. 1 of the *Charter.*

Les gouvernements modernes aux prises avec le terrorisme font face à de graves réalités. Dans l'intérêt de la sécurité, il peut être nécessaire de détenir des personnes considérées comme une menace. Par contre, des préoccupations relatives à la sécurité peuvent empêcher la divulgation des éléments de preuve sur lesquels se fonde leur détention. Or, ces tensions ne sont pas nouvelles. Comme nous le verrons, le Canada a déjà établi des processus qui sauvegardent davantage les droits garantis par l'art. 7, tout en protégeant l'information sensible; jusqu'à tout récemment, l'une de ces solutions s'appliquait dans le contexte des attestations de sécurité. Ces tensions ne sont pas non plus particulières au Canada. Dans le contexte spécifique de la législation antiterroriste, le Royaume-Uni fait appel à un avocat spécial pour protéger les intérêts de la personne détenue tout en préservant la confidentialité des renseignements qui doivent rester secrets. Ces autres solutions indiquent que le régime établi par la *LIPR*, qui fait porter entièrement au juge le fardeau de protéger les intérêts de la personne, ne porte pas le moins possible atteinte aux droits des non-citoyens et ne peut donc être validé par application de l'article premier de la *Charte*.

(a) *Less Intrusive Alternatives*

a) *Les solutions moins attentatoires*

70 This is not the first time Canada has had to reconcile the demands of national security with the procedural rights guaranteed by the *Charter.* In a number of legal contexts, Canadian government institutions have found ways to protect sensitive information while treating individuals fairly. In some situations, the solution has involved the use of special counsel, in a manner closely approximating an adversarial process.

Ce n'est pas la première fois que le Canada doit concilier les impératifs de la sécurité nationale et les droits procéduraux garantis par la *Charte*. Dans plusieurs contextes juridiques, des institutions gouvernementales canadiennes ont trouvé des façons de protéger des renseignements sensibles tout en accordant aux personnes un traitement juste. Dans certains cas, la solution comportait le recours à un avocat spécial, un processus très semblable au processus contradictoire.

71 The Security Intelligence Review Committee ("SIRC") is an independent review body that monitors the activities of the Canadian Security Intelligence Service ("CSIS"). Established in 1984 under the *Canadian Security Intelligence Service Act*, S.C. 1984, c. 21 (now R.S.C. 1985, c. C-23), SIRC is composed of three to five members of the Privy Council who are not currently serving in Parliament. Under the former *Immigration Act*,

Le Comité de surveillance des activités de renseignement de sécurité (« CSARS ») est un organisme d'examen indépendant qui surveille les activités du Service canadien du renseignement de sécurité (« SCRS »). Constitué en 1984 par la *Loi sur le Service canadien du renseignement de sécurité*, S.C. 1984, ch. 21 (maintenant L.R.C. 1985, ch. C-23), le CSARS se compose de trois à cinq membres du Conseil privé qui ne sont pas en fonction

SIRC had the power to vet findings of inadmissibility based on alleged threats to national security; a ministerial certificate could not be issued without a SIRC investigation. If the Minister of Employment and Immigration and the Solicitor General were of the opinion that a non-citizen was inadmissible due to involvement in organized crime, espionage, subversion, acts of violence, etc., they were first obliged to make a report to SIRC: *Immigration Act*, s. 39(2). SIRC would then investigate the grounds for the report, providing the affected person with "a statement summarizing such information available to it as will enable the person to be as fully informed as possible of the circumstances giving rise to the report": s. 39(6). After completing its investigation, SIRC would send a report to the Governor in Council containing its recommendation as to whether a security certificate should be issued: s. 39(9). A copy of the same report would be provided to the non-citizen: s. 39(10). If the Governor in Council was satisfied that the non-citizen was inadmissible on appropriate grounds, he or she could then direct the Minister of Employment and Immigration to issue a security certificate: s. 40(1).

au Parlement. Sous le régime de l'ancienne *Loi sur l'immigration*, le CSARS avait le pouvoir de contrôler les déclarations d'inadmissibilité fondées sur la possibilité de menaces à la sécurité nationale; une attestation du ministre ne pouvait être délivrée sans une enquête du CSARS. Si le ministre de l'Emploi et de l'Immigration et le solliciteur général étaient d'avis qu'un non-citoyen était inadmissible en raison de sa participation notamment à des activités du crime organisé ou à des actes d'espionnage, de subversion ou de violence, ils devaient d'abord en faire rapport au CSARS : *Loi sur l'immigration*, par. 39(2). Le CSARS faisait ensuite enquête sur les motifs exposés au rapport et envoyait à la personne visée par le rapport « un résumé des informations dont il dispose » afin de lui permettre « d'être informé[e] le mieux possible des circonstances qui ont donné lieu » au rapport : par. 39(6). Une fois son enquête complétée, le CSARS devait envoyer au gouverneur en conseil un rapport contenant ses recommandations quant à l'opportunité de délivrer une attestation de sécurité : par. 39(9). Une copie de ce rapport devait être envoyée au non-citoyen : par. 39(10). Si le gouverneur en conseil était d'avis que le non-citoyen était inadmissible pour l'un des motifs prévus, il pouvait alors ordonner au ministre de l'Emploi et de l'Immigration de délivrer une attestation de sécurité : par. 40(1).

Empowered to develop its own investigative procedures, SIRC established a formal adversarial process, with "a court-like hearing room" and "procedures that mirrored judicial proceedings as much as possible". The process also included an independent panel of lawyers with security clearances to act as counsel to SIRC (M. Rankin, "The Security Intelligence Review Committee: Reconciling National Security with Procedural Fairness" (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, at p. 179).

72 Habilité à établir ses propres procédures d'enquête, le CSARS a instauré un processus contradictoire officiel ainsi qu'une [TRADUCTION] « salle d'audience similaire à celle d'un tribunal » et « des procédures aussi identiques que possible à des procédures judiciaires ». Le processus comprenait également un groupe indépendant d'avocats ayant les habilitations de sécurité voulues et chargés de conseiller le CSARS (M. Rankin, « The Security Intelligence Review Committee : Reconciling National Security with Procedural Fairness » (1990), 3 *C.J.A.L.P.* 173, p. 179).

A SIRC member presiding at a hearing had the discretion to balance national security against procedural fairness in determining how much information could be disclosed to the affected person. The non-citizen and his or her counsel would normally be present in the hearing room, except

73 Les membres du CSARS présidant l'audience pouvaient établir un équilibre entre la sécurité nationale et l'équité procédurale en déterminant les renseignements qui pouvaient être communiqués à l'intéressé. Le non-citoyen et son avocat pouvaient normalement être présents dans la salle d'audience,

when sensitive national security evidence was tendered. (The presiding SIRC member would decide whether to exclude the non-citizen during certain testimony.) At such a juncture, independent, security-cleared SIRC counsel would act on behalf of the non-citizen. The SIRC counsel were instructed to cross-examine witnesses for CSIS "with as much vigour as one would expect from the complainant's counsel" (Rankin, at p. 184; SIRC *Annual Report 1988-1989* (1989) ("SIRC *Annual Report*"), at p. 64). At the end of this *ex parte* portion of the hearing, the excluded person would be brought back into the room and provided with a summary, which would include "the gist of the evidence, without disclosing the national security information" (SIRC *Annual Report*, at p. 64). The SIRC counsel would negotiate the contents of the summary with CSIS, under the supervision of the presiding SIRC member (*ibid.*). The affected person and his or her counsel would then be allowed to ask their own questions, and to cross-examine on the basis of the summary (Rankin, at p. 184).

sauf lorsque des éléments de preuve sensibles relatifs à la sécurité nationale étaient présentés. (Le membre du CSARS présidant l'audience déterminait s'il fallait exclure le non-citoyen lors de l'audition de certains témoins.) Le cas échéant, un avocat indépendant du CSARS ayant l'habilitation de sécurité voulue représentait le non-citoyen. Les avocats du CSARS avaient le mandat de contre-interroger les témoins du SCRS [TRADUCTION] « avec un zèle égal à celui dont ferait normalement preuve l'avocat du plaignant » (Rankin, p. 184; *Rapport annuel 1988-1989* du CSARS (1989) (« Rapport annuel du CSARS »), p. 67). À la fin de cette partie de l'audition tenue *ex parte*, la personne exclue était ramenée dans la salle et avait droit à un résumé comprenant « les grandes lignes de la preuve qui [venait] d'être présentée, sans rien divulguer de ce qui peut avoir trait à l'intérêt national » (*Rapport annuel* du CSARS, p. 67). L'avocat du CSARS négociait le contenu du résumé avec le SCRS, sous la surveillance du membre du CSARS qui présidait l'audience (*ibid.*). L'intéressé et son avocat pouvaient alors poser leurs propres questions et contre-interroger les témoins à partir de ce résumé (Rankin, p. 184).

74 In the words of Professor Rankin, SIRC's procedures represented "an attempt to preserve the best features of the adversarial process with its insistence on vigorous cross-examination, but not to run afoul of the requirements of national security" (p. 185). These procedures illustrate how special counsel can provide not only an effective substitute for informed participation, but can also help bolster actual informed participation by the affected person. Since the special counsel had a role in determining how much information would be included in the summary, disclosure was presumably more complete than would otherwise have been the case. Sensitive national security information was still protected, but the executive was required to justify the breadth of this protection.

Comme l'a écrit le professeur Rankin, ces procédures du CSARS constituaient [TRADUCTION] « une tentative de préserver les meilleurs éléments du processus contradictoire, qui met l'accent sur un contre-interrogatoire vigoureux, sans toutefois aller à l'encontre des exigences de la sécurité nationale » (p. 185). La procédure du CSARS montre que le recours à l'avocat spécial peut non seulement offrir une solution de rechange efficace à la participation éclairée, mais peut aussi contribuer à favoriser une véritable participation éclairée de l'intéressé. Étant donné que l'avocat spécial intervenait dans la détermination des renseignements à inclure dans le résumé, il faut supposer que la divulgation était plus complète qu'elle ne l'aurait été sans sa participation. Les renseignements sensibles touchant la sécurité nationale demeuraient protégés, mais le pouvoir exécutif devait justifier l'étendue de cette protection.

75 In 1988 Parliament added s. 40.1 to the *Immigration Act* to empower the Minister and the

En 1988, le législateur a ajouté l'art. 40.1 à la *Loi sur l'immigration* pour autoriser le ministre et

Solicitor General to issue security certificates in respect of foreign nationals. Section 40.1 effectively bypassed the SIRC investigation process where foreign nationals were concerned, instead referring the certificate to a designated judge of the Federal Court for subsequent review. Security certificates in respect of permanent residents remained subject to SIRC scrutiny until 2002, when Parliament repealed the *Immigration Act* and replaced it with the *IRPA*.

le solliciteur général à délivrer des attestations de sécurité à l'égard des étrangers. Cet article permettait de contourner dans ce cas le processus d'enquête du CSARS et de renvoyer pour examen à un juge désigné de la Cour fédérale le certificat visant l'étranger. Les attestations de sécurité à l'égard des résidents permanents sont demeurées assujetties aux enquêtes du CSARS jusqu'en 2002, lorsque le législateur a abrogé la *Loi sur l'immigration* pour la remplacer par la *LIPR*.

Certain elements of SIRC process may be inappropriate to the context of terrorism. Where there is a risk of catastrophic acts of violence, it would be foolhardy to require a lengthy review process *before* a certificate could be issued. But it was not suggested before this Court that SIRC's special counsel system had not functioned well in connection with the review of certificates under the *Immigration Act*, nor was any explanation given for why, under the new system for vetting certificates and reviewing detentions, a special counsel process had not been retained.

76 Certains éléments du processus du CSARS peuvent être inadaptés au contexte du terrorisme. Devant un risque d'actes de violence catastrophiques, il serait téméraire d'exiger un long processus d'examen *avant* qu'un certificat soit délivré. Mais on n'a pas laissé entendre devant notre Cour que la procédure faisant appel à un avocat spécial du CSARS n'avait pas bien fonctionné pour l'examen des certificats sous le régime de la *Loi sur l'immigration*, ni expliqué pourquoi le recours à un avocat spécial n'a pas été retenu dans le nouveau processus d'examen des certificats et de contrôle de la détention.

The SIRC process is not the only example of the Canadian legal system striking a better balance between the protection of sensitive information and the procedural rights of individuals. A current example is found in the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1985, c. C-5 ("*CEA*"), which permits the government to object to the disclosure of information on grounds of public interest, in proceedings to which the Act applies: ss. 37 to 39. Under the recent amendments to the *CEA* set out in the *Anti-terrorism Act*, S.C. 2001, c. 41, a participant in a proceeding who is required to disclose or expects to disclose potentially injurious or sensitive information, or who believes that such information might be disclosed, must notify the Attorney General about the potential disclosure, and the Attorney General may then apply to the Federal Court for an order prohibiting the disclosure of the information: ss. 38.01, 38.02, 38.04. The judge enjoys considerable discretion in deciding whether the information should be disclosed. If the judge concludes that disclosure of the information would be injurious to international relations, national defence or national

77 Dans le système juridique canadien, l'exemple du CSARS n'est pas le seul cas où un juste équilibre a été établi entre la protection des renseignements sensibles et les droits procéduraux individuels. On en trouve un autre exemple dans l'actuelle *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. 1985, ch. C-5 (« *LPC* »), qui permet au gouvernement, dans le cadre des procédures visées par la Loi, de s'opposer à la divulgation de renseignements pour des raisons d'intérêt public : art. 37 à 39. Les modifications apportées récemment à la *LPC* par la *Loi antiterroriste*, L.C. 2001, ch. 41, obligent tout participant qui, dans le cadre d'une instance, est tenu de divulguer, prévoit divulguer ou s'attend à ce que soient divulgués des renseignements qu'il croit sensibles ou potentiellement préjudiciables à aviser le procureur général de la possibilité de divulgation. Ce dernier peut alors demander à la Cour fédérale de rendre une ordonnance interdisant la divulgation des renseignements : art. 38.01, 38.02 et 38.04. Le juge dispose d'un pouvoir discrétionnaire considérable pour décider si les renseignements devraient être divulgués. S'il conclut que la divulgation de

security, but that the public interest in disclosure outweighs in importance the public interest in non-disclosure, the judge may order the disclosure of all or part of the information, on such conditions as he or she sees fit. No similar residual discretion exists under the *IRPA*, which requires judges not to disclose information the disclosure of which would be injurious to national security or to the safety of any person. Moreover, the *CEA* makes no provision for the use of information that has not been disclosed. While the *CEA* does not address the same problems as the *IRPA*, and hence is of limited assistance here, it illustrates Parliament's concern under other legislation for striking a sensitive balance between the need for protection of confidential information and the rights of the individual.

78 Crown and defence counsel in the recent Air India trial (*R. v. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350) were faced with the task of managing security and intelligence information and attempting to protect procedural fairness. The Crown was in possession of the fruits of a 17-year-long investigation into the terrorist bombing of a passenger aircraft and a related explosion in Narita, Japan. It withheld material on the basis of relevance, national security privilege and litigation privilege. Crown and defence counsel came to an agreement under which defence counsel obtained consents from their clients to conduct a preliminary review of the withheld material, on written undertakings not to disclose the material to anyone, including the client. Disclosure in a specific trial, to a select group of counsel on undertakings, may not provide a working model for general deportation legislation that must deal with a wide variety of counsel in a host of cases. Nevertheless, the procedures adopted in the Air India trial suggest that a search should be made for a less intrusive solution than the one found in the *IRPA*.

renseignements serait préjudiciable pour les relations internationales ou pour la défense ou la sécurité nationales, mais que les raisons d'intérêt public qui justifient la divulgation l'emportent sur celles qui justifient la non-divulgation, le juge peut ordonner la divulgation de tout ou partie des renseignements aux conditions qu'il estime indiquées. La *LIPR* ne confère aucun pouvoir discrétionnaire résiduel semblable; elle commande aux juges de garantir la confidentialité des renseignements dont la divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui. En outre, la *LPC* ne contient aucune disposition relative à l'utilisation des renseignements qui n'ont pas été divulgués. Bien que la *LPC* ne traite pas du même problème que la *LIPR* et, qu'en conséquence, elle ne soit que d'une utilité limitée en l'espèce, elle illustre le souci qu'a eu le législateur, dans une autre loi, d'établir un équilibre subtil entre la nécessité de protéger les renseignements confidentiels et les droits des individus.

Dans le récent procès concernant Air India (*R. c. Malik*, [2005] B.C.J. No. 521 (QL), 2005 BCSC 350), les avocats du ministère public et de la défense ont été appelés à gérer des renseignements de sécurité et à tenter de protéger l'équité procédurale. Le ministère public avait en main le fruit de 17 longues années d'enquête sur l'attentat terroriste perpétré contre un avion de passagers ainsi que sur une explosion liée à la même affaire survenue à Narita, au Japon. Il a retenu des renseignements en invoquant la pertinence, le privilège de la sécurité nationale et le privilège relatif au litige. Le ministère public et la défense ont convenu que les avocats de la défense obtiendraient le consentement de leurs clients pour procéder à un examen préliminaire des documents retenus après s'être engagés par écrit à ne pas en divulguer le contenu à qui que ce soit, y compris leurs clients. La divulgation dans le cadre d'un procès spécifique, à un groupe limité d'avocats sous réserve d'engagements, ne constitue peut-être pas une solution pratique dans le contexte d'une loi générale sur l'expulsion qui suppose l'intervention de nombreux avocats différents dans un très grand nombre de causes. Néanmoins, les procédures adoptées pour le procès concernant Air India indiquent qu'il faut chercher une solution moins attentatoire que celle retenue dans la *LIPR*.

The Arar Inquiry provides another example of the use of special counsel in Canada. The Commission had to examine confidential information related to the investigation of terrorism plots while preserving Mr. Arar's and the public's interest in disclosure. The Commission was governed by the *CEA*. To help assess claims for confidentiality, the Commissioner was assisted by independent security-cleared legal counsel with a background in security and intelligence, whose role was to act as *amicus curiae* on confidentiality applications. The scheme's aim was to ensure that only information that was rightly subject to national security confidentiality was kept from public view. There is no indication that these procedures increased the risk of disclosure of protected information.

79 La Commission Arar offre un autre exemple du recours à des avocats spéciaux au Canada. La Commission devait examiner des renseignements confidentiels concernant des enquêtes sur des complots terroristes tout en protégeant les intérêts de M. Arar et du public à ce que ces renseignements soient divulgués. La Commission était régie par la *LPC*. Pour l'aider à évaluer les allégations de confidentialité, le commissaire bénéficiait de l'assistance d'un conseiller juridique indépendant, ayant une habilitation de sécurité et de l'expérience en matière de renseignement et de sécurité, qui devait agir en qualité d'*amicus curiae* relativement aux demandes fondées sur la confidentialité. Ce processus visait à garantir que seuls les renseignements qui devaient à bon droit être gardés secrets pour des motifs de sécurité nationale soient soustraits à la connaissance du public. Rien n'indique que cette procédure ait accru le risque de divulgation de renseignements protégés.

Finally, I note the special advocate system employed by the Special Immigration Appeals Commission ("SIAC") in the United Kingdom. SIAC and the special advocate system were created in response to *Chahal v. United Kingdom*, 15 November 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-V, p. 1831, in which the European Court of Human Rights had held that the procedure then in place was inadequate. The court in *Chahal* commented favourably on the idea of security-cleared counsel instructed by the court, identifying it as being Canadian in origin (perhaps referring to the procedure developed by SIRC).

80 Enfin, soulignons l'existence du système de représentant spécial utilisé par la Special Immigration Appeals Commission (« SIAC ») au Royaume-Uni. Cette dernière et le système de représentant spécial ont été créés en réponse à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chahal c. Royaume-Uni*, 15 novembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V, p. 1831, selon laquelle la procédure en place à l'époque était inadéquate. Dans cette décision, la cour a émis des commentaires favorables au concept d'un avocat qui posséderait une habilitation de sécurité et recevrait ses instructions de la cour, précisant que ce concept était d'origine canadienne (faisant peut-être allusion à la procédure instaurée par le CSARS).

The U.K.'s special advocate system resembles the Canadian SIRC model. Section 6(1) of the *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (U.K.), 1997, c. 68, states that the special advocate is appointed to "represent the interests of an appellant" in any proceedings before SIAC from which the appellant and his or her legal representatives are excluded. Section 6(4), however, specifies that the special advocate "shall not be responsible to the person whose interests he is appointed

81 Le système de représentant spécial du Royaume-Uni ressemble au modèle canadien utilisé par le CSARS. Le paragraphe 6(1) de la *Special Immigration Appeals Commission Act 1997* (R.-U.), 1997, ch. 68, prévoit que le représentant spécial est nommé pour [TRADUCTION] « représenter les intérêts d'un appelant » dans toute procédure dont est saisie la SIAC et dont sont exclus l'appelant et son conseiller juridique. Par contre, le par. 6(4) précise que le représentant spécial [TRADUCTION]

to represent". Rule 35 of the *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, sets out the special advocate's three main functions: (1) to make submissions to the Commission at any hearings from which the appellant and the appellant's representatives are excluded; (2) to cross-examine witnesses at any such hearings; and (3) to make written submissions to the Commission. After seeing the protected information, the special advocate may not communicate with the appellant or the appellant's representative without authorization from the Commission: rule 36. If the special advocate requests such authorization, the Commission gives the Secretary of State an opportunity to object to the proposed communication before deciding whether to authorize it: rule 38.

82 The use of special advocates has received widespread support in Canadian academic commentary. Professor Roach, for example, criticizes the Court of Appeal's conclusion in *Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, that such a measure is not constitutionally required:

> In my view, this approach was in error because *in camera* and *ex parte* hearings offend basic notions of a fair hearing and special advocates constitute one example of an approach that is a more proportionate response to reconciling the need to keep some information secret and the need to ensure as much fairness and adversarial challenge as possible. [Emphasis added.]

(K. Roach, "Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law" (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, at p. 120)

83 This said, the U.K.'s special advocate system has also been criticized for not going far enough. In April 2005, the House of Commons Constitutional Affairs Committee published a report on the operation of SIAC and the use of special advocates (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). The Committee listed three important disadvantages faced by special advocates: (1) once they have seen the confidential material, they

« n'est pas responsable envers la personne dont il est chargé de représenter les intérêts ». La règle 35 des *Special Immigration Appeals Commission (Procedure) Rules 2003*, S.I. 2003/1034, précise les trois principales fonctions du représentant spécial : (1) présenter des observations à la Commission à toutes les audiences dont l'appelant et son représentant sont exclus; (2) contre-interroger les témoins durant ces audiences; et (3) présenter des observations écrites à la Commission. Selon la règle 36, le représentant spécial ne peut communiquer ni avec l'appelant ni avec son représentant après avoir pris connaissance des renseignements protégés, sauf avec l'autorisation de la Commission. Si le représentant spécial demande une telle autorisation, la Commission accorde au secrétaire d'État l'occasion de s'opposer à la communication avant de décider s'il y a lieu de l'autoriser : règle 38.

Le recours aux représentants spéciaux bénéficie d'un large appui dans la doctrine canadienne. Le professeur Roach, par exemple, critique la conclusion de la Cour d'appel dans *Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, selon laquelle une telle mesure n'est pas requise par la Constitution :

> [TRADUCTION] À mon avis, ce raisonnement était erroné parce que la tenue d'audiences à huis clos et *ex parte* heurtent la notion fondamentale d'audition équitable et que les représentants spéciaux constituent un exemple de réponse plus proportionnée au besoin de concilier la nécessité de garder certains renseignements secrets et celle de garantir le plus possible l'équité du processus et sa nature contradictoire. [Je souligne.]

(K. Roach, « Ten Ways to Improve Canadian Anti-Terrorism Law » (2006), 51 *Crim. L.Q.* 102, p. 120)

Cela dit, on a aussi reproché au système de représentant spécial du Royaume-Uni de ne pas aller assez loin. Le Comité sur les affaires constitutionnelles de la Chambre des communes a publié, en avril 2005, un rapport sur le fonctionnement de la SIAC et sur le recours aux représentants spéciaux (*The operation of the Special Immigration Appeals Commission (SIAC) and the use of Special Advocates*). Le Comité a énuméré trois désavantages importants avec lesquels les représentants

cannot, subject to narrow exceptions, take instructions from the appellant or the appellant's counsel; (2) they lack the resources of an ordinary legal team, for the purpose of conducting in secret a full defence; and (3) they have no power to call witnesses (para. 52).

spéciaux doivent composer : (1) après avoir pris connaissance des renseignements secrets, ils ne peuvent plus, sous réserve de rares exceptions, recevoir d'instructions de l'appelant ou de son avocat; (2) pour les aider à assurer une défense pleine et entière en secret, ils ne disposent pas d'une équipe de juristes comme c'est le cas habituellement; (3) ils ne sont pas habilités à assigner des témoins (par. 52).

Despite these difficulties, SIAC itself has commented favourably on the assistance provided by special advocates, stating that as a result of the "rigorous cross-examination" of the government's evidence by the special advocate, it was satisfied that the government's assertions were unsupported by the evidence (*M. v. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), March 8, 2004, at para. 10). The England and Wales Court of Appeal upheld SIAC's decision: [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

84 En dépit de ces difficultés, la SIAC elle-même a fait des commentaires favorables sur l'aide fournie par les représentants spéciaux, affirmant qu'en raison du [TRADUCTION] « contre-interrogatoire rigoureux » des témoins du gouvernement par le représentant spécial, elle était convaincue que les allégations du gouvernement n'étaient pas étayées par la preuve (*M. c. Secretary of State for the Home Department*, [2004] UKSIAC 17/2002 (BAILII), 8 mars 2004, par. 10). La Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles a confirmé la décision de la SIAC : [2004] 2 All E.R. 863, [2004] EWCA Civ 324.

(b) *The IRPA Scheme Does Not Minimally Impair the Named Person's Rights*

b) *Le régime établi par la LIPR ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée*

Parliament is not required to use the *perfect*, or least restrictive, alternative to achieve its objective: *R. v. Chaulk*, [1990] 3 S.C.R. 1303. However, bearing in mind the deference that is owed to Parliament in its legislative choices, the alternatives discussed demonstrate that the *IRPA* does not minimally impair the named person's rights.

85 Pour atteindre son objectif, le législateur n'est pas tenu d'utiliser la solution *parfaite*, ou celle qui soit la moins attentatoire : *R. c. Chaulk*, [1990] 3 R.C.S. 1303. Cependant, tout en gardant à l'esprit le respect dû aux choix législatifs du Parlement, j'estime que les solutions mentionnées démontrent que la *LIPR* ne porte pas le moins possible atteinte aux droits de la personne désignée.

Under the *IRPA*, the government effectively decides what can be disclosed to the named person. Not only is the named person not shown the information and not permitted to participate in proceedings involving it, but no one but the judge may look at the information with a view to protecting the named person's interests. Why the drafters of the legislation did not provide for special counsel to objectively review the material with a view to protecting the named person's interest, as was formerly done for the review of security certificates by

86 Sous le régime de la *LIPR*, le gouvernement détermine en fait ce qui peut être divulgué à la personne désignée. Non seulement cette dernière n'a pas accès aux renseignements et n'est pas autorisée à participer à la procédure qui la concerne, mais seul le juge peut prendre connaissance des renseignements pour protéger les intérêts de la personne désignée. Rien n'explique pourquoi les rédacteurs de la loi n'ont pas prévu qu'un avocat spécial examine objectivement les documents pour protéger les intérêts de la personne désignée, comme cela

SIRC and is presently done in the United Kingdom, has not been explained. The special counsel system may not be perfect from the named person's perspective, given that special counsel cannot reveal confidential material. But, without compromising security, it better protects the named person's s. 7 interests.

87 I conclude that the *IRPA*'s procedures for determining whether a certificate is reasonable and for detention review cannot be justified as minimal impairments of the individual's right to a judicial determination on the facts and the law and right to know and meet the case. Mechanisms developed in Canada and abroad illustrate that the government can do more to protect the individual while keeping critical information confidential than it has done in the *IRPA*. Precisely what more should be done is a matter for Parliament to decide. But it is clear that more must be done to meet the requirements of a free and democratic society.

B. *Does the Detention of Permanent Residents or Foreign Nationals Under the IRPA Infringe Sections 7, 9, 10(c) or 12 of the Charter, and if so, Are the Infringements Justified Under Section 1 of the Charter?*

1. Time Constraints on Review for Foreign Nationals: Breach of Section 9 or Section 10(*c*)?

88 Section 9 of the *Charter* guarantees freedom from arbitrary detention. This guarantee expresses one of the most fundamental norms of the rule of law. The state may not detain arbitrarily, but only in accordance with the law. The appellant Mr. Almrei argues that detention under the *IRPA* is arbitrary with respect to foreign nationals, first because it permits their detention without warrant and without regard to their personal circumstances, and second because it prevents review until 120 days

se faisait pour l'examen des attestations de sécurité par le CSARS et comme cela se fait présentement au Royaume-Uni. Du point de vue de la personne désignée, le recours à un avocat spécial n'est peut-être pas parfait puisque celui-ci ne peut communiquer l'information confidentielle. En revanche, un tel système protège mieux les droits de la personne désignée garantis par l'art. 7 et ce, sans compromettre la sécurité.

Je conclus que les procédures d'examen du caractère raisonnable des certificats et de contrôle de la détention établies par la *LIPR* ne peuvent se justifier parce qu'elles ne portent pas le moins possible atteinte au droit d'une personne à une décision judiciaire fondée sur les faits et sur le droit, et à son droit de connaître la preuve qui pèse contre elle et d'y répondre. Des mécanismes conçus au Canada et à l'étranger démontrent que le législateur peut faire mieux qu'il ne l'a fait dans la *LIPR* pour protéger les individus tout en préservant la confidentialité des renseignements sensibles. C'est au législateur qu'il appartient de déterminer précisément quels correctifs doivent être apportés, mais il est évident qu'il doit faire davantage pour satisfaire aux exigences d'une société libre et démocratique.

B. *La détention de résidents permanents ou d'étrangers sous le régime de la LIPR contrevient-elle aux art. 7, 9, 10c) ou 12 de la Charte? Dans l'affirmative, ces contraventions sont-elles justifiées au sens de l'article premier de la Charte?*

1. Les délais qui précèdent le contrôle de la détention des étrangers violent-ils l'art. 9 ou l'al. 10*c*)?

L'article 9 de la *Charte* garantit le droit à la protection contre la détention arbitraire. Cette garantie exprime une des normes les plus fondamentales de la primauté du droit. L'État ne peut pas détenir une personne arbitrairement. Une personne ne peut être mise en détention qu'en conformité avec le droit. M. Almrei soutient que la détention autorisée par la *LIPR* est arbitraire à l'égard des étrangers parce que, premièrement, elle permet leur détention sans mandat et sans égard à leur situation personnelle

after the certificate is confirmed. In both respects, foreign nationals are treated differently than permanent residents.

I would reject Mr. Almrei's argument that automatic detention of foreign nationals is arbitrary because it is effected without regard to the personal circumstances of the detainee. Detention is not arbitrary where there are "standards that are rationally related to the purpose of the power of detention": P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (loose-leaf ed.), vol. 2, at p. 46-5. The triggering event for the detention of a foreign national is the signing of a certificate stating that the foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality. The security ground is based on the danger posed by the named person, and therefore provides a rational foundation for the detention. *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, in which this Court struck down a provision of the *Criminal Code* requiring that an accused acquitted of an offence on the basis of an insanity defence be detained automatically without a hearing, is distinguishable. The Court held that it was arbitrary to require the detention of persons acquitted by reason of mental disorder without the application of any standard whatsoever, because "[n]ot all of these individuals will be dangerous": at p. 1013, *per* Lamer C.J. But in the national security context, the signature of a certificate under s. 77 of the *IRPA* on the ground of security is necessarily related to the dangerousness of the individual. While not all the other grounds for the issuance of a certificate under s. 77(1) are conclusive of the danger posed by the named person, danger is not the only constitutional basis upon which an individual can be detained, and arbitrariness of detention under the other grounds was not argued.

This leaves Mr. Almrei's argument that the *IRPA* imposes arbitrary detention because it prevents review of the detention of foreign nationals until 120 days after the certificate is confirmed.

et, deuxièmement, elle interdit le contrôle de la détention pendant 120 jours après la confirmation du certificat. À ces deux égards, les étrangers sont traités différemment des résidents permanents.

89 Je rejetterais l'argument de M. Almrei selon lequel la détention automatique des étrangers est arbitraire parce qu'elle s'applique sans qu'il soit tenu compte de la situation personnelle du détenu. La détention n'est pas arbitraire quand elle se fonde sur des [TRADUCTION] « critères qui ont un lien rationnel avec l'objectif visé par l'attribution du pouvoir de détention » : P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (éd. feuilles mobiles), vol. 2, p. 46-5. L'événement à l'origine de la détention d'un étranger est la signature du certificat attestant que ce dernier est interdit de territoire pour raison de sécurité, pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée. Le motif de la sécurité est basé sur le danger que représente la personne désignée, et constitue un fondement rationnel pour la détention. Il faut établir une distinction avec l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, qui a annulé les dispositions du *Code criminel* prévoyant la détention automatique, sans audition, d'un accusé acquitté pour cause d'aliénation mentale. Dans cette affaire, la Cour a statué que la détention obligatoire des personnes acquittées pour cause d'aliénation mentale, sans l'application de quelque norme que ce soit, était arbitraire parce que « ces personnes ne sont pas toutes dangereuses » : p. 1013, le juge en chef Lamer. Or, dans le contexte de la sécurité nationale, la signature d'un certificat pour raison de sécurité en vertu de l'art. 77 de la *LIPR* a nécessairement un lien avec le caractère dangereux de l'individu. Bien que tous les autres motifs de délivrance d'un certificat prévus au par. 77(1) ne soient pas probants quant au danger que pose la personne désignée, le danger n'est pas le seul motif valable du point de vue constitutionnel pour lequel une personne peut être détenue et le caractère arbitraire de la détention pour ces autres motifs n'a pas été plaidé.

90 Il reste donc à examiner l'argument de M. Almrei selon lequel la *LIPR* inflige une détention arbitraire parce qu'elle interdit tout contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant

Whether through *habeas corpus* or statutory mechanisms, foreign nationals, like others, have a right to prompt review to ensure that their detention complies with the law. This principle is affirmed in s. 10(*c*) of the *Charter*. It is also recognized internationally: see *Rasul v. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas v. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); art. 5 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221 ("*European Convention on Human Rights*"); *Slivenko v. Latvia* [GC], No. 48321/99, ECHR 2003-X, p. 229. While the government accepts this principle, it argues that the 120-day period in s. 84(2) is sufficiently prompt, relying, as did the courts below, on the fact that foreign nationals can apply for release and depart from Canada at any time.

91 The lack of review for foreign nationals until 120 days after the reasonableness of the certificate has been judicially determined violates the guarantee against arbitrary detention in s. 9 of the *Charter*, a guarantee which encompasses the right to prompt review of detention under s. 10(*c*) of the *Charter*. Permanent residents named in certificates are entitled to an automatic review within 48 hours. The same time frame for review of detention applies to both permanent residents and foreign nationals under s. 57 of the *IRPA*. And under the *Criminal Code*, a person who is arrested with or without a warrant is to be brought before a judge within 24 hours, or as soon as possible: s. 503(1). These provisions indicate the seriousness with which the deprivation of liberty is viewed, and offer guidance as to acceptable delays before this deprivation is reviewed.

92 The government submits that the detention provisions, and more specifically the absence of review for foreign nationals until 120 days after the certificate has been determined to be reasonable, reflect its objective of creating a timely removal process for individuals thought to constitute a danger to national security, and asserts that

la confirmation du certificat. Les étrangers ont, au même titre que les autres, le droit de faire contrôler la légalité de leur détention, que ce soit par *habeas corpus* ou par un mécanisme d'origine législative. Ce principe est consacré à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Il est aussi reconnu à l'échelle internationale : voir *Rasul c. Bush*, 542 U.S. 466 (2004); *Zadvydas c. Davis*, 533 U.S. 678 (2001); l'art. 5 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221 (« *Convention européenne des droits de l'homme* »); *Slivenko c. Lettonie* [GC], nº 48321/99, CEDH 2003-X, p. 289. Bien que le gouvernement souscrive à ce principe, il fait valoir que la période de 120 jours prévue au par. 84(2) permet un examen suffisamment rapide, se fondant à cet égard, comme les juridictions inférieures, sur le fait que les étrangers peuvent à tout moment demander leur libération pour quitter le Canada.

L'absence de contrôle de la détention des étrangers avant que ne se soient écoulés 120 jours après la confirmation judiciaire du caractère raisonnable du certificat porte atteinte à la protection contre la détention arbitraire garantie par l'art. 9 de la *Charte*, une garantie qui comprend le droit de faire contrôler promptement la légalité de la détention énoncé à l'al. 10*c*) de la *Charte*. Les résidents permanents désignés dans un certificat ont droit à un contrôle automatique dans les 48 heures. L'article 57 de la *LIPR* fixe le même délai pour le contrôle de la détention des étrangers et des résidents permanents. De plus, le *Code criminel* exige qu'une personne mise en état d'arrestation avec ou sans mandat comparaisse devant un juge dans un délai de 24 heures ou le plus tôt possible : art. 503(1). Ces dispositions révèlent à quel point la privation de liberté est considérée comme grave et peuvent servir de guide quant aux délais acceptables pour le contrôle de cette privation.

Le gouvernement soutient que les dispositions relatives à la détention, et plus précisément l'absence de contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du caractère raisonnable du certificat, reflètent son objectif de créer un processus de renvoi rapide des personnes dont on croit qu'elles constituent un danger pour

when the provisions were drafted, it was thought that the removal process would be so fast that there would be no need for review. This is more an admission of the excessiveness of the 120-day period than a justification.

It is clear that there may be a need for some flexibility regarding the period for which a suspected terrorist may be detained. Confronted with a terrorist threat, state officials may need to act immediately, in the absence of a fully documented case. It may take some time to verify and document the threat. Where state officials act expeditiously, the failure to meet an arbitrary target of a fixed number of hours should not mean the automatic release of the person, who may well be dangerous. However, this cannot justify the complete denial of a timely detention review. Permanent residents who pose a danger to national security are also meant to be removed expeditiously. If this objective can be pursued while providing permanent residents with a mandatory detention review within 48 hours, then how can a denial of review for foreign nationals for 120 days after the certificate is confirmed be considered a minimal impairment?

I conclude that the lack of timely review of the detention of foreign nationals violates s. 9 and s. 10(*c*) and cannot be saved by s. 1.

2. Do Extended Periods of Detention Under the Scheme Violate Section 7 or the Section 12 Guarantee Against Cruel and Unusual Treatment?

The question at this point is whether the extended detention that may occur under the *IRPA* violates the guarantee against cruel and unusual treatment under s. 12 of the *Charter*. The threshold for breach of s. 12 is high. As stated by Lamer J. in *Smith*, treatment or punishment is cruel and unusual if

la sécurité nationale. Il ajoute qu'au moment de rédiger les dispositions pertinentes, le législateur croyait que le processus de renvoi serait à ce point rapide qu'aucun contrôle ne serait nécessaire. Par cette affirmation, le gouvernement admet le caractère excessif de la période de 120 jours plus qu'il ne la justifie.

93 Certes, une certaine souplesse peut être nécessaire quant à la durée de la détention d'une personne soupçonnée de terrorisme. Devant une menace terroriste, les autorités peuvent devoir agir sur-le-champ, même si leur dossier n'est pas assez bien documenté. Il faut parfois un certain temps pour vérifier et documenter la menace. Si les autorités agissent rapidement, le fait qu'elles ne réussissent pas à respecter un délai arbitraire représentant un nombre précis d'heures ne devrait pas entraîner la remise en liberté automatique d'une personne qui peut fort bien être dangereuse. Toutefois, cela ne saurait justifier l'absence totale de possibilité de faire contrôler promptement la détention. Les résidents permanents qui posent un danger pour la sécurité nationale sont eux aussi censés être renvoyés promptement. S'il est possible d'atteindre cet objectif tout en accordant aux résidents permanents le contrôle automatique de leur détention dans les 48 heures, comment le refus de permettre le contrôle de la détention des étrangers dans les 120 jours suivant la confirmation du certificat peut-il être considéré comme une atteinte minimale?

94 Je conclus que l'impossibilité pour les étrangers de faire contrôler leur détention promptement enfreint l'art. 9 et l'al. 10*c*) et ne peut être validée par l'article premier de la *Charte*.

2. La détention prolongée permise par le régime viole-t-elle l'art. 7 ou le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12?

95 À ce stade, il s'agit de savoir si la détention prolongée possible sous le régime de la *LIPR* viole le droit à la protection contre tout traitement cruel et inusité garanti par l'art. 12 de la *Charte*. Le seuil de violation de l'art. 12 est élevé. Comme l'a affirmé le juge Lamer dans *Smith*, pour être cruels ou inusités,

it is "so excessive as to outrage [our] standards of decency": *R. v. Smith*, [1987] 1 S.C.R. 1045, at p. 1067; also *R. v. Wiles*, [2005] 3 S.C.R. 895, 2005 SCC 84, at para. 4.

96 The s. 12 issue of cruel and unusual treatment is intertwined with s. 7 considerations, since the indefiniteness of detention, as well as the psychological stress it may cause, is related to the mechanisms available to the detainee to regain liberty. It is not the detention itself, or even its length, that is objectionable. Detention itself is never pleasant, but it is only cruel and unusual in the legal sense if it violates accepted norms of treatment. Denying the means required by the principles of fundamental justice to challenge a detention may render the detention arbitrarily indefinite and support the argument that it is cruel or unusual. (The same may be true of onerous conditions of release that seriously restrict a person's liberty without affording an opportunity to challenge the restrictions.) Conversely, a system that permits the detainee to challenge the detention and obtain a release if one is justified may lead to the conclusion that the detention is not cruel and unusual: see *Sahin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1995] 1 F.C. 214 (T.D.), *per* Rothstein J. (as he then was).

97 Mr. Almrei's first submission is that "the combination of the legislative scheme and the conditions of detention . . . [transforms] the Appellant's detention into one that is cruel and unusual". I would reject this submission. This Court has not, in its past decisions, recognized s. 12 as a mechanism to challenge the overall fairness of a particular legislative regime.

98 More narrowly, however, it has been recognized that indefinite detention in circumstances where the detainee has no hope of release or recourse to a legal process to procure his or her release may cause psychological stress and therefore constitute cruel and unusual treatment: Eur. Court H.R.,

le traitement ou la peine doivent être « excessi[fs] au point de ne pas être compatible[s] avec la dignité humaine » : *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045, p. 1067; voir aussi *R. c. Wiles*, [2005] 3 R.C.S. 895, 2005 CSC 84, par. 4.

La question de la peine cruelle et inusitée au sens de l'art. 12 est étroitement liée aux considérations relatives à l'art. 7, puisque le caractère indéterminé de la détention ainsi que le stress psychologique qui en découle sont liés aux mécanismes offerts au détenu pour recouvrer sa liberté. Ce n'est pas la détention en soi, ni même sa durée, qui est condamnable. Il est vrai que la détention en soi n'est jamais agréable, mais elle n'est cruelle et inusitée au sens juridique que si elle déroge aux normes de traitement reconnues. L'absence des moyens requis par les principes de justice fondamentale pour contester une détention peut en faire une détention d'une durée indéterminée arbitraire et servir à étayer l'argument selon lequel elle est cruelle ou inusitée. (Cela pourrait aussi valoir pour des conditions de libération sévères, qui restreignent sérieusement la liberté d'une personne sans qu'elle ait la possibilité de contester ces restrictions.) Inversement, un système permettant à un détenu de contester sa détention et d'être libéré s'il y a lieu, peut mener à la conclusion que la détention n'est ni cruelle ni inusitée : voir *Sahin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1995] 1 C.F. 214 (1re inst.), le juge Rothstein (maintenant juge de notre Cour).

M. Almrei soutient tout d'abord que [TRADUCTION] « combinés, le régime législatif et les conditions de détention [. . .] font que la détention de l'appelant est cruelle et inusitée ». Je suis d'avis de rejeter cette allégation. La jurisprudence de la Cour ne reconnaît pas l'art. 12 comme mécanisme servant à contester globalement le caractère équitable d'un régime législatif particulier.

On reconnaît cependant, de façon plus restrictive, que la détention d'une durée indéterminée dans des circonstances où le détenu n'a aucun espoir d'être libéré ni aucune voie de droit pour obtenir une remise en liberté peut lui causer un stress psychologique et constituer un traitement

Soering case, judgment of 7 July 1989, Series A, No. 161, at para. 111; compare *Lyons*, at pp. 339-41. However, for the reasons that follow, I conclude that the *IRPA* does not impose cruel and unusual treatment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because, although detentions may be lengthy, the *IRPA*, properly interpreted, provides a process for reviewing detention and obtaining release and for reviewing and amending conditions of release, where appropriate.

On its face, the *IRPA* permits detention pending deportation on security grounds. In reality, however, a release from detention may be difficult to obtain. The Federal Court suggested that Mr. Almrei "holds the key to his release": *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2004] 4 F.C.R. 327, 2004 FC 420, at para. 138. But voluntary departure may be impossible. A person named in a certificate of inadmissibility may have nowhere to go. Other countries may assume such a person to be a terrorist and are likely to refuse entry, or the person may fear torture on his or her return. Deportation may fail for the same reasons, despite the observation that "[i]n our jurisdiction, at this moment, deportation to torture remains a possibility" in exceptional circumstances: *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 127. The only realistic option may be judicial release.

In the case of a permanent resident, detention is continued if the judge is satisfied that the person "continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal": s. 83(3). The ministers bear the initial burden of establishing that these criteria are met: *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 F.C.R. 528, 2003 FC 882, at para. 36. In the case of a foreign national, release may be granted if the judge is "satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any

cruel et inusité : Cour eur. D.H., affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, nº 161, par. 111; comparer à *Lyons*, p. 339-341. Cependant, pour les motifs qui suivent, je conclus que la *LIPR* n'inflige pas un traitement cruel et inusité au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que, même si les périodes de détention peuvent être longues, lorsqu'on l'interprète correctement, la *LIPR* établit un processus permettant de faire contrôler la détention et d'obtenir une remise en liberté, ainsi que de faire contrôler et modifier les conditions de libération, s'il y a lieu.

99 À première vue, la *LIPR* permet la détention en attente de l'expulsion pour raison de sécurité. En réalité, cependant, il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté. La Cour fédérale a laissé entendre que M. Almrei « tient la clé de sa mise en liberté » : *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2004] 4 R.C.F. 327, 2004 CF 420, par. 138. Or, il se peut qu'un départ volontaire soit impossible. La personne désignée dans un certificat d'interdiction de territoire n'a peut-être nulle part où aller. Les autres pays pourraient tenir pour acquis qu'une telle personne est un terroriste et lui refuseront probablement l'accès à leur territoire. L'intéressé pourrait aussi craindre d'être torturé à son retour dans son pays. L'expulsion pourrait échouer pour les même raisons, en dépit de l'observation selon laquelle « [d]ans notre pays, à l'heure actuelle, le renvoi vers un pays qui pratique la torture demeure possible » dans des circonstances exceptionnelles : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 127. La seule solution réaliste pourrait bien être la mise en liberté par voie judiciaire.

100 Un résident permanent est maintenu en détention si le juge est convaincu « qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi » : par. 83(3). Le fardeau initial d'établir ces faits incombe aux ministres : *Charkaoui (Re)*, [2004] 1 R.C.F. 528, 2003 CF 882, par. 36. Dans le cas d'un étranger, la mise en liberté peut être accordée « sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui » : par. 84(2). Contrairement au par.

person": s. 84(2). Unlike s. 83(3), s. 84(2) places the onus on the detainee: see *Ahani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 24 Admin. L.R. (3d) 171 (F.C.A.).

101 Courts thus far have understood these provisions to set a high standard for release. In interpreting the predecessor to s. 84(2) under the *Immigration Act*, the Federal Court of Appeal held that judicial release "cannot be an automatic or easy thing to achieve", and that it "is not to be routinely obtained": *Ahani*, at para. 13. At the same time, courts have read the provision as allowing the judge to inquire whether terms and conditions could make the release safe. This is an invitation that Federal Court judges have rightly accepted: *Harkat v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2007] 1 F.C.R. 321, 2006 FC 628, at para. 82; *Almrei v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2005), 270 F.T.R. 1, 2005 FC 1645, at paras. 419-26. Likewise, when reviewing the detention of a permanent resident under s. 83(3), judges have examined the context that would surround release in order to determine whether the person would pose a security risk: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at paras. 71-73.

102 The cases at bar illustrate the difficulty that may be encountered in seeking release from a detention imposed under the *IRPA*. At the time of writing, Mr. Almrei, a foreign national, has been detained for over five years. He cannot be deported until the Minister issues an opinion that he constitutes a danger to the public. But two "danger opinions" have already been quashed by the Federal Court, the last one in March 2005. The Minister has yet to issue a new one. In dismissing Mr. Almrei's application for judicial release, Layden-Stevenson J. held that Mr. Almrei had established that his removal was not imminent, was not a "done deal" and would not occur within a reasonable time (para. 272). However, she held that she was compelled to keep him in detention because she found that his release would pose a danger to national security under s. 84(2): *Almrei*, 2005 FC 1645. Mr. Almrei

83(3), le par. 84(2) impose le fardeau de la preuve au détenu : voir *Ahani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2000] A.C.F. nº 1114 (QL) (C.A.).

Jusqu'à présent, les tribunaux ont jugé que ces dispositions fixent une norme élevée pour accorder la libération. Appelée à interpréter la disposition de la *Loi sur l'immigration* aujourd'hui remplacée par le par. 84(2), la Cour d'appel fédérale a statué que la mise en liberté judiciaire « ne peut être automatique ou facile à obtenir » et qu'elle « ne sera pas accordée automatiquement » : *Ahani*, par. 13. Parallèlement, les tribunaux ont jugé que cette disposition autorise le juge à se demander si la mise en liberté pourrait être sécuritaire si elle était assortie de conditions. Il s'agit d'une invitation à laquelle les juges de la Cour fédérale ont répondu à bon droit : *Harkat c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2007] 1 R.C.F. 321, 2006 CF 628, par. 82; *Almrei c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2005] A.C.F. nº 1994 (QL), 2005 CF 1645, par. 419-426. De même, lors du contrôle de la détention d'un résident permanent en application du par. 83(3), les juges ont tenu compte du contexte dans lequel se déroulerait la mise en liberté pour déterminer si la personne constituerait un danger pour la sécurité : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 71-73.

Les présents pourvois illustrent à quel point il peut être difficile d'obtenir une remise en liberté sous le régime de la *LIPR*. Au moment de rédiger les présents motifs, M. Almrei, un étranger, est détenu depuis plus de cinq ans. Il ne peut être expulsé tant que le ministre n'a pas émis un avis selon lequel il constitue un danger pour le public. Or, deux « avis de danger » ont déjà été annulés par la Cour fédérale, le dernier, en mars 2005. Le ministre n'a toujours pas délivré de nouvel avis. En rejetant la demande de mise en liberté judiciaire présentée par M. Almrei, la juge Layden-Stevenson a conclu que ce dernier avait établi que son renvoi n'était pas imminent, qu'il n'était pas un « fait accompli » et qu'il ne surviendrait pas dans un délai raisonnable (par. 272). Elle a néanmoins affirmé être tenue de le maintenir en détention parce qu'elle estimait que sa mise en liberté constituerait un danger pour la

argues that as far as he is concerned, his detention is indefinite.

Mr. Harkat has been released from detention, but remains under house arrest and continuous surveillance by the Canada Border Services Agency ("CBSA") and the RCMP by virtue of an order by Dawson J. He must at all times wear an electronic monitoring device and obtain the CBSA's permission before leaving his house. He must at all times be under the supervision of either his wife or his mother-in-law. Access to his residence is restricted to individuals who have posted sureties and to Mr. Harkat's legal counsel, as well as to emergency, fire, police and health care professionals. The CBSA is permitted to intercept all telephone and oral communications between Mr. Harkat and any third party. Mr. Harkat is forbidden to use any cellular phone or any computer with Internet connectivity. Breach of any of the numerous conditions in Dawson J.'s order would lead to automatic rearrest; however, these conditions are subject to ongoing review and amendment. The government is attempting to deport him to Algeria; whether this is possible may depend on the outcome of legal processes that are still pending.

Mr. Charkaoui has been released from detention under conditions that are somewhat less onerous: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. These conditions have a serious impact on his liberty, and he remains in jeopardy of being rearrested for a breach of his conditions. But the conditions are subject to ongoing review and have been amended several times subsequent to his release. More legal avenues remain to be explored. Whether the government will seek to deport Mr. Charkaoui or detain him anew may depend on the outcome of his application for protection and the determination of the reasonableness of his certificate.

It is thus clear that while the *IRPA* in principle imposes detention only pending deportation, it may in fact permit lengthy and indeterminate detention

sécurité nationale au sens du par. 84(2) : *Almrei*, 2005 CF 1645. M. Almrei se dit détenu pour une période indéterminée.

103 M. Harkat a été mis en liberté, mais il reste en détention à domicile et sous la surveillance constante de l'Agence des services frontaliers du Canada (« ASFC ») et de la GRC, conformément à une ordonnance rendue par la juge Dawson. Il doit porter en tout temps un bracelet de télésurveillance et ne peut quitter sa résidence sans la permission de l'ASFC. Il doit en tout temps rester sous la surveillance de son épouse ou de sa belle-mère. Seules les personnes qui ont déposé un cautionnement, l'avocat de M. Harkat, et les services d'urgence, soit les pompiers, les policiers et les professionnels de la santé, ont accès à sa résidence. L'ASFC est autorisée à intercepter toutes les communications téléphoniques ou verbales entre M. Harkat et un tiers. M. Harkat s'est vu interdire l'utilisation d'un téléphone cellulaire et d'un ordinateur avec accès à Internet. Tout manquement à l'une des nombreuses conditions de l'ordonnance de la juge Dawson entraînerait automatiquement son arrestation; ces conditions peuvent toutefois être révisées et modifiées en tout temps. Le gouvernement tente de l'expulser en Algérie; le succès de cette démarche pourrait dépendre de l'issue de procédures juridiques actuellement en cours.

104 M. Charkaoui a été mis en liberté sous des conditions un peu moins exigeantes : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Celles-ci ont de graves conséquences sur sa liberté et il risque toujours d'être remis en état d'arrestation en cas de manquement à l'une de ces conditions. Celles-ci peuvent toutefois être révisées de façon continue et ont été modifiées à plusieurs reprises après sa mise en liberté. Il reste des avenues juridiques à explorer. La décision du gouvernement de tenter d'expulser M. Charkaoui ou de le remettre en détention pourrait dépendre de l'issue de sa demande de protection et de la décision sur le caractère raisonnable du certificat délivré à son égard.

105 Il est donc clair que la *LIPR*, qui n'impose en principe la détention qu'en attendant l'expulsion, peut en fait permettre une détention prolongée ou

or lengthy periods subject to onerous release conditions. The next question is whether this violates s. 7 or s. 12 based on the applicable legal principles.

106 This Court has previously considered the possibility of indefinite detention in the criminal context. In *Lyons*, a majority of the Court held that "dangerous offender" legislation allowing for indefinite detention did not constitute cruel and unusual treatment or punishment within the meaning of s. 12 of the *Charter* because the statutory scheme includes a parole process that "ensures that incarceration is imposed for only as long as the circumstances of the individual case require" (p. 341, *per* La Forest J.). It is true that a judge can impose the dangerous offender designation only on a person who has been convicted of a serious personal injury offence; this Court indicated that a sentence of indeterminate detention, applied with respect to a future crime or a crime that had already been punished, would violate s. 7 of the *Charter* (pp. 327-28, *per* La Forest J.). But the use in criminal law of indeterminate detention as a tool of sentencing — serving both a punitive and a preventive function — does not establish the constitutionality of preventive detention measures in the immigration context.

107 The principles underlying *Lyons* must be adapted in the case at bar to the immigration context, which requires a period of time for review of the named person's right to remain in Canada. Drawing on them, I conclude that the s. 7 principles of fundamental justice and the s. 12 guarantee of freedom from cruel and unusual treatment require that, where a person is detained or is subject to onerous conditions of release for an extended period under immigration law, the detention or the conditions must be accompanied by a meaningful process of ongoing review that takes into account the context and circumstances of the individual case. Such persons must have meaningful opportunities to challenge their continued detention or the conditions of their release.

pour une durée indéterminée et l'assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période. La question suivante est de savoir si, suivant les principes de droit applicables, cela va à l'encontre des art. 7 ou 12.

La Cour a déjà examiné la possibilité d'une détention d'une durée indéterminée dans le contexte du droit criminel. Dans *Lyons*, la Cour a conclu à la majorité que la législation relative aux « délinquants dangereux » autorisant une détention d'une durée indéterminée ne constituait pas un traitement ou une peine cruels ou inusités au sens de l'art. 12 de la *Charte* parce que ce régime législatif établit un processus de libération conditionnelle qui « est le gage d'une incarcération qui ne durera dans chaque cas que le temps dicté par les circonstances » (p. 341, le juge La Forest). Il est vrai qu'un juge ne peut déclarer délinquant dangereux qu'une personne qui a été reconnue coupable d'une infraction qui constitue un sévice grave à la personne; la Cour a précisé qu'une peine d'une durée indéterminée infligée pour un crime qu'une personne n'a pas encore commis ou pour lequel elle a déjà été punie contreviendrait à l'art. 7 de la *Charte* (p. 327-328, le juge La Forest). Mais le recours à la détention d'une durée indéterminée comme outil de détermination de la peine en droit criminel — à des fins à la fois punitives et préventives — ne démontre pas la validité constitutionnelle de la détention préventive dans le contexte de l'immigration.

Les principes sur lesquels repose l'arrêt *Lyons* doivent en l'espèce être adaptés au contexte de l'immigration, qui exige un délai pour l'examen du droit d'une personne désignée de rester au Canada. Ces principes m'amènent à conclure que la justice fondamentale visée à l'art. 7 et le droit à la protection contre tous traitements cruels ou inusités garanti par l'art. 12 exigent que la détention d'une personne ou son assujettissement à de sévères conditions de mise en liberté pendant une longue période, en vertu du droit de l'immigration, soient assortis d'un processus valable de contrôle continu qui tienne compte du contexte et des circonstances propres à chaque cas. Cette personne doit avoir la possibilité réelle de contester son maintien en détention ou ses conditions de mise en liberté.

108

The type of process required has been explored in cases involving analogous situations. In *Sahin*, Rothstein J. had occasion to examine a situation of ongoing detention (for reasons unrelated to national security) under the *Immigration Act*. He concluded that "what amounts to an indefinite detention for a lengthy period of time may, in an appropriate case, constitute a deprivation of liberty that is not in accordance with the principles of fundamental justice" (p. 229) and held that ongoing detention under the *Immigration Act* could be constitutional if it resulted from the weighing of a number of factors (at pp. 231-32):

> The following list, which, of course, is not exhaustive of all considerations, seems to me to at least address the more obvious [considerations]. Needless to say, the considerations relevant to a specific case, and the weight to be placed upon them, will depend upon the circumstances of the case.
>
> (1) Reasons for the detention, i.e. is the applicant considered a danger to the public or is there a concern that he would not appear for removal. I would think that there is a stronger case for continuing a long detention when an individual is considered a danger to the public.
>
> (2) Length of time in detention and length of time detention will likely continue. If an individual has been held in detention for some time as in the case at bar, and a further lengthy detention is anticipated, or if future detention time cannot be ascertained, I would think that these facts would tend to favour release.
>
> (3) Has the applicant or the respondent caused any delay or has either not been as diligent as reasonably possible. Unexplained delay and even unexplained lack of diligence should count against the offending party.
>
> (4) The availability, effectiveness and appropriateness of alternatives to detention such as outright release, bail bond, periodic reporting, confinement to a particular location or geographic area, the requirement to report changes of address or telephone numbers, detention in a form that could be less restrictive to the individual, etc.

A consideration that I think deserves significant weight is the amount of time that is anticipated until

Dans des causes portant sur des situations analogues, les tribunaux se sont prononcés sur le type de processus qui devrait être établi. Dans *Sahin*, le juge Rothstein a eu l'occasion d'examiner un cas de détention continue (fondée sur des motifs qui n'étaient pas reliés à la sécurité nationale) infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration*. Il a conclu qu'une « détention indéterminée pendant une longue période peut, dans certains cas, constituer une privation de liberté qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale » (p. 229) et il a jugé qu'une détention continue infligée sous le régime de la *Loi sur l'immigration* pouvait être conforme à la Constitution si elle faisait suite à l'appréciation de plusieurs facteurs (p. 231-232) :

> La liste suivante, qui n'est bien entendu pas exhaustive, réunit au moins les facteurs les plus évidents, il me semble. Il est inutile de rappeler que les facteurs applicables à un cas d'espèce et leur importance relative dépendent des faits de la cause.
>
> (1) Les motifs de détention, savoir si le requérant peut constituer une menace pour la sécurité publique ou peut se dérober à la mesure de renvoi. À mon avis, une longue détention est d'autant justifiable que l'intéressé est considéré comme une menace pour la sécurité publique.
>
> (2) La durée de la détention et le temps pendant lequel la détention sera vraisemblablement prolongée. Si l'individu a été déjà détenu pendant un certain temps comme en l'espèce et s'il est prévu que la détention sera prolongée pour une longue période ou si on ne peut en prévoir la durée, je dirais que ces facteurs favorisent la mise en liberté.
>
> (3) Le requérant ou l'intimé a-t-il causé un retard ou ne s'est-il pas montré aussi diligent qu'il est raisonnablement possible de l'être? Les retards inexpliqués ou même le manque inexpliqué de diligence doivent compter contre la partie qui en est responsable.
>
> (4) La disponibilité, l'efficacité et l'opportunité d'autres solutions que la détention, telles que la mise en liberté, la liberté sous caution, la comparution au contrôle périodique, la résidence surveillée dans un lieu ou une localité, l'obligation de signaler les changements d'adresse ou de numéro de téléphone, la détention sous une forme moins restrictive de liberté, etc.

Un facteur qui doit peser lourd dans la balance est le temps qui se passera avant que l'on décide de façon

a final decision, determining, one way or the other, whether the applicant may remain in Canada or must leave.

définitive si le requérant peut rester au Canada ou doit s'en aller.

109 Factors regarding release are considered in another part of the *IRPA* and the accompanying *Immigration and Refugee Protection Regulations*, SOR/2002-227 ("*IRP Regulations*"). When a non-citizen not named in a certificate is detained because he or she is inadmissible and also is a danger to the public or is unlikely to appear for examination, the non-citizen is entitled to detention reviews before the Immigration and Refugee Board: *IRPA*, ss. 55 to 57. In determining whether the non-citizen should be held or released, the Board must take into account "prescribed factors": (a) the reason for detention; (b) the length of time in detention; (c) whether there are any elements that can assist in determining the length of time that detention is likely to continue and, if so, that length of time; (d) any unexplained delays or unexplained lack of diligence caused by the Department or the person concerned; and (e) the existence of alternatives to detention (s. 58 *IRPA* and r. 248 *IRP Regulations*).

Une autre partie de la *LIPR* et le *Règlement sur l'immigration et la protection des réfugiés*, DORS/2002-227 (« *Règlement IPR* »), traitent aussi des facteurs applicables à la mise en liberté. Le non-citoyen qui n'est pas désigné dans un certificat et qui est détenu parce qu'il est interdit de territoire et qu'il constitue un danger pour la sécurité publique ou se soustraira vraisemblablement au contrôle, a droit au contrôle de sa détention par la Commission de l'immigration et du statut de réfugié : *LIPR*, art. 55 à 57. Pour déterminer si un non-citoyen devrait être détenu ou mis en liberté, la Commission de l'immigration et du statut de réfugié doit prendre en compte des « critères réglementaires » : a) le motif de la détention; b) la durée de la détention; c) l'existence d'éléments permettant l'évaluation de la durée probable de la détention et, dans l'affirmative, cette période de temps; d) les retards inexpliqués ou le manque inexpliqué de diligence de la part du ministère ou de l'intéressé; e) l'existence de solutions de rechange à la détention (*LIPR*, art. 58, et *Règlement IPR*, art. 248).

110 I conclude that extended periods of detention under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate ss. 7 and 12 of the *Charter* if accompanied by a process that provides regular opportunities for review of detention, taking into account all relevant factors, including the following:

Je conclus que les longues périodes de détention permises par les dispositions de la *LIPR* régissant les certificats ne contreviennent pas aux art. 7 et 12 de la *Charte*, lorsqu'elles sont assorties d'un processus qui offre la possibilité de faire contrôler régulièrement la détention en fonction des considérations suivantes :

(a) *Reasons for Detention*

a) *Les motifs de la détention*

111 The criteria for signing a certificate are "security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality" (s. 77). Detention pursuant to a certificate is justified on the basis of a continuing threat to national security or to the safety of any person. While the criteria for release under s. 83 of the *IRPA* also include the likelihood that a person will appear at a proceeding or for removal, a threat to national security or to the safety of a person is a more important factor for the purpose of justifying continued detention.

Les ministres peuvent signer un certificat « pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée » (art. 77). La détention consécutive au dépôt d'un certificat est justifiée en raison d'un danger constant pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui. Bien que les critères de la mise en liberté prévus à l'art. 83 de la *LIPR* incluent aussi la probabilité que l'intéressé se soustraira à la procédure ou au renvoi, un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui constitue

The more serious the threat, the greater will be the justification for detention.

(b) *Length of Detention*

The length of the detention to date is an important factor, both from the perspective of the individual and from the perspective of national security. The longer the period, the less likely that an individual will remain a threat to security: "The imminence of danger may decline with the passage of time": *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 74. Noël J. concluded that Mr. Charkaoui could be released safely from detention because his long period of detention had cut him off from whatever associations with extremist groups he may have had. Likewise, in Mr. Harkat's case, Dawson J. based her decision to release Mr. Harkat in part on the fact that the long period of detention meant that "his ability to communicate with persons in the Islamic extremist network has been disrupted": *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 86.

A longer period of detention would also signify that the government would have had more time to gather evidence establishing the nature of the threat posed by the detained person. While the government's evidentiary onus may not be heavy at the initial detention review (see above, at para. 93), it must be heavier when the government has had more time to investigate and document the threat.

(c) *Reasons for the Delay in Deportation*

When reviewing detentions pending deportation, judges have assessed whether the delays have been caused by the detainees or the government: *Sahin*, at p. 231. In reviewing Mr. Almrei's application for release, the Federal Court of Appeal stated that a reviewing judge could "discount, in whole or in part, the delay resulting from proceedings resorted to by an applicant that have the precise effect of preventing compliance by the Crown with the law within a reasonable time": *Almrei*, 2005 FCA 54, at para. 58; see also *Harkat*, 2006 FC 628, at para. 30. Recourse by the government or the individual

un facteur plus important de justification du maintien en détention. Plus le danger est grave, plus la détention sera justifiée.

b) *Le temps passé en détention*

112 Le temps déjà passé en détention est un facteur important, tant du point de vue de l'individu que de celui de la sécurité nationale. Plus la détention se prolonge, moins l'individu sera susceptible de demeurer un danger pour la sécurité : « [d]e l'imminence d'un danger, il se peut que celui-ci décline avec le passage du temps » : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 74. Le juge Noël a conclu que M. Charkaoui pouvait être mis en liberté sans danger parce que sa longue période de détention avait interrompu les rapports qu'il avait pu entretenir avec des groupes extrémistes. De même, la juge Dawson a fondé sa décision de remettre M. Harkat en liberté en partie sur le fait que, vu sa longue période de détention, il avait « ainsi cessé de pouvoir communiquer avec des membres du réseau islamiste extrémiste » : *Harkat*, 2006 CF 628, par. 86.

113 Une longue période de détention suppose également que le gouvernement a eu le temps de rassembler les éléments de preuve établissant la nature du danger que pose le détenu. Si le fardeau de la preuve qui incombe au gouvernement peut être assez peu exigeant lors du contrôle initial de la détention (voir par. 93 ci-dessus), il doit être plus lourd lorsque le gouvernement a eu plus de temps pour faire enquête et documenter le danger.

c) *Les raisons qui retardent l'expulsion*

114 Les juges appelés à contrôler la détention en attente de l'expulsion vérifient si le retard était attribuable au détenu ou au gouvernement : *Sahin*, p. 231. Lors de l'examen de la demande de mise en liberté de M. Almrei, la Cour d'appel fédérale a affirmé que le juge chargé de l'examen peut « ne pas tenir compte, en tout ou en partie, du délai résultant d'une procédure amorcée par le demandeur qui a pour effet précis d'empêcher la Couronne d'appliquer la loi dans un délai raisonnable » : *Almrei*, 2005 CAF 54, par. 58; voir également *Harkat*, 2006 CF 628, par. 30. On ne devrait pas reprocher

to applicable provisions of the *IRPA* that are reasonable in the circumstances and recourse by the individual to reasonable *Charter* challenges should not count against either party. On the other hand, an unexplained delay or lack of diligence should count against the offending party.

au gouvernement ou au détenu de se prévaloir, de façon raisonnable dans les circonstances, des dispositions applicables de la *LIPR*, ni reprocher au détenu une contestation raisonnable fondée sur la *Charte*. Par contre, il sera justifié de retenir un délai inexpliqué ou un manque de diligence contre la partie qui en est responsable.

(d) *Anticipated Future Length of Detention*

d) *La durée anticipée du prolongement de la détention*

115 If there will be a lengthy detention before deportation or if the future detention time cannot be ascertained, this is a factor that weighs in favour of release.

Si l'expulsion sera précédée d'une longue détention ou s'il n'est pas possible de déterminer pendant combien de temps la détention se prolongera, ce facteur jouera en faveur de la mise en liberté.

(e) *Availability of Alternatives to Detention*

e) *L'existence de solutions de rechange à la détention*

116 Stringent release conditions, such as those imposed on Mr. Charkaoui and Mr. Harkat, seriously limit individual liberty. However, they are less severe than incarceration. Alternatives to lengthy detention pursuant to a certificate, such as stringent release conditions, must not be a disproportionate response to the nature of the threat.

Des conditions de mise en liberté rigoureuses, comme celles imposées à M. Charkaoui et à M. Harkat, restreignent fortement la liberté individuelle. Toutefois, elles sont moins sévères que l'incarcération. Les solutions de rechange à une longue détention consécutive à un certificat, telles de sévères conditions de mise en liberté, ne doivent pas être disproportionnées par rapport à la nature du danger.

117 In other words, there must be detention reviews on a regular basis, at which times the reviewing judge should be able to look at all factors relevant to the justice of continued detention, including the possibility of the *IRPA*'s detention provisions being misused or abused. Analogous principles apply to extended periods of release subject to onerous or restrictive conditions: these conditions must be subject to ongoing, regular review under a review process that takes into account all the above factors, including the existence of alternatives to the conditions.

Autrement dit, il faut que la détention soit contrôlée régulièrement et que le juge qui la contrôle puisse tenir compte de tous les facteurs pertinents quant au bien-fondé du maintien de la détention, y compris la possibilité d'un mauvais usage ou d'une application abusive des dispositions de la *LIPR* autorisant la détention. Des principes analogues s'appliquent à la mise en liberté assortie de conditions sévères ou restrictives pendant une longue période : ces conditions doivent être révisées régulièrement, en fonction de tous les facteurs susmentionnés, y compris l'existence de solutions de rechange.

118 Do the provisions for review of detention under the *IRPA*'s certificate scheme satisfy these requirements? To answer this question, we must examine ss. 83(3) and 84(2) in greater detail.

Les dispositions de la *LIPR* qui régissent le contrôle de la détention découlant d'un certificat satisfont-elles à ces critères? Pour répondre à cette question, il faut examiner les par. 83(3) et 84(2) plus en détail.

Section 84(2) governs the release of foreign nationals. It requires the judge to consider whether the "release" of the detainee would pose a danger to security. This implies that the judge can consider terms and conditions that would neutralize the danger. The judge, if satisfied that the danger no longer exists or that it can be neutralized by conditions, may order the release.

Le paragraphe 84(2) régit la mise en liberté des étrangers. Il exige que le juge se demande si la « mise en liberté » du détenu constituerait ou non un danger pour la sécurité. Cela sous-entend que le juge peut prendre en considération les conditions qui neutraliseraient le danger. Le juge peut ordonner la mise en liberté s'il est convaincu que le danger s'est dissipé ou qu'il peut être neutralisé par l'imposition de conditions. 119

Section 83(3), which applies to permanent residents, has a slightly different wording. It requires the judge to consider not whether the *release* would pose a danger as under s. 84(2), but whether the *permanent resident* continues to be a danger. An issue may arise as to whether this difference in wording affects the ability of the judge to fashion conditions and hence to order conditional release. In my view, there is no practical difference between saying a person's release would be a danger and saying that the person is a danger. I therefore read s. 83(3), like s. 84(2), as enabling the judge to consider whether any danger attendant on release can be mitigated by conditions.

Le paragraphe 83(3), qui s'applique aux résidents permanents, est libellé quelque peu différemment. En effet, il exige que le juge se demande, non pas si la *mise en liberté* constituerait ou non un danger, comme sous le régime du par. 84(2), mais plutôt si le *résident permanent* constitue un danger. Cette différence dans le libellé pourrait soulever la question de la capacité du juge de concevoir des conditions et, en conséquence, d'ordonner la libération conditionnelle. À mon avis, il n'y a pas de différence pratique entre le fait de dire que la mise en liberté d'une personne constituerait un danger et celui de dire que la personne constitue un danger. Par conséquent, selon mon interprétation, le par. 83(3), à l'instar du par. 84(2), autorise le juge à se demander si un danger relié à la mise en liberté peut être atténué par l'imposition de conditions. 120

On this basis, I conclude that for both foreign nationals and permanent residents, the *IRPA*'s certificate scheme provides a mechanism for review of detention, which permits the reviewing judge to fashion conditions that would neutralize the risk of danger upon release, and hence to order the release of the detainee.

Par conséquent, je conclus que le régime de certificats établi par la *LIPR* prévoit, tant pour les étrangers que pour les résidents permanents, un mécanisme de contrôle de la détention qui permet au juge de concevoir des conditions efficaces pour neutraliser le risque associé à la mise en liberté et, par conséquent, de libérer le détenu. 121

Reviewing judges have also developed a practice of periodic review in connection with release procedures: *Charkaoui (Re)*, 2005 FC 248, at para. 86. In the immigration context, such periodic reviews must be understood to be required by ss. 7 and 12 of the *Charter*. The Federal Court of Appeal has suggested that once a foreign national has brought an application for release under s. 84(2), he or she cannot bring a new application except on the basis of (i) new evidence or (ii) a material change in circumstances since the previous application: *Almrei*,

Les juges ont aussi pris l'habitude de prévoir des contrôles périodiques de la mise en liberté : *Charkaoui (Re)*, 2005 CF 248, par. 86. Dans le contexte de l'immigration, ces contrôles périodiques doivent être considérés comme requis par les art. 7 et 12 de la *Charte*. La Cour d'appel fédérale a laissé entendre qu'un étranger qui a déjà présenté une demande de mise en liberté en vertu du par. 84(2) ne peut présenter une nouvelle demande, sauf pour faire valoir (i) une nouvelle preuve, ou (ii) un changement important dans les circonstances 122

2005 FCA 54; see also, *Ahani*, at paras. 14-15. Such an interpretation would lead to a holding that s. 84(2) is inconsistent with ss. 7 and 12; however, since s. 84(2) has already been found to infringe s. 9 and cannot be saved under s. 1, it is not necessary to decide this issue.

123 In summary, the *IRPA*, interpreted in conformity with the *Charter*, permits robust ongoing judicial review of the continued need for and justice of the detainee's detention pending deportation. On this basis, I conclude that extended periods of detention pending deportation under the certificate provisions of the *IRPA* do not violate s. 7 or s. 12 of the *Charter*, provided that reviewing courts adhere to the guidelines set out above. Thus, the *IRPA* procedure itself is not unconstitutional on this ground. However, this does not preclude the possibility of a judge concluding at a certain point that a particular detention constitutes cruel and unusual treatment or is inconsistent with the principles of fundamental justice, and therefore infringes the *Charter* in a manner that is remediable under s. 24(1) of the *Charter.*

124 These conclusions are consistent with English and American authority. Canada, it goes without saying, is not alone in facing the problem of detention in the immigration context in situations where deportation is difficult or impossible. Courts in the United Kingdom and the United States have suggested that detention in this context can be used only during the period where it is reasonably necessary for deportation purposes: *R. v. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas.*

125 A case raising similar issues is the decision of the House of Lords in *A. v. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 ("*Re A*"). This was an appeal brought by nine foreign nationals who were suspected of involvement in terrorism, but were not charged with any crime. The United Kingdom

depuis la dernière demande : *Almrei*, 2005 CAF 54; voir aussi *Ahani*, par. 14-15. Suivant une telle interprétation, il faudrait conclure que le par. 84(2) est incompatible avec les art. 7 et 12; toutefois, comme j'ai déjà conclu que le par. 84(2) viole l'art. 9 et ne peut être validé par l'article premier, il n'est pas nécessaire de trancher cette question.

En résumé, lorsqu'elle est interprétée conformément à la *Charte*, la *LIPR* permet un contrôle judiciaire vigoureux et continu du bien-fondé et de la nécessité du maintien de la détention en attente de l'expulsion. Pour cette raison, je conclus que les longues périodes de détention avant le renvoi prévues par des dispositions de la *LIPR* relatives aux certificats ne contreviennent pas aux art. 7 ou 12 de la *Charte*, pourvu que le juge qui procède au contrôle suive les lignes directrices énoncées précédemment. La procédure établie par la *LIPR* n'est donc pas en soi inconstitutionnelle pour ce motif. Cela n'écarte toutefois pas la possibilité que, dans un cas particulier, un juge arrive à la conclusion que la détention constitue un traitement cruel et inusité ou est incompatible avec les principes de justice fondamentale, de sorte qu'elle constitue une violation de la *Charte* ouvrant droit à réparation conformément au par. 24(1) de la *Charte*.

Ces conclusions sont compatibles avec les décisions anglaises et américaines. Le Canada, il va sans dire, n'est pas le seul pays aux prises avec le problème de la détention dans le contexte de l'immigration lorsque l'expulsion est difficile ou impossible. Les tribunaux du Royaume-Uni et des États-Unis ont laissé entendre qu'il n'est possible de recourir à la détention dans ce contexte que durant la période raisonnablement nécessaire pour procéder à l'expulsion : *R. c. Governor of Durham Prison, ex parte Singh*, [1984] 1 All E.R. 983 (Q.B.); *Zadvydas.*

La décision de la Chambre des lords dans *A. c. Secretary of State for the Home Department*, [2005] 3 All E.R. 169, [2004] UKHL 56 (« *Re A* »), porte sur une question similaire. Il s'agissait d'un appel interjeté par neuf étrangers soupçonnés de participer à des activités terroristes mais qui n'étaient accusés d'aucun crime. Le gouvernement du

government sought to deport them, but in most cases this was impossible due to a risk of torture. So most of the individuals were detained at Belmarsh Prison under s. 23 of the *Anti-terrorism, Crime and Security Act 2001* (U.K.), 2001, c. 24. This provision empowered the government to detain suspected international terrorists under the provisions governing detention pending deportation, despite the fact that removal from the United Kingdom was temporarily or indefinitely prevented, in derogation from art. 5 of the *European Convention on Human Rights*: see *Chahal*.

Royaume-Uni a tenté de les expulser mais, dans la plupart des cas, il n'a pu le faire en raison d'un risque de torture. La plupart des intéressés étaient donc détenus à la prison de Belmarsh en vertu de l'art. 23 de l'*Anti-terrorism, Crime and Security Act, 2001* (R.-U.), 2001, ch. 24. Cette disposition autorisait le gouvernement à détenir les personnes soupçonnées de terrorisme international sous le régime des dispositions régissant la détention en attente de l'expulsion, même si le renvoi du Royaume-Uni était temporairement ou indéfiniment exclu, ce qui contrevenait à l'art. 5 de la *Convention européenne des droits de l'homme* : voir *Chahal*.

126 The government claimed that this derogation was necessary to combat the national security threat posed by Al-Qaeda terrorists. The House of Lords, by a majority of 8 to 1, accepted that Al-Qaeda terrorism represented a serious threat to the life of the nation, but seven of the eight Lords who accepted this premise nevertheless concluded that s. 23 was not strictly required by the exigencies of the situation. These same seven Lords also concluded that s. 23 was incompatible with art. 14 of the *European Convention on Human Rights*, because of the way it discriminated between nationals and non-nationals. The derogation permitting permanent detention of non-nationals treated them more harshly than nationals. Absent the possibility of deportation, it lost its character as an immigration provision, and hence constituted unlawful discrimination.

126 Le gouvernement affirmait que cette dérogation était nécessaire pour lutter contre le danger pour la sécurité nationale que présentaient les terroristes d'Al-Qaida. La Chambre des lords, à une majorité de huit contre un, a reconnu que le terrorisme d'Al-Qaida représentait un grave danger pour la vie de la nation, mais sept des huit juges de la majorité ont conclu que l'art. 23 n'était pas strictement nécessaire pour faire face à la situation. Les sept mêmes juges ont également conclu que l'art. 23 était incompatible avec l'art. 14 de la *Convention européenne des droits de l'homme* parce qu'il établissait une distinction entre les ressortissants et les non-ressortissants. La dérogation permettant la détention permanente des non-ressortissants leur appliquait un traitement plus sévère que celui réservé aux ressortissants. L'expulsion étant impossible, cette disposition ne relevait plus du droit de l'immigration et créait ainsi une distinction illicite.

127 The finding in *Re A* of breach of the detention norms under the European Convention on Human Rights was predicated on the U.K. Act's authorization of permanent detention. The *IRPA*, unlike the U.K. legislation under consideration in *Re A*, does not authorize indefinite detention and, interpreted as suggested above, provides an effective review process that meets the requirements of Canadian law.

127 Dans *Re A*, la conclusion selon laquelle il y avait violation des normes de détention établies dans la *Convention européenne des droits de l'homme* reposait sur le fait que la loi du Royaume-Uni permettait la détention permanente. Contrairement à cette loi, la *LIPR* n'autorise pas la détention pour une période indéterminée et, interprétée conformément aux motifs qui précèdent, elle prévoit un mécanisme de contrôle efficace qui respecte les exigences du droit canadien.

128 The fairness of the detention review procedure arises as an independent issue. I concluded above that this procedure, like the certificate

128 La question du caractère équitable de la procédure de contrôle de la détention se pose de façon indépendante. J'ai déjà conclu que cette procédure,

determination procedure, denies the right to a fair hearing and does so in a way that does not minimally impair the detainee's rights. For the reasons given earlier, Parliament must therefore revisit the provisions for detention review in order to meaningfully protect the procedural rights of detainees.

C. *Do the Certificate and Detention Review Procedures Discriminate Between Citizens and Non-Citizens, Contrary to Section 15 of the Charter, and if so, Is the Discrimination Justified Under Section 1 of the Charter?*

129 The appellant Mr. Charkaoui argues that the *IRPA* certificate scheme discriminates against non-citizens, contrary to s. 15(1) of the *Charter*. However, s. 6 of the *Charter* specifically allows for differential treatment of citizens and non-citizens in deportation matters: only citizens are accorded the right to enter, remain in and leave Canada (s. 6(1)). A deportation scheme that applies to non-citizens, but not to citizens, does not, for that reason alone, violate s. 15 of the *Charter*: *Chiarelli*.

130 It is argued that while this is so, there are two ways in which the *IRPA* could, in some circumstances, result in discrimination. First, detention may become indefinite as deportation is put off or becomes impossible, for example because there is no country to which the person can be deported. Second, the government could conceivably use the *IRPA* not for the purpose of deportation, but to detain the person on security grounds. In both situations, the source of the problem is that the detention is no longer related, in effect or purpose, to the goal of deportation. In *Re A*, the legislation considered by the House of Lords expressly provided for indefinite detention; this was an important factor leading to the majority's holding that the legislation went beyond the concerns of immigration legislation and thus wrongfully discriminated between

comme la procédure d'examen du certificat, nie le droit de l'intéressé à une audition équitable, et ce d'une manière qui ne porte pas le moins possible atteinte aux droits du détenu. Pour les motifs exprimés précédemment, le législateur doit donc réviser les dispositions relatives au contrôle de la détention afin de protéger réellement les droits procéduraux des détenus.

C. *Les procédures d'examen des certificats et de contrôle de la détention créent-elles, entre les citoyens et les non-citoyens, une discrimination interdite par l'art. 15 de la Charte? Dans l'affirmative, cette discrimination est-elle justifiée au sens de l'article premier de la Charte?*

M. Charkaoui fait valoir que le régime de certificats de sécurité établi par la *LIPR* crée, contre les non-citoyens, une discrimination interdite par le par. 15(1) de la *Charte*. Cependant, l'art. 6 de la *Charte* prévoit expressément un traitement différent pour les citoyens et les non-citoyens en matière d'expulsion : selon le par. 6(1), seuls les citoyens ont le droit de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. Pour cette raison, un régime d'expulsion qui s'applique uniquement aux non-citoyens, à l'exclusion des citoyens, n'est pas, de ce seul fait, contraire à l'art. 15 de la *Charte* : *Chiarelli*.

On fait valoir que, malgré cela, la *LIPR* pourrait, dans certaines circonstances, avoir un effet discriminatoire à deux égards. Premièrement, la détention peut se prolonger pour une durée indéterminée si l'expulsion est remise ou si elle devient impossible, par exemple, parce que l'individu ne peut être expulsé vers aucun pays. Deuxièmement, il n'est pas impossible que le gouvernement utilise la *LIPR*, non pas en vue d'expulser une personne, mais pour la détenir pour des motifs de sécurité. Dans les deux situations, le problème découle du fait que la détention n'est plus liée, ni par son effet ni par son objet, à l'objectif de l'expulsion. Dans *Re A*, la loi dont la Chambre des lords était saisie prévoyait expressément la détention pour une durée indéterminée; il s'agissait là d'un facteur important qui a amené la majorité à conclure que la loi allait

nationals and non-nationals: paras. 54, 81, 134, 157-58, 180 and 229.

Even though the detention of some of the appellants has been long — indeed, Mr. Almrei's continues — the record on which we must rely does not establish that the detentions at issue have become unhinged from the state's purpose of deportation. More generally, the answer to these concerns lies in an effective review process that permits the judge to consider all matters relevant to the detention, as discussed earlier in these reasons.

I conclude that a breach of s. 15 of the *Charter* has not been established.

D. *Are the IRPA Certificate Provisions Inconsistent With the Constitutional Principle of the Rule of Law?*

The appellant Mr. Charkaoui claims that the unwritten constitutional principle of the rule of law is infringed by two aspects of the *IRPA* scheme: the unavailability of an appeal of the designated judge's determination that the certificate is reasonable; and the provision in s. 82 for the issuance of an arrest warrant by the executive (in the case of a permanent resident) or for mandatory arrest without a warrant following an executive decision (in the case of a foreign national).

The rule of law incorporates a number of themes. Most fundamentally, it requires government officials to exercise their authority according to law, and not arbitrarily: *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Reference re Manitoba Language Rights*, [1985] 1 S.C.R. 721, at p. 748-49. It requires the creation and maintenance of an actual order of positive laws: *Reference re Manitoba Language Rights*. And it is linked to the principle of judicial independence: *Reference re Remuneration of Judges of the Provincial Court of Prince Edward Island*.

au-delà des questions d'immigration et qu'elle établissait de ce fait une distinction illicite entre les ressortissants et les non-ressortissants : par. 54, 81, 134, 157-158, 180 et 229.

131 En dépit de la longue détention de certains des appelants — d'ailleurs celle de M. Almrei se poursuit — le dossier sur lequel nous devons nous fonder n'établit pas l'absence de lien entre les détentions en cause et l'objectif de l'État d'expulser les intéressés. De façon plus générale, la réponse à ces préoccupations réside dans un processus de contrôle efficace qui permette au juge de prendre en considération toutes les questions pertinentes quant à la détention, comme je l'ai expliqué plus tôt.

132 Je conclus qu'aucune violation de l'art. 15 de la *Charte* n'a été établie.

D. *Les dispositions de la LIPR concernant les certificats sont-elles incompatibles avec le principe constitutionnel de la primauté du droit?*

133 M. Charkaoui soutient que deux aspects du régime établi par la *LIPR* violent le principe constitutionnel non écrit de la primauté du droit : l'absence d'un droit d'appel de la conclusion du juge désigné portant que le certificat est raisonnable, et les dispositions de l'art. 82 qui permettent au pouvoir exécutif de lancer un mandat d'arrestation (dans le cas d'un résident permanent) ou prévoient l'arrestation obligatoire sans mandat à la suite d'une décision du pouvoir exécutif (dans le cas d'un étranger).

134 La primauté du droit comporte un certain nombre d'aspects. Essentiellement, elle oblige les autorités gouvernementales à exercer leur pouvoir conformément à la loi et sans arbitraire : *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721, p. 748-749. Elle exige la création et le maintien d'un ordre réel de droit positif : *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*. Elle est aussi liée au principe de l'indépendance de la magistrature : *Renvoi relatif à la rémunération des juges de la Cour provinciale de l'Île-du-Prince-Édouard*.

135 Mr. Charkaoui's claim is based not on any of these themes, but on the content of the *IRPA*. But as this Court held in *British Columbia v. Imperial Tobacco Canada Ltd.*, [2005] 2 S.C.R. 473, 2005 SCC 49, "it is difficult to conceive of how the rule of law could be used as a basis for invalidating legislation . . . based on its content" (para. 59). Even if this dictum leaves room for exceptions, Mr. Charkaoui has not established that the *IRPA* should be one of them.

136 First, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the unavailability of an appeal of the judge's determination of the reasonableness of the certificate. But there is no constitutional right to an appeal (*Kourtessis v. M.N.R.*, [1993] 2 S.C.R. 53); nor can such a right be said to flow from the rule of law in this context. The Federal Court is a superior court, not an administrative tribunal: *Federal Courts Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 4. Federal Court judges, when reviewing certificates under the *IRPA*, have all the powers of Federal Court judges and exercise their powers judicially. Moreover, the Federal Court of Appeal has reinforced the legality of the process by holding that it is appropriate to circumvent the s. 80(3) privative clause where the constitutionality of legislation is challenged (*Charkaoui (Re)*, 2004 FCA 421, at paras. 47-50) or where the named person alleges bias on the part of the designated judge (*Zündel, Re* (2004), 331 N.R. 180, 2004 FCA 394).

137 Second, Mr. Charkaoui argues that the rule of law is violated by the provision for arrest under a warrant issued by the executive (in the case of a permanent resident) or for automatic detention without a warrant (in the case of a foreign national). But the rule of law does not categorically prohibit automatic detention or detention on the basis of an executive decision. The constitutional protections surrounding arrest and detention are set out in the *Charter*, and it is hard to see what the rule of law could add to these provisions.

La prétention de M. Charkaoui ne repose sur aucun de ces aspects, mais sur le contenu de la *LIPR*. Or, comme la Cour l'a affirmé dans *Colombie-Britannique c. Imperial Tobacco Canada Ltée*, [2005] 2 R.C.S. 473, 2005 CSC 49, « il est difficile de concevoir que la primauté du droit puisse servir à invalider une loi [. . .] en raison de son contenu » (par. 59). Même si cette remarque laisse croire que des exceptions sont possibles, M. Charkaoui n'a pas établi que la *LIPR* serait une de ces exceptions.

Premièrement, M. Charkaoui fait valoir que l'absence d'un droit d'appel de la décision du juge sur le caractère raisonnable du certificat est contraire au principe de la primauté du droit. Or, le droit d'appel n'est pas garanti par la Constitution (*Kourtessis c. M.R.N.*, [1993] 2 R.C.S. 53); on ne peut affirmer non plus que ce droit découle de la primauté du droit dans ce contexte. La Cour fédérale est une cour supérieure et non un tribunal administratif : *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 4. Lorsqu'ils examinent un certificat sous le régime de la *LIPR*, les juges de la Cour fédérale ont tous les pouvoirs des juges de la Cour fédérale et les exercent de manière judiciaire. En outre, la Cour d'appel fédérale a renforcé la légalité du processus en statuant qu'il est approprié de contourner la clause privative du par. 80(3) lorsque la constitutionnalité de la loi est attaquée (*Charkaoui (Re)*, 2004 CAF 421, par. 47-50) ou lorsque la personne désignée conteste l'impartialité du juge désigné (*Zündel, Re*, [2004] A.C.F. nº 1982 (QL), 2004 CAF 394).

Deuxièmement, M. Charkaoui prétend que les dispositions prévoyant l'arrestation en vertu d'un mandat lancé par l'exécutif (dans le cas des résidents permanents) ou la détention automatique sans mandat (dans le cas des étrangers) violent le principe de la primauté du droit. Toutefois, la primauté du droit n'interdit pas catégoriquement la détention automatique ni la détention fondée sur une décision de l'exécutif. Les protections constitutionnelles en cas d'arrestation et de détention sont énoncées dans la *Charte*, et il est difficile de voir ce que la primauté du droit peut y ajouter.

IV. Conclusion

The scheme set up under Division 9 of Part 1 of the *IRPA* suffers from two defects that are inconsistent with the *Charter*.

The first is that s. 78(*g*) allows for the use of evidence that is never disclosed to the named person without providing adequate measures to compensate for this non-disclosure and the constitutional problems it causes. It is clear from approaches adopted in other democracies, and in Canada itself in other security situations, that solutions can be devised that protect confidential security information and at the same time are less intrusive on the person's rights. It follows that the *IRPA*'s procedure for the judicial confirmation of certificates and review of detention violates s. 7 of the *Charter* and has not been shown to be justified under s. 1 of the *Charter*. I would declare the procedure to be inconsistent with the *Charter*, and hence of no force or effect.

However, in order to give Parliament time to amend the law, I would suspend this declaration for one year from the date of this judgment. If the government chooses to go forward with the proceedings to have the reasonableness of Mr. Charkaoui's certificate determined during the one-year suspension period, the existing process under the *IRPA* will apply. After one year, the certificates of Mr. Harkat and Mr. Almrei (and of any other individuals whose certificates have been deemed reasonable) will lose the "reasonable" status that has been conferred on them, and it will be open to them to apply to have the certificates quashed. If the government intends to employ a certificate after the one-year delay, it will need to seek a fresh determination of reasonableness under the new process devised by Parliament. Likewise, any detention review occurring after the delay will be subject to the new process.

The second defect is found in s. 84(2) of the *IRPA*, which denies a prompt hearing to foreign

IV. Conclusion

138 Le régime établi par la section 9 de la partie 1 de la *LIPR* est entaché de deux irrégularités incompatibles avec la *Charte*.

139 Premièrement, l'al. 78*g*) du régime autorise l'utilisation d'éléments de preuve qui ne sont jamais communiqués à la personne désignée, sans établir de mesures adéquates pour pallier cette absence de communication et pour résoudre les problèmes constitutionnels qui en découlent. Il ressort clairement des mesures mises en place par d'autres régimes démocratiques, et par le Canada lui-même dans d'autres situations relatives à la sécurité, qu'il est possible de concevoir des solutions qui protègent les renseignements de sécurité confidentiels, tout en portant moins atteinte aux droits des intéressés. Par conséquent, la procédure d'approbation des certificats et de contrôle de la détention établie dans la *LIPR* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et n'a pas été justifiée en application de l'article premier de la *Charte*. Je suis d'avis de la déclarer incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante.

140 En revanche, pour donner au législateur le temps de modifier la loi, je suis d'avis de suspendre la prise d'effet de cette déclaration pour une période de un an à compter de la date du présent jugement. Si le gouvernement décide de faire examiner le caractère raisonnable du certificat visant M. Charkaoui pendant cette période, la procédure existante prévue par la *LIPR* s'appliquera. Après cette période de un an, les certificats visant M. Harkat et M. Almrei (et tous les autres certificats jugés raisonnables) perdront le caractère « raisonnable » qui leur a été reconnu et les personnes désignées dans ces certificats pourront en demander l'annulation. Si le gouvernement veut utiliser un certificat après cette période de un an, il devra le soumettre au nouveau processus conçu par le législateur pour en faire confirmer le caractère raisonnable. De même, tout contrôle d'une détention postérieur à l'expiration de cette période sera effectué en conformité avec ce nouveau processus.

141 La deuxième irrégularité tient au fait que le par. 84(2) de la *LIPR* nie aux étrangers détenus le droit à

nationals by imposing a 120-day embargo, after confirmation of the certificate, on applications for release. Counsel for the ministers submitted in oral argument that if this Court were to find that s. 84(2) violates the *Charter*, the appropriate remedy would be to strike s. 84(2) and read foreign nationals into s. 83. This is a good first step, but it does not provide a complete solution, since s. 83 deals with detention review only *until the certificate has been determined to be reasonable*, whereas s. 84(2) deals with detention review *after it has been determined to be reasonable*. Striking s. 84(2) would therefore leave no provision for review of detention of foreign nationals once the certificate has been deemed reasonable.

142 Accordingly, I conclude that the appropriate remedy is to strike s. 84(2) as well as to read foreign nationals into s. 83 and to strike the words "until a determination is made under subsection 80(1)" from s. 83(2).

143 I would allow the appeals with costs to the appellants, and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the principle of judicial independence protected by:

   (a) s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, or

   (b) the Preamble to the *Constitution Act, 1867*?

Answer: No.

2. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, offend the constitutional principle of the rule of law?

Answer: No.

une audition dans un bref délai, car il interdit toute demande de mise en liberté pendant une période de 120 jours suivant la confirmation de leur certificat. Le procureur des ministres a fait valoir dans sa plaidoirie orale que, si la Cour devait conclure à l'inconstitutionnalité du par. 84(2), la solution appropriée consisterait à radier cette disposition et à interpréter l'art. 83 comme s'appliquant aussi aux étrangers. Il s'agit d'un premier pas dans la bonne direction, mais cette solution n'est pas suffisante. En effet, l'art. 83 traite uniquement du contrôle de la détention *jusqu'à ce qu'il soit statué sur le caractère raisonnable du certificat*, tandis que le par. 84(2) traite du contrôle de la détention *après qu'il a été statué sur le caractère raisonnable du certificat*. Une fois le par. 84(2) supprimé, aucune disposition ne prévoirait le contrôle de la détention des étrangers après que le certificat a été jugé raisonnable.

Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée consiste à invalider le par. 84(2), à interpréter l'art. 83 comme s'il incluait les étrangers et à radier les mots « [t]ant qu'il n'est pas statué sur le certificat » du par. 83(2).

Je suis d'avis d'accueillir les pourvois avec dépens en faveur des appelants et de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe de l'indépendance judiciaire consacré par :

   a) l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou

   b) le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse : Non.

2. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, au principe constitutionnel de la primauté du droit?

Réponse : Non.

3. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

5. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 9 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

6. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

7. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 10 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

8. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

9. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 12 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

3. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

4. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

5. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 9 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

6. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

7. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 10 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

8. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

9. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 12 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

10. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

11. Do ss. 33 and 77 to 85 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, in whole or in part or through their combined effect, infringe s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

12. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: It is unnecessary to answer this question.

10. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

11. Les articles 33 et 77 à 85 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, contreviennent-ils, en totalité ou en partie ou encore par leur effet combiné, à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

12. Dans l'affirmative, cette contravention constitue-t-elle une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

APPENDIX

Immigration and Refugee Protection Act, S.C. 2001, c. 27

33. [Rules of interpretation] The facts that constitute inadmissibility under sections 34 to 37 include facts arising from omissions and, unless otherwise provided, include facts for which there are reasonable grounds to believe that they have occurred, are occurring or may occur.

77. (1) [Referral of certificate] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness shall sign a certificate stating that a permanent resident or a foreign national is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights, serious criminality or organized criminality and refer it to the Federal Court, which shall make a determination under section 80.

(2) [Effect of referral] When the certificate is referred, a proceeding under this Act respecting the person named in the certificate, other than an application under

ANNEXE

Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, L.C. 2001, ch. 27

33. [Interprétation] Les faits — actes ou omissions — mentionnés aux articles 34 à 37 sont, sauf disposition contraire, appréciés sur la base de motifs raisonnables de croire qu'ils sont survenus, surviennent ou peuvent survenir.

77. (1) [Dépôt du certificat] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile déposent à la Cour fédérale le certificat attestant qu'un résident permanent ou qu'un étranger est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux, grande criminalité ou criminalité organisée pour qu'il en soit disposé au titre de l'article 80.

(2) [Effet du dépôt] Il ne peut être procédé à aucune instance visant le résident permanent ou l'étranger au titre de la présente loi tant qu'il n'a pas été statué sur

subsection 112(1), may not be commenced and, if commenced, must be adjourned, until the judge makes the determination.

78. [Judicial consideration] The following provisions govern the determination:

(*a*) the judge shall hear the matter;

(*b*) the judge shall ensure the confidentiality of the information on which the certificate is based and of any other evidence that may be provided to the judge if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*c*) the judge shall deal with all matters as informally and expeditiously as the circumstances and considerations of fairness and natural justice permit;

(*d*) the judge shall examine the information and any other evidence in private within seven days after the referral of the certificate for determination;

(*e*) on each request of the Minister or the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness made at any time during the proceedings, the judge shall hear all or part of the information or evidence in the absence of the permanent resident or the foreign national named in the certificate and their counsel if, in the opinion of the judge, its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*f*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall be returned to the Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and shall not be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if either the matter is withdrawn or if the judge determines that the information or evidence is not relevant or, if it is relevant, that it should be part of the summary;

(*g*) the information or evidence described in paragraph (*e*) shall not be included in the summary but may be considered by the judge in deciding whether the certificate is reasonable if the judge determines that the information or evidence is relevant but that its disclosure would be injurious to national security or to the safety of any person;

(*h*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with a summary of the information or evidence that enables them to be reasonably informed of the circumstances giving rise to the certificate, but that does not include anything that in the opinion of the judge would be injurious to national security or to the safety of any person if disclosed;

le certificat; n'est pas visée la demande de protection prévue au paragraphe 112(1).

78. [Examen judiciaire] Les règles suivantes s'appliquent à l'affaire :

a) le juge entend l'affaire;

b) le juge est tenu de garantir la confidentialité des renseignements justifiant le certificat et des autres éléments de preuve qui pourraient lui être communiqués et dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

c) il procède, dans la mesure où les circonstances et les considérations d'équité et de justice naturelle le permettent, sans formalisme et selon la procédure expéditive;

d) il examine, dans les sept jours suivant le dépôt du certificat et à huis clos, les renseignements et autres éléments de preuve;

e) à chaque demande d'un ministre, il examine, en l'absence du résident permanent ou de l'étranger et de son conseil, tout ou partie des renseignements ou autres éléments de preuve dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

f) ces renseignements ou éléments de preuve doivent être remis aux ministres et ne peuvent servir de fondement à l'affaire soit si le juge décide qu'ils ne sont pas pertinents ou, l'étant, devraient faire partie du résumé, soit en cas de retrait de la demande;

g) si le juge décide qu'ils sont pertinents, mais que leur divulgation porterait atteinte à la sécurité nationale ou à celle d'autrui, ils ne peuvent faire partie du résumé, mais peuvent servir de fondement à l'affaire;

h) le juge fournit au résident permanent ou à l'étranger, afin de lui permettre d'être suffisamment informé des circonstances ayant donné lieu au certificat, un résumé de la preuve ne comportant aucun élément dont la divulgation porterait atteinte, selon lui, à la sécurité nationale ou à la sécurité d'autrui;

(*i*) the judge shall provide the permanent resident or the foreign national with an opportunity to be heard regarding their inadmissibility; and

(*j*) the judge may receive into evidence anything that, in the opinion of the judge, is appropriate, even if it is inadmissible in a court of law, and may base the decision on that evidence.

79. (1) [Proceedings suspended] On the request of the Minister, the permanent resident or the foreign national, a judge shall suspend a proceeding with respect to a certificate in order for the Minister to decide an application for protection made under subsection 112(1).

(2) [Proceedings resumed] If a proceeding is suspended under subsection (1) and the application for protection is decided, the Minister shall give notice of the decision to the permanent resident or the foreign national and to the judge, the judge shall resume the proceeding and the judge shall review the lawfulness of the decision of the Minister, taking into account the grounds referred to in subsection 18.1(4) of the *Federal Courts Act*.

80. (1) [Determination that certificate is reasonable] The judge shall, on the basis of the information and evidence available, determine whether the certificate is reasonable and whether the decision on the application for protection, if any, is lawfully made.

(2) [Determination that certificate is not reasonable] The judge shall quash a certificate if the judge is of the opinion that it is not reasonable. If the judge does not quash the certificate but determines that the decision on the application for protection is not lawfully made, the judge shall quash the decision and suspend the proceeding to allow the Minister to make a decision on the application for protection.

(3) [Determination not reviewable] The determination of the judge is final and may not be appealed or judicially reviewed.

81. [Effect of determination — removal order] If a certificate is determined to be reasonable under subsection 80(1),

(*a*) it is conclusive proof that the permanent resident or the foreign national named in it is inadmissible;

(*b*) it is a removal order that may not be appealed against and that is in force without the necessity of holding or continuing an examination or an admissibility hearing; and

(*c*) the person named in it may not apply for protection under subsection 112(1).

i) il donne au résident permanent ou à l'étranger la possibilité d'être entendu sur l'interdiction de territoire le visant;

j) il peut recevoir et admettre en preuve tout élément qu'il estime utile — même inadmissible en justice — et peut fonder sa décision sur celui-ci.

79. (1) [Suspension de l'affaire] Le juge suspend l'affaire, à la demande du résident permanent, de l'étranger ou du ministre, pour permettre à ce dernier de disposer d'une demande de protection visée au paragraphe 112(1).

(2) [Reprise de l'affaire] Le ministre notifie sa décision sur la demande de protection au résident permanent ou à l'étranger et au juge, lequel reprend l'affaire et contrôle la légalité de la décision, compte tenu des motifs visés au paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*.

80. (1) [Décision] Le juge décide du caractère raisonnable du certificat et, le cas échéant, de la légalité de la décision du ministre, compte tenu des renseignements et autres éléments de preuve dont il dispose.

(2) [Annulation du certificat] Il annule le certificat dont il ne peut conclure qu'il est raisonnable; si l'annulation ne vise que la décision du ministre il suspend l'affaire pour permettre au ministre de statuer sur celle-ci.

(3) [Caractère définitif de la décision] La décision du juge est définitive et n'est pas susceptible d'appel ou de contrôle judiciaire.

81. [Effet du certificat] Le certificat jugé raisonnable fait foi de l'interdiction de territoire et constitue une mesure de renvoi en vigueur et sans appel, sans qu'il soit nécessaire de procéder au contrôle ou à l'enquête; la personne visée ne peut dès lors demander la protection au titre du paragraphe 112(1).

Detention

82. (1) [Detention of permanent resident] The Minister and the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness may issue a warrant for the arrest and detention of a permanent resident who is named in a certificate described in subsection 77(1) if they have reasonable grounds to believe that the permanent resident is a danger to national security or to the safety of any person or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

(2) [Mandatory detention] A foreign national who is named in a certificate described in subsection 77(1) shall be detained without the issue of a warrant.

83. (1) [Review of decision for detention] Not later than 48 hours after the beginning of detention of a permanent resident under section 82, a judge shall commence a review of the reasons for the continued detention. Section 78 applies with respect to the review, with any modifications that the circumstances require.

(2) [Further reviews] The permanent resident must, until a determination is made under subsection 80(1), be brought back before a judge at least once in the six-month period following each preceding review and at any other times that the judge may authorize.

(3) [Order for continuation] A judge shall order the detention to be continued if satisfied that the permanent resident continues to be a danger to national security or to the safety of any person, or is unlikely to appear at a proceeding or for removal.

84. (1) [Release] The Minister may, on application by a permanent resident or a foreign national, order their release from detention to permit their departure from Canada.

(2) [Judicial release] A judge may, on application by a foreign national who has not been removed from Canada within 120 days after the Federal Court determines a certificate to be reasonable, order the foreign national's release from detention, under terms and conditions that the judge considers appropriate, if satisfied that the foreign national will not be removed from Canada within a reasonable time and that the release will not pose a danger to national security or to the safety of any person.

85. [Inconsistency] In the case of an inconsistency between sections 82 to 84 and the provisions of Division 6, sections 82 to 84 prevail to the extent of the inconsistency.

Détention

82. (1) [Arrestation et détention facultatives] Le ministre et le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile peuvent lancer un mandat pour l'arrestation et la mise en détention du résident permanent visé au certificat dont ils ont des motifs raisonnables de croire qu'il constitue un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

(2) [Détention obligatoire] L'étranger nommé au certificat est mis en détention sans nécessité de mandat.

83. (1) [Contrôle des motifs de la détention] Dans les quarante-huit heures suivant le début de la détention du résident permanent, le juge entreprend le contrôle des motifs justifiant le maintien en détention, l'article 78 s'appliquant, avec les adaptations nécessaires, au contrôle.

(2) [Comparutions supplémentaires] Tant qu'il n'est pas statué sur le certificat, l'intéressé comparaît au moins une fois dans les six mois suivant chaque contrôle, ou sur autorisation du juge.

(3) [Maintien en détention] L'intéressé est maintenu en détention sur preuve qu'il constitue toujours un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui ou qu'il se soustraira vraisemblablement à la procédure ou au renvoi.

84. (1) [Mise en liberté] Le ministre peut, sur demande, mettre le résident permanent ou l'étranger en liberté s'il veut quitter le Canada.

(2) [Mise en liberté judiciaire] Sur demande de l'étranger dont la mesure de renvoi n'a pas été exécutée dans les cent vingt jours suivant la décision sur le certificat, le juge peut, aux conditions qu'il estime indiquées, le mettre en liberté sur preuve que la mesure ne sera pas exécutée dans un délai raisonnable et que la mise en liberté ne constituera pas un danger pour la sécurité nationale ou la sécurité d'autrui.

85. [Incompatibilité] Les articles 82 à 84 l'emportent sur les dispositions incompatibles de la section 6.

Pre-removal Risk Assessment

Protection

112. (1) [Application for protection] A person in Canada, other than a person referred to in subsection 115(1), may, in accordance with the regulations, apply to the Minister for protection if they are subject to a removal order that is in force or are named in a certificate described in subsection 77(1).

(2) [Exception] Despite subsection (1), a person may not apply for protection if

(*a*) they are the subject of an authority to proceed issued under section 15 of the *Extradition Act*;

(*b*) they have made a claim to refugee protection that has been determined under paragraph 101(1)(*e*) to be ineligible;

(*c*) in the case of a person who has not left Canada since the application for protection was rejected, the prescribed period has not expired; or

(*d*) in the case of a person who has left Canada since the removal order came into force, less than six months have passed since they left Canada after their claim to refugee protection was determined to be ineligible, abandoned, withdrawn or rejected, or their application for protection was rejected.

(3) [Restriction] Refugee protection may not result from an application for protection if the person

(*a*) is determined to be inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality;

(*b*) is determined to be inadmissible on grounds of serious criminality with respect to a conviction in Canada punished by a term of imprisonment of at least two years or with respect to a conviction outside Canada for an offence that, if committed in Canada, would constitute an offence under an Act of Parliament punishable by a maximum term of imprisonment of at least 10 years;

(*c*) made a claim to refugee protection that was rejected on the basis of section F of Article 1 of the Refugee Convention; or

(*d*) is named in a certificate referred to in subsection 77(1).

Examen des risques avant renvoi

Protection

112. (1) [Demande de protection] La personne se trouvant au Canada et qui n'est pas visée au paragraphe 115(1) peut, conformément aux règlements, demander la protection au ministre si elle est visée par une mesure de renvoi ayant pris effet ou nommée au certificat visé au paragraphe 77(1).

(2) [Exception] Elle n'est pas admise à demander la protection dans les cas suivants :

a) elle est visée par un arrêté introductif d'instance pris au titre de l'article 15 de la *Loi sur l'extradition*;

b) sa demande d'asile a été jugée irrecevable au titre de l'alinéa 101(1)*e*);

c) si elle n'a pas quitté le Canada après le rejet de sa demande de protection, le délai prévu par règlement n'a pas expiré;

d) dans le cas contraire, six mois ne se sont pas écoulés depuis son départ consécutif soit au rejet de sa demande d'asile ou de protection, soit à un prononcé d'irrecevabilité, de désistement ou de retrait de sa demande d'asile.

(3) [Restriction] L'asile ne peut être conféré au demandeur dans les cas suivants :

a) il est interdit de territoire pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée;

b) il est interdit de territoire pour grande criminalité pour déclaration de culpabilité au Canada punie par un emprisonnement d'au moins deux ans ou pour toute déclaration de culpabilité à l'extérieur du Canada pour une infraction qui, commise au Canada, constituerait une infraction à une loi fédérale punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins dix ans;

c) il a été débouté de sa demande d'asile au titre de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés;

d) il est nommé au certificat visé au paragraphe 77(1).

Principle of Non-refoulement

115. (1) [Protection] A protected person or a person who is recognized as a Convention refugee by another country to which the person may be returned shall not be removed from Canada to a country where they would be at risk of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion or at risk of torture or cruel and unusual treatment or punishment.

(2) [Exceptions] Subsection (1) does not apply in the case of a person

(*a*) who is inadmissible on grounds of serious criminality and who constitutes, in the opinion of the Minister, a danger to the public in Canada; or

(*b*) who is inadmissible on grounds of security, violating human or international rights or organized criminality if, in the opinion of the Minister, the person should not be allowed to remain in Canada on the basis of the nature and severity of acts committed or of danger to the security of Canada.

(3) [Removal of refugee] A person, after a determination under paragraph 101(1)(*e*) that the person's claim is ineligible, is to be sent to the country from which the person came to Canada, but may be sent to another country if that country is designated under subsection 102(1) or if the country from which the person came to Canada has rejected their claim for refugee protection.

Appeals allowed with costs.

Solicitors for the appellant Charkaoui: Doyon Morin, Montréal.

Solicitors for the appellant Almrei: Jackman & Associates, Toronto.

Solicitors for the appellant Harkat: Copeland, Duncan, Toronto.

Solicitors for the respondents: Deputy Attorney General of Canada, Ottawa; Attorney General of Canada, Toronto and Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener Amnesty International: McCarthy Tétrault, Ottawa.

Principe du non-refoulement

115. (1) [Principe] Ne peut être renvoyée dans un pays où elle risque la persécution du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques, la torture ou des traitements ou peines cruels et inusités, la personne protégée ou la personne dont il est statué que la qualité de réfugié lui a été reconnue par un autre pays vers lequel elle peut être renvoyée.

(2) [Exclusion] Le paragraphe (1) ne s'applique pas à l'interdit de territoire :

a) pour grande criminalité qui, selon le ministre, constitue un danger pour le public au Canada;

b) pour raison de sécurité ou pour atteinte aux droits humains ou internationaux ou criminalité organisée si, selon le ministre, il ne devrait pas être présent au Canada en raison soit de la nature et de la gravité de ses actes passés, soit du danger qu'il constitue pour la sécurité du Canada.

(3) [Renvoi de réfugié] Une personne ne peut, après prononcé d'irrecevabilité au titre de l'alinéa 101(1)*e*), être renvoyée que vers le pays d'où elle est arrivée au Canada sauf si le pays vers lequel elle sera renvoyée a été désigné au titre du paragraphe 102(1) ou que sa demande d'asile a été rejetée dans le pays d'où elle est arrivée au Canada.

Pourvois accueillis avec dépens.

Procureurs de l'appelant Charkaoui : Doyon Morin, Montréal.

Procureurs de l'appelant Almrei : Jackman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'appelant Harkat : Copeland, Duncan, Toronto.

Procureurs des intimés : Sous-procureur général du Canada, Ottawa; Procureur général du Canada, Toronto et Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Amnistie internationale : McCarthy Tétrault, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Gregory P. DelBigio and Jason B. Gratl, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Bar Association: Waldman & Associates, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Greenspan, White, Toronto.

Solicitor for the interveners the Canadian Council for Refugees, the African Canadian Legal Clinic, the International Civil Liberties Monitoring Group and the National Anti-Racism Council of Canada: African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Arab Federation: Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian Council on American-Islamic Relations and the Canadian Muslim Civil Liberties Association: Bakerlaw, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Federation of Law Societies of Canada: Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Solicitors for the interveners the University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic, and Human Rights Watch: Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Civil Liberties Association : Gregory P. DelBigio et Jason B. Gratl, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association du Barreau canadien : Waldman & Associates, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Greenspan, White, Toronto.

Procureur des intervenants le Conseil canadien pour les réfugiés, African Canadian Legal Clinic, la Coalition pour la surveillance internationale des libertés civiles et National Anti-Racism Council of Canada : African Canadian Legal Clinic, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération canado-arabe : Roy Elliott Kim O'Connor, Toronto.

Procureurs des intervenants Canadian Council on American-Islamic Relations et Canadian Muslim Civil Liberties Association : Bakerlaw, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Sack Goldblatt Mitchell, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Fédération des ordres professionnels de juristes du Canada : Blake, Cassels & Graydon, Toronto.

Procureurs des intervenantes University of Toronto, Faculty of Law — International Human Rights Clinic et Human Rights Watch : Paliare Roland Rosenberg Rothstein, Toronto.

TAB 25

Attorney General of Canada and Minister of Health for Canada *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson, Shelly Tomic and Attorney General of British Columbia *Respondents*

and

Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) *Respondent/Appellant on cross-appeal*

and

Attorney General of Quebec, Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, Canadian Civil Liberties Association, Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Canadian Nurses Association, Registered Nurses' Association of Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Canadian Public Health Association, Canadian Medical Association, British Columbia Civil Liberties Association, British Columbia Nurses' Union and REAL Women of Canada *Interveners*

Indexed as: Canada (Attorney General) *v.* PHS Community Services Society

2011 SCC 44

File No.: 33556.

2011: May 12; 2011: September 30.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein and Cromwell JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Procureur général du Canada et ministre de la Santé du Canada *Appelants/Intimés au pourvoi incident*

c.

PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson, Shelly Tomic et Procureur général de la Colombie-Britannique *Intimés*

et

Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) *Intimé/Appelant au pourvoi incident*

et

Procureur général du Québec, Dr. Peter AIDS Foundation, Vancouver Coastal Health Authority, Association canadienne des libertés civiles, Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association, CACTUS Montréal, Association des infirmières et infirmiers du Canada, Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario, Association of Registered Nurses of British Columbia, Association canadienne de santé publique, Association médicale canadienne, Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique, British Columbia Nurses' Union et REAL Women of Canada *Intervenants*

Répertorié : Canada (Procureur général) *c.* PHS Community Services Society

2011 CSC 44

N° du greffe : 33556.

2011 : 12 mai; 2011 : 30 septembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron, Rothstein et Cromwell.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Constitutional law — Division of powers — Criminal law — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act ("CDSA") prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether division of powers exempts clinic as health facility from application of CDSA as exercise of federal jurisdiction over criminal law — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances (« Loi ») interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l'art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Compte tenu du partage des compétences, la clinique est-elle, à titre d'établissement de santé, exemptée de l'application de la Loi adoptée dans l'exercice de la compétence fédérale en matière criminelle? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), 92(13), 92(16).

Constitutional law — Charter of Rights — Right to life, liberty and security of the person — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption granted under s. 56 of Act — Minister subsequently revoking exemption — Whether ss. 4(1) and 5(1) of Act contravene claimants' rights to life, liberty and security of the person — Whether decision of Minister to revoke accords with principles of fundamental justice — Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), 5(1), 56 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle obtenue en vertu de l'art. 56 de la Loi — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Les articles 4(1) et 5(1) de la Loi enfreignent-ils les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne? — La révocation de l'exemption par le ministre est-elle conforme aux principes de justice fondamentale? — Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), 5(1), 56 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7.

Constitutional law — Charter of Rights — Remedies — Safe injection site — Sections 4(1) and 5(1) of Controlled Drugs and Substances Act prohibiting possession and trafficking of illegal drugs subject to exemption from federal Minister of Health granted under s. 56 of Act — Clinic operating safe injection site pursuant to ministerial exemption — Minister subsequently revoking exemption — Appropriate remedy — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 24(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparations — Centre d'injection supervisée — Articles 4(1) et 5(1) de la Loi réglementant certaines drogues et autres substances interdisant la possession et le trafic de drogues illégales sous réserve d'une exemption accordée par le ministre fédéral de la Santé en vertu de l'art. 56 de la Loi — Clinique gérant un centre d'injection supervisée grâce à une exemption ministérielle — Révocation subséquente de l'exemption par le ministre — Réparation convenable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 24(1).

In the early 1990s, injection drug use reached crisis levels in Vancouver's downtown eastside ("DTES"). Epidemics of HIV/AIDS and hepatitis C soon followed, and a public health emergency was declared in the DTES in September 1997. Health authorities recognized that creative solutions would be required to address the needs of the population of the DTES, a marginalized

Au début des années 90, la consommation de drogues injectables a atteint un point critique dans le quartier Downtown Eastside (« DTES ») de Vancouver. Une épidémie de VIH/sida et d'hépatite C a suivi peu après et un état d'urgence en santé publique a été déclaré en septembre 1997. Les organismes de santé ont reconnu la nécessité de trouver des solutions novatrices pour

population with complex mental, physical, and emotional health issues. After years of research, planning, and intergovernmental cooperation, the authorities proposed a scheme of care for drug users that would assist them at all points in the treatment of their disease, not simply when they quit drugs for good. The proposed plan included supervised drug consumption facilities which, though controversial in North America, have been used with success to address health issues associated with injection drug use in Europe and Australia.

répondre aux besoins de la population du quartier DTES, une population marginalisée souffrant de problèmes complexes de santé mentale, physique et émotionnelle. Après plusieurs années de recherche, de planification et de collaboration intergouvernementale, les autorités ont proposé un programme de soins aux toxicomanes qui les aiderait à chaque étape du traitement de leur maladie, et non simplement à l'étape ultime où ils renoncent définitivement aux drogues. Ces propositions incluaient des installations de consommation supervisée qui, bien que controversées en Amérique du Nord, se sont avérées utiles dans le traitement des problèmes de santé liés à la consommation de drogues injectables en Europe et en Australie.

Operating a supervised injection site required an exemption from the prohibitions of possession and trafficking of controlled substances under s. 56 of the *CDSA*, which provides for exemption at the discretion of the Minister of Health, for medical and scientific purposes. Insite received a conditional exemption in September 2003, and opened its doors days later. North America's first government-sanctioned safe injection facility, it has operated constantly since then. It is a strictly regulated health facility, and its personnel are guided by strict policies and procedures. It does not provide drugs to its clients, who must check in, sign a waiver, and are closely monitored during and after injection. Its clients are provided with health care information, counselling, and referrals to various service providers or an on-site, on demand detox centre. The experiment has proven successful. Insite has saved lives and improved health without increasing the incidence of drug use and crime in the surrounding area. It is supported by the Vancouver police, the city and provincial governments.

Un centre d'injection supervisée ne pouvait fonctionner sans obtenir une exemption le soustrayant aux interdictions de possession et de trafic de substances désignées en vertu de l'art. 56 de la *Loi*, qui confère au ministre de la Santé le pouvoir discrétionnaire d'accorder une exemption pour des raisons scientifiques ou médicales. Insite a obtenu une exemption conditionnelle en septembre 2003 et a ouvert ses portes quelques jours plus tard. Ce premier centre d'injection supervisée approuvé par un gouvernement en Amérique du Nord fonctionne depuis de façon continue. Il s'agit d'un établissement de santé soumis à des règles strictes, dont le personnel est assujetti à des politiques et procédures rigoureuses. Il ne fournit aucune drogue à ses clients, qui sont tenus de s'inscrire et de signer une renonciation et sont suivis de près pendant et après l'injection. Il renseigne ses clients sur les soins de santé, leur offre du counseling et les oriente vers différents services ou vers un centre de désintoxication sur demande situé sur les lieux. Cette expérience a réussi. Insite a sauvé des vies et a eu un effet bénéfique sur la santé, sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues et de la criminalité dans les environs. Il reçoit l'appui de la police de Vancouver, ainsi que des gouvernements municipal et provincial.

In 2008, a formal application for a new exemption was made before the initial one expired. The Minister had granted temporary extensions in 2006 and 2007, but he indicated that he had decided to deny the application. When the expiry of the extensions loomed, this action was started in an effort to keep Insite open.

En 2008, une nouvelle exemption a été demandée officiellement avant l'expiration de l'exemption initiale. Le ministre avait accordé deux prolongations temporaires de l'exemption en 2006 et 2007, mais il a indiqué qu'il avait décidé de rejeter la demande. Lorsque l'expiration de ces prolongations est devenue imminente, l'action à l'origine du pourvoi a été intentée en vue de sauver Insite.

The trial judge found that the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* violated the claimants' rights under s. 7 of the *Charter.* He granted Insite a constitutional exemption, permitting it to continue to operate free from federal drug laws. The Court of Appeal

Le juge de première instance a conclu que l'application des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* portait atteinte aux droits des plaignants protégés par l'art. 7 de la *Charte*. Il a accordé à Insite une exemption constitutionnelle le soustrayant à l'application des lois fédérales antidrogue

dismissed the appeal and held that the doctrine of interjurisdictional immunity applied.

Held: The appeal and the cross-appeal are dismissed. The Minister of Health is ordered to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith.

The criminal prohibitions on possession and trafficking in the *CDSA* are constitutionally valid and applicable to Insite under the division of powers. First, the impugned provisions of the *CDSA* are, in pith and substance, valid exercises of the federal criminal law power. The fact that they have the incidental effect of regulating provincial health institutions does not mean that they are constitutionally invalid. Second, provincial programmes designed to advance the public interest are not, by virtue of their public interest status, exempt from the operation of criminal laws unless the law is expressly or impliedly so limited. The *CDSA* does not contain such a limit. Third, the doctrine of interjurisdictional immunity does not apply. Decisions about what treatment may be offered in provincial health facilities do not constitute a protected core of the provincial power over health care and are not, therefore, immune from federal interference. In addition, the doctrine of interjurisdictional immunity is narrow, and its premise of fixed watertight cores is in tension with the evolution of Canadian constitutional interpretation towards the more flexible concepts of double aspect and cooperative federalism. To apply it here would disturb settled competencies and introduce uncertainties for new ones. Finally, as it is common ground that, absent a constitutional immunity, the federal law constrains operations at Insite and trumps any provincial legislation or policies that conflict with it, it is unnecessary to inquire into whether the doctrine of paramountcy applies.

The claimants' lack of success on the division of powers issue does not doom their claim that the law deprives them of a s. 7 *Charter* right. There is no conflict between saying that a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and that the same law, in purpose of effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*.

Section 4(1) of the *CDSA* engages the s. 7 *Charter* rights of the individual claimants and others like them,

pour lui permettre de poursuivre ses activités. La Cour d'appel a rejeté l'appel et statué que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouvait application.

Arrêt : Le pourvoi et le pourvoi incident sont rejetés. Il est ordonné au ministre de la Santé d'accorder sur-le-champ à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*.

Les interdictions criminelles de possession et de trafic établies par la *Loi* sont valides sur le plan constitutionnel et, du point de vue du partage des compétences, elles sont applicables à Insite. Premièrement, compte tenu de leur caractère véritable, les dispositions contestées de la *Loi* constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle. Le fait qu'elles ont pour effet accessoire de réglementer des établissements de santé provinciaux n'en emporte pas l'inconstitutionnalité. Deuxièmement, les programmes provinciaux conçus dans l'intérêt public ne sont pas, de ce fait, soustraits à l'application d'une loi en matière criminelle, à moins que celle-ci ne contienne expressément ou implicitement pareille limite. La *Loi* n'en contient pas. Troisièmement, la doctrine de l'exclusivité des compétences ne trouve pas application. Les décisions relatives aux traitements offerts par des établissements de santé provinciaux ne font pas partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces en matière de santé et ne sont donc pas à l'abri d'une ingérence fédérale. De plus, la doctrine de l'exclusivité des compétences a une portée limitée, et le principe des compartiments étanches fixes sur lequel elle repose va à contre-courant de l'évolution de l'interprétation constitutionnelle canadienne, qui tend vers les notions plus souples du double aspect et du fédéralisme coopératif. L'appliquer en l'espèce perturberait les compétences bien établies et créerait de l'incertitude quant aux nouvelles. Enfin, comme il est admis que, sans immunité constitutionnelle, les activités d'Insite sont assujetties à la loi fédérale et celle-ci a préséance sur la législation et les politiques provinciales incompatibles, il n'est pas nécessaire de déterminer si la doctrine de la prépondérance s'applique.

Le rejet de l'argumentation des demandeurs fondée sur le partage des compétences ne compromet pas l'issue de leur allégation que la *Loi* porte atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Il n'y a aucune contradiction entre affirmer qu'une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*.

Bien que le par. 4(1) de la *Loi* mette en jeu les droits que l'art. 7 de la *Charte* garantit aux demandeurs et aux

but, because the Minister has the power to grant exemptions from s. 4(1), it does so in accordance with the principles of fundamental justice. Section 4(1) directly engages the liberty interests of the health professionals who provide the supervised services at Insite because of the availability of a penalty of imprisonment in ss. 4(3) to 4(6) of the *CDSA*. It also directly engages the rights to life, liberty and security of the person of the clients of Insite. In order to make use of the lifesaving and health-protecting services offered at Insite, clients must be allowed to be in possession of drugs on the premises. Prohibiting possession at large engages drug users' liberty interests; prohibiting possession at Insite engages their rights to life and to security of the person. However, because s. 56 gives the Minister a broad discretion to grant exemptions from the application of the *CDSA* if, "in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest", s. 4(1) does not violate s. 7. The exemption acts as a safety valve that prevents the *CDSA* from applying where it would be arbitrary, overbroad or grossly disproportionate in its effects.

On the facts, the prohibition on trafficking in s. 5(1) of the *CDSA* does not constitute a limitation of the claimants' s. 7 rights because trafficking charges would not apply to the activities of Insite staff.

The discretion vested in the Minister of Health is not absolute: as with all exercises of discretion, the Minister's decisions must conform to the *Charter*. If the Minister's decision results in an application of the *CDSA* that limits the s. 7 rights of individuals in a manner that is not in accordance with the *Charter*, then the Minister's discretion has been exercised unconstitutionally. In the special circumstances of this case, the Court should go on to consider whether the Minister's decision violated the clamaints' *Charter* rights. The issue is properly before the Court and justice requires that it be considered.

There is no reason to conclude that the deprivation the claimants would suffer was due to personal choice rather than government action. The ability to make some choices does not negate the trial judge's findings that addiction is a disease in which the central feature is impaired control over the use of the addictive substance. Additionally, the morality of the activity the

autres personnes qui se trouvent dans la même situation, il est conforme aux principes de justice fondamentale, parce que le ministre a le pouvoir d'accorder des exemptions de l'application du par. 4(1). Le paragraphe 4(1) met directement en jeu le droit à la liberté des professionnels de la santé qui offrent les services de supervision aux clients d'Insite compte tenu des peines d'emprisonnement prévues aux par. 4(3) à 4(6) de la *Loi*. Ce paragraphe met également directement en jeu les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne des clients d'Insite. Pour pouvoir bénéficier des services offerts par Insite, qui protègent leur vie et leur santé, les clients doivent être autorisés à posséder des drogues sur place. Interdire la possession en général met en jeu les droits à la liberté des toxicomanes; leur interdire la possession de drogues dans l'enceinte d'Insite met en jeu leurs droits à la vie et à la sécurité de leur personne. Néanmoins, comme l'art. 56 confère au ministre un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions de l'application de la *Loi* « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient », le par. 4(1) ne contrevient pas à l'art. 7. La possibilité d'accorder des exemptions sert de soupape empêchant l'application de la *Loi* dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive.

Compte tenu des faits, l'interdiction de trafic établie au par. 5(1) de la *Loi* ne restreint pas les droits à la vie et à la sécurité de la personne des demandeurs protégés par l'art. 7, parce qu'aucune accusation de trafic ne pourrait être portée contre le personnel d'Insite qui se livre aux activités du centre.

La discrétion laissée au ministre de la Santé n'est pas absolue : comme c'est toujours le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions du ministre doivent respecter la *Charte*. Si la décision du ministre occasionne une application de la *Loi* qui restreint les droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui contrevient à la *Charte*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre est inconstitutionnel. Dans les circonstances particulières de l'espèce, la Cour doit déterminer si la décision du ministre a porté atteinte aux droits des demandeurs protégés par la *Charte*. La Cour est dûment saisie de cette question et la justice commande qu'elle l'examine.

Rien ne permet de conclure que l'atteinte aux droits des demandeurs résulte d'un choix personnel et non de la conduite de l'État. La capacité de faire certains choix ne réfute pas les conclusions du juge de première instance selon lesquelles la dépendance est une maladie caractérisée principalement par le manque de contrôle de la personne qui en souffre sur la consommation de

law regulates is irrelevant at the initial stage of determining whether the law engages a s. 7 right. Finally, the issue of illegal drug use and addiction is a complex one which attracts a variety of social, political, scientific and moral reactions. While it is for the relevant governments to make criminal and health policy, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the *Charter*. The issue is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use, but whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter*.

The Minister's failure to grant a s. 56 exemption to Insite engaged the claimants' s. 7 rights and contravened the principles of fundamental justice. The Minister of Health must be regarded as having made a decision whether to grant an exemption, since he considered the application before him and decided not to grant it. The Minister's decision, but for the trial judge's interim order, would have prevented injection drug users from accessing the health services offered by Insite, threatening their health and indeed their lives. It thus engages the claimants' s. 7 interests and constitutes a limit on their s. 7 rights. Based on the information available to the Minister, this limit is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is arbitrary regardless of which test for arbitrariness is used because it undermines the very purposes of the *CDSA* — the protection of health and public safety. It is also grossly disproportionate: during its eight years of operation, Insite has been proven to save lives with no discernable negative impact on the public safety and health objectives of Canada. The effect of denying the services of Insite to the population it serves and the correlative increase in the risk of death and disease to injection drug users is grossly disproportionate to any benefit that Canada might derive from presenting a uniform stance on the possession of narcotics.

If a s. 1 analysis were required, a point not argued, no s. 1 justification could succeed. The goals of the *CDSA* are the maintenance and promotion of public health and safety. The Minister's decision to refuse the

la substance dont elle est dépendante. De plus, la moralité de l'activité réglementée n'est pas pertinente au stade initial qui consiste à déterminer si la loi met en jeu un droit garanti par l'art. 7. Enfin, la question de la consommation de drogues illégales et de la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Bien que ce soit aux gouvernements compétents, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*. Il ne s'agit pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales, mais de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*.

Le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 mettait en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7 et ne respectait pas les principes de justice fondamentale. Le ministre de la Santé doit être tenu pour avoir rendu une décision quant à l'octroi d'une exemption, car il a examiné la demande qui lui a été présentée et il a décidé de ne pas l'accorder. N'eût été l'ordonnance intérimaire du juge de première instance, la décision du ministre aurait eu pour effet d'empêcher les consommateurs de drogues injectables d'avoir accès aux services de santé offerts par Insite, ce qui aurait mis leur santé, et en fait leur vie en danger. Elle met donc en jeu et restreint leurs droits garantis par l'art. 7. Compte tenu des renseignements dont disposait le ministre, cette restriction de leurs droits n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est arbitraire; quel que soit le critère utilisé pour l'apprécier, car elle va à l'encontre des objectifs mêmes de la *Loi*, soit la protection de la santé et de la sécurité publiques. Elle est aussi exagérément disproportionnée : au cours de ses huit années d'activités, il est démontré qu'Insite a sauvé des vies, sans avoir aucune incidence négative observable sur les objectifs du Canada en matière de sécurité et de santé publiques. Le fait de priver la population qu'Insite dessert des services qu'il offre et l'augmentation corrélative du risque de décès et de maladie pour les consommateurs de drogues injectables sont exagérément disproportionnés par rapport aux avantages que le Canada pourrait tirer d'une position uniforme sur la possession de stupéfiants.

S'il était nécessaire de procéder à l'analyse exigée par l'article premier, une question qui n'a pas été plaidée, aucune justification ne pourrait être démontrée. Les objets de la *Loi* sont la protection et la promotion de

exemption bears no relation to these objectives, therefore they cannot justify the infringement of the complainants' s. 7 rights.

As the infringement is ongoing, and the concern is a governmental decision, s. 24(1) allows the court to fashion an appropriate remedy. In the special circumstances of this case, an order in the nature of mandamus is warranted. The Minister is ordered to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith. A declaration that the Minister erred in refusing the exemption would be inadequate, given the seriousness of the infringement and the grave consequences that might result from a lapse in Insite's current constitutional exemption, and for various reasons, granting a permanent constitutional exemption would be inappropriate.

On future applications, the Minister must exercise that discretion within the constraints imposed by the law and the *Charter*, aiming to strike the appropriate balance between achieving public health and public safety. In accordance with the *Charter*, the Minister must consider whether denying an exemption would cause deprivations of life and security of the person that are not in accordance with the principles of fundamental justice. Where, as here, a supervised injection site will decrease the risk of death and disease, and there is little or no evidence that it will have a negative impact on public safety, the Minister should generally grant an exemption.

VANDU's cross-appeal, which challenges the application of the prohibition on possession to all addicted persons, lacks an adequate basis in the record.

Cases Cited

Distinguished: *R. v. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385; **referred to:** *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494; *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629; *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749; *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536; *Derrickson v. Derrickson*,

la santé et de la sécurité publiques. Le refus du ministre d'accorder l'exemption n'a aucun lien avec ces objectifs, de sorte qu'ils ne peuvent justifier la restriction des droits des demandeurs protégés par l'art. 7.

Étant donné que la violation subsiste toujours et qu'il est question d'une décision de l'État, le par. 24(1) permet au tribunal de concevoir une réparation convenable. Dans les circonstances particulières de l'espèce, une ordonnance de la nature d'un *mandamus* est justifiée. Il est ordonné au ministre d'accorder sur-le-champ à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*. Une réparation qui consisterait à déclarer que le ministre a commis une erreur en refusant l'exemption serait inadéquate, compte tenu de la gravité de la violation et des graves conséquences pouvant découler de l'expiration de l'exemption constitutionnelle dont Insite bénéficie actuellement, et une exemption constitutionnelle permanente n'est pas non plus convenable, pour plusieurs raisons.

Lorsqu'il examinera les demandes d'exemption futures, le ministre devra exercer sa discrétion conformément aux limites imposées par la loi et par la *Charte*, en tentant d'établir un juste équilibre entre les objectifs de santé et de sécurité publiques. Suivant la *Charte*, le ministre doit se demander si le refus d'une exemption porterait atteinte aux droits à la vie et à la sécurité des personnes autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans les cas où, comme en l'espèce, l'existence d'un site d'injection supervisée diminuera le risque de décès et de maladie et où il n'existe guère, sinon aucune preuve qu'elle aura une incidence négative sur la sécurité publique, le ministre devrait en règle générale accorder une exemption.

Le dossier ne contient pas les éléments voulus pour étayer le pourvoi incident de VANDU, qui conteste l'application de l'interdiction de possession à tous les toxicomanes.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt : *R. c. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385; **arrêts mentionnés :** *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494; *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629; *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749; *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S.

[1986] 1 S.C.R. 285; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463; *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. v. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57; *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *R. v. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 24(1).
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(7), (13), (16).
Constitution Act, 1982, s. 52.
Controlled Drugs and Substances Act, S.C. 1996, c. 19, ss. 4(1), (3) to (6), 5(1), 10(1), 55, 56.
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 4(3).

Authors Cited

Canada. Health Canada. *Vancouver's INSITE service and other Supervised injection sites: What has been learned from research? — Final report of the Expert Advisory Committee*, March 31, 2008 (online: http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-eng.php).

Canada. House of Commons. *Evidence of the Standing Committee on Health*, No. 032, 2nd Sess., 39th Parl., May 29, 2008 (online: http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Language=E&Mode=1&Parl=39&Ses=2).

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Rowles, Huddart and D. Smith JJ.A.), 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269, 314 D.L.R. (4th) 209, 250 C.C.C. (3d) 443, 207 C.R.R. (2d) 232, [2010] 2 W.W.R. 575, 281 B.C.A.C. 161, 475 W.A.C. 161, [2010] B.C.J. No. 57 (QL), 2010 CarswellBC 50, affirming the decisions of Pitfield J., 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89, 293 D.L.R. (4th) 392, 173 C.R.R. (2d) 82, [2009] 3 W.W.R. 450, [2008] B.C.J. No. 951 (QL), 2008 CarswellBC 1043, and 2008

536; *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463; *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. c. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57; *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48; *R. c. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 24(1).
Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 4(3).
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(7), (13), (16).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi réglementant certaines drogues et autres substances, L.C. 1996, ch. 19, art. 4(1), (3) à (6), 5(1), 10(1), 55, 56.

Doctrine citée

Canada. Chambre des communes. *Témoignages du Comité permanent de la santé*, nº 032, 2e sess., 39e lég., 29 mai 2008 (en ligne : http://www.parl.gc.ca/HousePublications/Publication.aspx?DocId=3529880&Mode=1&Parl=39&Ses=2&Language=F).

Canada. Santé Canada. *INSITE de Vancouver et autres sites d'injection supervisés : Observations tirées de la recherche — Rapport final du Comité consultatif d'experts sur la recherche sur les sites d'injection supervisés*, 1er mars 2008 (en ligne : http://www.hc-sc.gc.ca/ahc-asc/pubs/_sites-lieux/insite/index-fra.php).

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Rowles, Huddart et D. Smith), 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269, 314 D.L.R. (4th) 209, 250 C.C.C. (3d) 443, 207 C.R.R. (2d) 232, [2010] 2 W.W.R. 575, 281 B.C.A.C. 161, 475 W.A.C. 161, [2010] B.C.J. No. 57 (QL), 2010 CarswellBC 50, qui a confirmé les décisions du juge Pitfield, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89, 293 D.L.R. (4th) 392, 173 C.R.R. (2d) 82, [2009] 3 W.W.R. 450, [2008] B.C.J. No. 951 (QL), 2008 CarswellBC

BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389, 302 D.L.R. (4th) 740, [2009] 3 W.W.R. 494, [2008] B.C.J. No. 2057 (QL), 2008 CarswellBC 2300. Appeal and cross-appeal dismissed.

Robert J. Frater and *W. Paul Riley*, for the appellants/respondents on cross-appeal.

Joseph J. Arvay, *Q.C.*, *Monique Pongracic-Speier*, *Scott E. Bernstein* and *Jeffrey W. Beedell*, for the respondents PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson and Shelly Tomic.

Craig E. Jones and *Karrie Wolfe*, for the respondent the Attorney General of British Columbia.

John W. Conroy, *Q.C.*, and *Stephen J. Mulhall*, *Q.C.*, for the respondent/appellant on cross-appeal.

Hugo Jean, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Andrew I. Nathanson and *Brook Greenberg*, for the intervener the Dr. Peter AIDS Foundation.

Sheila M. Tucker, for the intervener the Vancouver Coastal Health Authority.

Paul F. Monahan and *Antonio Di Domenico*, for the intervener the Canadian Civil Liberties Association.

Michael A. Feder, *Angela M. Juba* and *Louis Letellier de St-Just*, for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association and CACTUS Montréal.

Rahool P. Agarwal, *John M. Picone* and *Michael Kotrly*, for the interveners the Canadian Nurses Association, the Registered Nurses' Association of Ontario and the Association of Registered Nurses of British Columbia.

Owen M. Rees and *Fredrick Schumann*, for the intervener the Canadian Public Health Association.

Guy J. Pratte, *Nadia Effendi* and *Jean Nelson*, for the intervener the Canadian Medical Association.

1043, et 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389, 302 D.L.R. (4th) 740, [2009] 3 W.W.R. 494, [2008] B.C.J. No. 2057 (QL), 2008 CarswellBC 2300. Pourvoi et pourvoi incident rejetés.

Robert J. Frater et *W. Paul Riley*, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.

Joseph J. Arvay, *c.r.*, *Monique Pongracic-Speier*, *Scott E. Bernstein* et *Jeffrey W. Beedell*, pour les intimés PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson et Shelly Tomic.

Craig E. Jones et *Karrie Wolfe*, pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

John W. Conroy, *c.r.*, et *Stephen J. Mulhall*, *c.r.*, pour l'intimé/appelant au pourvoi incident.

Hugo Jean, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Andrew I. Nathanson et *Brook Greenberg*, pour l'intervenante Dr. Peter AIDS Foundation.

Sheila M. Tucker, pour l'intervenante Vancouver Coastal Health Authority.

Paul F. Monahan et *Antonio Di Domenico*, pour l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles.

Michael A. Feder, *Angela M. Juba* et *Louis Letellier de St-Just*, pour les intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association et CACTUS Montréal.

Rahool P. Agarwal, *John M. Picone* et *Michael Kotrly*, pour les intervenantes l'Association des infirmières et infirmiers du Canada, l'Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario et Association of Registered Nurses of British Columbia.

Owen M. Rees et *Fredrick Schumann*, pour l'intervenante l'Association canadienne de santé publique.

Guy J. Pratte, *Nadia Effendi* et *Jean Nelson*, pour l'intervenante l'Association médicale canadienne.

Ryan D. W. Dalziel and *Thomas J. Moran*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

Marjorie Brown, for the intervener the British Columbia Nurses' Union.

Michael A. Chambers, for the intervener REAL Women of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

[1] THE CHIEF JUSTICE — Since 2003, the Insite safe injection facility has provided medical services to intravenous drug users in the Downtown Eastside of Vancouver ("DTES"). Local, provincial and federal authorities came together to create a legal framework for a safe injection facility in which clients could inject drugs under medical supervision without fear of arrest and prosecution. Insite was widely hailed as an effective response to the catastrophic spread of infectious diseases such as HIV/AIDS and hepatitis C, and the high rate of deaths from drug overdoses in the DTES.

[2] In 2008, the federal government failed to extend Insite's exemption from the operation of criminal laws in the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19 ("*CDSA*"). Faced with the threat that Insite would have to stop offering services, the claimants brought an action for declarations that the *CDSA* is inapplicable to Insite and that its application to Insite resulted in a violation of the claimants' s. 7 rights under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, or, in the alternative, that the federal Minister of Health, in refusing to grant an extension of Insite's exemption, had violated the claimants' s. 7 rights.

[3] The question in this appeal is whether Insite is exempt from the federal criminal laws that prohibit the possession and trafficking of controlled substances, either because Insite is a health facility

Ryan D. W. Dalziel et *Thomas J. Moran*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Marjorie Brown, pour l'intervenante British Columbia Nurses' Union.

Michael A. Chambers, pour l'intervenante REAL Women of Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] LA JUGE EN CHEF — Depuis 2003, le centre d'injection supervisée Insite offre des services médicaux aux consommateurs de drogues intraveineuses dans le quartier Downtown Eastside (« DTES ») de Vancouver. Les administrations locale, provinciale et fédérale se sont unies pour établir les balises juridiques d'un centre sécuritaire où les clients pourraient s'injecter des drogues sous la supervision de professionnels de la santé sans craindre d'être arrêtés et poursuivis. Nombreux sont ceux qui ont applaudi à cette initiative, dont ils croyaient en l'efficacité pour endiguer la propagation catastrophique de maladies infectieuses comme le VIH/sida et l'hépatite C et réduire le taux élevé de mortalité par surdose dans le quartier DTES.

[2] En 2008, le gouvernement fédéral a refusé de reconduire l'exemption qui soustrayait Insite à l'application des dispositions criminelles de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19 (« *Loi* »). Devant la possibilité qu'Insite doive fermer boutique, les demandeurs ont intenté une action dans le but d'obtenir un jugement déclaratoire statuant que la *Loi* est inapplicable à Insite et que son application à Insite viole les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou, subsidiairement, que le refus du ministre de la Santé de reconduire l'exemption a porté atteinte à leurs droits protégés par l'art. 7.

[3] La question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si Insite échappe à l'application des lois fédérales en matière criminelle qui interdisent la possession et le trafic de substances

within the exclusive jurisdiction of the Province, or because the application of the criminal law would violate the *Charter*. For the reasons that follow, we conclude that the *CDSA* is applicable to Insite, and that the scheme of the *CDSA* conforms to the *Charter*. However, the actions of the federal Minister of Health in refusing to extend Insite's exemption under s. 56 of the *CDSA* are in violation of s. 7 of the *Charter*, and cannot be justified under s. 1. Accordingly, we order the Minister to grant Insite an extended exemption, and dismiss the appeal.

I. Introduction and Background

[4] The DTES is home to some of the poorest and most vulnerable people in Canada. Its population includes 4,600 intravenous drug users, which is almost half of the intravenous drug users in the city as a whole. This number belies the size of the DTES. It is in fact a very small area, stretching for a few blocks in each direction from its heart at the intersection of Main and Hastings.

[5] There is no single reason for the concentration of intravenous drug users in this urban neighbourhood. Contributing factors include the presence of several single room occupancy hotels, the de-institutionalization of the mentally ill, the effect of drug enforcement policies over the years, and the availability of illicit narcotics at street level.

[6] The injection drug use problem of the DTES is not hidden. At any given time of day drug transactions can be witnessed in the open air on the very steps of the historic Carnegie Community Centre at Main and Hastings. In alleys steps away, addicts tie rubber bands around their arms to find veins in which to inject heroin and cocaine, or smoke crack from glass pipes.

[7] The residents of the DTES who are intravenous drug users have diverse origins and personal

désignées, soit parce qu'il s'agit d'un établissement de santé ressortissant à la compétence exclusive de la province, soit parce que l'application de ces lois enfreindrait la *Charte*. Pour les motifs qui suivent, nous concluons que la *Loi* est applicable à Insite et que le régime qu'elle établit est conforme à la *Charte*. Toutefois, le refus du ministre de la Santé du Canada de reconduire l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi* enfreint l'art. 7 de la *Charte* et ne peut se justifier au sens de l'article premier. En conséquence, nous ordonnons au ministre de reconduire l'exemption d'Insite et nous rejetons l'appel.

I. Introduction et contexte

[4] Le quartier DTES de Vancouver abrite des personnes parmi les plus démunies et les plus vulnérables au pays. Il compte 4 600 consommateurs de drogues intraveineuses, soit près de la moitié de tous les consommateurs de drogues intraveineuses de la ville. Cette proportion n'a aucune commune mesure avec la taille réelle du quartier, un très petit secteur qui ne compte que quelques pâtés de maisons dans chaque direction à partir de l'intersection des rues Main et Hastings.

[5] La concentration de consommateurs de drogues intraveineuses dans ce secteur de la ville est due à plus d'un facteur, dont la présence de plusieurs maisons de chambres, la désinstitutionnalisation des personnes atteintes de maladie mentale, l'effet des politiques antidrogue appliquées au cours des ans et la disponibilité de stupéfiants illicites dans la rue.

[6] Dans le quartier DTES, le problème de la consommation de drogues injectables s'étale au grand jour. À n'importe quelle heure, on peut assister à des achats de drogue sur le parvis même du Carnegie Community Centre, un édifice historique situé à l'angle des rues Main et Hastings. À quelques pas de là, dans des ruelles, des toxicomanes se font un garrot pour trouver une veine dans laquelle s'injecter de l'héroïne et de la cocaïne, ou encore fument du crack dans des pipes de verre.

[7] Les résidants du quartier DTES qui consomment des drogues intraveineuses sont d'origines

histories, yet familiar themes emerge. Many have histories of physical and sexual abuse as children, family histories of drug abuse, early exposure to serious drug use, and mental illness. Many injection drug users in the DTES have been addicted to heroin for decades, and have been in and out of treatment programmes for years. Many use multiple substances, and suffer from alcoholism. Some engage in street-level survival sex work in order to support their addictions. It should be clear from the above that these people are not engaged in recreational drug use: they are addicted. Injection drug use is both an effect and a cause of a life that is a struggle on a day to day basis.

[8] While some affordable housing is available in the DTES, living conditions there would shock many Canadians. The DTES is one of the few places where Vancouver's poorest people, crippled by disability and addiction, can afford to live. Twenty percent of its population is homeless. Of those who are not homeless, many live in squalid conditions in single-room occupancy hotels. Residents of single-room occupancy hotels live with little in the way of security, privacy or hygienic facilities. The residents of one building often have to share a single bathroom. Single-room occupancy hotels are commonly infested with bedbugs and rats. Existence is bleak.

[9] A survey of approximately 1,000 drug users living in the DTES was presented to the federal Minister of Health in a 2008 report (*Vancouver's INSITE service and other Supervised injection sites: What has been learned from research? — Final report of the Expert Advisory Committee*, March 31, 2008 (online)), and summarized by the trial judge at para. 16 of his reasons (2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89). Generally, he found that:

- those surveyed had been injecting drugs for an average of 15 years;

diverses et leur histoire personnelle diffère, mais ils possèdent souvent certains traits communs. Nombre d'entre eux ont subi dans leur enfance des agressions physiques et sexuelles, ont des antécédents familiaux de toxicomanie, ont été exposés très tôt à des drogues dures et souffrent d'une maladie mentale. De nombreux consommateurs de drogues intraveineuses de ce quartier sont héroïnomanes depuis plusieurs décennies et ont entamé des programmes de désintoxication à plusieurs reprises. Beaucoup sont polytoxicomanes et souffrent d'alcoolisme. Certains sont réduits à faire le trottoir pour financer leurs dépendances. Il devrait ressortir clairement de ces données que ces personnes ne consomment pas à des fins récréatives : elles souffrent de dépendance. Leur consommation de drogues injectables est à la fois l'effet et la cause d'une vie qui représente un combat quotidien.

[8] Bien que le quartier DTES offre des logements abordables, bien des Canadiens seraient horrifiés des conditions de vie qui y règnent. C'est l'un des rares endroits de Vancouver où les personnes les plus démunies, invalides et toxicomanes, peuvent trouver refuge. Vingt pour cent de la population est sans abri. Une grande proportion de ceux qui ont un toit logent dans des maisons de chambres insalubres, où la sécurité, l'intimité et les installations sanitaires se font rares. Souvent, un immeuble ne compte qu'une seule salle de bains, que tous les locataires doivent partager. Les maisons de chambres sont fréquemment infestées de punaises et de rats. On y mène une vie morose.

[9] Un sondage réalisé auprès d'un millier de résidants toxicomanes du quartier DTES a été présenté dans un rapport au ministre de la Santé du Canada en 2008 (*INSITE de Vancouver et autres sites d'injection supervisés : Observations tirées de la recherche — Rapport final du Comité consultatif d'experts sur la recherche sur les sites d'injection supervisés*, 1er mars 2008 (en ligne)). Le juge de première instance l'a résumé au par. 16 de ses motifs (2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89). Voici ce qu'il a constaté de façon générale :

- En moyenne, les participants au sondage s'injectent de la drogue depuis 15 ans;

- the majority (51%) inject heroin and 32% inject cocaine;
- 87% are infected with hepatitis C virus (HCV) and 17% with human immunodeficiency virus (HIV);
- 18% are Aboriginal;
- 20% are homeless and many more live in single resident rooms;
- 80% have been incarcerated;
- 38% are involved in the sex trade;
- 21% are using methadone; and
- 59% reported a non-fatal overdose in their lifetime.

[10] For injection drug users, the nature of addiction makes for a desperate and dangerous existence. Aside from the dangers of the drugs themselves, addicts are vulnerable to a host of other life-threatening practices. Although many users are educated about safe practices, the need for an immediate fix or the fear of police discovering and confiscating drugs can override even ingrained safety habits. Addicts share needles, inject hurriedly in alleyways and dissolve heroin in dirty puddle water before injecting it into their veins. In these back alleyways, users who overdose are often alone and far from medical help. Shared needles transmit HIV and hepatitis C. Unsanitary conditions result in infections. Missing a vein in the rush to inject can mean the development of abscesses. Not taking adequate time to prepare can result in mistakes in measuring proper amounts of the substance being injected. It is not uncommon for injection drug users to develop dangerous infections or endocarditis. These dangers are exacerbated by the fact that injection drug users are a historically marginalized population that has been difficult to bring within the reach of health care providers.

- La majorité (51 %) s'injecte de l'héroïne et 32 % de la cocaïne;
- 87 % ont le virus de l'hépatite C (VHC) et 17 % le virus de l'immunodéficience humaine (VIH);
- 18 % sont des Autochtones;
- 20 % sont sans abri et beaucoup plus vivent dans une maison de chambres;
- 80 % des participants ont déjà fait de la prison;
- 38 % font commerce de leur corps;
- 21 % prennent de la méthadone;
- 59 % ont signalé une surdose non fatale au cours de leur vie.

[10] Par la nature même de leur dépendance, les consommateurs de drogues injectables mènent une vie désespérée et dangereuse. Sans compter les dangers que présentent les drogues, les toxicomanes sont susceptibles de se livrer à une panoplie d'autres pratiques qui mettent leur vie en danger. Bien que beaucoup de toxicomanes sachent comment éviter les comportements à risque, l'état de manque ou la crainte que la police découvre et confisque leur drogue peuvent l'emporter même sur des habitudes de protection bien ancrées. Les toxicomanes partagent leurs seringues, se piquent à la hâte dans des ruelles et puisent dans des flaques d'eau stagnante pour dissoudre leur héroïne avant de se l'injecter dans les veines. S'ils sont victimes d'une surdose dans ces ruelles, les toxicomanes se trouvent souvent seuls et loin des services médicaux. Les seringues partagées peuvent transmettre le VIH et l'hépatite C. L'insalubrité cause des infections. Le toxicomane qui rate une veine dans sa hâte risque de développer un abcès. En ne prenant pas le temps nécessaire pour préparer sa dose, il risque de mal mesurer la quantité de la substance qu'il s'injecte. Il n'est pas rare pour les consommateurs de drogues injectables de souffrir d'endocardite ou d'infections dangereuses. Ces risques sont exacerbés par le fait que ces toxicomanes forment une population marginalisée que les professionnels de la santé ont toujours eu du mal à rejoindre.

[11] Although injection drug use is by no means a new problem in Vancouver, or for that matter in the rest of the country, in the early 1990s it reached crisis levels in the DTES. In just six years, the number of annual deaths from overdose in Vancouver increased exponentially, from 16 in 1987 to 200 in 1993. In 1996, Vancouver's medical health officer reported an increase in infectious diseases in the DTES, including HIV/AIDS, hepatitis A, B and C, skin and blood-borne infections, endocarditis and septicaemia, as well as fatal and non-fatal overdoses. All were related to injection drug use. The same year, the British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS reported an HIV/AIDS epidemic in the neighbourhood. The following year, an epidemic of hepatitis C was reported. A public health emergency was declared in the DTES in September 1997.

[11] Certes, la consommation de drogues injectables ne constitue pas un problème nouveau à Vancouver, ni d'ailleurs dans le reste du pays, mais elle a atteint un point critique dans le quartier DTES au début des années 90. En six ans à peine, le nombre annuel de décès par surdose à Vancouver a crû de manière exponentielle, passant de 16 en 1987 à 200 en 1993. En 1996, le médecin-chef en santé publique de Vancouver a signalé une augmentation des cas de maladies infectieuses dans le quartier DTES, notamment des cas de VIH/sida, d'hépatite A, B et C, d'infections de la peau et d'infections transmises par le sang, d'endocardite et de septicémie, ainsi qu'une augmentation du nombre de surdoses, fatales ou non. Dans tous les cas, cette augmentation était reliée à la consommation de drogues injectables. La même année, le British Columbia Centre for Excellence in HIV/AIDS a fait état d'une épidémie de VIH/sida dans ce secteur. L'année suivante, une épidémie d'hépatite C a été signalée. En septembre 1997, un état d'urgence en santé publique a été déclaré dans le quartier DTES.

[12] The decision to implement a supervised safe injection site was the result of years of research, planning, and intergovernmental cooperation. The process of research and planning is described in the affidavit of Heather Hay, the Director of Addictions, HIV/AIDS and Aboriginal Health Services for the Vancouver Coastal Health Authority ("VCHA"). In her affidavit, Ms. Hay describes the response of the various government agencies to the crisis in the DTES. From the beginning, health authorities recognized that creative solutions would be required to address the needs of the difficult-to-reach population of the DTES.

[12] La décision d'ouvrir un centre d'injection supervisée est le fruit de plusieurs années de recherche, de planification et de collaboration intergouvernementale. Cette recherche et cette planification sont décrites dans l'affidavit de Heather Hay, directrice des services en matière de toxicomanie, de VIH/sida et de santé des Autochtones de la Vancouver Coastal Health Authority (« VCHA »). Elle y explique notamment les mesures prises par les divers organismes gouvernementaux en réaction à la situation de crise dans le quartier DTES. Dès le départ, les organismes de santé ont reconnu la nécessité de trouver des solutions novatrices pour répondre aux besoins de cette population difficile à rejoindre du quartier DTES.

[13] In 1997, the Vancouver/Richmond Health Board adopted the "Vancouver Downtown Eastside HIV/AIDS Action Plan", which introduced harm reduction strategies such as the creation of the Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) ("VANDU") to provide peer outreach and support, and the establishment of needle exchanges.

[13] En 1997, le Vancouver/Richmond Health Board a adopté le « Vancouver Downtown Eastside HIV/AIDS Action Plan » qui proposait des stratégies de réduction des méfaits, comme la création du Vancouver Area Network of Drug Users (VANDU) (« VANDU »), un organisme d'approche et de soutien par les pairs, ainsi que la mise sur pied d'un

In 1999, VCHA issued a report identifying injection drug use as the root of the health concerns in the DTES, and recommended an integrated health approach that had as its focus harm reduction: expansion of primary care services, the development of creative interventions to address communicable disease, the development of a scheme of drug and alcohol services including harm reduction strategies, and improved access to stable housing. In accordance with this plan, new low threshold health clinics were opened in the DTES, needle exchange services were expanded, methadone service was increased, and access to antiretroviral drugs was improved.

[14] In April 2002, the Province transferred responsibility for adult alcohol and drug services to the regional health authorities, allowing the VCHA to integrate its approach to addictions treatment. In September 2002, the VCHA proposed a new addictions plan for Vancouver that adopted harm reduction strategies and moved away from traditional abstinence-based programmes. The plan envisioned a scheme of care for drug users that would assist them at all points in the treatment of their disease, not simply at the exit point when they quit drugs for good. The proposed plan included supervised drug consumption facilities.

[15] The notion of a supervised injection facility, although politically contentious in North America, has precedent elsewhere. Supervised injection sites have been used with success to address health issues associated with injection drug use in other parts of the world. Safe injection sites operate in 70 cities in 6 European countries, and in Sydney, Australia. These sites are evidence that health authorities are increasingly recognizing that health care for injection drug users cannot amount to a stark choice between abstinence and forgoing health services. Successful treatment requires acknowledgment of the difficulties of reaching a marginalized

service d'échange de seringues. En 1999, la VCHA a publié un rapport qui attribuait les problèmes de santé dans le quartier DTES à la consommation de drogues injectables et recommandait une approche intégrée axée sur la réduction des méfaits : augmentation des soins primaires, interventions novatrices de prévention des maladies transmissibles, élaboration d'un programme de services pour alcooliques et toxicomanes, incluant notamment des stratégies de réduction des méfaits, et amélioration de l'accès à un logement stable. Suivant ce plan, de nouvelles cliniques de santé à exigences peu élevées ont ouvert leurs portes dans le quartier DTES, les services d'échange de seringues et de traitement à la méthadone ont été augmentés et l'accès aux médicaments antirétroviraux a été amélioré.

[14] En avril 2002, la province a transféré aux régies régionales de la santé la responsabilité des services aux toxicomanes et alcooliques adultes, ce qui a permis à la VCHA d'adopter une démarche intégrée de traitement de la toxicomanie. En septembre de la même année, la VCHA a proposé, pour Vancouver, un nouveau plan de lutte contre les dépendances qui s'écartait des programmes traditionnels fondés sur l'abstinence et établissait des stratégies de réduction des méfaits. Ce plan prévoyait un programme de soins pour les toxicomanes qui les aiderait à chaque étape du traitement de leur maladie, et non simplement à l'étape ultime où ils renoncent définitivement aux drogues. Ces propositions incluaient des installations de consommation supervisée.

[15] Bien que controversé sur le plan politique en Amérique du Nord, le concept de site d'injection supervisée existe ailleurs. L'utilité des centres d'injection supervisée dans le traitement des problèmes de santé liés à la consommation de drogues injectables s'est avérée dans d'autres parties du monde. On trouve des centres d'injection supervisée dans 70 villes de 6 pays d'Europe, ainsi qu'à Sydney, en Australie. Comme l'existence de tels centres en témoigne, les autorités en santé publique reconnaissent de plus en plus qu'il n'est pas possible de résoudre les problèmes de santé des consommateurs de drogues injectables en les obligeant

population with complex mental, physical, and emotional health issues.

[16] Ms. Hay prepared a proposal for a supervised injection site, which received the approval of the Board of the VCHA in March 2003. In May 2003, the proposal was submitted to Health Canada for consideration. Federal approval was required in order to obtain an exemption from the prohibitions on possession and trafficking of controlled substances in the *CDSA*. The scheme of the *CDSA* provides for such exemptions, at the discretion of the Minister of Health, under s. 56. Health Canada gave final approval for conditional exemption of the facility from possession and trafficking laws as a pilot research project under s. 56 of the *CDSA* on September 12, 2003.

[17] Insite opened its doors on September 21, 2003. It was North America's first government-sanctioned safe injection facility. It has operated constantly since then, seven days a week, 18 hours a day. Its operations are described at paras. 71-77 of the trial judge's reasons:

> Insite is located on East Hastings Street between Carrall and Main Streets. It is open daily from 10:00 a.m. to 4:00 a.m. the following day. The facility is known to DTES residents. Police refer addicts to it. Insite operates under an extensive and detailed operating protocol approved by Health Canada. It is staffed by a combination of PHS, Health Authority and community workers.
>
> Users must be 16 years of age or over, must sign a user agreement, release and consent form, must agree to adhere to a code of conduct, and cannot be accompanied by children. Users must register at each visit to the site and each is asked to identify the substance that will be injected. No substances are provided by staff. It goes without saying that the substances brought to Insite by users have been obtained from a trafficker in an

à choisir de renoncer à la drogue ou de renoncer aux soins de santé. On ne peut traiter efficacement la toxicomanie sans reconnaître la difficulté de rejoindre une population marginalisée souffrant de problèmes complexes de santé mentale, physique et émotionnelle.

[16] M^me^ Hay a préparé une proposition visant l'établissement d'un centre d'injection supervisée, que le conseil d'administration de la VCHA a approuvée en mars 2003. En mai 2003, cette proposition a été soumise à Santé Canada, dont l'approbation était nécessaire pour soustraire Insite à l'application des dispositions de la *Loi* interdisant la possession et le trafic de substances désignées. Le régime législatif confère au ministre fédéral de la Santé le pouvoir discrétionnaire d'accorder ce genre d'exemption en vertu de l'art. 56. Le 12 septembre 2003, Santé Canada a donné son approbation finale et accordé une exemption conditionnelle soustrayant le centre à l'application des interdictions de possession et de trafic dans le cadre d'un projet pilote de recherche en vertu de l'art. 56 de la *Loi*.

[17] Insite a ouvert ses portes le 21 septembre 2003. Il s'agissait du premier centre d'injection supervisée approuvé par un gouvernement en Amérique du Nord. Il fonctionne depuis, sept jours par semaine, 18 heures par jour. Le juge de première instance décrit ainsi les activités d'Insite aux par. 71 à 77 de ses motifs :

> [TRADUCTION] Insite est situé sur Hastings Est entre les rues Carrall et Main. L'établissement est ouvert tous les jours de 10 h à 4 h du matin. Il est connu des résidants du quartier DTES, et les policiers suggèrent aux toxicomanes de l'utiliser. Insite suit un protocole exhaustif et détaillé approuvé par Santé Canada. Le personnel est composé d'employés de la PHS, de la régie de la santé et de travailleurs communautaires.
>
> Les utilisateurs du centre doivent être âgés d'au moins 16 ans, signer un formulaire d'entente, de renonciation et de consentement et adhérer à un code de conduite. Ils ne peuvent être accompagnés par des enfants. Ils doivent s'inscrire à chaque visite et indiquer la substance qu'ils s'injecteront. Le personnel ne fournit aucune substance. Il va sans dire que les utilisateurs ont acheté les substances apportées sur place

illegal transaction. Users are obviously in possession of their substance en route to Insite. Approximately 60% of the drugs injected are opioids, of which two-thirds are heroin and one-third morphine or hydromorphone. Approximately 40% of injected drugs are stimulants, approximately 90% of which are cocaine and 10%, methamphetamine.

Insite has 12 injection bays. Users are provided with clean injection equipment which is the only equipment that can be used at the site. Users are monitored by staff during injection. Nurses and paramedical staff provide treatment in the event of overdose and contact a physician and the ambulance service as necessary. Overdoses vary in severity and treatment.

The protocol permits pregnant women to use Insite. They are required to undergo a more intensive assessment than others before being allowed access to the injection room. Those women are also referred to a clinic and child daycare facilities directly managed by the Health Authority, which provides pre- and postnatal care to pregnant women who are actively using illegal substances.

Users who have completed an injection are assessed by staff. They may be discharged to the "chill-out" lounge or treated by a nurse in the treatment room for injection-related conditions. Users requiring extensive or ongoing care are referred to the closest primary care facility, either the Downtown Community Health Centre or the Pender Clinic.

Staff and support workers interact with users at Insite on a one-to-one basis. Users are provided with health care information, counselling and referrals to Health Authority and other service providers. Records indicate that in 2005, 2006 and 2007, staff made 2,270, 1,828, and 2,269 referrals, respectively, to community clinic, hospital emergency, outpatient medical mental health, emergency shelter and community services; and to addiction counselling, housing, withdrawal, methadone treatment, drug recovery, and miscellaneous other services.

Since the fall of 2007, the staff has also been able to refer users to "Onsite", a detox centre located above Insite which permits Insite to provide detox on demand. Onsite is a drug free environment supported by physicians who are addiction specialists and general

à des trafiquants dans le cadre d'une transaction illicite et qu'ils les ont en leur possession avant d'arriver à Insite. Environ 60 % des drogues injectées sont des opioïdes : deux fois sur trois, il s'agit d'héroïne et une fois sur trois, de morphine ou d'hydromorphone; contre environ 40 % de stimulants : dans près de 90 % de ces cas, il s'agit de cocaïne; dans 10 %, de méthamphétamine.

Insite compte 12 postes d'injection. Seul le matériel d'injection propre qui est remis aux utilisateurs peut être utilisé sur place. Toutes les injections sont observées par un membre du personnel. Des infirmiers et du personnel paramédical traitent les utilisateurs en cas de surdose et appellent un médecin et l'ambulance au besoin. Le degré de gravité des surdoses varie, ainsi que leur traitement.

Selon le protocole, il est permis aux femmes enceintes de se prévaloir des services d'Insite. Avant d'accéder à la salle d'injection, elles doivent se soumettre à une évaluation plus exhaustive que les autres utilisateurs. Elles sont aussi dirigées vers une clinique de santé et des services de garde gérés directement par la régie de la santé, qui offre des soins prénataux et postnataux aux femmes enceintes qui consomment activement des substances illégales.

Après leur injection, les utilisateurs sont évalués par un membre du personnel, qui les dirige soit vers la salle de repos soit vers la salle de traitement, où du personnel infirmier soigne les troubles de santé causés par les injections. Les utilisateurs nécessitant des traitements importants ou prolongés sont envoyés à l'établissement de soins primaires le plus près, soit le Downtown Community Health Centre ou la clinique Pender.

Sur place, le personnel et les travailleurs de soutien rencontrent les utilisateurs individuellement pour les renseigner sur les soins de santé, leur offrir du counseling et les orienter vers des services offerts notamment par la régie de la santé. Selon les dossiers, en 2005, 2006 et 2007, il est arrivé respectivement 2 270, 1 828 et 2 269 fois que le personnel dirige un utilisateur vers divers services, comme des cliniques communautaires, des urgences d'hôpitaux, des cliniques externes de santé mentale, des services communautaires, des refuges; et des services aux toxicomanes (p. ex., des services de counseling, de logement, de sevrage, de traitement à la méthadone et de suivi).

Depuis l'automne 2007, le personnel peut en outre envoyer les utilisateurs à « Onsite », un centre de désintoxication situé à l'étage supérieur qui permet à Insite de fournir des services de désintoxication sur demande. Dans cet environnement sans drogue, les utilisateurs

practitioners, nurses and peers. Users may also be referred to residential detox and additional treatment services.

[18] This passage describes a strictly regulated health facility. It operates under the authority of the VCHA, and its personnel are guided by strict policies and procedures. It does not provide drugs to its clients, who must check in, must sign a waiver, and are closely monitored during and after injection. There are guidelines for staff to follow in the disposal of used injection equipment and the containment of leftover drugs.

[19] Insite was the product of cooperative federalism. Local, provincial and federal authorities combined their efforts to create it. It was launched as an experiment. The experiment has proven successful. Insite has saved lives and improved health. And it did those things without increasing the incidence of drug use and crime in the surrounding area. The Vancouver police support Insite. The city and provincial government want it to stay open. But continuing the Insite project will be impossible without a federal government exemption from the laws criminalizing possession of prohibited substances at Insite.

[20] The federal *CDSA* is the federal government's response to the problem of illegal drug use across Canada. By way of the *CDSA*, the federal government has chosen an approach that favours a blanket prohibition on possession and trafficking in illegal drugs. At the same time, Parliament has recognized that there are good reasons to allow the use of illegal substances in certain circumstances. The federal Minister of Health can issue exemptions for medical and scientific purposes under s. 56 of the *CDSA*. Section 55 of the *CDSA* allows for the Governor in Council to make regulations for the medical, scientific and industrial use of illegal substances. In this manner, Parliament has attempted to balance the two competing interests of public safety and public health. In 2008, the federal exemption for Insite from the operation of the criminal drug laws expired. This action was started in an effort to keep Insite open.

sont suivis par des médecins spécialisés en toxicomanie, des généralistes, du personnel infirmier et des pairs. Ils peuvent également être aiguillés vers des centres de désintoxication résidentiels et d'autres services de traitement.

[18] Cet extrait décrit un établissement de santé soumis à des règles strictes. Il relève de la VCHA, et son personnel applique des politiques et des procédures rigoureuses. Il ne fournit aucune drogue à ses clients, qui sont tenus de s'inscrire et de signer une renonciation et sont suivis de près pendant et après l'injection. Des lignes directrices régissent la collecte du matériel d'injection usagé et le confinement des drogues inutilisées.

[19] Insite est le fruit du fédéralisme coopératif, issu des efforts concertés des instances locales, provinciales et fédérales. Il s'agissait d'une expérience, et l'expérience a réussi. Insite a sauvé des vies et a eu un effet bénéfique en matière de santé, et ce, sans provoquer une hausse des méfaits liés à la consommation de drogues et de la criminalité dans le quartier. La police de Vancouver appuie Insite. La ville et le gouvernement provincial veulent qu'il demeure ouvert. Or, le projet Insite ne peut survivre sans une exemption fédérale écartant, dans ses locaux, l'application des lois criminalisant la possession de substances prohibées.

[20] La *Loi* est la réponse du législateur fédéral au problème de la consommation de drogues illégales au Canada. Il a choisi d'édicter une interdiction générale de possession et de trafic de drogues illégales, tout en reconnaissant l'opportunité d'autoriser l'utilisation de substances illégales dans certaines circonstances. L'article 56 de la *Loi* habilite le ministre fédéral de la Santé à accorder une exemption pour des raisons médicales et scientifiques. L'article 55 de cette même loi autorise le gouverneur en conseil à prendre des règlements régissant l'utilisation de substances illégales à des fins médicales, scientifiques et industrielles. Ainsi, le législateur a tenté de concilier les intérêts contradictoires de sécurité et de santé publiques. En 2008, l'exemption fédérale soustrayant Insite à l'application des lois criminelles antidrogue a pris fin. L'action à l'origine du présent pourvoi a été intentée en vue de sauver Insite.

II. Procedural History

[21] This action was brought by Dean Edward Wilson, Shelly Tomic, PHS Community Services ("PHS"), and VANDU. PHS is a non-profit organization that oversees the operation of Insite. VANDU is a non-profit society that advocates on behalf of drug users.

[22] The individual claimants, Mr. Wilson and Ms. Tomic, are residents of the DTES and are (or have been) clients of Insite. Mr. Wilson is 55 years old and has been injecting heroin since he was 13. He has been injecting cocaine for almost as long. His drug use has had serious health consequences: he is hepatitis C positive, and is frequently ill. He has tried to stop or reduce his drug use many times, but has been unable to go completely clean. Mr. Wilson has translated his own experiences into a positive role in helping to educate and improve the health situation of other drug users in the community. He was the first person to use Insite's facilities, and continues to go back when he relapses into heroin use. He considers Insite to be an important resource for injection drug users in the DTES, and believes that he has reduced his own risk of serious overdose by injecting there. Most importantly, he says, "Insite has given dignity to people who have to struggle to have their humanity recognized" (A.R., vol. II, at p. 44).

[23] Ms. Tomic is 43 years old, and was born addicted to speed. She began injecting cocaine when she was 19 or 20, heroin when she was 26 or 27. She has turned to sex work at times to support her addiction. Like Mr. Wilson, she is hepatitis C positive. She is treating her addiction with methadone, but occasionally relapses and uses heroin. Ms. Tomic started injecting at Insite as soon as it opened in 2003, and immediately noticed that she stopped getting abscesses when she injected there. She also credits Insite with getting her started on methadone treatment. Like Mr. Wilson, she attests to the psychological and emotional support that Insite and its staff

II. Historique judiciaire

[21] L'action à l'origine du pourvoi a été intentée par Dean Edward Wilson, Shelly Tomic, PHS Community Services Society (« PHS »), un organisme à but non lucratif qui gère Insite, et VANDU, une société à but non lucratif qui défend les intérêts des toxicomanes.

[22] M. Wilson et M^me^ Tomic, des résidants du quartier DTES, sont clients d'Insite (ou l'ont été). Âgé de 55 ans, M. Wilson s'injecte de l'héroïne depuis l'âge de 13 ans et de la cocaïne depuis presque aussi longtemps. Sa consommation a eu de graves conséquences sur sa santé : il est porteur de l'hépatite C et tombe souvent malade. Il a tenté à plusieurs reprises de mettre fin à sa consommation de drogues ou de la diminuer, sans réussir à demeurer totalement sobre. M. Wilson met à profit sa propre expérience pour jouer un rôle positif auprès des toxicomanes de la collectivité en aidant à les renseigner et à améliorer leur état de santé. Il a été la première personne à utiliser Insite et y retourne chaque fois qu'il rechute. Selon lui, Insite est une ressource importante pour les consommateurs de drogues injectables du quartier DTES et il croit avoir diminué ses propres risques de surdose grave en faisant ses injections sur place. Mais surtout, d'affirmer M. Wilson : [TRADUCTION] « Insite a rendu leur dignité à des personnes qui doivent lutter pour se faire respecter en tant qu'êtres humains » (d.a., vol. II, p. 44).

[23] Âgée de 43 ans, M^me^ Tomic souffrait déjà d'une dépendance aux amphétamines à sa naissance. Elle a commencé à s'injecter de la cocaïne à 19 ou 20 ans, et de l'héroïne à 26 ou 27 ans. Elle s'est parfois prostituée afin d'acheter de la drogue. Tout comme M. Wilson, elle est porteuse du virus de l'hépatite C. Elle suit un traitement de substitution à la méthadone, mais consomme parfois de l'héroïne, lorsqu'elle rechute. M^me^ Tomic s'est mise à fréquenter Insite dès son ouverture en 2003 et a immédiatement remarqué qu'elle ne développait plus d'abcès lorsqu'elle y faisait ses injections. Selon elle, c'est grâce à Insite qu'elle suit un traitement à la méthadone. Tout comme M. Wilson, elle

provide, and its role in keeping her on the path to recovery.

[24] Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS seek a declaration that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are constitutionally inapplicable to Insite, because as a health facility it is under exclusive provincial control, making an exemption under s. 56 unnecessary. They also allege that the application of the criminal prohibitions in the *CDSA* to Insite violates their constitutional rights under s. 7 of the *Charter*, and to this extent are invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. In the alternative, they seek a declaration that any decision of the federal Minister of Health to refuse to grant or extend the exemption constitutes a violation of the individual plaintiffs' s. 7 *Charter* rights.

[25] At this Court, VANDU supports the submissions of Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS and seeks a declaration that the offence of possession of all addictive drugs violates s. 7 of the *Charter.*

A. *British Columbia Supreme Court, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89*

[26] The action was brought by way of a summary trial before Pitfield J. at the British Columbia Supreme Court in May 2008, shortly before the federal exemption was set to expire. The evidence was presented in affidavit form.

[27] Pitfield J. recognized that there are competing approaches to dealing with addiction, and limited his findings of fact to what was necessary to decide the matter before him. His factual findings are key to this appeal. He summarized those findings at paras. 87-89 of his reasons:

> . . . all of the evidence adduced by PHS, VANDU and Canada supports some incontrovertible conclusions:

témoigne du soutien psychologique et émotionnel fourni par le personnel d'Insite et du rôle important de ce dernier dans son propre cheminement vers la guérison.

[24] M^me^ Tomic, M. Wilson et PHS demandent à la Cour de déclarer les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* constitutionnellement inapplicables à Insite, parce qu'il relève de la compétence exclusive de la province, à titre d'établissement de santé, ce qui rend inutile l'octroi de l'exemption prévue à l'art. 56. Ils prétendent également que l'application à Insite des interdictions criminelles établies par la *Loi* porte atteinte à leurs droits constitutionnels garantis par l'art. 7 de la *Charte* et que, par application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ces interdictions sont inopérantes dans la mesure de cette atteinte. À titre subsidiaire, ils demandent à la Cour de déclarer que la décision du ministre fédéral de la Santé de refuser d'accorder ou de reconduire l'exemption porte atteinte aux droits garantis à M. Wilson et à M^me^ Tomic par l'art. 7 de la *Charte*.

[25] Devant la Cour, VANDU souscrit aux arguments de M^me^ Tomic, M. Wilson et PHS et sollicite un jugement déclarant que l'infraction de possession de toute drogue engendrant une dépendance viole l'art. 7 de la *Charte*.

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique, 2008 BCSC 661, 85 B.C.L.R. (4th) 89*

[26] L'action a été instruite par voie de procédure sommaire par le juge Pitfield de la Cour suprême de la Colombie-Britannique en mai 2008, peu de temps avant que l'exemption fédérale prenne fin. La preuve a été présentée sous forme d'affidavit.

[27] Le juge Pitfield a reconnu les divergences dans les philosophies de traitement de la dépendance et s'en est tenu, dans ses conclusions de fait, aux éléments nécessaires pour trancher l'affaire dont il était saisi. Ces conclusions de fait, déterminantes dans le présent pourvoi, sont résumées aux par. 87 à 89 de ses motifs :

> [TRADUCTION] . . . tous les éléments de preuve produits par PHS, VANDU et le Canada étayent un certain nombre de conclusions irréfutables :

1. Addiction is an illness. One aspect of the illness is the continuing need or craving to consume the substance to which the addiction relates.

2. Controlled substances such as heroin and cocaine that are introduced into the bloodstream by injection do not cause Hepatitis C or HIV/AIDS. Rather, the use of unsanitary equipment, techniques, and procedures for injection permits the transmission of those infections, illnesses or diseases from one individual to another; and

3. The risk of morbidity and mortality associated with addiction and injection is ameliorated by injection in the presence of qualified health professionals.

What is less certain and more controversial are the root causes of addiction. The evidence adduced in these proceeding[s] regarding the character of the DTES, many of its inhabitants, and the nature of addiction leads me to the following assessment.

Residents of the DTES who are addicted to heroin, cocaine, and other controlled substances are not engaged in recreation. Their addiction is an illness frequently, if not invariably, accompanied by serious infections and the real risk of overdose that compromise their physical health and the health of other members of the public. I do not assign or apportion blame, but I conclude that their situation results from a complicated combination of personal, governmental and legal factors: a mixture of genetic, psychological, sociological and familial problems; the inability, despite serious and prolonged efforts, of municipal, provincial and federal governments, as well as numerous non-profit organizations, to provide meaningful and effective support and solutions; and the failure of the criminal law to prevent the trafficking of controlled substances in the DTES as evidenced by the continuing prevalence of addiction in the area.

[28] With respect to outcomes, Pitfield J. accepted the findings of the Expert Advisory Committee's report to the federal Minister of Health with respect to Insite (para. 85). In its report, the Expert Advisory Committee concluded, *inter alia*, that:

- observations in the period shortly before and after the opening of Insite indicated a reduction in the number of people injecting in public;

1. La dépendance est une maladie. L'un des aspects de cette maladie est l'état de manque ou le besoin constant de la personne qui en souffre de consommer la substance dont elle est dépendante.

2. Les substances désignées, comme l'héroïne et la cocaïne, introduites dans le sang par injection ne causent pas l'hépatite C ni le VIH/sida. C'est l'utilisation de matériel, de techniques et de procédures d'injection non hygiéniques qui permet la transmission de ces infections ou maladies d'un sujet à l'autre;

3. En s'injectant des drogues en présence de professionnels de la santé qualifiés, le toxicomane réduit ses risques de morbidité et de mortalité reliés à sa dépendance et à sa consommation par injection.

Par contre, les causes fondamentales de la dépendance sont moins certaines et plus controversées. Les éléments de preuve sur la particularité du quartier DTES, un grand nombre de ses résidants et la nature de la dépendance produits en l'espèce m'amènent aux conclusions qui suivent.

Les résidants du DTES qui souffrent d'une dépendance à l'héroïne, à la cocaïne ou à d'autres substances désignées ne consomment pas à des fins récréatives. Leur dépendance est une maladie souvent, sinon toujours, assortie de graves infections et d'un véritable danger de surdose qui compromettent leur santé physique et celle d'autres membres du public. Sans vouloir chercher de coupable, je conclus que leur situation découle d'une combinaison complexe de facteurs personnels, gouvernementaux et juridiques : un mélange de problèmes génétiques, psychologiques, sociaux et familiaux; l'incapacité, malgré des efforts sérieux et réitérés des gouvernements municipal, provincial et fédéral, ainsi que de nombreux organismes à but non lucratif, de fournir des solutions et un soutien véritables et efficaces et l'incapacité du droit criminel d'empêcher le trafic de substances désignées dans le quartier DTES, comme en fait foi la toxicomanie qui y sévit toujours.

[28] En ce qui concerne l'incidence du projet, le juge Pitfield a fait siennes les conclusions énoncées par le comité consultatif d'experts dans son rapport au ministre fédéral de la Santé concernant Insite (par. 85). Voici certaines de ces conclusions :

- D'après des observations faites peu avant et après l'ouverture d'Insite, le nombre des personnes qui s'injectent en public a diminué.

- there was no evidence of increases in drug-related loitering, drug dealing or petty crime in the area around Insite;

- the local Chinese Business Association reported reductions in crime in the Chinese business district outside the DTES;

- police data showed no changes in rates of crime recorded in the DTES;

- there was no evidence that Insite increased the relapse rate among injection drug users; and

- the cost/benefit analysis was favourable.

[29] Pitfield J. rejected VANDU's application for a declaration that the activities of the staff of Insite did not amount to possession or trafficking. The question of whether an individual has committed either offence is fact-dependent and not amenable to a judicial declaration "in the air" (para. 98).

[30] Pitfield J. also rejected the claim that Insite was shielded from the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* by the operation of the doctrine of interjurisdictional immunity. He noted this Court's ambivalence towards the doctrine in recent years and its view that interjurisdictional immunity should only be employed sparingly (para. 118). In cases of "double aspect" where both levels of government may regulate the same subject matter, Pitfield J. held that the courts "must strive to give legitimacy to both legislative initiatives" (para. 119). The federal and provincial legislation conflicted, with the result that the federal scheme prevailed to the extent of the conflict by virtue of the doctrine of federal paramountcy.

[31] With respect to the *Charter* claim, Pitfield J. found that the s. 7 rights of life, liberty, and security of the person were all engaged by the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* to Insite. Applied to Insite, the impugned provisions of the *CDSA* did

- Aucun élément ne prouve qu'il y ait eu augmentation du flânage en rapport avec la drogue, du trafic de stupéfiants ou de la petite délinquance à l'entour d'Insite.

- La Chinese Business Association locale fait état d'une diminution de la criminalité dans le quartier des affaires chinois en dehors du DTES.

- Les données de la police n'indiquent pas de changement du taux de la criminalité dans le DTES.

- Aucun élément ne prouve qu'Insite augmente le taux de rechute chez les consommateurs de drogues injectables.

- L'analyse coûts-avantages est positive.

[29] Le juge Pitfield a refusé de déclarer que les activités du personnel d'Insite ne constituaient pas de la possession ou du trafic, comme le lui demandait VANDU. La question de savoir si une personne a commis l'une ou l'autre infraction dépend des faits et ne se prête pas à un jugement déclaratoire rendu [TRADUCTION] « dans l'absolu » (par. 98).

[30] Le juge Pitfield a également rejeté la prétention selon laquelle la doctrine de l'exclusivité des compétences soustrayait Insite à l'application des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*. Il a souligné l'ambivalence récente de la Cour à l'égard de cette doctrine et s'est dit d'avis qu'elle ne devrait s'appliquer que rarement (par. 118). Selon lui, dans les cas présentant un « double aspect », où les deux ordres de gouvernement peuvent légiférer dans un même domaine, les tribunaux [TRADUCTION] « doivent s'efforcer de donner effet aux deux mesures législatives » (par. 119). Les dispositions fédérales et provinciales étant incompatibles, le régime fédéral prévalait dans la mesure de cette incompatibilité, suivant la doctrine de la prépondérance fédérale.

[31] Quant à l'argument fondé sur la *Charte*, le juge Pitfield a conclu que l'application à Insite des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* mettait en jeu les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7. Appliquées à Insite, les dispositions

not accord with the principles of fundamental justice because they arbitrarily prohibited the management of addiction and its associated risks. The arbitrariness of the scheme was not cured by s. 56 of the *CDSA*, because the Minister's discretion to grant exemptions was unfettered. Pitfield J. went on to hold that the violation of s. 7 could not be saved under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, he declared ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* unconstitutional and of no force and effect. He suspended the declaration of constitutional invalidity and granted Insite a constitutional exemption, permitting it to continue to operate free from federal drug laws.

contestées de la *Loi* n'étaient pas conformes aux principes de justice fondamentale, parce qu'elles interdisaient arbitrairement la gestion de la dépendance et des risques qui y sont associés. L'article 56 de la *Loi* ne pouvait remédier au caractère arbitraire du régime parce que le pouvoir discrétionnaire du ministre d'accorder ou non des exemptions était absolu. Le juge Pitfield a poursuivi en concluant que la violation de l'art. 7 ne pouvait se justifier au regard de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, il a déclaré inconstitutionnels et inopérants les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*. Il a suspendu la déclaration d'invalidité constitutionnelle et accordé à Insite une exemption constitutionnelle le soustrayant à l'application des lois fédérales antidrogue pour lui permettre de poursuivre ses activités.

B. *British Columbia Court of Appeal, 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269*

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique, 2010 BCCA 15, 100 B.C.L.R. (4th) 269*

[32] The British Columbia Court of Appeal upheld the trial judge's conclusion that Insite should continue to operate free from federal drug prohibitions. Rowles J.A., writing for herself and concurring with Huddart J.A., upheld the trial judge's decision with respect to the *Charter* claim, although she would have found the law overbroad, rather than arbitrary. She agreed with Pitfield J. that the application of the *CDSA* to the activities at Insite would have a grossly disproportionate effect on its clients by denying them access to necessary health care, with no corresponding benefit either to themselves or to society at large.

[32] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé la conclusion du juge de première instance qu'Insite devait poursuivre ses activités sans égard aux interdictions fédérales en matière de drogues. La juge Rowles, en son nom et en accord avec la juge Huddart, a confirmé la décision de première instance sur l'argument fondé sur la *Charte*, bien que la loi fût, à son avis, trop générale, plutôt qu'arbitraire. Elle estimait, comme le juge Pitfield, que l'application de la *Loi* aux activités d'Insite aurait une incidence exagérément disproportionnée sur ses clients, en leur refusant l'accès à des soins de santé essentiels, sans qu'il en découle d'avantage équivalent pour eux ou pour la société en général.

[33] Rowles J.A. also concurred with the reasons of Huddart J.A., holding that the federal drug laws were inapplicable to Insite by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. Insite, Huddart J.A. held, is a provincial undertaking created under the provincial power over hospitals. The determination of the nature of services to be provided by a hospital, she held, is at the core of the purpose of the provincial health power, and cannot be undercut by conflicting federal laws. At para. 162, she wrote:

[33] La juge Rowles a également souscrit aux motifs de la juge Huddart selon qui les lois fédérales antidrogue étaient inapplicables à Insite en vertu de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Aux yeux de la juge Huddart, Insite constitue une entreprise provinciale établie en vertu du pouvoir conféré à la législature provinciale relativement aux hôpitaux. Elle a conclu que la détermination de la nature des services que doit fournir un hôpital touche à l'essence même de l'objet du pouvoir provincial en matière de santé et ne saurait être entravée par des mesures législatives fédérales incompatibles. Voici ce qu'elle a dit, au par. 162 :

If the federal executive, in exercising or failing to exercise authority granted to it by Parliament, can effectively prohibit a form of health care vital to the delivery of a provincial health care program, that means Parliament has an effective veto over provincial health care services, to the extent its use of the criminal power can be justified by the potential for harm to public health or safety. That is just the sort of intrusion into a provincial domain that constituted an impermissible intrusion into the federal domain in *Bell Canada* [*v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at pp. 797-98].

[TRADUCTION] Si l'exécutif fédéral, en exerçant ou en omettant d'exercer le pouvoir que lui a conféré le législateur, peut de fait interdire certains soins de santé essentiels à l'exécution d'un programme de santé provincial, le législateur fédéral dispose d'un véritable veto sur les soins de santé provinciaux, dans la mesure où le risque pour la santé ou la sécurité publiques justifie l'exercice de son pouvoir en matière criminelle. Il s'agit d'un empiétement dans un domaine provincial du même type que l'empiétement dans un domaine fédéral qui a été jugé inacceptable dans *Bell Canada* [*c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 797-798].

The immunity created, Huddart J.A. held, "would apply only to exempt a health care service considered essential by a provincial agency with the authority to make that decision under provincial legislation" (para. 167). She concluded that "[i]f interjurisdictional immunity is not available to a provincial undertaking on the facts of this case, then it may well be said the doctrine is not reciprocal and can never be applied to protect exclusive provincial powers" (para. 176).

Selon la juge Huddart, l'immunité créée [TRADUCTION] « ne s'appliquerait que pour exempter un service de santé considéré essentiel par un organisme provincial habilité par une loi provinciale à en décider » (par. 167). Elle a conclu que [TRADUCTION] « [s]i une entreprise provinciale ne peut invoquer l'exclusivité des compétences dans une situation comme celle-ci, on peut mettre en doute la réciprocité de la doctrine et la possibilité qu'elle puisse s'appliquer pour protéger les pouvoirs exclusifs des provinces » (par. 176).

[34] D. Smith J.A. dissented on both the *Charter* and the division of powers issues. With respect to the *Charter*, she held that although a deprivation of s. 7 rights had been made out, the claimants had not established that the deprivation was not in accordance with the principles of fundamental justice. With respect to arbitrariness, she found that "there was no evidence presented to show that the blanket prohibition of possession of illegal drugs is not rationally connected to or is inconsistent with the overall state interest in health and public safety" (para. 291). Similar conclusions were reached with respect to disproportionality and overbreadth. The claimants "provided no evidence to show that Parliament could prevent increased drug use, addiction, and associated crime by something other than a blanket prohibition" (para. 297). The claimants had provided no evidence upon which the court could conclude that Parliament could have achieved its goals of

[34] La juge D. Smith a exprimé sa dissidence tant sur la question relative à la *Charte* que sur celle du partage des compétences. Quant à la première, elle a conclu que, bien qu'ayant établi une atteinte aux droits garantis par l'art. 7, les demandeurs n'avaient pas démontré le non-respect des principes de justice fondamentale. Au sujet du caractère arbitraire de la mesure, selon elle, [TRADUCTION] « aucun élément de preuve produit n'a démontré l'absence de lien rationnel ou l'incompatibilité de l'interdiction générale de posséder des drogues illégales avec l'intérêt général de l'État en matière de santé et de sécurité publiques » (par. 291). Elle a tiré des conclusions semblables relativement au caractère disproportionné et à la portée excessive : les demandeurs [TRADUCTION] « n'ont fourni aucune preuve démontrant que le législateur pouvait contenir la consommation de drogue, la dépendance et la criminalité qui en découle par un autre moyen qu'une interdiction générale » (par. 297). Ils n'ont présenté

protecting the health and safety of all Canadians from dangerous and addictive drugs by alternative and narrower legislative means (para. 303).

[35] On the division of powers issue, D. Smith J.A. essentially agreed with the trial judge. She reviewed the recent jurisprudence of this Court on interjurisdictional immunity, and concluded that the doctrine was limited to circumstances in which previous case law had identified an area of exclusive legislative authority (para. 225). Accordingly, she concluded that the doctrine of interjurisdictional immunity should not apply to the provincial power over health care services and hospitals.

III. Questions on Appeal

[36] The Attorney General of Canada asks this Court to overturn the Court of Appeal's holdings on the division of powers and the *Charter*. These questions are considered separately below. The first question is whether ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are constitutionally inapplicable to the activities of the staff and clients at Insite by virtue of the division of powers. The second question is whether ss. 4(1) and 5(1) infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Charter*, and if so, whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

IV. Statutory and Constitutional Provisions

A. *The CDSA*

[37] The federal government, exercising its criminal law power, has enacted the *CDSA*. The *CDSA* makes it a crime to possess or traffic in illegal drugs across Canada. The *CDSA* regulates drug possession and trafficking in two complementary ways.

aucun élément de preuve permettant au tribunal de conclure que le législateur aurait pu atteindre ses objectifs de protection de la santé et de la sécurité de la population canadienne contre les drogues dangereuses créant une dépendance grâce à d'autres mesures législatives d'une portée plus restreinte (par. 303).

[35] Sur la question du partage des compétences, la juge D. Smith a essentiellement souscrit à l'opinion du juge de première instance. Ayant passé en revue la jurisprudence récente de la Cour sur l'exclusivité des compétences, elle a conclu que cette doctrine se limitait aux situations pour lesquelles la jurisprudence antérieure avait circonscrit un domaine de compétence législative exclusive (par. 225). Par conséquent, elle a conclu que la doctrine de l'exclusivité des compétences ne devrait pas s'appliquer à la compétence provinciale en matière de soins de santé et d'hôpitaux.

III. Les questions soulevées dans le pourvoi

[36] Le procureur général du Canada demande à la Cour d'infirmer les décisions de la Cour d'appel concernant le partage des compétences et la *Charte*. Ces deux sujets sont examinés séparément plus loin. La première question consiste à savoir si les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inapplicables, sur le plan constitutionnel, aux activités du personnel et des clients d'Insite en raison du partage des compétences. La deuxième question consiste à savoir si les par. 4(1) et 5(1) portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* et, dans l'affirmative, si cette atteinte est justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*.

IV. Les dispositions législatives et constitutionnelles

A. *La Loi*

[37] Le législateur fédéral, dans l'exercice de son pouvoir en matière criminelle, a adopté la *Loi*, aux termes de laquelle quiconque possède des drogues illégales ou en fait le trafic au Canada commet une infraction. La *Loi* réglemente la possession et le trafic de drogues de deux façons complémentaires.

[38] First, the *CDSA* prohibits possession and trafficking in ss. 4(1) and 5(1):

4. (1) Except as authorized under the regulations, no person shall possess a substance included in Schedule I, II or III.

. . .

5. (1) No person shall traffic in a substance included in Schedule I, II, III or IV or in any substance represented or held out by that person to be such a substance.

[39] Second, the *CDSA* empowers the Minister of Health to issue exemptions for medical or scientific reasons, or for any purpose the Minister deems to be in the public interest:

56. The Minister may, on such terms and conditions as the Minister deems necessary, exempt any person or class of persons or any controlled substance or precursor or any class thereof from the application of all or any of the provisions of this Act or the regulations if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest.

[40] Section 55 complements the s. 56 exemption power by giving the Governor in Council the power to make regulations concerning the use and distribution of controlled substances in their permitted applications.

[41] The mechanisms embodied in the *CDSA* — general prohibitions subject to targeted ministerial exemptions — reflect the dual purpose of the *CDSA*: the protection of both public safety and public health. This dual purpose is also reflected in the sentencing provision of the *CDSA*, s. 10(1), which directs that "the fundamental purpose of any sentence for an offence under this Part is to contribute to the respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society while encouraging rehabilitation, and treatment in appropriate circumstances, of offenders and acknowledging the harm done to victims and to the community".

B. *The Constitutional Provisions*

[42] Canada has asserted jurisdiction to prohibit the possession and trafficking of illicit drugs by

[38] Premièrement, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* interdisent la possession et le trafic :

4. (1) Sauf dans les cas autorisés aux termes des règlements, la possession de toute substance inscrite aux annexes I, II ou III est interdite.

. . .

5. (1) Il est interdit de faire le trafic de toute substance inscrite aux annexes I, II, III ou IV ou de toute substance présentée ou tenue pour telle par le trafiquant.

[39] Deuxièmement, la *Loi* habilite le ministre de la Santé à accorder des exemptions pour des raisons médicales ou scientifiques ou pour toute raison qu'il juge d'intérêt public :

56. S'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient, le ministre peut, aux conditions qu'il fixe, soustraire à l'application de tout ou partie de la présente loi ou de ses règlements toute personne ou catégorie de personnes, ou toute substance désignée ou tout précurseur ou toute catégorie de ceux-ci.

[40] L'article 55 complète le pouvoir d'accorder une exemption prévu à l'art. 56 en habilitant le gouverneur en conseil à prendre des règlements concernant l'utilisation et la distribution de substances désignées pour leurs applications autorisées.

[41] Les mécanismes prévus dans la *Loi* — interdictions générales assorties d'exemptions sélectives accordées par le ministre — reflètent le double objet de cette loi : la protection de la sécurité et de la santé publiques. Ce double objet ressort également du par. 10(1) de la *Loi*, relatif à la détermination de la peine, qui précise que « le prononcé des peines prévues à la présente partie a pour objectif essentiel de contribuer au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre tout en favorisant la réinsertion sociale des délinquants et, dans les cas indiqués, leur traitement et en reconnaissant les torts causés aux victimes ou à la collectivité ».

B. *Les dispositions constitutionnelles*

[42] Le Canada a exercé son pouvoir d'interdire la possession et le trafic de drogues illégales en

virtue of its power to enact criminal laws under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*:

> **91.** . . . it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —
>
> . . .
>
> 27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

[43] The claimants and the Attorney General of British Columbia submit that Insite is exempt from the prohibitions in the federal *CDSA* because decisions about health facilities fall within provincial jurisdiction over health under s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*:

> **92.** In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —
>
> 7. The Establishment, Maintenance, and Management of Hospitals, Asylums, Charities, and Eleemosynary Institutions in and for the Province, other than Marine Hospitals.
>
> . . .
>
> 13. Property and Civil Rights in the Province.
>
> . . .
>
> 16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

The Province, exercising these powers, has delegated them to the VCHA, which in turn established Insite.

[44] The claimants also invoke ss. 1 and 7 of the *Charter*:

s'appuyant sur la compétence législative en droit criminel que lui confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* :

> **91.** . . . il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l'autorité législative exclusive du parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :
>
> . . .
>
> 27. La loi criminelle, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle.

[43] Les demandeurs et le procureur général de la Colombie-Britannique font valoir qu'Insite échappe aux interdictions établies dans la *Loi* par le législateur fédéral, étant donné que les décisions portant sur les établissements de santé relèvent de la compétence conférée aux provinces en matière de santé par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, que voici :

> **92.** Dans chaque province la législature pourra exclusivement faire des lois relatives aux matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir :
>
> . . .
>
> 7. L'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité dans la province, autres que les hôpitaux de marine;
>
> . . .
>
> 13. La propriété et les droits civils dans la province;
>
> . . .
>
> 16. Généralement toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

La province, dans l'exercice de ces compétences, a délégué ces pouvoirs à la VCHA, qui a mis sur pied Insite.

[44] Les demandeurs invoquent également l'article premier et l'art. 7 de la *Charte* :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

. . .

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

V. Division of Powers Arguments

[45] All the parties accept that apart from its application to provincial health facilities, the *CDSA* is valid legislation, pursuant to Parliament's criminal law power, s. 91(27). The issue before the Court is whether, as a result of the division of powers between the federal government and the provinces, Insite is not bound by the valid criminal laws that prohibit the possession and trafficking of controlled substances. The parties and interveners have advanced three arguments in support of this position.

[46] First, the Attorney General of Quebec argues that the impugned provisions of the *CDSA* are *ultra vires* insofar as Insite is concerned because the federal criminal law power cannot interfere with the regulation of provincial health facilities.

[47] Second, the Attorney General of British Columbia argues that the *CDSA* should be read as avoiding interfering with the Province's jurisdiction over health policy. When the *CDSA* is interpreted in this way, British Columbia argues that any institution that a province identifies as serving the public interest must be exempted from the criminal prohibitions of possession and trafficking.

[48] Third, the Attorney General of British Columbia, Mr. Wilson, Ms. Tomic and PHS argue that the doctrine of interjurisdictional immunity should apply to shield provincial decisions about

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

. . .

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

V. Arguments fondés sur le partage des pouvoirs

[45] Sauf en ce qui a trait à son application aux établissements de santé provinciaux, les parties conviennent de la validité de la *Loi*, adoptée en vertu de la compétence en matière criminelle conférée au Parlement par le par. 91(27). La question que la Cour doit trancher est celle de savoir si le partage des pouvoirs entre le fédéral et les provinces a pour effet de soustraire Insite aux dispositions criminelles valides interdisant la possession et le trafic de substances désignées. Les parties et les intervenants ont fait valoir trois arguments au soutien de leur thèse.

[46] Premièrement, le procureur général du Québec soutient que, dans la mesure de leur application à Insite, les dispositions contestées de la *Loi* sont *ultra vires*, car la compétence fédérale en matière criminelle ne peut entraver la réglementation d'établissements de santé provinciaux.

[47] Deuxièmement, le procureur général de la Colombie-Britannique fait valoir qu'il faut interpréter la *Loi* de façon à éviter qu'elle entre en conflit avec la compétence provinciale en matière de politique sur la santé. Selon la Colombie-Britannique, suivant une telle interprétation, tout établissement reconnu d'intérêt public par la province serait soustrait aux interdictions criminelles de possession et de trafic.

[48] Troisièmement, le procureur général de la Colombie-Britannique, M. Wilson, M^{me} Tomic et PHS font valoir que la doctrine de l'exclusivité des compétences devrait avoir pour effet de mettre

medical treatments from interference by the federal government.

[49] I consider each of these arguments below.

A. *Are the Impugned Provisions of the CDSA Ultra Vires?*

[50] The Attorney General of Quebec submits that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are partially invalid because they exceed Parliament's jurisdiction to enact criminal laws under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. Quebec argues that while the federal government is permitted to criminalize the possession and trafficking of illicit drugs in many contexts, prohibiting these drugs in a medical context is *ultra vires* the federal government. Quebec acknowledges that its approach might appear novel.

[51] This argument appears to confuse the constitutional validity of a law with the applicability of a valid law. When determining whether a law is valid under the division of powers, the Court looks to the dominant purpose of the law. The fact that the law at issue in this case has the incidental effect of regulating provincial health institutions does not mean that it is constitutionally invalid. A valid federal law may have incidental impacts on provincial matters: *Canadian Western Bank v. Alberta*, 2007 SCC 22, [2007] 2 S.C.R. 3, at para. 28; *Global Securities Corp. v. British Columbia (Securities Commission)*, 2000 SCC 21, [2000] 1 S.C.R. 494, at para. 23. It is therefore untenable to argue, as I understand Quebec to do, that a valid federal law becomes invalid if it affects a provincial subject, in this case health.

[52] In pith and substance, the impugned provisions of the *CDSA* are valid exercises of the federal criminal law power. At trial, PHS conceded that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* were "concerned with suppressing the availability of drugs that have harmful effects on human health" (para. 112). The protection of public health and safety from the

les décisions provinciales relatives aux traitements médicaux à l'abri d'une ingérence fédérale.

[49] J'examinerai maintenant chacun de ces arguments.

A. *Les dispositions contestées de la Loi sont-elles ultra vires?*

[50] Selon le procureur général du Québec, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont partiellement invalides, car ils outrepassent le pouvoir d'adopter des lois criminelles conféré au Parlement par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le Québec convient que le Parlement a le pouvoir de criminaliser la possession et le trafic de drogues illicites dans de nombreux contextes, mais estime qu'une telle interdiction en contexte médical excède la compétence fédérale. Le Québec admet que sa thèse pourrait être perçue comme inédite.

[51] Cet argument semble confondre la validité constitutionnelle d'une loi et l'applicabilité d'une loi valide. Pour apprécier la validité d'une mesure législative au regard du partage des compétences, la Cour en détermine l'objet principal. En l'espèce, le fait que les dispositions contestées ont pour effet accessoire de réglementer des établissements de santé provinciaux n'en emporte pas l'inconstitutionnalité, car une loi fédérale valide peut avoir des effets accessoires sur des matières de compétence provinciale : *Banque canadienne de l'Ouest c. Alberta*, 2007 CSC 22, [2007] 2 R.C.S. 3, par. 28; *Global Securities Corp. c. Colombie-Britannique (Securities Commission)*, 2000 CSC 21, [2000] 1 R.C.S. 494, par. 23. On ne peut donc prétendre, comme le fait le Québec à ce que je comprends, qu'une loi fédérale valide devient invalide si elle touche une matière de compétence provinciale, en l'occurrence la santé.

[52] Compte tenu de leur caractère véritable, les dispositions contestées de la *Loi* constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle. Au procès, PHS a reconnu que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* [TRADUCTION] « visent l'élimination de l'accès aux drogues qui ont des effets nocifs sur la santé humaine » (par. 112). La

effects of addictive drugs is a valid criminal law purpose: *R. v. Malmo-Levine*, 2003 SCC 74, [2003] 3 S.C.R. 571, at paras. 77-78. Additionally, the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1) are backed by penalties. Since none of the parties have argued that the impugned provisions colourably intrude on provincial jurisdiction, I conclude that they are valid exercises of the criminal law power.

protection de la santé et de la sécurité publiques contre les effets des drogues créant une dépendance est un objectif légitime du droit criminel : *R. c. Malmo-Levine*, 2003 CSC 74, [2003] 3 R.C.S. 571, par. 77-78. De plus, les interdictions figurant aux par. 4(1) et 5(1) sont assorties de sanctions pénales. Puisqu'aucune des parties n'a prétendu que les dispositions contestées empiètent de façon déguisée sur la compétence provinciale, je conclus qu'elles constituent un exercice valide de la compétence fédérale en matière criminelle.

B. *Should Sections 4(1) and 5(1) Be Read as Not Applying to Insite?*

[53] The Attorney General of British Columbia argues that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* should be read as not applying to Insite. Relying on this Court's decision in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307 ("*Jabour*"), British Columbia argues that federal criminal laws are "implicitly constrained to operate consistently with the public interest" (AGBC Factum, at para. 47). It argues that once a province establishes that a particular activity (in this case the provision of health services through Insite) serves the public interest, that activity is exempt from the operation of federal criminal laws. Since the Province has authorized the operation of Insite in the public interest, the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* do not apply to it.

B. *Les paragraphes 4(1) et 5(1) doivent-ils être interprétés comme ne s'appliquant pas à Insite?*

[53] Selon le procureur général de la Colombie-Britannique, les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* devraient être interprétés comme ne s'appliquant pas à Insite. Alléguant la décision de la Cour dans *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307 (« *Jabour* »), la Colombie-Britannique fait valoir que la législation fédérale en matière criminelle [TRADUCTION] « comporte des limites implicites pour s'appliquer en conformité avec l'intérêt public » (mémoire du procureur général de la C.-B., par. 47). Selon elle, dès qu'une province établit qu'une certaine activité (en l'occurrence la prestation par Insite de services de santé) sert l'intérêt public, cette activité est soustraite à l'application des lois fédérales en matière criminelle. Puisque c'est dans l'intérêt public que la province a autorisé Insite, les interdictions prévues aux par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* ne s'y appliqueraient pas.

[54] *Jabour* does not establish that federal criminal laws cease to apply if their application is inconsistent with the public interest, as defined by a province. The issue before the Court in *Jabour* was whether s. 32 of the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, which only prohibited activities that harmed the public interest, interfered with the operation of a provincial law society. The Court, *per* Estey J., held that "[w]hen a federal statute can be properly interpreted so as not to interfere with a provincial statute, such an interpretation is to be applied in preference to another applicable construction which would

[54] L'arrêt *Jabour* n'établit pas que les lois fédérales en matière criminelle cessent de s'appliquer dans les cas où leur application est incompatible avec l'intérêt public, tel que le définit une province. Dans cette affaire, la Cour était saisie de la question de savoir si l'art. 32 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, ch. C-23, qui n'interdisait que les activités contraires à l'intérêt public, entravait les activités d'un barreau provincial. La Cour, sous la plume du juge Estey, a conclu que « [c]haque fois qu'on peut légitimement interpréter une loi fédérale de manière qu'elle n'entre pas en conflit avec une loi provinciale, il faut

bring about a conflict between the two statutes" (p. 356).

[55] The decision in *Jabour* rested on the fact that the prohibition in the *Combines Investigation Act* extended only to activities that harmed the public interest. *Jabour* was about interpreting the federal statute. It did not establish a general rule that provincial programmes designed to advance the public interest are always exempt from the operation of the criminal law. The Court made this point in *Garland v. Consumers' Gas Co.*, 2004 SCC 25, [2004] 1 S.C.R. 629, *per* Iacobucci J., who wrote that the principle of interpretation adopted in *Jabour* would only apply where Parliament has "expressly or by necessary implication . . . granted leeway to those acting pursuant to a valid provincial regulatory scheme" (para. 77).

[56] The wording of s. 56 of the *CDSA* makes clear that the federal government did not grant any leeway to the provinces. Section 56 establishes that the federal Minister may grant exemptions "on such terms and conditions as the Minister deems necessary . . . if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest". The federal Minister alone has the power to determine if an activity should be exempt from the prohibitions in the *CDSA*. Action by provincial authorities is neither contemplated nor authorized by the *CDSA*. To put it another way, the *CDSA* grants no leeway to the provinces, and cannot be interpreted as exempting the provinces from its provisions.

C. *Interjurisdictional Immunity*

[57] British Columbia, Mr. Wilson, Ms. Tomic and PHS argue that Insite is shielded from the operation of the *CDSA* by virtue of the doctrine of interjurisdictional immunity. The argument, accepted by the majority of the Court of Appeal, is that decisions about what treatment may be offered in provincial health facilities lie at the core of the provincial jurisdiction in the area of health care, and are therefore protected from federal intrusions

appliquer cette interprétation de préférence à toute autre qui entraînerait un conflit » (p. 356).

[55] La décision rendue dans *Jabour* reposait sur le fait que l'interdiction prévue par la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* ne s'appliquait qu'aux activités contraires à l'intérêt public. Elle touchait l'interprétation de la loi fédérale. Elle n'a établi aucune règle générale voulant que des programmes provinciaux conçus dans l'intérêt public soient inévitablement soustraits à l'application d'une loi en matière criminelle. La Cour l'a confirmé dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, 2004 CSC 25, [2004] 1 R.C.S. 629, où le juge Iacobucci a précisé que le principe d'interprétation adopté dans *Jabour* serait réservé aux cas où le législateur fédéral « soit expressément ou par déduction nécessaire, [. . .] accorde la liberté [. . .] à ceux qui agissent conformément à un régime de réglementation provincial valide » (par. 77).

[56] Il ressort du libellé de l'art. 56 de la *Loi* que le législateur fédéral n'a accordé aucune liberté aux provinces. Cette disposition habilite le ministre fédéral, « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient », à accorder des exemptions « aux conditions qu'il fixe ». Seul le ministre fédéral peut déterminer si une activité doit être exemptée des interdictions établies par la *Loi*. Aucun acte de l'administration provinciale n'est prévu ni autorisé par la *Loi*. Autrement dit, la *Loi* n'accorde aucune liberté aux provinces, et ne peut être interprétée comme les soustrayant à ses dispositions.

C. *Exclusivité des compétences*

[57] La Colombie-Britannique, M. Wilson, M^me^ Tomic et PHS prétendent qu'Insite est soustrait à l'application de la *Loi* en raison de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Suivant leur argument, retenu par les juges majoritaires de la Cour d'appel, les décisions relatives aux traitements offerts par des établissements de santé provinciaux touchent à l'essence même de la compétence provinciale en matière de soins de santé, de sorte que

by the doctrine of interjurisdictional immunity. Accordingly, they say that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are of no force or effect to the extent that they impair the Province's ability to make decisions about health care services.

[58] The doctrine of interjurisdictional immunity is premised on the idea that there is a "basic, minimum and unassailable content" to the heads of powers in ss. 91 and 92 of the *Constitution Act, 1867* that must be protected from impairment by the other level of government: *Bell Canada v. Quebec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 S.C.R. 749, at p. 839. In cases where interjurisdictional immunity is found to apply, the law enacted by the other level of government remains valid, but has no application with regard to the identified "core".

[59] It is not necessary to show that there is a conflict between the laws adopted by the two levels of government for interjurisdictional immunity to apply: *Quebec (Attorney General) v. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 SCC 39, [2010] 2 S.C.R. 536, at para. 52 ("*COPA*"). Indeed, it is not even necessary for the government benefiting from the immunity to be exercising its exclusive authority: *Canadian Western Bank*, at para. 34.

[60] The doctrine of interjurisdictional immunity has been applied to circumscribed areas of activity referred to in the cases as undertakings. These include aviation, ports, interprovincial rail and federal communications works. The doctrine has also been applied to federal things like Aboriginal land, and federally regulated persons such as Aboriginal peoples: *Derrickson v. Derrickson*, [1986] 1 S.C.R. 285; *Natural Parents v. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 S.C.R. 751; see also *Canadian Western Bank*, at para. 41. It has never been applied to a broad and amorphous area of jurisdiction.

la doctrine de l'exclusivité des compétences les protègent des ingérences fédérales. Par conséquent, ils affirment que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inopérants dans la mesure où ils entravent la prise de décisions par la province en matière de soins de santé.

[58] La doctrine de l'exclusivité des compétences repose sur la prémisse que les chefs de compétence prévus aux art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont un « contenu minimum élémentaire et irréductible », qui doit être protégé contre l'ingérence de l'autre ordre de gouvernement : *Bell Canada c. Québec (Commission de la santé et de la sécurité du travail)*, [1988] 1 R.C.S. 749, p. 839. S'il est établi que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application, la mesure législative adoptée par l'autre ordre de gouvernement demeure valide, mais ne s'applique pas à l'égard de ce « contenu essentiel ».

[59] Point n'est besoin de démontrer l'existence d'un conflit entre les mesures législatives adoptées par l'un et l'autre gouvernement pour que la doctrine de l'exclusivité des compétences trouve application : *Québec (Procureur général) c. Canadian Owners and Pilots Association*, 2010 CSC 39, [2010] 2 R.C.S. 536, par. 52 (« *COPA* »). En fait, il n'est même pas nécessaire que l'ordre de gouvernement en faveur duquel joue cette doctrine exerce sa compétence exclusive : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 34.

[60] La doctrine de l'exclusivité des compétences a déjà été appliquée à des domaines d'activités circonscrits, qualifiés d'entreprises dans la jurisprudence. Il s'agit notamment de l'aviation, des ports, des chemins de fer interprovinciaux et des ouvrages de communication de compétence fédérale. Elle a aussi été appliquée à des choses relevant du gouvernement fédéral, comme les terres autochtones, et à des personnes régies par une loi fédérale, comme les Autochtones : *Derrickson c. Derrickson*, [1986] 1 R.C.S. 285; *Parents naturels c. Superintendent of Child Welfare*, [1976] 2 R.C.S. 751; voir également *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 41. Jamais elle n'a été appliquée à un domaine de compétence large et ambigu.

[61] Recent jurisprudence has tended to confine the doctrine of interjurisdictional immunity. In *Canadian Western Bank*, the majority stated that "although the doctrine of interjurisdictional immunity has a proper part to play in appropriate circumstances, we intend now to make it clear that the Court does not favour an intensive reliance on the doctrine, nor should we accept the invitation of the appellants to turn it into a doctrine of first recourse in a division of powers dispute" (para. 47). More recently, in *COPA*, the majority held that the doctrine "has not been removed from the federalism analysis", but rather remains "in a form constrained by principle and precedent" (para. 58).

[62] This caution reflects three related concerns. First, the doctrine of interjurisdictional immunity is in tension with the dominant approach that permits concurrent federal and provincial legislation with respect to a matter, provided the legislation is directed at a legitimate federal or provincial aspect, as the case may be. This model of federalism recognizes that in practice there is significant overlap between the federal and provincial areas of jurisdiction, and provides that both governments should be permitted to legislate for their own valid purposes in these areas of overlap.

[63] Second, the doctrine is in tension with the emergent practice of cooperative federalism, which increasingly features interlocking federal and provincial legislative schemes. In the spirit of cooperative federalism, courts "should avoid blocking the application of measures which are taken to be enacted in furtherance of the public interest": *Canadian Western Bank*, at para. 37. Where possible, courts should allow both levels of government to jointly regulate areas that fall within their jurisdiction: *Canadian Western Bank*, at para. 37.

[64] Third, the doctrine of interjurisdictional immunity may overshoot the federal or provincial power in which it is grounded and create legislative "no go" zones where neither level of government

[61] La jurisprudence récente tend à limiter la portée de la doctrine de l'exclusivité des compétences. Dans *Banque canadienne de l'Ouest*, les juges majoritaires précisent que « bien que la doctrine de l'exclusivité des compétences joue un rôle légitime dans les cas indiqués, nous tenons à préciser maintenant que notre Cour ne préconise pas une utilisation intensive de cette doctrine, et nous déclinons l'invitation des appelantes d'en faire la première doctrine examinée dans le cadre d'un différend sur le partage des compétences » (par. 47). Dans *COPA*, un arrêt plus récent, les juges majoritaires déclarent que la doctrine « n'a pas été écartée de l'analyse du fédéralisme canadien », mais « est encadrée par des considérations de principe et des précédents » (par. 58).

[62] Cette précision met en lumière trois problèmes connexes. Premièrement, la doctrine de l'exclusivité des compétences va à l'encontre de l'approche dominante, qui permet l'application parallèle de lois fédérale et provinciale dans un même champ, à condition qu'elles visent un aspect légitimement fédéral ou provincial, selon le cas. Ce modèle de fédéralisme admet un important chevauchement des compétences fédérales et provinciales dans les faits et permet aux deux ordres de gouvernement de légiférer relativement à des objectifs légitimes dans les matières où il y a chevauchement.

[63] Deuxièmement, cette doctrine cadre mal avec la tendance actuelle au fédéralisme coopératif, caractérisé de plus en plus par la coordination des régimes législatifs fédéral et provincial. Dans un esprit de fédéralisme coopératif, les tribunaux « devrai[ent] éviter d'empêcher l'application de mesures considérées comme ayant été adoptées en vue de favoriser l'intérêt public » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37. Dans la mesure du possible, ils devraient permettre aux deux ordres de gouvernement de légiférer de concert dans les matières qui relèvent de leur compétence : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 37.

[64] Troisièmement, la doctrine de l'exclusivité des compétences risque d'attribuer une portée excessive au pouvoir fédéral ou provincial auquel elle se rattache et de créer des zones intouchables

regulates. Since it is not necessary for the government benefiting from the immunity to actually regulate in the field in question, extension of the doctrine of interjurisdictional immunity risks creating "legal vacuums": *Canadian Western Bank*, at para. 44.

[65] While the doctrine of interjurisdictional immunity has been narrowed, it has not been abolished. Predictability, important to the proper functioning of the division of powers, requires recognition of previously established exclusive cores of power: *Canadian Western Bank*, at paras. 23-24. Nor, in principle, is the doctrine confined to federal powers: *Canadian Western Bank*. However, in areas of overlapping jurisdiction, the modern trend is to strike a balance between the federal and provincial governments, through the application of pith and substance analysis and a restrained application of federal paramountcy. Therefore, before applying the doctrine of interjurisdictional immunity in a new area, courts should ask whether the constitutional issue can be resolved on some other basis.

[66] The question in this case is whether the delivery of health care services constitutes a protected core of the provincial power over health care in s. 92(7), (13) and (16) of the *Constitution Act, 1867*, and is therefore immune from federal interference. I conclude that it is not, for three related reasons.

[67] First, the proposed core of the provincial power over health has never been recognized in the jurisprudence. This is not determinative since new areas of exclusive jurisdiction could in theory be identified in the future. However, as noted above, courts are reluctant to identify new areas where interjurisdictional immunity applies.

[68] Second, and more importantly, the claimants in this case have failed to identify a delineated

que les législateurs fédéral et provincial n'occuperont ni l'un ni l'autre. Puisque l'ordre de gouvernement en faveur duquel joue l'exclusivité n'est pas tenu d'exercer sa compétence en la matière, l'application extensive de cette doctrine risque de créer des « vides juridiques » : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 44.

[65] On a certes resserré les limites de la doctrine de l'exclusivité des compétences, mais on ne l'a pas abolie. La prévisibilité, qui joue un rôle important dans le bon fonctionnement du partage des compétences, exige la reconnaissance du contenu essentiel des pouvoirs exclusifs déjà circonscrits : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 23-24. Et cette doctrine, en principe, ne protège pas uniquement les pouvoirs fédéraux : *Banque canadienne de l'Ouest*. Toutefois, en cas de chevauchement, la tendance moderne consiste à trouver le juste équilibre entre les deux ordres de gouvernement, par l'analyse du caractère véritable des mesures prises et par l'application restreinte de la doctrine de la prépondérance fédérale. Par conséquent, avant d'appliquer la doctrine de l'exclusivité des compétences dans un nouveau domaine, les tribunaux doivent se demander s'il est possible de trancher la question constitutionnelle sur un autre fondement.

[66] Il s'agit en l'espèce de déterminer si la prestation de soins de santé fait partie du contenu essentiel protégé du pouvoir conféré aux provinces par les par. 92(7), (13) et (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en matière de santé et si elle est de ce fait à l'abri d'une ingérence fédérale. Je conclus qu'il n'en est rien, et ce, pour trois raisons connexes.

[67] Premièrement, la jurisprudence n'a jamais reconnu le contenu essentiel de la compétence provinciale en matière de santé proposé en l'espèce. Cela n'est pas déterminant, car de nouveaux champs de compétence exclusive pourraient éventuellement être reconnus. Toutefois, comme je l'ai dit précédemment, les tribunaux hésitent à circonscrire de nouveaux domaines auxquels s'appliquerait la doctrine de l'exclusivité des compétences.

[68] Deuxièmement, et surtout, les demandeurs en l'espèce n'ont pas réussi à tracer les limites

"core" of an exclusively provincial power. The provincial health power is broad and extensive. It extends to thousands of activities and to a host of different venues. Such a vast core would sit ill with the restrained application of the doctrine called for by the jurisprudence. To complicate the matter, Parliament has power to legislate with respect to federal matters, notably criminal law, that touch on health. For instance, it has historic jurisdiction to prohibit medical treatments that are dangerous, or that it perceives as "socially undesirable" behaviour: *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *R. v. Morgentaler*, [1993] 3 S.C.R. 463. The federal role in the domain of health makes it impossible to precisely define what falls in or out of the proposed provincial "core". Overlapping federal jurisdiction and the sheer size and diversity of provincial health power render daunting the task of drawing a bright line around a protected provincial core of health where federal legislation may not tread.

précises du « contenu essentiel » d'une compétence exclusivement provinciale. La vaste compétence provinciale en matière de santé englobe des milliers d'activités et une multitude d'installations différentes. Un contenu essentiel d'une telle ampleur serait en discordance avec l'application restreinte de la doctrine que préconise la jurisprudence. Pour compliquer les choses, le Parlement a le pouvoir de légiférer dans des matières de compétence fédérale, comme le droit criminel, qui touchent la santé. Ainsi, il a toujours eu le pouvoir d'interdire les traitements médicaux dangereux ou qui, selon lui, constituent une « conduite socialement répréhensible » : *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *R. c. Morgentaler*, [1993] 3 R.C.S. 463. Compte tenu du rôle dévolu au fédéral dans le domaine de la santé, il est impossible de définir précisément les éléments que comporterait ou non le « contenu essentiel » provincial proposé. La compétence fédérale concurrente, ainsi que l'ampleur même et la diversité de la compétence provinciale en matière de santé rendent pratiquement insurmontable la tâche de délimiter avec précision un contenu essentiel provincial qui serait protégé de toute incursion fédérale.

[69] Third, application of interjurisdictional immunity to a protected core of the provincial health power has the potential to create legal vacuums. Excluding the federal criminal law power from a protected provincial core power would mean that Parliament could not legislate on controversial medical procedures, such as human cloning or euthanasia. The provinces might choose not to legislate in these areas, and indeed might not have the power to do so. The result might be a legislative vacuum, inimical to the very concept of the division of powers.

[69] Troisièmement, l'application de la doctrine de l'exclusivité des compétences à un contenu essentiel du pouvoir provincial en matière de santé risque de créer des vides juridiques. Exclure l'exercice de la compétence fédérale en matière de droit criminel à l'égard d'un contenu essentiel protégé du pouvoir provincial aurait pour effet d'empêcher le Parlement de légiférer relativement à des interventions médicales controversées comme le clonage humain et l'euthanasie. Les provinces pourraient décider de ne pas légiférer dans ces matières et, en fait, ne pas en avoir le pouvoir. Il pourrait donc en résulter un vide juridique, ce qui irait à l'encontre du concept même du partage des compétences.

[70] In summary, the doctrine of interjurisdictional immunity is narrow. Its premise of fixed watertight cores is in tension with the evolution of Canadian constitutional interpretation towards the more flexible concepts of double aspect and

[70] Bref, la doctrine de l'exclusivité des compétences a une portée limitée. Le principe des compartiments étanches fixes sur lequel elle repose va à contre-courant de l'évolution de l'interprétation constitutionnelle canadienne, qui tend vers les

cooperative federalism. To apply it here would disturb settled competencies and introduce uncertainties for new ones. Quite simply, the doctrine is neither necessary nor helpful in the resolution of the contest here between the federal government and the provincial government.

D. *Paramountcy*

[71] In the case of a conflict between a federal law and a provincial law, the doctrine of paramountcy means that the federal law prevails to the extent of the inconsistency: *Canadian Western Bank*, at para. 69. While the Attorney General of Canada did not rely on this principle, it merits mention. The doctrine of federal paramountcy applies when there is operational conflict between a federal and provincial law, or when a provincial law would frustrate the purpose of a federal law.

[72] It can be argued that, absent an exemption, the Insite program involves an operational conflict with the federal prohibition on possession of illegal drugs under the *CDSA*. A detailed analysis of paramountcy is unnecessary in this case, however. The complainants concede that if interjurisdictional immunity does not apply, the federal prohibitions on drugs in the *CDSA* apply to Insite, whether by operation of paramountcy or by the requirement that the VCHA exercise its delegated authority within the limits of the criminal law. Indeed, the claimants' *Charter* arguments are premised on the proposition that these prohibitions, absent an exemption, effectively prevent them from operating Insite. It is common ground that absent a constitutional immunity, the federal law constrains operation at Insite and trumps any provincial legislation or policies that conflict with it. It is therefore unnecessary to inquire into whether the conditions for the application of the doctrine of paramountcy and ouster of the provincial scheme are present.

notions plus souples du double aspect et du fédéralisme coopératif. L'appliquer en l'espèce perturberait les compétences bien établies et créerait de l'incertitude quant aux nouvelles. Il n'est tout simplement pas nécessaire ni utile de recourir à cette doctrine en l'espèce pour résoudre le conflit entre les gouvernements fédéral et provincial.

D. *Prépondérance*

[71] Lorsqu'une loi provinciale entre en conflit avec une loi fédérale, la doctrine de la prépondérance veut que la loi fédérale l'emporte dans la mesure de l'incompatibilité : *Banque canadienne de l'Ouest*, par. 69. Bien que le procureur général du Canada n'ait pas invoqué ce principe, il importe de le mentionner. La doctrine de la prépondérance des lois fédérales s'applique lorsque l'application d'une loi provinciale entre en conflit avec celle d'une loi fédérale, ou lorsqu'une loi provinciale contrecarrerait la réalisation de l'objet d'une loi fédérale.

[72] Il est possible de soutenir que, sans exemption, il existe un conflit d'application entre le programme Insite et l'interdiction de possession de drogues illégales établie par la *Loi*. Il n'est toutefois pas nécessaire de procéder à une analyse détaillée de la prépondérance en l'espèce. Les demandeurs concèdent que, dans l'hypothèse où la doctrine de l'exclusivité des compétences ne s'appliquerait pas, les interdictions fédérales relatives aux drogues établies par la *Loi* s'appliqueraient à Insite, par application de la doctrine de la prépondérance ou en raison de l'obligation de la VCHA de respecter les règles de droit criminel dans l'exercice de son pouvoir délégué. En effet, les arguments fondés sur la *Charte* invoqués par les demandeurs reposent sur la prémisse que ces interdictions empêcheront effectivement Insite de poursuivre ses activités si elle n'obtient pas une exemption. Il est admis que, sans immunité constitutionnelle, les activités d'Insite sont assujetties à la loi fédérale et celle-ci a préséance sur la législation et les politiques provinciales incompatibles. Il n'est donc pas nécessaire de déterminer si les conditions nécessaires pour que la doctrine de la prépondérance s'applique et que le régime provincial soit écarté sont réunies.

E. *Conclusion on Division of Powers*

[73] None of the arguments raised against the constitutional validity or applicability of the *CDSA* withstand scrutiny. I conclude that the criminal prohibitions on possession and trafficking in the *CDSA* are constitutionally valid and applicable to Insite under the division of powers.

VI. *Charter* Claims

[74] Three *Charter* claims fall for consideration.

[75] Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS argue that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA*, which prohibit possession and trafficking respectively, are invalid because they limit the claimants' s. 7 rights to life, liberty and security of the person and are not in accordance with the principles of fundamental justice.

[76] In the alternative, they assert that their s. 7 rights have been infringed by the Minister's refusal to extend the exemption for Insite from the application of the federal drug laws.

[77] Finally, VANDU submits that the *CDSA*'s prohibition on possession of drugs limits the s. 7 *Charter* rights of all addicted drug users everywhere, not just at Insite.

[78] Before addressing these arguments, it is necessary to consider Canada's preliminary submission that if the claimants' division of powers arguments fail, their *Charter* arguments must also fail.

A. *Relationship Between the Division of Powers Claim and the Charter Claims*

[79] Canada submits that if this Court concludes that the *CDSA* is valid and applies to Insite under the division of powers, the *Charter* arguments must also fail.

E. *Conclusion sur la question du partage des compétences*

[73] Aucun des arguments contre la validité constitutionnelle ou l'applicabilité de la *Loi* ne résiste à l'examen. Je conclus que les interdictions criminelles de possession et de trafic établies par la *Loi* sont valides sur le plan constitutionnel et que, du point de vue du partage des compétences, elles sont applicables à Insite.

VI. Les allégations fondées sur la *Charte*

[74] Trois allégations fondées sur la *Charte* doivent être examinées.

[75] M^me^ Tomic, M. Wilson et PHS soutiennent que les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*, qui interdisent respectivement la possession et le trafic, sont invalides parce qu'ils restreignent les droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne protégés par l'art. 7 et qu'ils ne sont pas conformes aux principes de justice fondamentale.

[76] À titre subsidiaire, ils plaident que le ministre a porté atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 en refusant de reconduire l'exemption soustrayant Insite à l'application des lois fédérales antidrogue.

[77] Enfin, VANDU prétend que l'interdiction de possession de drogues établie par la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* de tous les toxicomanes, et pas seulement de ceux qui fréquentent Insite.

[78] Avant de trancher ces questions, je dois examiner l'argument préliminaire du Canada selon lequel, si les arguments relatifs au partage des compétences invoqués par les demandeurs sont rejetés, ceux fondés sur la *Charte* doivent aussi être rejetés.

A. *Le lien entre le partage des compétences et les allégations fondées sur la Charte*

[79] Selon le Canada, si la Cour conclut que, du point de vue du partage des compétences, la *Loi* est valide et applicable à Insite, les arguments fondés sur la *Charte* doivent également être rejetés.

[80] Canada asserts that if the *CDSA* is valid federal legislation, then the Province has no legal jurisdiction to operate Insite without federal approval. The idea appears to be that absent a federal exemption, the provincial government does not have the legal authority to provide the safe injection service. It is that constitutional inability, not the *CDSA*, that threatens Insite's delivery of health services. Therefore, the *CDSA* cannot be said to deprive the claimants of any right. Canada also supports its preliminary objection as "a novel variation on the rule that 'one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution'" (A.F., at para. 93, citing *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at p. 373). The idea here seems to be that if the *CDSA* is valid and applicable, upholding *Charter* claims would amount to an internal contradiction within the Constitution.

[81] The answer to the first part of this argument is that the Province does in fact have the constitutional power to establish Insite without federal approval. No one argues that the provision of the health services offered by Insite is not within the provincial health power. The claimants seek a federal exemption from operation of the *CDSA*, not because this is necessary to validate the Province's decision to operate Insite as a health service, but because it is necessary as a practical matter to implement the decision. Insite cannot operate without a federal exemption, not for lack of constitutional powers in the Province, but for the practical reason that neither workers nor clients will come to the facility, making it effectively impossible to offer the proposed health services. Thus, the premise of Canada's argument — that the Province has no legal jurisdiction to operate Insite without federal approval — fails.

[80] Le Canada fait valoir que, si la *Loi* est une loi fédérale valide, la province n'a pas la compétence juridique pour faire fonctionner Insite sans l'approbation du gouvernement fédéral. Suivant la thèse qu'il avance, à défaut d'une exemption fédérale, le gouvernement provincial n'a pas le pouvoir juridique de fournir le service d'injection supervisée. Ce serait cette incapacité constitutionnelle, et non la *Loi*, qui met en péril la prestation des services de santé par Insite. Par conséquent, on ne peut affirmer que la *Loi* prive les demandeurs de quelque droit que ce soit. Le Canada présente son objection préliminaire comme [TRADUCTION] « une nouvelle variante de la règle selon laquelle "une partie de la Constitution ne peut être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution" » (m.a., par. 93, et renvoie à ce titre à l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, p. 373). Ce raisonnement consisterait semble-t-il à dire que, si la *Loi* est valide et applicable, faire droit aux allégations fondées sur la *Charte* équivaudrait à une contradiction interne dans la Constitution.

[81] Pour répondre à la première partie de cet argument, la province a, en fait, le pouvoir constitutionnel d'établir Insite sans approbation fédérale. Personne ne prétend que les services de santé offerts par Insite ne relèvent pas de la compétence provinciale en matière de santé. Les demandeurs sollicitent une exemption fédérale de l'application de la *Loi*, non pas pour valider la décision de la province d'exploiter Insite à titre de service de santé, mais parce que cette exemption est nécessaire, en pratique, à la mise en œuvre de cette décision. Si Insite ne peut fonctionner sans obtenir une exemption fédérale, ce n'est pas parce que la province ne possède pas les pouvoirs constitutionnels nécessaires, mais pour la simple raison pratique que ni les employés ni les clients ne se présenteront au centre, de sorte que celui-ci sera incapable dans les faits d'offrir les services de santé qu'il propose. Par conséquent, la prémisse sur laquelle le Canada fonde son argument, soit l'incompétence de la province pour exploiter Insite sans approbation fédérale, ne tient pas.

[82] More broadly, the principle that one part of the Constitution cannot be abrogated or diminished by another part of the Constitution is of no assistance in dealing with division of powers issues on the one hand, and *Charter* issues on the other. There is no conflict between saying a federal law is validly adopted under s. 91 of the *Constitution Act, 1867*, and asserting that the same law, in purpose or effect, deprives individuals of rights guaranteed by the *Charter*. The *Charter* applies to all valid federal and provincial laws. Indeed, if the *CDSA* were *ultra vires* the federal government, there would be no law to which the *Charter* could apply. Laws must conform to the constitutional division of powers and to the *Charter*.

[83] I conclude that the claimants' lack of success on the division of powers issues does not doom their claim that the law deprives them of a s. 7 *Charter* right. Any deprivation of s. 7 rights arises, not because the province is constitutionally unable to establish Insite, but because of the application of ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* to Insite.

B. *Challenge to Sections 4(1) and 5(1) of the CDSA*

[84] The inquiry into the validity of legislation under s. 7 of the *Charter* requires us to ask: (1) whether ss. 4(1) or 5(1) of the *CDSA* limit the right of the claimants to life, liberty or security of the person (i.e. the "deprivation" or "engagement" issue); and (2) if so, whether that limitation is in accordance with the principles of fundamental justice: *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791, at para. 109, *per* McLachlin C.J. and Major J., *Malmo-Levine*, at para. 83.

(1) Are the Claimants' Section 7 Interests Engaged by the Prohibition on Possession of Drugs in Section 4(1) of the *CDSA*?

[85] Section 7 of the *Charter* states that everyone "has the right to life, liberty and security of

[82] D'un point de vue plus général, le principe selon lequel une partie de la Constitution ne peut pas être abrogée ou atténuée par une autre partie de la Constitution n'est d'aucune utilité pour trancher les questions de partage des compétences et les questions relatives à la *Charte*. Il n'y a aucune contradiction entre affirmer qu'une loi fédérale a été validement adoptée en vertu de l'art. 91 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et prétendre que cette même loi, par son objet ou ses effets, prive des personnes de leurs droits garantis par la *Charte*. La *Charte* s'applique à toutes les lois fédérales et provinciales valides. En fait, si la *Loi* outrepassait les pouvoirs fédéraux, elle n'existerait pas et ne pourrait donc pas être assujettie à la *Charte*. Les lois doivent être conformes à la fois au partage constitutionnel des compétences et à la *Charte*.

[83] Je conclus que le rejet de l'argumentation des demandeurs fondée sur le partage des compétences ne compromet pas l'issue de leur allégation que la *Loi* porte atteinte à leurs droits garantis par l'art. 7 de la *Charte*. Pareille atteinte découlerait non pas de l'incapacité constitutionnelle de la province à mettre sur pied Insite, mais de l'application à Insite des par. 4(1) et 5(1) de la *Loi*.

B. *Contestation de la validité des par. 4(1) et 5(1) de la Loi*

[84] Pour apprécier la validité de la *Loi* au regard de l'art. 7 de la *Charte*, il faut se demander : (1) si les par. 4(1) ou 5(1) de la *Loi* portent atteinte aux droits des demandeurs à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne (c.-à-d. s'il y a « atteinte » ou si la *Charte* entre « en jeu »); (2) dans l'affirmative, si cette atteinte est conforme aux principes de justice fondamentale : *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791, par. 109 (la juge en chef McLachlin et le juge Major), *Malmo-Levine*, par. 83.

(1) L'interdiction de possession de drogues établie par le par. 4(1) de la *Loi* met-elle en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7?

[85] Aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, chacun « a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa

the person". A law that interferes with any of these rights may be said to "engage" s. 7 of the *Charter* or constitute a "deprivation" under s. 7.

[86] I begin with the offence of possession of prohibited drugs under s. 4(1) of the *CDSA*. The question is whether it engages or limits the s. 7 rights of Insite staff and/or clients.

[87] I turn first to the argument that s. 7 is engaged because of the impact of s. 4(1) of the *CDSA* on staff. The argument is that the prohibition on possession of proscribed drugs on Insite's premises engages the liberty interests of the staff of Insite, because it exposes them to the threat of being imprisoned for carrying out their duties. This constitutes a direct limit on the s. 7 rights of staff.

[88] The actions of the staff at Insite could be construed as the offence of possession. The definition of possession of prohibited drugs under the *CDSA* is broad enough to encompass the activities of staff at Insite. "Possession" in the *CDSA* is defined with reference to s. 4(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, which provides:

> **4.** . . .
>
> (3) For the purposes of this Act,
>
> (*a*) a person has anything in possession when he has it in his personal possession or knowingly
>
> (i) has it in the actual possession or custody of another person, or
>
> (ii) has it in any place, whether or not that place belongs to or is occupied by him, for the use or benefit of himself or of another person; and
>
> (*b*) where one of two or more persons, with the knowledge and consent of the rest, has anything in his custody or possession, it shall be deemed to be in the custody and possession of each and all of them.

[89] I conclude that, without a s. 56 exemption, s. 4(1) applies to the staff of Insite because, by

personne ». On peut dire qu'une loi qui restreint l'un ou l'autre de ces droits « met en jeu » cette disposition ou constitue une « atteinte » au sens de cette dernière.

[86] Je traiterai d'abord de l'infraction de possession de drogues interdites prévue au par. 4(1) de la *Loi*. La question est de savoir si cette disposition met en jeu ou restreint les droits que l'art. 7 garantit au personnel et aux clients d'Insite.

[87] Débutons par l'argument selon lequel l'art. 7 entre en jeu en raison de l'incidence du par. 4(1) de la *Loi* sur le personnel. L'interdiction de possession de drogues interdites dans les locaux d'Insite ferait entrer en jeu le droit à la liberté des membres du personnel, parce qu'elle les expose au risque d'être incarcérés pour avoir accompli leurs tâches. Il s'agit là d'une limite directe aux droits garantis au personnel par l'art. 7.

[88] Les actes accomplis par le personnel d'Insite pourraient être interprétés comme constituant l'infraction de possession. La définition de la possession de drogues interdites figurant dans la *Loi* est suffisamment large pour englober les activités du personnel d'Insite. Dans la *Loi*, la « possession » est définie par renvoi au par. 4(3) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46, qui est ainsi libellé :

> **4.** . . .
>
> (3) Pour l'application de la présente loi :
>
> *a*) une personne est en possession d'une chose lorsqu'elle l'a en sa possession personnelle ou que, sciemment :
>
> (i) ou bien elle l'a en la possession ou garde réelle d'une autre personne,
>
> (ii) ou bien elle l'a en un lieu qui lui appartient ou non ou qu'elle occupe ou non, pour son propre usage ou avantage ou celui d'une autre personne;
>
> *b*) lorsqu'une de deux ou plusieurs personnes, au su et avec le consentement de l'autre ou des autres, a une chose en sa garde ou possession, cette chose est censée en la garde et possession de toutes ces personnes et de chacune d'elles.

[89] Je conclus que, sans une exemption prévue à l'art. 56, le par. 4(1) s'applique au personnel d'Insite

operating the premises — opening the doors and welcoming prohibited drugs inside — the staff responsible for the centre may be "in possession" of drugs brought in by clients. They have knowledge of the presence of drugs, and consent to their presence in the facility over which they have control.

[90] The evidence is clear that staff do not buy drugs or assist with their injection. Yet their minimal involvement with clients' drugs may bring them within the legal concept of illegal possession of drugs, contrary to s. 4(1) of the *CDSA*. As such, the availability of a penalty of imprisonment in ss. 4(3) to 4(6) of the *CDSA* engages the liberty interests of staff: *Malmo-Levine*, at para. 84. The threat to the liberty of the staff in turn impacts on the s. 7 rights of clients who seek the health services provided by Insite.

[91] The record supports the conclusion that, without an exemption from the application of the *CDSA*, the health professionals who provide the supervised services at Insite will be unable to offer medical supervision and counselling to Insite's clients. This deprives the clients of Insite of potentially lifesaving medical care, thus engaging their rights to life and security of the person. The result is that the limits on the s. 7 rights of staff will in turn result in limits on the s. 7 rights of clients.

[92] The application of s. 4(1) to the clients of Insite also directly engages their s. 7 interests. In order to make use of the lifesaving and health-protecting services offered at Insite, clients must be allowed to be in possession of drugs on the premises. To prohibit possession by drug users *anywhere* engages their liberty interests; to prohibit possession at Insite engages their rights to life and to security of the person.

[93] The trial judge made crucial findings of fact that support the conclusion that denial of access to

parce que, en exploitant les lieux — c'est-à-dire en ouvrant les portes et en acceptant l'introduction de drogues interdites à l'intérieur —, le personnel responsable du centre peut être « en possession » des drogues apportées par les clients. Les drogues se trouvent au su du personnel du centre, et avec son consentement, dans un lieu qu'il contrôle.

[90] La preuve démontre clairement que les membres du personnel n'achètent pas de drogues et ne prennent aucune part active à leur injection. Néanmoins, même leur contact minimal avec les drogues des clients pourrait être inclus dans le concept juridique de possession de drogues interdite par le par. 4(1) de la *Loi*. Par conséquent, les peines d'emprisonnement prévues aux par. 4(3) à 4(6) de la *Loi* mettent en jeu leur droit à la liberté : *Malmo-Levine*, par. 84. Cette menace à la liberté des membres du personnel compromet à son tour les droits garantis par l'art. 7 aux clients qui se présentent au centre pour y recevoir des services de santé.

[91] Le dossier permet de conclure que, sans exemption les soustrayant à l'application de la *Loi*, les professionnels de la santé d'Insite ne pourraient offrir les services de supervision médicale et de counseling aux clients, qui seraient ainsi privés de soins médicaux susceptibles de leur sauver la vie. Par conséquent, le droit des clients à la vie et à la sécurité de leur personne est en jeu. Ainsi, la restriction des droits garantis aux membres du personnel par l'art. 7 a pour effet de restreindre les droits garantis aux clients par l'art. 7.

[92] L'application du par. 4(1) aux clients d'Insite met également en jeu directement leurs droits protégés par l'art. 7. Pour pouvoir bénéficier des services offerts par Insite, qui protègent leur vie et leur santé, les clients doivent être autorisés à posséder des drogues sur place. Interdire *en tout lieu* la possession de drogues aux toxicomanes met en jeu leur droit à la liberté; leur interdire la possession de drogues dans l'enceinte d'Insite met en jeu leurs droits à la vie et à la sécurité de leur personne.

[93] Le juge de première instance a tiré des conclusions de fait cruciales qui étayent la thèse

the health services provided at Insite violates its clients' s. 7 rights to life, liberty and security of the person. He found that many of the health risks of injection drug use are caused by unsanitary practices and equipment, and not by the drugs themselves. He also found that "[t]he risk of morbidity and mortality associated with addiction and injection is ameliorated by injection in the presence of qualified health professionals" (para. 87). Where a law creates a risk to health by preventing access to health care, a deprivation of the right to security of the person is made out: *Morgentaler* (1988), at p. 59, *per* Dickson C.J., and pp. 105-6, *per* Beetz J.; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 589, *per* Sopinka J.; *Chaoulli*, at para. 43, *per* Deschamps J., and, at paras. 118-19, *per* McLachlin C.J. and Major J.; *R. v. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385 (Ont. C.A.). Where the law creates a risk not just to the health but also to the lives of the claimants, the deprivation is even clearer.

[94] I conclude that s. 4(1) of the *CDSA* limits the s. 7 rights of staff and clients of Insite.

[95] However, I am unable to conclude that the claimants have shown that the prohibition on trafficking in s. 5(1) of the *CDSA* constitutes a limitation of their s. 7 rights to life and security of the person, on the record before us. The clients of Insite are not involved in trafficking. They do not obtain their drugs at the facility, and are not permitted to engage in activities that could be construed as trafficking while they are on the premises.

[96] Nor are the staff of Insite involved in trafficking. Canada concedes that trafficking charges would not lie against the staff of Insite for their legitimate activities on the premises. Staff members do not handle drugs at Insite, except to safely remove and hand over to the police any substances left behind by clients. Delivering leftover drugs to the police does not constitute possession, let

selon laquelle refuser l'accès aux services de santé fournis dans les locaux d'Insite enfreint les droits de ses clients à la vie, à la liberté et à la sécurité de leur personne protégés par l'art. 7. Il a conclu que de nombreux risques pour la santé liés à la consommation de drogues injectables découlent des pratiques et du matériel non hygiéniques et non pas des drogues elles-mêmes. Également, selon lui, [TRADUCTION] « [e]n s'injectant des drogues en présence de professionnels de la santé qualifiés, le toxicomane réduit ses risques de morbidité et de mortalité » (par. 87). Une loi qui crée un risque pour la santé en empêchant l'accès à des soins porte atteinte au droit à la sécurité de la personne : *Morgentaler* (1988), p. 59, le juge en chef Dickson, et p. 105-106, le juge Beetz; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, p. 589, le juge Sopinka; *Chaoulli*, par. 43, la juge Deschamps, et par. 118-119, la juge en chef McLachlin et le juge Major; *R. c. Parker* (2000), 188 D.L.R. (4th) 385 (C.A. Ont.). Lorsque la loi crée un risque non seulement pour la santé, mais aussi pour la vie des demandeurs, l'atteinte est d'autant plus manifeste.

[94] Je conclus que le par. 4(1) de la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 aux membres du personnel et aux clients d'Insite.

[95] Je ne peux toutefois conclure, au vu du dossier qui nous a été présenté, que les demandeurs ont démontré que l'interdiction de trafic prévue au par. 5(1) de la *Loi* restreint les droits à la vie et à la sécurité de leur personne que leur garantit l'art. 7. Les clients d'Insite ne participent pas au trafic. Ils ne se procurent pas leurs drogues au centre et n'ont pas le droit de se livrer, dans l'enceinte du centre, à des activités qui pourraient être interprétées comme du trafic.

[96] Le personnel d'Insite n'est pas non plus mêlé au trafic. Le Canada reconnaît qu'aucune accusation de trafic ne pourrait être portée contre le personnel d'Insite qui se livre aux activités légitimes du centre. Les membres du personnel ne manipulent pas de drogues sur place, sauf pour ramasser de façon sécuritaire et remettre aux policiers la drogue inutilisée par les clients. La remise à la police de la

alone trafficking: *R. v. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. v. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57 (B.C.C.A.); *R. v. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (B.C.C.A.); *R. v. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3 (Ont. C.A.).

(2) Canada's Argument on Choice

[97] Canada argues that any negative health risks drug users may suffer if Insite is unable to provide them with health services, are not caused by the *CDSA*'s prohibition on possession of illegal drugs, but rather are the consequence of the drug users' decision to use illegal drugs.

[98] Canada's position, deconstructed, reveals three distinct strands.

[99] The first strand is that from a factual perspective, personal choice, not the law, is the cause of the death and disease Insite prevents. Canada's difficulty is that this assertion contradicts the uncontested factual findings of the trial judge. The trial judge found that addiction is an illness, characterized by a loss of control over the need to consume the substance to which the addiction relates (para. 87).

[100] This does not negate the fact that some addicts may retain some power of choice. Insite is premised on the assumption that at least some addicts will be capable of making the choice to consume drugs in the safety of the facility and under the supervision of its staff. The range of services offered at the facility, from peer counselling to detox, assume at least a limited capacity on the part of some people to choose not to consume drugs.

[101] The ability to make some choices, whether with the aid of Insite or otherwise, does not negate the trial judge's findings on the record before him that addiction is a disease in which the central feature is impaired control over the use of the addictive substance (para. 142). At trial, Pitfield J.

drogue ainsi abandonnée sur les lieux ne constitue pas de la possession, et encore moins du trafic : *R. c. York*, 2005 BCCA 74, 193 C.C.C. (3d) 331; *R. c. Spooner* (1954), 109 C.C.C. 57 (C.A.C.-B.); *R. c. Hess (No. 1)* (1948), 94 C.C.C. 48 (C.A.C.-B.); *R. c. Ormerod*, [1969] 4 C.C.C. 3 (C.A. Ont.).

(2) L'argument du Canada sur l'exercice d'un choix

[97] Le Canada prétend que les risques pour la santé que courraient les toxicomanes si Insite était incapable de leur fournir des services de santé ne découlent pas de l'interdiction de possession de drogues illégales établie par la *Loi*, mais plutôt de la décision des toxicomanes de consommer des drogues illégales.

[98] La thèse du Canada, une fois décortiquée, comporte trois volets distincts.

[99] Premièrement, d'un point de vue factuel, c'est un choix personnel et non la loi qui causerait la mort et les maladies qu'Insite vise à prévenir. Le problème que pose cette affirmation du Canada réside dans le fait qu'elle contredit les conclusions factuelles non contestées du juge de première instance. Selon lui, la dépendance est une maladie, caractérisée par le besoin incontrôlable de consommer la substance créant la dépendance (par. 87).

[100] Cela n'exclut pas la possibilité que quelques toxicomanes soient encore capables de faire des choix. Les services d'Insite ont été conçus en tenant pour acquis qu'au moins quelques toxicomanes ont la capacité de choisir de consommer de la drogue dans l'enceinte sécuritaire du centre, sous la supervision de son personnel. La gamme des services offerts, qui vont de l'aide aux pairs à la désintoxication, présuppose une capacité limitée chez certaines personnes de choisir de ne pas consommer de drogue.

[101] La capacité de faire certains choix, avec l'aide d'Insite ou autrement, ne réfute pas les conclusions tirées par le juge de première instance, au vu du dossier dont il disposait, selon lesquelles la dépendance est une maladie caractérisée principalement par le manque de contrôle de la personne

adopted the definition of addiction developed by the Canadian Society of Addiction Medicine:

> A primary, chronic disease, characterized by impaired control over the use of a psychoactive substance and/or behaviour. Clinically, the manifestations occur along biological, psychological, sociological and spiritual dimensions. Common features are change in mood, relief from negative emotions, provision of pleasure, pre-occupation with the use of substance(s) or ritualistic behaviour(s); and continued use of the substance(s) and/or engagement in behaviour(s) despite adverse physical, psychological and/or social consequences. Like other chronic diseases, it can be progressive, relapsing and fatal. [para. 48]

That finding was not challenged here. Indeed, Canada conceded at trial that addiction is an illness.

[102] The second strand of Canada's choice argument is a moral argument that those who commit crimes should be made to suffer the consequences. On this point it suffices to say that whether a law limits a *Charter* right is simply a matter of the purpose and effect of the law that is challenged, not whether the law is right or wrong. The morality of the activity the law regulates is irrelevant at the initial stage of determining whether the law engages a s. 7 right.

[103] The third way to view Canada's choice argument is as a matter of government policy. Canada argues that the decision to allow supervised injection is a policy question, and thus immune from *Charter* review.

[104] The answer, once again, is that policy is not relevant at the stage of determining whether a law or state action limits a *Charter* right. The place for such arguments is when considering the principles

qui en souffre sur la consommation de la substance dont elle est dépendante (par. 142). Au procès, le juge Pitfield a adopté la définition de la dépendance élaborée par la Société médicale canadienne sur l'addiction :

> [TRADUCTION] Maladie primaire chronique, caractérisée par une perte de contrôle sur le recours à des substances psychoactives et sur le comportement. Sur le plan clinique, les manifestations touchent les aspects biologiques, psychologiques, sociologiques et spirituels. Les éléments centraux sont des changements d'humeur, le soulagement d'émotions négatives, la recherche du plaisir, une préoccupation liée à l'emploi de la ou des substances ou à des comportements ritualistes, et un usage continu de la ou des substances ou la perpétuation du ou des comportements en dépit de conséquences néfastes du point de vue physique, psychologique et social. Comme d'autres maladies chroniques, la toxicomanie peut être évolutive, récurrente et fatale. [par. 48]

Cette conclusion n'a pas été contestée en l'espèce. En effet, le Canada a reconnu au procès que la dépendance est une maladie.

[102] Le deuxième volet de l'argument du Canada sur la liberté de choix, qui est d'ordre moral, veut que ceux qui commettent des crimes en subissent les conséquences. À ce sujet, il suffit de dire que la question de savoir si une loi restreint un droit garanti par la *Charte* ne porte que sur l'objet et l'effet de la mesure législative, et ne concerne pas le fait qu'elle soit bonne ou mauvaise. La moralité de l'activité réglementée n'est pas pertinente au stade initial qui consiste à déterminer si la loi met en jeu un droit garanti par l'art. 7.

[103] Le troisième volet de l'argument du Canada sur l'exercice d'un choix envisage la question sous l'angle de la politique générale du gouvernement. Le Canada soutient que la décision de permettre les injections supervisées relève de la politique générale du gouvernement et est de ce fait soustraite à un examen fondé sur la *Charte*.

[104] Encore une fois, la politique générale n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si une mesure législative ou un acte de l'État restreint un droit garanti par la *Charte*. Ce genre d'argument

of fundamental justice or at the s. 1 stage of justification if a *Charter* breach has been established.

[105] The issue of illegal drug use and addiction is a complex one which attracts a variety of social, political, scientific and moral reactions. There is room for disagreement between reasonable people concerning how addiction should be treated. It is for the relevant governments, not the Court, to make criminal and health policy. However, when a policy is translated into law or state action, those laws and actions are subject to scrutiny under the *Charter*: *Chaoulli*, at para. 89, *per* Deschamps J., at para. 107, *per* McLachlin C.J. and Major J., and at para. 183, *per* Binnie and LeBel JJ.; *Rodriguez*, at pp. 589-90, *per* Sopinka J. The issue before the Court at this point is not whether harm reduction or abstinence-based programmes are the best approach to resolving illegal drug use. It is simply whether Canada has limited the rights of the claimants in a manner that does not comply with the *Charter.*

[106] I conclude that, whatever form it takes, Canada's assertion that choice rather than state conduct is the cause of the health hazards Insite seeks to address and the claimants' resultant deprivation must be rejected.

(3) Is the Deprivation in Accordance With the Principles of Fundamental Justice?

[107] For the reasons just discussed, I conclude that the prohibition on possession in s. 4(1) of the *CDSA* limits the s. 7 interests of the claimants and others like them. The next question is whether this limitation is in accordance with the principles of fundamental justice.

est plutôt pris en compte à l'étape de l'examen de la conformité avec les principes de justice fondamentale ou, si une violation de la *Charte* a été établie, à celle de la justification exigée par l'article premier.

[105] La consommation de drogues illégales et la dépendance à celles-ci est une question complexe qui suscite diverses réactions sur les plans social, politique, scientifique et moral. Des personnes raisonnables peuvent ne pas s'entendre sur la façon de traiter la dépendance. C'est aux gouvernements habilités à le faire, et non à la Cour, qu'il revient d'élaborer des politiques en matière criminelle et en matière de santé. Toutefois, lorsqu'une politique se traduit par une mesure législative ou un acte de l'État, cette mesure législative ou cet acte peut faire l'objet d'un examen fondé sur la *Charte* : *Chaoulli*, par. 89, la juge Deschamps; par. 107, la juge en chef McLachlin et le juge Major, et par. 183, les juges Binnie et LeBel; *Rodriguez*, p. 589-590, le juge Sopinka. La question dont est saisie la Cour à ce stade-ci n'est pas de savoir lesquels des programmes de réduction des méfaits ou de ceux fondés sur l'abstinence constituent le meilleur moyen de résoudre le problème de la consommation de drogues illégales. Il s'agit simplement de savoir si le Canada a restreint les droits des demandeurs d'une manière qui contrevient à la *Charte*.

[106] Je conclus qu'il faut rejeter, quelle qu'en soit la forme, l'affirmation du Canada selon laquelle les risques pour la santé qu'Insite cherche à atténuer et l'atteinte qui s'ensuit aux droits des demandeurs résultent d'un choix et non de la conduite de l'État.

(3) La conformité de l'atteinte avec les principes de justice fondamentale

[107] Pour les motifs que je viens d'exposer, je conclus que l'interdiction de possession établie par le par. 4(1) de la *Loi* porte atteinte aux droits que l'art. 7 garantit aux demandeurs et aux personnes qui se trouvent dans la même situation. La prochaine question est celle de la conformité de cette atteinte avec les principes de justice fondamentale.

[108] The claimants argue that the prohibition on possession of illegal drugs in s. 4(1) of the *CDSA* is not in accordance with the principles of fundamental justice because it is arbitrary, disproportionate in its effects, and overbroad. They say it is arbitrary because, when applied to Insite, it is not only inconsistent with the goals of the *CDSA*, but undermines them. They submit that it is disproportionate in its effects, as it causes significant harm to the clients of Insite and those like them, while providing no commensurate benefit. And they assert that it is overbroad because its application to Insite is unnecessary to meet the state's objectives.

[109] The difficulty with this submission is that it considers s. 4(1) in isolation, rather than in the context of other provisions of the *CDSA*, notably s. 56. If the Act consisted solely of blanket prohibitions with no provision for exemptions for necessary medical or scientific use of drugs, the assertions that it is arbitrary, overbroad and disproportionate in its effects might gain some traction. However, the Act contains not only a prohibition on possession of illegal drugs, but a provision, s. 56, that empowers the Minister to grant exemptions from the prohibition to health service providers like Insite. The constitutional validity of s. 4(1) of the Act cannot be determined without considering the provisions in the Act designed to relieve against unconstitutional or unjust applications of that prohibition.

[110] The scheme of the *CDSA* reveals that it has two purposes: the protection of public health and the maintenance of public safety. The public safety purpose of the Act is achieved by the prohibition on possession and trafficking in listed substances. The public health purpose of the statute is achieved not only by the prohibitions in ss. 4(1) and 5(1), which seek to avert the use of dangerous substances, but also by the provision of regulations guiding exemptions for and the use of listed substances for

[108] Les demandeurs soutiennent que l'interdiction de possession de drogues illégales établie par le par. 4(1) de la *Loi* ne respecte pas les principes de justice fondamentale en raison de son caractère arbitraire, de ses effets disproportionnés et de sa portée excessive. Selon eux, cette interdiction serait arbitraire parce que, lorsqu'elle est appliquée à Insite, non seulement elle n'est pas compatible avec les objets de la *Loi*, mais elle nuit à leur réalisation. Les demandeurs prétendent que ses effets sont disproportionnés, car elle cause un tort considérable aux clients d'Insite et aux personnes qui se trouvent dans la même situation, sans procurer d'avantage équivalent. Ils prétendent de plus que sa portée est excessive parce qu'il n'est pas nécessaire de l'appliquer à Insite pour atteindre les objectifs de l'État.

[109] La faiblesse de cet argument tient à ce qu'il isole le par. 4(1) des autres dispositions de la *Loi*, notamment de l'art. 56. Si la *Loi* ne consistait qu'en interdictions générales et ne comprenait aucune disposition prévoyant des exemptions relativement à l'utilisation de drogues à des fins médicales ou scientifiques, les affirmations voulant qu'elle soit arbitraire, sa portée excessive et ses effets disproportionnés pourraient avoir plus de poids. Or, la *Loi* ne comprend pas seulement une interdiction de possession de drogues illégales, mais également une disposition, l'art. 56, qui habilite le ministre à accorder des exemptions pour soustraire des fournisseurs de soins de santé comme Insite à l'interdiction de possession de drogues. On ne peut apprécier la validité constitutionnelle du par. 4(1) sans tenir compte des dispositions de la *Loi* conçues pour remédier aux applications inconstitutionnelles ou inéquitables de cette interdiction.

[110] Le régime de la *Loi* révèle qu'elle a deux objets : la protection de la santé publique et le maintien de la sécurité publique. Son objet de maintien de la sécurité publique est réalisé par l'interdiction de posséder les substances énumérées et d'en faire le trafic. Son objet de protection de la santé publique est réalisé non seulement par les interdictions prévues aux par. 4(1) et 5(1), qui visent à prévenir l'utilisation de substances dangereuses, mais également par le pouvoir de réglementation prévu à

medical and scientific purposes in ss. 55 and 56 of the Act.

[111] Section 55(1) provides that "[t]he Governor in Council may make regulations for carrying out the purposes and provisions of this Act, including the regulation of the medical, scientific and industrial applications and distribution of controlled substances". There follows a lengthy non-exhaustive list of matters in respect of which regulations may be made, including regulations exempting a person or class of person from the application of the Act: s. 55(1)(*z*).

[112] Section 56 gives the Minister of Health a broad discretion to grant exemptions from the application of the Act "if, in the opinion of the Minister, the exemption is necessary for a medical or scientific purpose or is otherwise in the public interest".

[113] The availability of exemptions acts as a safety valve that prevents the *CDSA* from applying where such application would be arbitrary, overbroad or grossly disproportionate in its effects.

[114] I conclude that while s. 4(1) of the *CDSA* engages the s. 7 *Charter* rights of the individual claimants and others like them, it does not violate s. 7. This is because the *CDSA* confers on the Minister the power to grant exemptions from s. 4(1) on the basis, *inter alia*, of health. Indeed, if one were to set out to draft a law that combats drug abuse while respecting *Charter* rights, one might well adopt just this type of scheme — a prohibition combined with the power to grant exemptions. If there is a *Charter* problem, it lies not in the statute but in the Minister's exercise of the power the statute gives him to grant appropriate exemptions.

[115] The claimants' s. 7 challenge to the *CDSA* accordingly fails.

l'art. 55 et par les exemptions prévues à l'art. 56 concernant l'utilisation des substances énumérées à des fins médicales et scientifiques.

[111] Le paragraphe 55(1) prévoit que « [l]e gouverneur en conseil peut, par règlement, prendre les mesures nécessaires à l'application de la présente loi, y compris en matière [. . .] d'applications médicales, scientifiques et industrielles et de distribution des substances désignées ». Vient ensuite une longue liste non exhaustive de sujets à l'égard desquels des règlements peuvent être pris, notamment des règlements soustrayant une personne ou une catégorie de personnes à l'application de la *Loi* : al. 55(1)*z*).

[112] L'article 56 confère au ministre de la Santé un vaste pouvoir discrétionnaire d'accorder des exemptions de l'application de la *Loi* « [s]'il estime que des raisons médicales, scientifiques ou d'intérêt public le justifient ».

[113] La possibilité d'accorder des exemptions sert de soupape empêchant l'application de la *Loi* dans les cas où son application serait arbitraire, ses effets exagérément disproportionnés ou sa portée excessive.

[114] Je conclus que, bien que le par. 4(1) de la *Loi* mette en jeu les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte* aux demandeurs et aux autres personnes qui se trouvent dans la même situation, il ne contrevient pas à l'art. 7. Il en est ainsi parce que la *Loi* confère au ministre le pouvoir d'accorder des exemptions de l'application du par. 4(1), notamment pour des motifs de santé. En fait, si on décidait de rédiger une loi qui combat la toxicomanie tout en respectant les droits garantis par la *Charte*, on pourrait fort bien adopter précisément ce type de régime — une interdiction conjuguée au pouvoir d'accorder des exemptions. S'il y a un problème lié à la *Charte*, il ne réside pas dans la loi, mais dans l'exercice par le ministre de son pouvoir légal d'accorder les exemptions appropriées.

[115] Les allégations d'invalidité de la *Loi* fondées sur l'art. 7 doivent donc être rejetées.

C. *Has the Minister's Decision Violated the Claimants' Section 7 Rights?*

[116] The main issue, as the appeal was argued, was the constitutionality of the *CDSA* itself. I have concluded that, properly interpreted, the statute is valid. This leaves the question of the Minister's decision to refuse an exemption. A preliminary issue arises whether the Court should consider this issue. In the special circumstances of this case, I conclude that it should. The claimants pleaded in the alternative that, if the *CDSA* were valid, the Minister's decision violated their *Charter* rights. The issue was raised at the hearing and the parties afforded an opportunity to address it. It is therefore properly before us and the Attorney General of Canada cannot complain that it would be unfair to deal with it. Most importantly, justice requires us to consider this issue. The claimants have established that their s. 7 rights are at stake. They should not be denied a remedy and sent back for another trial on this point simply because it is the Minister's decision and not the statute that causes the breach when the matter has been pleaded and no unfairness arises.

[117] The discretion vested in the Minister of Health is not absolute: as with all exercises of discretion, the Minister's decisions must conform to the *Charter*: *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3. If the Minister's decision results in an application of the *CDSA* that limits the s. 7 rights of individuals in a manner that is not in accordance with the *Charter*, then the Minister's discretion has been exercised unconstitutionally.

[118] I note that this case is different from *Parker*, where the Ontario Court of Appeal held that the general prohibition on possession of marihuana was not saved by the availability of an exemption for possession for medical purposes under s. 56. No decision of the Minister was at stake in *Parker*,

C. *La décision du ministre a-t-elle porté atteinte aux droits des demandeurs garantis par l'art. 7?*

[116] La principale question soulevée dans le pourvoi, tel qu'il a été plaidé, est celle de la validité constitutionnelle de la *Loi* même. J'ai conclu que la *Loi*, interprétée correctement, est valide. Reste donc la question de la décision du ministre de refuser une exemption. La Cour doit décider, à titre préliminaire, si elle devrait examiner cette question. Dans les circonstances particulières de l'espèce, je conclus qu'elle devrait le faire. Les demandeurs ont plaidé, à titre subsidiaire, au cas où la *Loi* serait valide, que la décision du ministre a porté atteinte à leurs droits protégés par la *Charte*. Cette question a été soulevée lors de l'audition et les parties ont eu l'occasion de présenter leur point de vue à cet égard. La Cour est donc dûment saisie de cette question et le procureur général du Canada ne peut prétendre qu'il serait injuste qu'elle la tranche. Mais surtout, la justice commande que la Cour l'examine. Les demandeurs ont établi que leurs droits garantis par l'art. 7 sont en jeu. Ils ne peuvent être privés d'un recours et contraints à la tenue d'un nouveau procès sur ce point, simplement parce que c'est la décision du ministre et non la *Loi* même qui a porté atteinte à leurs droits, alors que la question a été plaidée et que l'équité n'est pas compromise.

[117] La discrétion laissée au ministre de la Santé n'est pas absolue : comme c'est toujours le cas de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, les décisions du ministre doivent respecter la *Charte* : *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3. Si la décision du ministre fait en sorte que l'application de la *Loi* restreint les droits garantis par l'art. 7 d'une manière qui contrevient à la *Charte*, l'exercice du pouvoir discrétionnaire du ministre est inconstitutionnel.

[118] Je souligne que la présente affaire diffère de l'affaire *Parker*, dans laquelle la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'interdiction générale de possession de marihuana n'était pas validée par la possibilité, prévue à l'art. 56, d'accorder une exemption relative à la possession pour raisons

and the Court's conclusion rested on findings of the trial judge that, at that time, "the availability of the exemption was illusory" (para. 174).

médicales. Dans *Parker*, aucune décision du ministre n'était en cause et la conclusion de la cour reposait sur des constatations du juge de première instance selon lesquelles [TRADUCTION] « la possibilité d'accorder une exemption était illusoire » (par. 174).

(1) Has the Minister Made a Decision?

(1) Le ministre a-t-il rendu une décision?

[119] The Attorney General of Canada argues that the Minister has not violated s. 7 because the Minister has not yet made a decision whether to grant a s. 56 exemption to Insite. He also submits that the decision of the British Columbia Courts that ss. 4(1) and 5(1) of the *CDSA* are unconstitutional prevents the Minister from exercising his powers to grant an exemption under s. 56. Although the declaration of unconstitutionality has been suspended and a temporary constitutional exemption granted to Insite by judicial order, the Minister says it would be improper for him to exercise his s. 56 discretion until the constitutionality of the *CDSA* has been finally resolved by this Court.

[119] Le procureur général du Canada prétend que le ministre n'a pas violé l'art. 7, puisqu'il n'a pas encore décidé s'il accordera une exemption à Insite en vertu de l'art. 56. Il ajoute que la décision des tribunaux de la Colombie-Britannique selon laquelle les par. 4(1) et 5(1) de la *Loi* sont inconstitutionnels empêche le ministre d'exercer son pouvoir d'accorder une exemption en vertu de l'art. 56. Bien que cette déclaration d'inconstitutionnalité ait été suspendue et qu'une exemption constitutionnelle temporaire ait été accordée à Insite par une ordonnance judiciaire, le ministre affirme qu'il ne conviendrait pas qu'il exerce le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 56 tant que la Cour n'aura pas rendu de décision définitive sur la constitutionnalité de la *Loi*.

[120] In my view, the record establishes that the Minister *has* made a decision on the request for an exemption for Insite, and that that decision was to refuse the exemption.

[120] Selon moi, le dossier établit que le ministre *a* rendu une décision concernant la demande d'exemption à l'égard d'Insite et qu'il a décidé de refuser l'exemption.

[121] The essential facts are as follows. The first exemption for Insite, which lasted three years, was effective as of September 12, 2003. The Minister granted a temporary extension on September 11, 2006, to expire December 31, 2007. On October 2, 2007, the exemption was extended for another six months to June 30, 2008. In his letters to the VCHA granting the exemption, the Minister stated that the extensions were to be for the purpose of allowing time for additional research on the impact of Insite on prevention, treatment and crime. In the course of the summary trial, on May 2, 2008, the VCHA sent an application to Health Canada formally requesting an extension of the exemption for another three years. The application was supported by the provincial Minister of Health. Health Canada responded on December 19, 2008, after

[121] Les faits essentiels sont les suivants. La première exemption accordée relativement à Insite est entrée en vigueur le 12 septembre 2003, pour une durée de trois ans. Le 11 septembre 2006, le ministre l'a prolongée temporairement jusqu'au 31 décembre 2007. Le 2 octobre 2007, il a accordé une nouvelle prolongation de six mois, reportant l'expiration de l'exemption au 30 juin 2008. Dans les lettres envoyées à la VCHA pour lui accorder l'exemption, le ministre a déclaré que les prolongations visaient à permettre la réalisation de recherches additionnelles quant à l'incidence d'Insite sur la prévention, le traitement et la criminalité. Au cours du procès sommaire, le 2 mai 2008, la VCHA a envoyé à Santé Canada une demande formelle de prolongation de trois ans. Cette demande était appuyée par le

the trial judge had rendered his judgment. It stated that, in view of the result at trial, an exemption was not required at that time.

[122] However, before December 2008, the Minister indicated that he had decided not to grant the exemption. The then federal Minister of Health, Tony Clement, spoke to the Standing Committee on Health on May 29, 2008. He had at that point received the report of the Expert Advisory Committee, a formal application for a continued exemption, and a statement of support for Insite from the provincial Minister of Health. The federal Minister's comments can be summarized briefly: he approved of the other services Insite was providing, but not supervised injection. He felt that the scientific evidence with respect to its effectiveness was mixed, but that the "public policy is clear", and that "the site itself represents a failure of public policy" (12:40 (online)). He disagreed with the experts who saw Insite as a public health success, and stated he intended to appeal the trial judge's decision. These comments, coupled with the failure to accord an exemption, amount to an effective refusal of the application.

[123] The Attorney General of Canada draws our attention to this statement by the Minister near the end of his presentation to the Committee:

> Indeed, I want to state for the record, if I might, that should another exemption application come forward, I have a duty to once again look at all the evidence and once again turn my mind to it in a way that gives due process. So I'm not resigning from that obligation that I have as health minister. [13:20 (online)]

This statement can be interpreted only in one way. The Minister was rejecting the formal application that was then before him, while asserting he would consider any new application "in a way that gives due process".

ministre provincial de la Santé. Santé Canada a répondu le 19 décembre 2008, après que le juge de première instance a rendu son jugement. Santé Canada a déclaré que, compte tenu de l'issue du procès, l'octroi d'une exemption n'était alors pas nécessaire.

[122] Toutefois, avant décembre 2008, le ministre avait indiqué qu'il avait décidé de ne pas accorder l'exemption. Le ministre fédéral de la Santé d'alors, Tony Clement, s'est adressé au Comité permanent de la santé le 29 mai 2008. Il avait alors reçu le rapport du comité consultatif d'experts, une demande officielle d'exemption permanente et une déclaration d'appui à Insite de la part du ministre provincial de la Santé. Les commentaires du ministre fédéral peuvent être résumés brièvement : il approuvait les services qu'Insite dispensait, sauf le service d'injection supervisée. Selon lui, la preuve scientifique relative à son efficacité était mitigée, mais la « politique publique est claire », et « le centre lui-même témoigne d'un échec de la politique publique » (12:40 (en ligne)). Il ne souscrivait pas à l'opinion des experts selon laquelle Insite était une réussite sur le plan de la santé publique et a déclaré qu'il avait l'intention d'interjeter appel de la décision du juge de première instance. Ces commentaires, conjugués au défaut d'accorder une exemption, équivalent de fait à un rejet de la demande.

[123] Le procureur général du Canada attire notre attention sur la déclaration suivante faite par le ministre vers la fin de son exposé au Comité :

> En effet, je tiens à souligner, si vous me le permettez, que, si une autre exemption est accordée, j'aurai de nouveau le devoir de passer en revue toutes les preuves et d'y réfléchir afin de respecter la procédure régulière de la loi. Je ne me soustrais donc pas à cette obligation qui m'est imposée en ma qualité de ministre de la Santé. [13:20 (en ligne)]

Cette déclaration ne peut être interprétée que d'une seule façon. Le ministre rejetait la demande officielle dont il était alors saisi et a affirmé qu'il examinerait toute nouvelle demande et y réfléchirait « afin de respecter la procédure régulière de la loi ».

[124] To recap, the Minister had before him a formal application dated May 2, 2008. He was obliged, as he conceded, to consider all applications. The Minister treated the application before him as denied; it was spent, and a duty to reconsider could only be triggered by a new application. The only rational conclusion is that the Minister had considered the application for an exemption that was then before him, and had decided not to grant it.

[125] More broadly, Canada's submission that there has been no decision to refuse the s. 56 application is in tension with its argument that this case is essentially about conflicting policy choices. Implicit in this is the concession that the federal government, through the Minister of Health, has made a policy choice to deny exemption under s. 56 of the *CDSA*.

(2) Are the Claimants' Section 7 Rights Engaged by the Minister's Decision?

[126] The last ministerial exemption expired on June 30, 2008. Absent the judicial exemption granted by Pitfield J. and extended by the Court of Appeal, the prohibition contained in s. 4(1) of the *CDSA* would apply to Insite. For the reasons discussed above, the application of s. 4(1) to the staff engages the staff's liberty interests, and engages the security of the person and life interests of the clients of Insite. I conclude that the Minister's rejection of the application for a s. 56 exemption likewise engages the s. 7 rights of the claimants. The only reason Insite users have continued to receive its health services is because of a temporary remedial order made by the trial judge, pending completion of these proceedings. A judicial order directed at preserving the *status quo* pending resolution of a dispute does not prevent the claimants from asserting their s. 7 rights.

[124] Pour résumer, le ministre était saisi d'une demande officielle datée du 2 mai 2008. Il était obligé, comme il l'a concédé, d'examiner toutes les demandes. Le ministre a traité la demande dont il était saisi comme rejetée; elle était caduque, et seule une nouvelle demande pouvait l'obliger à réexaminer la question. La seule conclusion rationnelle est que le ministre avait examiné la demande d'exemption dont il était alors saisi et avait décidé de la rejeter.

[125] D'une manière plus générale, la prétention du Canada qu'aucune décision de rejeter la demande présentée en vertu de l'art. 56 n'a été rendue est en discordance avec son argument selon lequel la présente affaire porte essentiellement sur des choix de politique conflictuels. Par cet argument, il admet implicitement que le gouvernement fédéral, par l'entremise du ministre de la Santé, a fait le choix politique de refuser d'accorder l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*.

(2) La décision du ministre met-elle en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7?

[126] La dernière exemption ministérielle a pris fin le 30 juin 2008. Si ce n'était de l'exemption judiciaire accordée par le juge Pitfield et prolongée par la Cour d'appel, l'interdiction établie par le par. 4(1) de la *Loi* s'appliquerait à Insite. Pour les motifs que j'ai déjà exposés, l'application du par. 4(1) aux membres du personnel met en jeu leurs droits à la liberté et met en jeu les droits des clients d'Insite à la vie et à la sécurité de leur personne. Je conclus que le rejet par le ministre de la demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 met aussi en jeu les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. La seule raison pour laquelle les usagers d'Insite ont continué de bénéficier de ses services de santé est une ordonnance réparatrice temporaire rendue par le juge de première instance en attendant la fin du présent pourvoi. La délivrance d'une ordonnance judiciaire visant à maintenir le statu quo en attendant l'issue d'un conflit n'empêche pas les demandeurs de faire valoir leurs droits garantis par l'art. 7.

(3) Does the Minister's Refusal to Grant an Exemption to Insite Accord With the Principles of Fundamental Justice?

[127] The next question is whether the Minister's decision that the *CDSA* applies to Insite is in accordance with the principles of fundamental justice. On the basis of the facts established at trial, which are consistent with the evidence available to the Minister at the relevant time, I conclude that the Minister's refusal to grant Insite a s. 56 exemption was arbitrary and grossly disproportionate in its effects, and hence not in accordance with the principles of fundamental justice.

[128] As noted above, the Minister, when exercising his discretion under s. 56, must respect the rights guaranteed by the *Charter*. This means that, where s. 7 rights are at stake, any limitations imposed by ministerial decision must be in accordance with the principles of fundamental justice. The Minister cannot simply deny an application for a s. 56 exemption on the basis of policy *simpliciter*; insofar as it affects *Charter* rights, his decision must accord with the principles of fundamental justice.

(a) *Arbitrariness*

[129] When considering whether a law's application is arbitrary, the first step is to identify the law's objectives. Decisions of the Minister under s. 56 of the *CDSA* must target the purpose of the Act. The legitimate state objectives of the *CDSA* (then the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1986, c. N-1) were identified by this Court in *Malmo-Levine* as the protection of health and public safety.

[130] The second step is to identify the relationship between the state interest and the impugned law, or, in this case, the impugned decision of the Minister. The relationship between the general prohibition on possession in the *CDSA* and the state

(3) Le refus du ministre d'accorder une exemption à Insite est-il conforme aux principes de justice fondamentale?

[127] La prochaine question consiste à savoir si la décision du ministre d'appliquer la *Loi* à Insite a été rendue en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les faits établis au procès, qui concordent avec la preuve dont le ministre disposait à l'époque pertinente, m'amènent à conclure que le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 était arbitraire, avait des effets exagérément disproportionnés et, par conséquent, ne respectait pas les principes de justice fondamentale.

[128] Rappelons que, lorsqu'il exerce le pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 56, le ministre doit respecter les droits garantis par la *Charte*. Cela signifie que, lorsque les droits garantis par l'art. 7 sont en jeu, toute restriction découlant d'une décision ministérielle doit être imposée en conformité avec les principes de justice fondamentale. Le ministre ne peut pas rejeter simplement une demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 pour de simples raisons de politique; dans la mesure où elle a une incidence sur les droits garantis par la *Charte*, la décision du ministre doit être conforme aux principes de justice fondamentale.

a) *Le caractère arbitraire*

[129] Pour déterminer si l'application de la *Loi* est arbitraire, la première étape consiste à déterminer quels sont les objectifs de la *Loi*. Les décisions du ministre prises en vertu de l'art. 56 de la *Loi* doivent viser l'objet de la *Loi*. Selon la Cour, dans *Malmo-Levine*, les objectifs étatiques légitimes de la *Loi* (alors la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. 1985, ch. N-1) sont la protection de la santé et de la sécurité publiques.

[130] La deuxième étape consiste à déterminer quel est le lien entre l'intérêt de l'État et la mesure législative contestée ou, en l'occurrence, la décision contestée du ministre. Le lien entre l'interdiction générale de

objective was recognized in *Malmo-Levine* with respect to marihuana:

> The criminalization of possession is a statement of society's collective disapproval of the use of a psychoactive drug such as marihuana . . ., and, through Parliament, the continuing view that its use should be deterred. The prohibition is not arbitrary but is rationally connected to a reasonable apprehension of harm. In particular, criminalization seeks to take marihuana out of the hands of users and potential users, so as to prevent the associated harm and to eliminate the market for traffickers. [para. 136]

The question is whether the decision that the *CDSA* applies to the activities at Insite bears the same relationship to the state objective. As noted above, the burden is on the claimants to establish that the limit imposed by the law is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[131] The trial judge's key findings in this regard are consistent with the information available to the Minister, and are those on which successive federal Ministers have relied in granting exemption orders over almost five years, including the facts that: (1) traditional criminal law prohibitions have done little to reduce drug use in the DTES; (2) the risk to injection drug users of death and disease is reduced when they inject under the supervision of a health professional; and (3) the presence of Insite did not contribute to increased crime rates, increased incidents of public injection, or relapse rates in injection drug users. On the contrary, Insite was perceived favourably or neutrally by the public; a local business association reported a reduction in crime during the period Insite was operating; the facility encouraged clients to seek counselling, detoxification and treatment. Most importantly, the staff of Insite had intervened in 336 overdoses since 2006, and no overdose deaths had occurred at the facility. (See trial judgment, at paras. 85 and 87-88.) These findings suggest not only that exempting Insite from the application of the possession prohibition does not undermine the

possession établie par la *Loi* et l'objectif de l'État a été reconnu dans *Malmo-Levine* relativement à la marihuana :

> La criminalisation de la possession est l'expression de la désapprobation collective de notre société pour la consommation d'une drogue psychoactive telle la marihuana [. . .] et, par l'entremise du Parlement, de l'opinion persistante que la consommation de cette substance doit être découragée. L'interdiction n'a pas un caractère arbitraire, mais est rationnellement liée à une crainte raisonnable de préjudice. Plus particulièrement, la criminalisation de la marihuana vise à priver de cette substance les consommateurs actuels et potentiels, de façon à prévenir le préjudice associé à sa consommation et à éliminer le marché de la marihuana pour les trafiquants. [par. 136]

Il s'agit de savoir si la décision d'appliquer la *Loi* aux activités se déroulant au centre Insite est liée de la même façon à l'objectif de l'État. Comme je l'ai déjà souligné, c'est aux demandeurs qu'il revient d'établir que la restriction imposée par la loi n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

[131] Les constatations essentielles du juge de première instance à cet égard concordent avec la preuve dont disposait le ministre et sont celles sur lesquelles se sont appuyés les ministres fédéraux successifs pour accorder des exemptions pendant près de cinq ans, par exemple : (1) les interdictions traditionnelles du droit criminel ont peu fait pour diminuer la consommation de drogues dans le quartier DTES; (2) le risque de décès et de maladie auquel les toxicomanes sont exposés est réduit lorsque leurs injections sont supervisées par des professionnels de la santé; (3) la présence d'Insite n'a pas contribué à une augmentation du taux de criminalité, à une augmentation des injections en public, ni à une augmentation du taux de rechute chez les consommateurs de drogues injectables. Au contraire, le public a une opinion favorable ou neutre d'Insite; une association régionale de gens d'affaires a déclaré qu'il y avait eu une diminution de la criminalité pendant la période de fonctionnement d'Insite; le centre encourageait les clients à avoir recours à des services de counselling, de désintoxication et de traitement. Mais surtout, le personnel d'Insite est intervenu dans 336 cas de

objectives of public health and safety, but furthers them.

[132] The jurisprudence on arbitrariness is not entirely settled. In *Chaoulli*, three justices (*per* McLachlin C.J. and Major J.) preferred an approach that asked whether a limit was "necessary" to further the state objective (paras. 131-32). Conversely, three other justices (*per* Binnie and LeBel JJ.), preferred to avoid the language of necessity and instead approved of the prior articulation of arbitrariness as where "[a] deprivation of a right . . . bears no relation to, or is inconsistent with, the state interest that lies behind the legislation" (para. 232). It is unnecessary to determine which approach should prevail, because the government action at issue in this case qualifies as arbitrary under both definitions.

(b) *Gross Disproportionality*

[133] The application of the possession prohibition to Insite is also grossly disproportionate in its effects. Gross disproportionality describes state actions or legislative responses to a problem that are so extreme as to be disproportionate to any legitimate government interest: *Malmo-Levine*, at para. 143. Insite saves lives. Its benefits have been proven. There has been no discernable negative impact on the public safety and health objectives of Canada during its eight years of operation. The effect of denying the services of Insite to the population it serves is grossly disproportionate to any benefit that Canada might derive from presenting a uniform stance on the possession of narcotics.

surdose depuis 2006, et aucun décès occasionné par une surdose ne s'est produit au centre. (Voir le jugement de première instance, par. 85 et 87-88.) Ces conclusions donnent à penser qu'exempter Insite de l'application de l'interdiction de possession non seulement n'entrave pas, mais favorise la réalisation des objectifs de protection de la santé et de la sécurité publiques.

[132] La jurisprudence sur le caractère arbitraire n'est pas clairement fixée. Dans *Chaoulli*, trois juges (opinion rédigée par la juge en chef McLachlin et le juge Major) ont choisi une approche consistant à se demander si une restriction est « nécessaire » à la réalisation de l'objectif de l'État (par. 131-132). À l'inverse, trois autres juges (opinion rédigée par les juges Binnie et LeBel), ont préféré éviter l'idée du caractère nécessaire et ont choisi l'ancienne formulation du critère du caractère arbitraire : « L'atteinte à un droit devient arbitraire [. . .] lorsqu'elle est dépourvue de lien avec l'intérêt de l'État qui sous-tend la mesure législative en cause, ou dans le cas d'incompatibilité avec cet intérêt » (par. 232). Il n'est pas nécessaire de déterminer en l'espèce quelle démarche doit l'emporter, car l'une et l'autre mènent à la conclusion que l'acte gouvernemental en cause est arbitraire.

b) *La disproportion exagérée*

[133] L'application de l'interdiction de possession à Insite a des effets exagérément disproportionnés. Les actes de l'État ou les réponses du législateur à un problème sont exagérément disproportionnés lorsqu'ils sont à ce point extrêmes qu'ils sont disproportionnés à tout intérêt légitime du gouvernement : *Malmo-Levine*, par. 143. Insite sauve des vies. Ses bienfaits ont été prouvés. Au cours de ses huit années d'exploitation, Insite n'a eu aucune incidence négative observable sur les objectifs en matière de sécurité et de santé publiques du Canada. Priver la population des services d'Insite a un effet exagérément disproportionné par rapport aux avantages que le Canada peut tirer d'une position uniforme sur la possession de stupéfiants.

(c) *Overbreadth*

[134] Having found the Minister's decision arbitrary and its effects grossly disproportionate, I need not consider this aspect of the argument.

[135] I conclude that, on the basis of the factual findings of the trial judge, the claimants have met the evidentiary burden of showing that the failure of the Minister to grant a s. 56 exemption to Insite is not in accordance with the principles of fundamental justice.

(4) Conclusion on the Challenge to Minister's Decision

[136] The Minister made a decision not to extend the exemption from the application of the federal drug laws to Insite. The effect of that decision, but for the trial judge's interim order, would have been to prevent injection drug users from accessing the health services offered by Insite, threatening the health and indeed the lives of the potential clients. The Minister's decision thus engages the claimants' s. 7 interests and constitutes a limit on their s. 7 rights. Based on the information available to the Minister, this limit is not in accordance with the principles of fundamental justice. It is arbitrary, undermining the very purposes of the *CDSA*, which include public health and safety. It is also grossly disproportionate: the potential denial of health services and the correlative increase in the risk of death and disease to injection drug users outweigh any benefit that might be derived from maintaining an absolute prohibition on possession of illegal drugs on Insite's premises.

D. *Section 1*

[137] If a s. 1 analysis were required, a point not argued, no s. 1 justification could succeed. The goals of the *CDSA*, as I have stated, are the maintenance and promotion of public health and safety. The Minister's decision to refuse the exemption

c) *La portée excessive*

[134] Ayant conclu que la décision du ministre était arbitraire et que son effet était exagérément disproportionné, je n'ai pas à examiner cet aspect de la question.

[135] Je conclus que, compte tenu des conclusions factuelles du juge de première instance, les demandeurs se sont acquittés du fardeau qui leur incombait de prouver que le refus du ministre d'accorder à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

(4) Conclusion sur la contestation de la décision du ministre

[136] Le ministre a décidé de ne pas prolonger l'exemption soustrayant Insite à l'application des lois fédérales antidrogue. N'eût été l'ordonnance intérimaire du juge de première instance, cette décision aurait eu pour effet d'empêcher les consommateurs de drogues injectables d'avoir accès aux services de santé offerts par Insite, ce qui aurait mis en danger la santé et, en fait, la vie de ces éventuels clients. La décision du ministre met donc en jeu et restreint les droits garantis aux demandeurs par l'art. 7. Compte tenu des renseignements dont disposait le ministre, cette restriction de leurs droits n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale. Elle est arbitraire; elle va à l'encontre des objectifs mêmes de la *Loi*, notamment la santé et la sécurité publiques. Elle est également exagérément disproportionnée : l'inaccessibilité éventuelle de services de santé et l'augmentation corrélative du risque de décès et de maladie auquel sont exposés les toxicomanes l'emportent sur tout avantage qui pourrait résulter du maintien d'une interdiction absolue de possession de drogues illégales dans les locaux d'Insite.

D. *L'article premier*

[137] S'il était nécessaire d'examiner la décision du ministre au regard de l'article premier — une question qui n'a pas été plaidée —, sa justification ne pourrait être démontrée. J'ai déjà expliqué que les objets de la *Loi* sont la protection et la promotion

bears no relation to these objectives; therefore they cannot justify the infringement of the complainants' s. 7 rights. However one views the matter, the Minister's decision was arbitrary and unsustainable. See *Chaoulli*, at para. 155, *per* McLachlin C.J. and Major J.

[138] Before leaving s. 1, I turn to the Minister's argument that granting a s. 56 exemption to Insite would undermine the rule of law and that denying an exemption is therefore justified.

[139] Canada submits that exempting Insite from the prohibitions in the *CDSA* "would effectively turn the rule of law on its head by dictating that where a particular individual breaks the law with such frequency and persistence that he or she becomes unable to comply with it, it is unconstitutional to apply the law to that person" (A.F., at para. 101). Canada raises the spectre of a host of exempt sites, where the country's drug laws would be flouted with impunity.

[140] The conclusion that the Minister has not exercised his discretion in accordance with the *Charter* in this case is not a licence for injection drug users to possess drugs wherever and whenever they wish. Nor is it an invitation for anyone who so chooses to open a facility for drug use under the banner of a "safe injection facility". The result in this case rests on the trial judge's conclusions that Insite is effective in reducing the risk of death and disease and has had no negative impact on the legitimate criminal law objectives of the federal government. Neither s. 56 of the *CDSA* nor s. 7 of the *Charter* require condonation of crime. They demand only that, in administering the criminal law, the state not deprive individuals of their s. 7 rights to life, liberty and security of the person in a manner that violates the principles of fundamental justice.

de la santé et de la sécurité publiques. Le refus du ministre d'accorder l'exemption n'a aucun lien avec ces objectifs, de sorte qu'ils ne peuvent justifier la restriction des droits des demandeurs protégés par l'art. 7. Peu importe la façon dont on l'envisage, la décision du ministre était arbitraire et indéfendable : voir *Chaoulli*, par. 155, la juge en chef McLachlin et le juge Major.

[138] Avant de clore le sujet de l'article premier, je vais examiner l'argument du ministre que l'octroi à Insite de l'exemption prévue à l'art. 56 ébranlerait la primauté du droit et que, de ce fait, le refus d'accorder une exemption est justifié.

[139] Le Canada prétend qu'exempter Insite des interdictions établies par la *Loi* [TRADUCTION] « aurait pour effet de bouleverser complètement la primauté du droit en rendant inconstitutionnelle l'application de la loi à quiconque l'enfreint avec une régularité et une persistance telles qu'il devient incapable de l'observer » (m.a., par. 101). Le Canada brandit le spectre de la multiplication des sites bénéficiant d'une exemption où l'on bafouerait impunément des lois canadiennes antidrogue.

[140] La conclusion que le ministre n'a pas exercé son pouvoir discrétionnaire en conformité avec la *Charte* en l'espèce n'autorise pas les consommateurs de drogues injectables à posséder des drogues à leur guise, n'importe où et n'importe quand. Il ne s'agit pas non plus d'inviter quiconque le désire à ouvrir un centre de consommation de drogues en le présentant comme un « centre d'injection supervisée ». L'issue de la présente affaire repose sur les conclusions du juge de première instance selon lesquelles l'existence d'Insite permet vraiment de diminuer le risque de décès et de maladie et n'a eu aucune incidence négative sur les objectifs légitimes du gouvernement fédéral en matière de droit criminel. Ni l'article 56 de la *Loi*, ni l'art. 7 de la *Charte* n'exigent que le crime soit toléré. Ils interdisent simplement à l'État d'appliquer le droit criminel d'une manière qui prive une personne de ses droits à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7, sans respecter les principes de justice fondamentale.

VII. Remedy

[141] Having found that the Minister's refusal to grant an exemption to Insite violates s. 7 in a manner that cannot be justified under s. 1, we must find the appropriate remedy.

[142] What is required is a remedy that vindicates the respondents' *Charter* rights in a responsive and effective manner: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at para. 25.

[143] The infringement of the claimants' s. 7 rights is ongoing. The federal exemption for Insite expired on June 30, 2008. The application of the federal drug laws to Insite has been suspended in the interim only by judicial intervention.

[144] The claimants asked for a declaration that the impugned provisions be struck down. Given my conclusion that s. 4(1) of the *CDSA*, considered with s. 56, is constitutionally valid, no remedy lies under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*. Where, as here, the concern is a government decision that is inconsistent with the *Charter*, s. 24(1) applies and allows the court to fashion an appropriate remedy: *R. v. 974649 Ontario Inc.*, 2001 SCC 81, [2001] 3 S.C.R. 575, at para. 14 ("*Dunedin*").

[145] Section 24(1) confers a broad discretion on the Court to craft an appropriate remedy that is responsive to the violation of the respondents' *Charter* rights. As the Court said in *Dunedin*:

> Section 24(1)'s interpretation necessarily resonates across all *Charter* rights, since a right, no matter how expansive in theory, is only as meaningful as the remedy provided for its breach. From the outset, this Court has characterized the purpose of s. 24(1) as the provision of a "direct remedy" (*Mills* [*v. the Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863], p. 953, *per* McIntyre J.). As Lamer J. stated in *Mills*, "[a] remedy must be easily available and constitutional rights should not be 'smothered in

VII. Réparation

[141] Après avoir conclu que le refus du ministre d'accorder une exemption à Insite viole l'art. 7 d'une manière qui ne peut se justifier au regard de l'article premier, nous devons déterminer quelle est la réparation convenable.

[142] Il doit s'agir d'une réparation qui empêche, de façon efficace et adaptée à la situation, la violation des droits garantis aux défendeurs par la *Charte* : *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 25.

[143] La violation des droits des demandeurs garantis par l'art. 7 subsiste toujours. L'exemption fédérale relative à Insite a pris fin le 30 juin 2008. L'application à Insite des lois fédérales antidrogue n'a été suspendue provisoirement que par l'intervention du tribunal.

[144] Les demandeurs ont demandé la radiation des dispositions contestées. Comme j'ai conclu que le par. 4(1) de la *Loi*, examiné en corrélation avec l'art. 56, est constitutionnellement valide, il n'y a pas lieu d'accorder une réparation en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Lorsque, comme en l'espèce, il est question d'une décision de l'État qui est incompatible avec la *Charte*, le par. 24(1) s'applique et permet au tribunal de concevoir une réparation convenable : *R. c. 974649 Ontario Inc.*, 2001 CSC 81, [2001] 3 R.C.S. 575, par. 14 (« *Dunedin* »).

[145] Le paragraphe 24(1) confère à la Cour un vaste pouvoir discrétionnaire lui permettant de concevoir une réparation convenable, adaptée à la violation des droits des défendeurs garantis par la *Charte*. Dans *Dunedin*, la Cour a dit ce qui suit :

> L'effet de l'interprétation du par. 24(1) se répercute nécessairement sur tous les droits garantis par la *Charte*, puisqu'un droit, aussi étendu soit-il en théorie, est aussi efficace que la réparation prévue en cas de violation, sans plus. Dès le départ, notre Cour a jugé que le par. 24(1) avait pour objet de fournir une « réparation directe » (*Mills* [*c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863], p. 953, le juge McIntyre). Pour reprendre les propos du juge Lamer dans l'arrêt *Mills*, « [l]a réparation doit pouvoir

procedural delays and difficulties'" (p. 882). Anything less would undermine the role of s. 24(1) as a cornerstone upon which the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are founded, and a critical means by which they are realized and preserved. [Emphasis in original; para. 20.]

[146] One option would be to issue a declaration that the Minister erred in refusing to grant a further exemption to Insite in May 2008, and return the matter to the Minister to reconsider the matter and make a decision that respects the claimants' *Charter* rights.

[147] However, this remedy would be inadequate.

[148] The infringement at stake is serious; it threatens the health, indeed the lives, of the claimants and others like them. The grave consequences that might result from a lapse in the current constitutional exemption for Insite cannot be ignored. These claimants would be cast back into the application process they have tried and failed at, and made to await the Minister's decision based on a reconsideration of the same facts. Litigation might break out anew. A bare declaration is not an acceptable remedy in this case.

[149] Nor is the granting of a permanent constitutional exemption appropriate where the remedy is for a state action, not a law. In any event, such exemptions are to be avoided: *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96. Moreover, the Minister should not be precluded from withdrawing an exemption to Insite should changed circumstances at Insite so require. The flexibility contemplated by s. 56 of the *CDSA* would be lost.

[150] In the special circumstances of this case, an order in the nature of mandamus is warranted. I would therefore order the Minister to grant an exemption to Insite under s. 56 of the *CDSA* forthwith. (This of course would not affect the Minister's

s'obtenir facilement et les droits constitutionnels ne devraient pas être [TRADUCTION] "étouffés dans les délais et les difficultés de procédure" » (p. 882). Exiger moins minerait le rôle que joue le par. 24(1) en tant que pierre angulaire sur laquelle reposent les droits et libertés garantis par la *Charte* et que mécanisme essentiel à leur concrétisation et à leur protection. [Soulignement dans l'original; par. 20.]

[146] Une solution consisterait à déclarer que le ministre a commis une erreur en refusant de reconduire l'exemption en faveur d'Insite en mai 2008 et à retourner l'affaire au ministre pour qu'il la réexamine et rende une décision qui respecte les droits garantis aux demandeurs par la *Charte*.

[147] Toutefois, cette réparation serait inadéquate.

[148] La violation en cause est grave; elle met en danger la santé, en fait, la vie, des demandeurs et des personnes qui se trouvent dans la même situation. On ne peut faire fi des graves conséquences qui peuvent découler d'une expiration de l'exemption constitutionnelle dont Insite bénéficie actuellement. Les demandeurs seraient engagés à nouveau dans le processus de demande qu'ils avaient entrepris et au bout duquel ils ont échoué, et ils devraient attendre la décision du ministre fondée sur un réexamen des mêmes faits. Un litige pourrait resurgir. Une simple déclaration ne constitue pas une réparation acceptable en l'espèce.

[149] L'octroi d'une exemption constitutionnelle permanente n'est pas non plus une réparation convenable lorsque ce n'est pas une mesure législative, mais un acte de l'État qui enfreint la *Charte*. Quoi qu'il en soit, ce genre d'exemption doit être évité : *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96. De plus, le ministre ne devrait pas être empêché de retirer une exemption à Insite si un changement de la situation venait à l'exiger. La souplesse visée par l'art. 56 de la *Loi* serait perdue.

[150] Dans les circonstances particulières de l'espèce, une ordonnance de la nature d'un *mandamus* est justifiée. Je suis donc d'avis d'ordonner au ministre d'accorder sur-le-champ à Insite l'exemption prévue à l'art. 56 de la *Loi*. (Le ministre conserve

power to withdraw the exemption should the operation of Insite change such that the exemption would no longer be appropriate.) On the trial judge's findings of fact, the only constitutional response to the application for a s. 56 exemption was to grant it. The Minister is bound to exercise his discretion under s. 56 in accordance with the *Charter*. On the facts as found here, there can be only one response: to grant the exemption. There is therefore nothing to be gained (and much to be risked) in sending the matter back to the Minister for reconsideration.

[151] This does not fetter the Minister's discretion with respect to future applications for exemptions, whether for other premises, or for Insite. As always, the Minister must exercise that discretion within the constraints imposed by the law and the *Charter*.

[152] The dual purposes of the *CDSA* — public health and public safety — provide some guidance for the Minister. Where the Minister is considering an application for an exemption for a supervised injection facility, he or she will aim to strike the appropriate balance between achieving the public health and public safety goals. Where, as here, the evidence indicates that a supervised injection site will decrease the risk of death and disease, and there is little or no evidence that it will have a negative impact on public safety, the Minister should generally grant an exemption.

[153] The *CDSA* grants the Minister discretion in determining whether to grant exemptions. That discretion must be exercised in accordance with the *Charter*. This requires the Minister to consider whether denying an exemption would cause deprivations of life and security of the person that are not in accordance with the principles of fundamental justice. The factors considered in making the decision on an exemption must include evidence, if any, on the impact of such a facility on crime rates, the local conditions indicating a need for such a supervised injection site, the regulatory structure in place to support the facility, the resources available to support its maintenance,

bien sûr le pouvoir de mettre fin à l'exemption, s'il le juge indiqué à la suite d'un changement dans les activités d'Insite.) Compte tenu des conclusions de fait du juge de première instance, la seule réponse constitutionnelle à la demande d'exemption présentée en vertu de l'art. 56 était l'octroi de l'exemption. Le ministre est tenu d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l'art. 56 en conformité avec la *Charte*. Compte tenu des faits constatés en l'espèce, une seule réponse est possible : l'octroi de l'exemption. Il n'y a donc rien à gagner (et beaucoup à perdre) à renvoyer l'affaire au ministre pour réexamen.

[151] Cette réparation ne porte pas atteinte au pouvoir discrétionnaire du ministre quant aux demandes d'exemption futures visant Insite ou d'autres lieux. Comme toujours, le ministre doit exercer sa discrétion conformément aux limites imposées par la loi et par la *Charte*.

[152] Le double objet de la *Loi* — la santé et la sécurité publiques — oriente le ministre. En examinant une demande d'exemption relativement à un centre d'injection supervisée, il tentera d'établir un juste équilibre entre les objectifs de santé et de sécurité publiques. Dans les cas où, comme en l'espèce, la preuve révèle que l'existence d'un site d'injection supervisée diminuera le risque de décès et de maladie et où il n'existe guère, sinon aucune preuve qu'elle aura une incidence négative sur la sécurité publique, le ministre devrait en règle générale accorder une exemption.

[153] La *Loi* accorde au ministre le pouvoir discrétionnaire de décider s'il faut accorder ou non une exemption. Ce pouvoir discrétionnaire doit être exercé en conformité avec la *Charte*. Le ministre doit donc se demander si le refus d'une exemption porterait atteinte aux droits à la vie et à la sécurité des personnes autrement qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Les facteurs pris en compte pour rendre une décision relativement à une exemption doivent comprendre la preuve, si preuve il y a, concernant l'incidence d'un tel centre sur le taux de criminalité, les conditions locales indiquant qu'un centre d'injection supervisée répond à un besoin, la structure réglementaire en

and expressions of community support or opposition.

VIII. VANDU's Cross-Appeal

[154] VANDU, in its cross-appeal, brings a much broader challenge to s. 4(1) of the *CDSA*. VANDU challenges the application of the prohibition on possession to all addicted persons, not only those who are seeking treatment at supervised injection sites. The argument is that because addicted persons have no control over the urge to consume addictive substances, they are forced by fear of arrest and prosecution to procure and consume drugs in a manner that threatens their lives and health, and which causes them a high level of psychological stress. This is a very different argument than that advanced by Ms. Tomic, Mr. Wilson and PHS.

[155] VANDU's contention lacks an adequate basis in the record. The evidence at trial and the factual findings of the trial judge related to the nature of addiction and its attendant dangers, and how Insite responds to those dangers. There is nothing in Pitfield J.'s reasons which would permit this Court to conclude that there is a causal connection between the prohibition on possession and the deprivation of all addicts' s. 7 rights.

IX. Disposition

[156] The *CDSA* is constitutionally valid and applies to the activities at Insite. However, the Minister of Health's actions in refusing to exempt Insite from the operation of the *CDSA* are in violation of the respondents' s. 7 *Charter* rights. The Minister is ordered to grant an exemption for Insite under s. 56 of the *CDSA*.

[157] Canada's appeal is dismissed, as is VANDU's cross-appeal. I would answer the constitutional questions as follows:

place permettant d'encadrer le centre, les ressources disponibles pour voir à l'entretien du centre et les expressions d'appui ou d'opposition de la communauté.

VIII. Le pourvoi incident de VANDU

[154] Dans son pourvoi incident, VANDU conteste de façon beaucoup plus large le par. 4(1) de la *Loi*. VANDU conteste l'application de l'interdiction de possession à tous les toxicomanes, et pas seulement aux personnes qui fréquentent un site d'injection supervisée. VANDU prétend que les toxicomanes, n'ayant aucun contrôle sur leur besoin pressant de consommer des substances créant une dépendance, sont obligés, par crainte d'être arrêtés et poursuivis, de se procurer et de consommer des drogues d'une manière qui met en péril leur vie et leur santé et leur cause une grande tension psychologique. Il s'agit d'un argument très différent de celui formulé par M^me^ Tomic, M. Wilson et PHS.

[155] Le dossier ne contient pas les éléments voulus pour étayer la thèse avancée par VANDU. La preuve présentée au procès et les conclusions factuelles du juge de première instance concernaient la nature de la dépendance, ses dangers concomitants et les mesures prises par Insite pour les contrer. Rien dans les motifs du juge Pitfield ne permet à la Cour de conclure qu'il existe un lien de causalité entre l'interdiction de possession et l'atteinte aux droits garantis par l'art. 7 à l'ensemble des toxicomanes.

IX. Dispositif

[156] La *Loi* est constitutionnellement valide et s'applique aux activités se déroulant à Insite. Toutefois, le refus du ministre de la Santé d'exempter Insite de l'application de la *Loi* viole les droits garantis aux défendeurs par l'art. 7 de la *Charte*. Il est ordonné au ministre d'accorder une exemption à Insite conformément à l'art. 56 de la *Loi*.

[157] Le pourvoi du Canada et le pourvoi incident de VANDU sont rejetés. Je suis d'avis de répondre comme suit aux questions constitutionnelles :

1. Are ss. 4(1) and 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, constitutionally inapplicable to the activities of staff and users at Insite, a health care undertaking in the Province of British Columbia?

No.

2. Does s. 4(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

4. Does s. 5(1) of the *Controlled Drugs and Substances Act*, S.C. 1996, c. 19, infringe the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

5. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

It is not necessary to answer this question.

X. Costs

[158] The trial judge awarded special costs in favour of the claimants: 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389. Such an order was within his discretion, and in my view there is no reason to disturb it.

[159] The respondents will also have their costs on this appeal. There will be no costs on the cross-appeal.

1. Les paragraphes 4(1) et 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, sont-ils inapplicables constitutionnellement aux activités du personnel et des usagers d'Insite, un centre de services de santé de la Colombie-Britannique?

Non.

2. Le paragraphe 4(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

3. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

4. Le paragraphe 5(1) de la *Loi réglementant certaines drogues et autres substances*, L.C. 1996, ch. 19, porte-t-il atteinte aux droits garantis à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

5. Dans l'affirmative, les droits sont-ils restreints par une règle de droit dans des limites qui sont raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

X. Dépens

[158] Le juge de première instance a adjugé des dépens spéciaux aux demandeurs : 2008 BCSC 1453, 91 B.C.L.R. (4th) 389. Cette ordonnance relevait de son pouvoir discrétionnaire et, selon moi, rien ne justifie qu'elle soit modifiée.

[159] Les intimés auront également droit à leurs dépens dans le présent pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication des dépens relativement au pourvoi incident.

Appeal dismissed with costs. Cross-appeal dismissed without costs.

Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Attorney General of Canada, Ottawa.

Solicitors for the respondents PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson and Shelly Tomic: Arvay Finlay, Vancouver; Ethos Law Group, Vancouver.

Solicitor for the respondent the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the respondent/appellant on cross-appeal: Conroy & Company, Abbotsford.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitors for the intervener the Dr. Peter AIDS Foundation: Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Vancouver Coastal Health Authority: Davis, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Canadian Civil Liberties Association: Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Solicitors for the interveners the Canadian HIV/AIDS Legal Network, International Harm Reduction Association and CACTUS Montréal: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Canadian Nurses Association, the Registered Nurses' Association of Ontario and the Association of Registered Nurses of British Columbia: Norton Rose OR, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Public Health Association: Stockwoods, Toronto.

Solicitors for the intervener the Canadian Medical Association: Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Pourvoi rejeté avec dépens. Pourvoi incident rejeté sans dépens.

Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident : Procureur général du Canada, Ottawa.

Procureurs des intimés PHS Community Services Society, Dean Edward Wilson et Shelly Tomic : Arvay Finlay, Vancouver; Ethos Law Group, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intimé/appelant au pourvoi incident : Conroy & Company, Abbotsford.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec : Procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureurs de l'intervenante Dr. Peter AIDS Foundation : Fasken Martineau DuMoulin, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Vancouver Coastal Health Authority : Davis, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne des libertés civiles : Fasken Martineau DuMoulin, Toronto.

Procureurs des intervenants le Réseau juridique canadien VIH/sida, International Harm Reduction Association et CACTUS Montréal : McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs des intervenantes l'Association des infirmières et infirmiers du Canada, l'Association des infirmières et infirmiers autorisés de l'Ontario et Association of Registered Nurses of British Columbia : Norton Rose OR, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne de santé publique : Stockwoods, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association médicale canadienne : Borden Ladner Gervais, Ottawa.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Nurses' Union: Victory Square Law Office, Vancouver.

Solicitors for the intervener REAL Women of Canada: Maclaren Corlett, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante British Columbia Nurses' Union : Victory Square Law Office, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante REAL Women of Canada : Maclaren Corlett, Ottawa.

TAB 26

White Burgess Langille Inman, carrying on business as WBLI Chartered Accountants and R. Brian Burgess *Appellants*

v.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, formerly Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. operating as T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited and Woodland Building Supplies Limited *Respondents*

and

Attorney General of Canada and Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Interveners*

White Burgess Langille Inman, faisant affaire sous la raison sociale WBLI Chartered Accountants et R. Brian Burgess *Appelants*

c.

Abbott and Haliburton Company Limited, A.W. Allen & Son Limited, Berwick Building Supplies Limited, Bishop's Falls Building Supplies Limited, Arthur Boudreau & Fils Ltée, Brennan Contractors & Supplies Ltd., F. J. Brideau & Fils Limitée, Cabot Building Supplies Company (1988) Limited, Robert Churchill Building Supplies Limited, CDL Holdings Limited, auparavant Chester Dawe Limited, Fraser Supplies (1980) Ltd., R. D. Gillis Building Supplies Limited, Yvon Godin Ltd., Truro Wood Industries Limited/Home Care Properties Limited, Hann's Hardware and Sporting Goods Limited, Harbour Breton Building Supplies Limited, Hillier's Trades Limited, Hubcraft Building Supplies Limited, Lumbermart Limited, Maple Leaf Farm Supplies Limited, S.W. Mifflin Ltd., Nauss Brothers Limited, O'Leary Farmers' Co-operative Ass'n. Ltd., Pellerin Building Supplies Inc., Pleasant Supplies Incorporated, J. I. Pritchett & Sons Limited, Centre Multi-Décor de Richibucto Ltée, U. J. Robichaud & Sons Woodworkers Limited, Quincaillerie Saint-Louis Ltée, R & J Swinamer's Supplies Limited, 508686 N.B. INC. faisant affaire sous la raison sociale T.N.T. Insulation and Building Supplies, Taylor Lumber and Building Supplies Limited, Two by Four Lumber Sales Ltd., Walbourne Enterprises Ltd., Western Bay Hardware Limited, White's Construction Limited, D. J. Williams and Sons Limited et Woodland Building Supplies Limited *Intimées*

et

Procureur général du Canada et Criminal Lawyers' Association (Ontario) *Intervenants*

2015 SCC 23 (CanLII)

INDEXED AS: WHITE BURGESS LANGILLE INMAN *v.* ABBOTT AND HALIBURTON CO.

2015 SCC 23

File No.: 35492.

2014: October 7; 2015: April 30.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner and Gascon JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Evidence — Admissibility — Expert evidence — Basic standards for admissibility — Qualified expert — Independence and impartiality — Nature of expert's duty to court — How expert's duty relates to admissibility of expert's evidence — Forensic accountant providing opinion on whether former auditors were negligent in performance of duties — Former auditors applying to strike out expert's affidavit on grounds she was not impartial expert witness — Whether elements of expert's duty to court go to admissibility of evidence rather than simply to its weight — If so, whether there is a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality.

The shareholders started a professional negligence action against the former auditors of their company after they had retained a different accounting firm, the Kentville office of GT, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the former auditors' work. The auditors brought a motion for summary judgment seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained M, a forensic accounting partner at the Halifax office of GT, to review all the relevant materials and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out M's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness.

The motions judge essentially agreed with the auditors and struck out M's affidavit in its entirety. The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding M's affidavit and allowed the appeal.

RÉPERTORIÉ : WHITE BURGESS LANGILLE INMAN *c.* ABBOTT AND HALIBURTON CO.

2015 CSC 23

N° du greffe : 35492.

2014 : 7 octobre; 2015 : 30 avril.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver, Wagner et Gascon.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Preuve — Admissibilité — Preuve d'expert — Normes fondamentales d'admissibilité — Expert qualifié — Indépendance et impartialité — Nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal — Rapport entre l'obligation de l'expert et l'admissibilité de son témoignage — Opinion d'une juricomptable sur la négligence possible des vérificateurs précédents dans l'exercice de leurs fonctions — Requête en radiation de l'affidavit de l'expert présentée par les vérificateurs précédents au motif que l'expert n'était pas un témoin expert impartial — Les éléments de l'obligation de l'expert envers le tribunal jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci? — Dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

Les actionnaires ont intenté une action pour négligence professionnelle contre les anciens vérificateurs de leur compagnie après avoir engagé un autre cabinet comptable, GT, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M, une associée en juricomptabilité du cabinet GT de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial.

Le juge des requêtes s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M et ont accueilli l'appel.

2015 SCC 23 (CanLII)

Held: The appeal should be dismissed.

The inquiry for determining the admissibility of expert opinion evidence is divided into two steps. At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four factors set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert). Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. At the second discretionary gatekeeping step, the trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence.

Expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation.

Concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill his or her duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. If the expert witness does not meet this threshold admissibility requirement, his or her evidence should not be admitted. Once this threshold is met, however, remaining concerns about an expert witness's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. Absent challenge, the

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La démarche qui permet de déterminer l'admissibilité du témoignage d'opinion de l'expert est scindée en deux. Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en déterminant si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission.

L'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services. Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire.

C'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter. Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. S'il ne satisfait pas à ce critère d'admissibilité, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. En l'absence d'une

2015 SCC 23 (CanLII)

expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met. However, if a party opposing admissibility shows that there is a realistic concern that the expert is unable and/or unwilling to comply with his or her duty, the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility. Exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

In this case, there was no basis disclosed in the record to find that M's evidence should be excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. The majority of the Court of Appeal was correct in concluding that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that M was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence.

Cases Cited

Applied: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9; *Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3; **adopted:** *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v; **referred to:** *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275; *Graat v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 819; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th)

contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte. Toutefois, si la partie qui s'oppose à l'admission démontre un motif réaliste de croire que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation, il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité. La décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

En l'espèce, le dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de M devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. La majorité de la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge des requêtes avait commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial.

Jurisprudence

Arrêts appliqués : *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3; **arrêt adopté :** *R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v; **arrêts mentionnés :** *Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358; *R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275; *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290; *R. c.*

2015 SCC 23 (CanLII)

396; *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, rev'd [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley v. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Statutes and Regulations Cited

Act to establish the new Code of Civil Procedure, S.Q. 2014, c. 1, arts. 22, 235 [not yet in force].

Civil Procedure Rules (Nova Scotia), rr. 55.01(2), 55.04 (1)(a), (b), (c).

C. (M.), 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396; *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68, inf. par [1995] 1 Lloyd's Rep. 455; *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456; *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187; *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628; *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394; *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294; *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240; *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271; *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19; *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594; *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115; *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77; *R. c. Violette*, 2008 BCSC 920; *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367; *R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381; *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464; *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474; *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067; *FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500; *Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (1993); *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (2014); *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44; *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284; *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97; *Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385.

Lois et règlements cités

Loi instituant le nouveau Code de procédure civile, L.Q. 2014, c. 1, art. 22, 235 [non en vigueur].

Règles de la Cour du Banc de la Reine (Saskatchewan), règle 5-37.

2015 SCC 23 (CanLII)

Federal Courts Rules, SOR/98-106, r. 52.2(1)(*c*).
Queen's Bench Rules (Saskatchewan), r. 5-37.
Rules of Civil Procedure, R.R.O. 1990, Reg. 194, rr. 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Rules of Civil Procedure (Prince Edward Island), r. 53.03 (3)(g).
Rules of Court, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, rr. 11-2(1), (2).

Authors Cited

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24. Toronto: Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32. Eagan, Minn.: Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper. Oxford: Oxford University Press, 2010.
Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed. Pyrmont, N.S.W.: Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada: Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds. Toronto: Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
Michell, Paul, and Renu Mandhane. "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
Ontario. *Civil Justice Reform Project. Summary of Findings & Recommendations* (Osborne Report). Toronto: Ministry of Attorney General, 2007.
Ontario. *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (Goudge Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008.
Ontario. *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Kaufman Report). Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998.

Règles de procédure, Y.D. 2009/65, règle 34(23).
Règles de procédure civile, R.R.O. 1990, Règl. 194, règles 4.1.01(1), (2), 53.03(2.1).
Règles de procédure civile (Nouvelle-Écosse), règles 55.01(2), 55.04(1)a), b), c).
Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règle 52.2 (1)*c*).
Rules of Civil Procedure (Île-du-Prince-Édouard), règle 53.03(3)(g).
Supreme Court Civil Rules, B.C. Reg. 168/2009, règles 11-2(1), (2).

Doctrine et autres documents cités

Anderson, Glenn R. *Expert Evidence*, 3rd ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Béchard, Donald, avec la collaboration de Jessica Béchard. *L'expert*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2011.
Canadian Encyclopedic Digest, Ontario 4th ed., vol. 24, Toronto, Carswell, 2014 (loose-leaf updated 2014, release 6).
Chamberland, Luc. *Le nouveau Code de procédure civile commenté*, Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2014.
Corpus Juris Secundum, vol. 32, Eagan (Minn.), Thomson West, 2008.
Cross and Tapper on Evidence, 12th ed. by Colin Tapper, Oxford, Oxford University Press, 2010.
Freckelton, Ian, and Hugh Selby. *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy*, 5th ed., Pyrmont (N.S.W.), Lawbook Co., 2013.
Halsbury's Laws of Canada : Evidence, 2014 Reissue, contributed by Hamish C. Stewart, Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Lederman, Sidney N., Alan W. Bryant and Michelle K. Fuerst. *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
McWilliams' Canadian Criminal Evidence, 5th ed. by S. Casey Hill, David M. Tanovich and Louis P. Strezos, eds., Toronto, Canada Law Book, 2013 (loose-leaf updated 2014, release 5).
Michell, Paul, and Renu Mandhane. « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635.
Ontario. *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (Rapport Kaufman), Toronto, Ministère du Procureur général, 1998.
Ontario. *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (Rapport Osborne), Toronto, Ministère du Procureur général, 2007.

2015 SCC 23 (CanLII)

Paciocco, David. "Taking a 'Goudge' out of Bluster and Blarney: an 'Evidence-Based Approach' to Expert Testimony" (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135.

Paciocco, David M. "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed. Toronto: Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds. London: Sweet & Maxwell, 2013.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*. Boston: Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack, N.J.: Rothman Reprints, Inc., 1969).

United Kingdom. *Access to Justice: Final Report* (Woolf Report). London: HMSO, 1996.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (MacDonald C.J. and Oland and Beveridge JJ.A.), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), setting aside in part a decision of Pickup J., 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Appeal dismissed.

Alan D'Silva, *James Wilson* and *Aaron Kreaden*, for the appellants.

Jon Laxer and *Brian F. P. Murphy*, for the respondents.

Michael H. Morris, for the intervener the Attorney General of Canada.

Matthew Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Ontario. *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (Rapport Goudge), Toronto, Ministère du Procureur général, 2008.

Paciocco, David. « Taking a "Goudge" out of Bluster and Blarney : an "Evidence-Based Approach" to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135.

Paciocco, David M. « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565.

Paciocco, David M., and Lee Stuesser. *The Law of Evidence*, 7th ed., Toronto, Irwin Law, 2015.

Phipson on Evidence, 18th ed. by Hodge M. Malek et al., eds., London, Sweet & Maxwell, 2013.

Royaume-Uni. *Access to Justice : Final Report* (Woolf Report), London, HMSO, 1996.

Royer, Jean-Claude, et Sophie Lavallée. *La preuve civile*, 4e éd., Cowansville (Qc), Yvon Blais, 2008.

Thayer, James Bradley. *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Boston, Little, Brown and Co., 1898 (reprinted South Hackensack (N.J.), Rothman Reprints, Inc., 1969).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (le juge en chef MacDonald et les juges Oland et Beveridge), 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301, 361 D.L.R. (4th) 659, 36 C.P.C. (7th) 22, [2013] N.S.J. No. 259 (QL), 2013 CarswellNS 360 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision du juge Pickup, 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283, 26 C.P.C. (7th) 280, [2012] N.S.J. No. 289 (QL), 2012 CarswellNS 376 (WL Can.). Pourvoi rejeté.

Alan D'Silva, *James Wilson* et *Aaron Kreaden*, pour les appelants.

Jon Laxer et *Brian F. P. Murphy*, pour les intimées.

Michael H. Morris, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Matthew Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

2015 SCC 23 (CanLII)

The judgment of the Court was delivered by

CROMWELL J. —

I. Introduction and Issues

[1] Expert opinion evidence can be a key element in the search for truth, but it may also pose special dangers. To guard against them, the Court over the last 20 years or so has progressively tightened the rules of admissibility and enhanced the trial judge's gatekeeping role. These developments seek to ensure that expert opinion evidence meets certain basic standards before it is admitted. The question on this appeal is whether one of these basic standards for admissibility should relate to the proposed expert's independence and impartiality. In my view, it should.

[2] Expert witnesses have a special duty to the court to provide fair, objective and non-partisan assistance. A proposed expert witness who is unable or unwilling to comply with this duty is not qualified to give expert opinion evidence and should not be permitted to do so. Less fundamental concerns about an expert's independence and impartiality should be taken into account in the broader, overall weighing of the costs and benefits of receiving the evidence.

[3] Applying these principles, I agree with the conclusion reached by the majority of the Nova Scotia Court of Appeal and would therefore dismiss this appeal with costs.

II. Overview of the Facts and Judicial History

A. *Facts and Proceedings*

[4] The appeal arises out of a professional negligence action by the respondents (who I will call the shareholders) against the appellants, the former auditors of their company (I will refer to them as the auditors). The shareholders started the action after they had retained a different accounting firm, the

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CROMWELL —

I. Introduction et questions en litige

[1] Le témoignage d'expert peut constituer la pièce maîtresse dans la recherche de la vérité tout comme il peut présenter des dangers particuliers. Pour se prémunir contre ces dangers, la Cour depuis une vingtaine d'années resserre graduellement les règles d'admissibilité et renforce le rôle de gardien du juge de première instance. Ainsi, l'admission du témoignage d'expert est subordonnée au respect de certaines normes fondamentales. La question à trancher dans le cadre du présent pourvoi est de savoir si l'indépendance et l'impartialité de l'expert que l'on se propose de citer comme témoin devraient compter au nombre de ces normes fondamentales d'admissibilité. À mon avis elles devraient l'être.

[2] Le témoin expert a l'obligation particulière d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale. La personne que l'on se propose de citer à ce titre, mais qui ne peut ou ne veut se conformer à cette obligation, n'a pas la qualification pour témoigner à titre d'expert et ne devrait pas y être autorisée. Des réserves moins fondamentales quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert devraient jouer dans l'analyse globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage.

[3] Appliquant ces principes, je partage la conclusion à laquelle sont parvenus les juges majoritaires de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse et suis d'avis de rejeter le présent pourvoi avec dépens.

II. Rappel des faits et historique judiciaire

A. *Les faits et la procédure*

[4] Le présent pourvoi découle d'une action pour négligence professionnelle intentée par les intimées (ci-après « les actionnaires ») contre les appelants, les anciens vérificateurs de leur compagnie (ci-après « les vérificateurs »). Les actionnaires ont intenté cette poursuite après avoir engagé un autre cabinet

2015 SCC 23 (CanLII)

Kentville office of Grant Thornton LLP, to perform various accounting tasks and which in their view revealed problems with the auditors' previous work. The central allegation in the action is that the auditors' failure to apply generally accepted auditing and accounting standards while carrying out their functions caused financial loss to the shareholders. The main question in the action boils down to whether the auditors were negligent in the performance of their professional duties.

[5] The auditors brought a motion for summary judgment in August of 2010, seeking to have the shareholders' action dismissed. In response, the shareholders retained Susan MacMillan, a forensic accounting partner at the Halifax office of Grant Thornton, to review all the relevant materials, including the documents filed in the action, and to prepare a report of her findings. Her affidavit set out her findings, including her opinion that the auditors had not complied with their professional obligations to the shareholders. The auditors applied to strike out Ms. MacMillan's affidavit on the grounds that she was not an impartial expert witness. They argued that the action comes down to a battle of opinion between two accounting firms — the auditors' and the expert witness's. Ms. MacMillan's firm could be exposed to liability if its approach was not accepted by the court and, as a partner, Ms. MacMillan could be personally liable. Her potential liability if her opinion were not accepted gives her a personal financial interest in the outcome of the litigations and this, in the auditors' submission, ought to disqualify her from testifying.

[6] The proceedings since have been neither summary nor resulted in a judgment. Instead, the litigation has been focused on the expert evidence issue; the summary judgment application has not yet been heard on its merits.

comptable, Grant Thornton srl, de Kentville, pour effectuer diverses tâches comptables, qui, selon eux, avaient révélé des erreurs par les vérificateurs précédents. Les actionnaires reprochent essentiellement aux vérificateurs de ne pas avoir appliqué les normes de vérification et comptables généralement reconnues et de leur avoir ainsi causé une perte. La principale question dans le cadre de l'action est de savoir si les vérificateurs ont fait preuve de négligence dans l'exercice de leurs fonctions.

[5] En août 2010, les vérificateurs ont présenté une requête en jugement sommaire visant à faire rejeter l'action. En réponse, les actionnaires ont fait appel à M^me^ Susan MacMillan, une associée en juricomptabilité du cabinet Grant Thornton de Halifax, pour qu'elle examine tous les documents pertinents, notamment ceux déposés dans le cadre de l'action, et rédige un rapport de ses constatations. Son affidavit expose ces dernières, notamment que les vérificateurs, selon elle, ne se sont pas acquittés de leurs obligations professionnelles envers les actionnaires. Les vérificateurs ont présenté une requête en radiation de l'affidavit de M^me^ MacMillan au motif qu'elle n'était pas un témoin expert impartial. Ils ont fait valoir que l'action se résumait à une bataille d'opinions entre deux cabinets comptables, en l'occurrence celui des vérificateurs et celui du témoin expert. Le cabinet de M^me^ MacMillan pourrait être tenu responsable si sa démarche n'était pas acceptée par le tribunal et, en tant qu'associée, M^me^ MacMillan pourrait être tenue personnellement responsable. Sa responsabilité potentielle — si son opinion n'était pas acceptée — se traduit par un intérêt financier personnel dans le règlement du litige; or, de l'avis des vérificateurs, cela devrait suffire à la rendre inhabile à témoigner.

[6] Depuis, l'instance a été tout sauf sommaire et ne s'est toujours pas soldée par un jugement. Le litige a plutôt porté sur la question du témoignage de l'expert; la requête en jugement sommaire n'a pas encore été entendue sur le fond.

2015 SCC 23 (CanLII)

B. *Judgments Below*

(1) Nova Scotia Supreme Court: 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (Pickup J.)

[7] Pickup J. essentially agreed with the auditors and struck out the MacMillan affidavit in its entirety: para. 106. He found that, in order to be admissible, an expert's evidence "must be, and be seen to be, independent and impartial": para. 99. Applying that test, he concluded that this was one of those "clearest of cases where the reliability of the expert . . . does not meet the threshold requirements for admissibility": para. 101.

(2) Nova Scotia Court of Appeal: 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (Beveridge J.A., Oland J.A. Concurring; MacDonald C.J.N.S. Dissenting)

[8] The majority of the Court of Appeal concluded that the motions judge erred in excluding Ms. MacMillan's affidavit. Beveridge J.A. wrote that while the court has discretion to exclude expert evidence due to actual bias or partiality, the test adopted by the motions judge — that an expert "must be, and be seen to be, independent and impartial" — was wrong in law. He ought not to have ruled her evidence inadmissible and struck out her affidavit.

[9] MacDonald C.J.N.S., dissenting, would have upheld the motions judge's decision because he had properly articulated and applied the relevant legal principles.

III. Analysis

A. *Overview*

[10] In my view, expert witnesses have a duty to the court to give fair, objective and non-partisan opinion evidence. They must be aware of this duty and able and willing to carry it out. If they do not meet this threshold requirement, their evidence should not be admitted. Once this threshold is met,

B. *Les juridictions inférieures*

(1) Cour suprême de la Nouvelle-Écosse : 2012 NSSC 210, 317 N.S.R. (2d) 283 (le juge Pickup)

[7] Le juge Pickup s'est dit d'accord avec les vérificateurs pour l'essentiel et a radié intégralement l'affidavit de M^me^ MacMillan (par. 106). Il était d'avis que, pour être admissible, le témoignage de l'expert [TRADUCTION] « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel » (par. 99) et, partant, a conclu qu'il s'agissait de l'un des « cas les plus évidents où la fiabilité de l'expert [. . .] ne satisfait pas aux critères d'admissibilité » (par. 101).

(2) Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse : 2013 NSCA 66, 330 N.S.R. (2d) 301 (le juge Beveridge, avec l'appui de la juge Oland; le juge en chef MacDonald est dissident)

[8] Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que le juge des requêtes avait eu tort d'exclure l'affidavit de M^me^ MacMillan. Le juge Beveridge a écrit que, si le tribunal peut, en vertu de son pouvoir discrétionnaire, écarter le témoignage de l'expert pour cause de partialité réelle, le critère retenu par le juge des requêtes, en l'occurrence que l'expert « doit être indépendant et impartial et être perçu comme tel », était mal fondé en droit. Il n'aurait pas dû déclarer inadmissible le témoignage de M^me^ MacMillan ni radier son affidavit.

[9] Le juge en chef MacDonald, dissident, était d'avis de confirmer la décision du juge des requêtes, parce que ce dernier avait selon lui exposé et appliqué correctement les principes juridiques pertinents.

III. Analyse

A. *Aperçu*

[10] Selon moi, l'expert a l'obligation envers le tribunal de donner un témoignage d'opinion qui soit juste, objectif et impartial. Il doit être conscient de cette obligation et pouvoir et vouloir s'en acquitter. S'il ne satisfait pas à ce critère, son témoignage ne devrait pas être admis. Or, dès lors qu'il y est satisfait,

2015 SCC 23 (CanLII)

however, concerns about an expert witness's independence or impartiality should be considered as part of the overall weighing of the costs and benefits of admitting the evidence. This common law approach is, of course, subject to statutory and related provisions which may establish different rules of admissibility.

B. *Expert Witness Independence and Impartiality*

[11] There have been long-standing concerns about whether expert witnesses hired by the parties are impartial in the sense that they are expressing their own unbiased professional opinion and whether they are independent in the sense that their opinion is the product of their own, independent conclusions based on their own knowledge and judgment: see, e.g., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3rd ed. 2014), at p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant and M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4th ed. 2014), at p. 783. As Sir George Jessel, M.R., put it in the 1870s, "[u]ndoubtedly there is a natural bias to do something serviceable for those who employ you and adequately remunerate you. It is very natural, and it is so effectual, that we constantly see persons, instead of considering themselves witnesses, rather consider themselves as the paid agents of the person who employs them": *Lord Abinger v. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, at p. 374.

[12] Recent experience has only exacerbated these concerns; we are now all too aware that an expert's lack of independence and impartiality can result in egregious miscarriages of justice: *R. v. D.D.*, 2000 SCC 43, [2000] 2 S.C.R. 275, at para. 52. As observed by Beveridge J.A. in this case, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (1998) authored by the Honourable Fred Kaufman and the *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (2008) conducted by the Honourable Stephen T. Goudge provide two striking examples where "[s]eemingly solid and impartial, but flawed, forensic scientific opinion has played a prominent role in miscarriages of justice": para. 105. Other reports outline the critical need for impartial and independent expert evidence in civil litigation: *ibid.*, at para. 106; see the Right

les réserves quant à l'indépendance ou à l'impartialité du témoin expert devraient être examinées dans l'évaluation globale des coûts et des bénéfices de l'admission du témoignage. Cette démarche issue de la common law cède le pas bien sûr aux dispositions législatives et connexes établissant dans certains cas des règles d'admissibilité différentes.

B. *Impartialité et indépendance du témoin expert*

[11] Les préoccupations quant à savoir si les témoins experts retenus par les parties sont impartiaux — c'est-à-dire s'ils expriment leur opinion professionnelle sans parti pris — et indépendants — c'est-à-dire si leur opinion est le fruit des conclusions auxquelles ils sont parvenus de façon indépendante en se fondant sur leurs propres connaissances et jugement — ne datent pas d'hier (voir, p. ex., G. R. Anderson, *Expert Evidence* (3e éd. 2014), p. 509; S. N. Lederman, A. W. Bryant et M. K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada* (4e éd. 2014), p. 783). Comme le soulignait Sir George Jessel, maître des rôles, dans les années 1870, [TRADUCTION] « [i]l existe indubitablement une tendance naturelle à faire quelque chose d'utile pour celui qui nous emploie et nous rémunère bien. C'est tout à fait naturel et si infaillible que nous voyons constamment des personnes qui se considèrent, non pas comme des témoins, mais comme les mandataires rémunérés de la personne qui les emploie » (*Lord Abinger c. Ashton* (1873), L.R. 17 Eq. 358, p. 374).

[12] L'expérience récente n'a fait qu'aviver ces préoccupations; nous savons que trop bien que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert peut donner lieu à de très graves erreurs judiciaires (*R. c. D.D.*, 2000 CSC 43, [2000] 2 R.C.S. 275, par. 52). Comme l'a souligné le juge Beveridge dans la présente affaire, la *Commission sur les poursuites contre Guy Paul Morin : Rapport* (1998), rédigé par l'honorable Fred Kaufman, et le *Rapport de la Commission d'enquête sur la médecine légale pédiatrique en Ontario* (2008), de l'honorable Stephen T. Goudge, donnent deux exemples concrets de cas où [TRADUCTION] « [l]'opinion apparemment solide et impartiale, mais erronée, d'un scientifique expert a joué un rôle de premier plan dans des erreurs judiciaires » (par. 105). D'autres rapports mettent en évidence la nécessité cruciale que l'expert

2015 SCC 23 (CanLII)

Honourable Lord Woolf, *Access to Justice: Final Report* (1996); the Honourable Coulter A. Osborne, *Civil Justice Reform Project: Summary of Findings & Recommendations* (2007).

[13] To decide how our law of evidence should best respond to these concerns, we must confront several questions: Should concerns about potentially biased expert opinion go to admissibility or only to weight?; If to admissibility, should these concerns be addressed by a threshold requirement for admissibility, by a judicial discretion to exclude, or both?; At what point do these concerns justify exclusion of the evidence?; And finally, how is our response to these concerns integrated into the existing legal framework governing the admissibility of expert opinion evidence? To answer these questions, we must first consider the existing legal framework governing admissibility, identify the duties that an expert witness has to the court and then turn to how those duties are best reflected in that legal framework.

C. *The Legal Framework*

(1) The Exclusionary Rule for Opinion Evidence

[14] To the modern general rule that all relevant evidence is admissible there are many qualifications. One of them relates to opinion evidence, which is the subject of a complicated exclusionary rule. Witnesses are to testify as to the facts which they perceived, not as to the inferences — that is, the opinions — that they drew from them. As one great evidence scholar put it long ago, it is "for the jury to form opinions, and draw inferences and conclusions, and not for the witness": J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; reprinted 1969), at p. 524; see also C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12th ed. 2010), at p. 530. While various rationales have been offered for this exclusionary rule, the most convincing is probably that these ready-formed inferences are not helpful to the trier of fact and might even be misleading: see, e.g., *Graat v. The Queen*, [1982] 2

soit impartial et indépendant dans les procès civils (*ibid.*, par. 106; voir le très honorable lord Woolf, *Access to Justice : Final Report* (1996); l'honorable Coulter A. Osborne, *Projet de réforme du système de justice civile : Résumé des conclusions et des recommandations* (2007)).

[13] Pour déterminer la meilleure solution en droit de la preuve à ces préoccupations, il nous faut nous poser plusieurs questions. Est-ce que les réserves au sujet du parti pris possible d'un expert jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage ou seulement de la valeur probante de ce dernier? Dans le premier cas, devrait-on y répondre par un critère d'admissibilité, par un pouvoir discrétionnaire permettant d'écarter la preuve ou les deux? Quand justifient-elles que soit exclu un témoignage? Enfin, comment la solution s'inscrit-elle dans le cadre juridique actuel régissant l'admissibilité des témoignages d'experts? Pour répondre à ces questions, nous devons d'abord nous pencher sur ce cadre juridique, circonscrire les obligations du témoin envers le tribunal, puis voir comment ces dernières s'intègrent le mieux dans le cadre juridique.

C. *Le cadre juridique*

(1) La règle d'exclusion des témoignages d'opinion

[14] La règle générale moderne selon laquelle toute preuve pertinente est admissible est assortie de nombreuses exceptions. L'une d'elles a trait au témoignage d'opinion, lequel fait l'objet d'une règle d'exclusion complexe. La déposition des témoins doit relater les faits qu'ils ont perçus, et non présenter les inférences, ou opinions, qu'ils en tirent. Comme l'a dit il y a longtemps un éminent spécialiste de la preuve, [TRADUCTION] « c'est au jury de se faire une opinion et de tirer des inférences et des conclusions, pas au témoin » (J. B. Thayer, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law* (1898; réimprimé 1969), p. 524; voir également C. Tapper, *Cross and Tapper on Evidence* (12e éd. 2010), p. 530). Même si plusieurs raisons ont été avancées pour expliquer cette règle d'exclusion, la plus convaincante est probablement celle selon laquelle ces inférences toutes faites ne sont

2015 SCC 23 (CanLII)

S.C.R. 819, at p. 836; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence* (2014 Reissue), at para. HEV-137 "General rule against opinion evidence".

[15] Not all opinion evidence is excluded, however. Most relevant for this case is the exception for expert opinion evidence on matters requiring specialized knowledge. As Prof. Tapper put it, "the law recognizes that, so far as matters calling for special knowledge or skill are concerned, judges and jurors are not necessarily equipped to draw true inferences from facts stated by witnesses. A witness is therefore allowed to state his opinion about such matters, provided he is expert in them": p. 530; see also *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42.

(2) The Current Legal Framework for Expert Opinion Evidence

[16] Since at least the mid-1990s, the Court has responded to a number of concerns about the impact on the litigation process of expert evidence of dubious value. The jurisprudence has clarified and tightened the threshold requirements for admissibility, added new requirements in order to assure reliability, particularly of novel scientific evidence, and emphasized the important role that judges should play as "gatekeepers" to screen out proposed evidence whose value does not justify the risk of confusion, time and expense that may result from its admission.

[17] We can take as the starting point for these developments the Court's decision in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9. That case described the potential dangers of expert evidence and established a four-part threshold test for admissibility. The dangers are well known. One is that the trier of fact will inappropriately defer to the expert's opinion rather

pas utiles au juge des faits et peuvent même l'induire en erreur (voir, p. ex., *Graat c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 819, p. 836; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence* (2014 réédition), par. HEV-137 « General rule against opinion evidence »).

[15] Cependant, ce ne sont pas tous les témoignages d'opinion qui sont exclus. L'exception qui nous intéresse plus particulièrement dans le présent pourvoi est celle qui s'applique au témoignage d'opinion d'un expert sur des questions qui exigent des connaissances spécialisées. Pour reprendre les propos du professeur Tapper, [TRADUCTION] « le droit reconnaît que, dans la mesure où les questions exigent des connaissances ou des compétences particulières, les juges et les jurés ne sont pas forcément en mesure de tirer une véritable conclusion d'après les faits relatés par les témoins. Le témoin est par conséquent admis à faire part de son opinion sur ces questions, pourvu qu'il soit un expert en la matière » (p. 530; voir également *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, p. 42).

(2) Le cadre juridique actuel régissant le témoignage d'opinion d'un expert

[16] Depuis au moins le milieu des années 1990, la Cour a répondu à nombre de préoccupations concernant l'incidence d'une preuve d'expert d'une valeur douteuse sur le déroulement de l'instance. La jurisprudence a clarifié et resserré les critères d'admissibilité, établi de nouvelles exigences de fiabilité, notamment en ce qui concerne la preuve issue de sciences nouvelles, et renforcé l'important rôle de « gardien » du juge qui consiste à écarter d'emblée les témoignages dont la valeur ne justifie pas la confusion, la lenteur et les frais que leur admission risque de causer.

[17] Nous pouvons prendre comme point de départ de cette nouvelle tendance la décision de la Cour dans l'affaire *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9. Cet arrêt a mis en lumière les dangers du témoignage d'expert et établi un critère à quatre volets pour en évaluer l'admissibilité. Ces dangers sont bien connus. Il y a notamment le risque que le juge des faits

2015 SCC 23 (CanLII)

than carefully evaluate it. As Sopinka J. observed in *Mohan*:

> There is a danger that expert evidence will be misused and will distort the fact-finding process. Dressed up in scientific language which the jury does not easily understand and submitted through a witness of impressive antecedents, this evidence is apt to be accepted by the jury as being virtually infallible and as having more weight than it deserves. [p. 21]

(See also *D.D.*, at para. 53; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paras. 25-26; *R. v. Sekhon*, 2014 SCC 15, [2014] 1 S.C.R. 272, at para. 46.)

[18] The point is to preserve trial by judge and jury, not devolve to trial by expert. There is a risk that the jury "will be unable to make an effective and critical assessment of the evidence": *R. v. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, at para. 90, leave to appeal refused, [2010] 2 S.C.R. v. The trier of fact must be able to use its "informed judgment", not simply decide on the basis of an "act of faith" in the expert's opinion: *J.-L.J.*, at para. 56. The risk of "attornment to the opinion of the expert" is also exacerbated by the fact that expert evidence is resistant to effective cross-examination by counsel who are not experts in that field: *D.D.*, at para. 54. The cases address a number of other related concerns: the potential prejudice created by the expert's reliance on unproven material not subject to cross-examination (*D.D.*, at para. 55); the risk of admitting "junk science" (*J.-L.J.*, at para. 25); and the risk that a "contest of experts" distracts rather than assists the trier of fact (*Mohan*, at p. 24). Another well-known danger associated with the admissibility of expert evidence is that it may lead to an inordinate expenditure of time and money: *Mohan*, at p. 21; *D.D.*, at para. 56; *Masterpiece Inc. v. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 SCC 27, [2011] 2 S.C.R. 387, at para. 76.

[19] To address these dangers, *Mohan* established a basic structure for the law relating to the admissibility

s'en remette inconsidérément à l'opinion de l'expert au lieu de l'évaluer avec circonspection. Comme le souligne le juge Sopinka dans l'arrêt *Mohan* :

> La preuve d'expert risque d'être utilisée à mauvais escient et de fausser le processus de recherche des faits. Exprimée en des termes scientifiques que le jury ne comprend pas bien et présentée par un témoin aux qualifications impressionnantes, cette preuve est susceptible d'être considérée par le jury comme étant pratiquement infaillible et comme ayant plus de poids qu'elle ne le mérite. [p. 21]

(Voir également *D.D.*, par. 53; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, par. 25-26; *R. c. Sekhon*, 2014 CSC 15, [2014] 1 R.C.S. 272, par. 46.)

[18] Il s'agit de préserver le procès devant juge et jury, et non pas d'y substituer le procès instruit par des experts. Il y a un risque que le jury [TRADUCTION] « soit incapable de faire un examen critique et efficace de la preuve » (*R. c. Abbey*, 2009 ONCA 624, 97 O.R. (3d) 330, par. 90, autorisation d'appel refusée, [2010] 2 R.C.S. v). Le juge des faits doit faire appel à son « jugement éclairé » plutôt que simplement trancher la question sur le fondement d'un « acte de confiance » à l'égard de l'opinion de l'expert (*J.-L.J.*, par. 56). Le danger de « s'en remettre à l'opinion de l'expert » est également exacerbé par le fait que la preuve d'expert est imperméable au contre-interrogatoire efficace par des avocats qui ne sont pas des experts dans ce domaine (*D.D.*, par. 54). La jurisprudence aborde un certain nombre d'autres problèmes connexes : le préjudice qui pourrait éventuellement découler d'une opinion d'expert fondée sur des informations qui ne sont pas attestées sous serment et qui ne peuvent pas faire l'objet d'un contre-interrogatoire (*D.D.*, par. 55); le danger d'admettre en preuve de la « science de pacotille » (*J.-L.J.*, par. 25); le risque qu'un « concours d'experts » ne distraie le juge des faits au lieu de l'aider (*Mohan*, p. 24). Un autre danger bien connu associé à l'admission de la preuve d'expert est le fait qu'elle peut exiger un délai et des frais démesurés (*Mohan*, p. 21; *D.D.*, par. 56; *Masterpiece Inc. c. Alavida Lifestyles Inc.*, 2011 CSC 27, [2011] 2 R.C.S. 387, par. 76).

[19] Pour parer à ces dangers, la Cour dans l'arrêt *Mohan* a établi une structure de base à deux volets

2015 SCC 23 (CanLII)

of expert opinion evidence. That structure has two main components. First, there are four threshold requirements that the proponent of the evidence must establish in order for proposed expert opinion evidence to be admissible: (1) relevance; (2) necessity in assisting the trier of fact; (3) absence of an exclusionary rule; and (4) a properly qualified expert (*Mohan*, at pp. 20-25; see also *Sekhon*, at para. 43). *Mohan* also underlined the important role of trial judges in assessing whether otherwise admissible expert evidence should be excluded because its probative value was overborne by its prejudicial effect — a residual discretion to exclude evidence based on a cost-benefit analysis: p. 21. This is the second component, which the subsequent jurisprudence has further emphasized: Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 789-90; *J.-L.J.*, at para. 28.

[20] *Mohan* and the jurisprudence since, however, have not explicitly addressed how this "cost-benefit" component fits into the overall analysis. The reasons in *Mohan* engaged in a cost-benefit analysis with respect to particular elements of the four threshold requirements, but they also noted that the cost-benefit analysis could be an aspect of exercising the overall discretion to exclude evidence whose probative value does not justify its admission in light of its potentially prejudicial effects: p. 21. The jurisprudence since *Mohan* has also focused on particular aspects of expert opinion evidence, but again without always being explicit about where additional concerns fit into the analysis. The unmistakable overall trend of the jurisprudence, however, has been to tighten the admissibility requirements and to enhance the judge's gatekeeping role.

[21] So, for example, the necessity threshold criterion was emphasized in cases such as *D.D.* The majority underlined that the necessity requirement exists "to ensure that the dangers associated with expert evidence are not lightly tolerated" and that "[m]ere relevance or 'helpfulness' is not enough": para. 46. Other cases have addressed the reliability of the science underlying an opinion and indeed technical evidence in general: *J.-L.J.*; *R. v. Trochym*, 2007 SCC 6, [2007] 1 S.C.R. 239. The question remains, however, as to where the cost-benefit analysis

définissant les règles d'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert. En premier lieu, celui qui cherche à faire admettre une preuve d'opinion émanant d'un expert doit démontrer qu'elle satisfait à quatre critères : (1) la pertinence; (2) la nécessité d'aider le juge des faits; (3) l'absence de toute règle d'exclusion; (4) la qualification suffisante de l'expert (*Mohan*, p. 20-25; voir également *Sekhon*, par. 43). L'arrêt *Mohan* insiste par ailleurs sur le rôle important du juge du procès pour déterminer si une preuve d'expert par ailleurs admissible devrait être exclue parce que sa valeur probante est surpassée par son effet préjudiciable — un pouvoir discrétionnaire résiduel permettant d'exclure une preuve à l'issue d'une analyse coût-bénéfices (p. 21). Il s'agit du second volet de la structure, mis en évidence par la jurisprudence ultérieure (Lederman, Bryant et Fuerst, p. 789-790; *J.-L.J.*, par. 28).

[20] L'arrêt *Mohan* et la jurisprudence ultérieure ne précisent toutefois pas comment cette analyse « du coût et des bénéfices » s'inscrit dans l'analyse globale. La Cour dans cet arrêt procède à l'analyse coût-bénéfices relativement à certains des quatre critères, mais elle fait aussi observer qu'une telle analyse peut relever de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire général qui permet d'exclure une preuve dont la valeur probante ne justifie pas son admission, compte tenu de ses effets potentiellement préjudiciables (p. 21). Depuis l'arrêt *Mohan*, la jurisprudence s'est également intéressée à des aspects particuliers du témoignage d'opinion d'un expert, mais souvent sans expliciter la place qu'occupent ces autres préoccupations dans l'analyse. Cependant, la jurisprudence, dans son ensemble, tend indubitablement à resserrer les critères d'admissibilité et à renforcer le rôle de gardien du juge.

[21] Par exemple, le critère de nécessité a été mis en évidence dans des décisions telles que *D.D.* La majorité y souligne que l'exigence de nécessité « vise à ce que les dangers liés à la preuve d'expert ne soient pas traités à la légère », ajoutant que « [l]a simple pertinence ou "utilité" ne suffit pas » (par. 46). D'autres décisions ont abordé la fiabilité des principes scientifiques à la base d'une opinion et, en fait, des éléments de preuve techniques en général (*J.-L.J.*; *R. c. Trochym*, 2007 CSC 6, [2007] 1 R.C.S. 239). Toutefois, on ne sait toujours pas où exactement,

2015 SCC 23 (CanLII)

and concerns such as those about reliability fit into the overall analysis.

[22] *Abbey* (ONCA) introduced helpful analytical clarity by dividing the inquiry into two steps. With minor adjustments, I would adopt that approach.

[23] At the first step, the proponent of the evidence must establish the threshold requirements of admissibility. These are the four *Mohan* factors (relevance, necessity, absence of an exclusionary rule and a properly qualified expert) and in addition, in the case of an opinion based on novel or contested science or science used for a novel purpose, the reliability of the underlying science for that purpose: *J.-L.J.*, at paras. 33, 35-36 and 47; *Trochym*, at para. 27; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 788-89 and 800-801. Relevance at this threshold stage refers to logical relevance: *Abbey* (ONCA), at para. 82; *J. L.J.*, at para. 47. Evidence that does not meet these threshold requirements should be excluded. Note that I would retain necessity as a threshold requirement: *D.D.*, at para. 57; see D. M. Paciocco and L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7th ed. 2015), at pp. 209-10; *R. v. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, at para. 13; *R. v. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, at para. 72.

[24] At the second discretionary gatekeeping step, the judge balances the potential risks and benefits of admitting the evidence in order to decide whether the potential benefits justify the risks. The required balancing exercise has been described in various ways. In *Mohan*, Sopinka J. spoke of the "reliability versus effect factor" (p. 21), while in *J.-L.J.*, Binnie J. spoke about "relevance, reliability and necessity" being "measured against the counterweights of consumption of time, prejudice and confusion": para. 47. Doherty J.A. summed it up well in *Abbey*, stating that the "trial judge must decide whether expert evidence that meets the preconditions to admissibility is sufficiently beneficial to the trial process to warrant its admission despite the potential harm to the trial process that may flow from the admission of the expert evidence": para. 76.

dans l'analyse globale, s'inscrivent l'analyse coût-bénéfices et les préoccupations comme celles relatives à la fiabilité.

[22] L'arrêt *Abbey* (ONCA) a apporté des précisions utiles en scindant la démarche en deux temps. Je suis d'avis de l'adopter, à peu de choses près.

[23] Dans un premier temps, celui qui veut présenter le témoignage doit démontrer qu'il satisfait aux critères d'admissibilité, soit les quatre critères énoncés dans l'arrêt *Mohan*, à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert. De plus, dans le cas d'une opinion fondée sur une science nouvelle ou contestée ou sur une science utilisée à des fins nouvelles, la fiabilité des principes scientifiques étayant la preuve doit être démontrée (*J.-L.J.*, par. 33, 35-36 et 47; *Trochym*, par. 27; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 788-789 et 800-801). Le critère de la pertinence, à ce stade, s'entend de la pertinence logique (*Abbey* (ONCA), par. 82; *J.-L.J.*, par. 47). Tout témoignage qui ne satisfait pas à ces critères devrait être exclu. Il est à noter qu'à mon avis, la nécessité demeure un critère (*D.D.*, par. 57; voir D. M. Paciocco et L. Stuesser, *The Law of Evidence* (7e éd. 2015), p. 209-210; *R. c. Boswell*, 2011 ONCA 283, 85 C.R. (6th) 290, par. 13; *R. c. C. (M.)*, 2014 ONCA 611, 13 C.R. (7th) 396, par. 72).

[24] Dans un deuxième temps, le juge-gardien exerce son pouvoir discrétionnaire en soupesant les risques et les bénéfices éventuels que présente l'admission du témoignage, afin de décider si les premiers sont justifiés par les seconds. Cet exercice nécessaire de pondération a été décrit de plusieurs façons. Dans l'arrêt *Mohan*, le juge Sopinka parle du « facteur fiabilité-effet » (p. 21), tandis que, dans l'arrêt *J.-L.J.*, le juge Binnie renvoie à « la pertinence, la fiabilité et la nécessité par rapport au délai, au préjudice, à la confusion qui peuvent résulter » (par. 47). Le juge Doherty résume bien la question dans l'arrêt *Abbey*, lorsqu'il explique que [TRADUCTION] « le juge du procès doit décider si le témoignage d'expert qui satisfait aux conditions préalables à l'admissibilité est assez avantageux pour le procès pour justifier son admission malgré le préjudice potentiel, pour le procès, qui peut découler de son admission » (par. 76).

2015 SCC 23 (CanLII)

[25] With this delineation of the analytical framework, we can turn to the nature of an expert's duty to the court and where it fits into that framework.

D. *The Expert's Duty to the Court or Tribunal*

[26] There is little controversy about the broad outlines of the expert witness's duty to the court. As Anderson writes, "[t]he duty to provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion has been stated many times by common law courts around the world": p. 227. I would add that a similar duty exists in the civil law of Quebec: J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at para. 468; D. Béchard, with the collaboration of J. Béchard, *L'expert* (2011), c. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, art. 22 (not yet in force); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), at pp. 14 and 121.

[27] One influential statement of the elements of this duty are found in the English case *National Justice Compania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.). Following an 87-day trial, Cresswell J. believed that a misunderstanding of the duties and responsibilities of expert witnesses contributed to the length of the trial. He listed in *obiter dictum* duties and responsibilities of experts, the first two of which have particularly influenced the development of Canadian law:

1. Expert evidence presented to the Court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert uninfluenced as to form or content by the exigencies of litigation . . . .

2. An expert witness should provide independent assistance to the Court by way of objective unbiased opinion in relation to matters within his [or her] expertise . . . . An expert witness in the High Court should

[25] Le cadre analytique ainsi délimité, penchons-nous sur la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal et voyons comment elle s'inscrit dans ce cadre.

D. *L'obligation de l'expert envers le tribunal*

[26] Les grandes lignes de l'obligation du témoin expert envers le tribunal sont peu contestées. Comme Anderson l'écrit : [TRADUCTION] « L'obligation de fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris a été énoncée à de nombreuses reprises par les tribunaux de common law un peu partout dans le monde » (p. 227). J'ajouterais qu'une obligation semblable existe en droit civil québécois (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), par. 468; D. Béchard, avec la collaboration de J. Béchard, *L'expert* (2011), c. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non en vigueur); L. Chamberland, *Le nouveau Code de procédure civile commenté* (2014), p. 14 et 121).

[27] On trouve dans l'arrêt anglais *National Justice Compania Naviera S.A. c. Prudential Assurance Co.*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B.), un énoncé des éléments de cette obligation qui fait autorité. Au terme d'un procès de 87 jours, le juge Cresswell a conclu qu'une méconnaissance des obligations et responsabilités des témoins experts avait contribué à prolonger le procès. Il a dressé, dans une remarque incidente, une liste des obligations et responsabilités des experts, dont les deux premiers points ont particulièrement influencé l'évolution du droit canadien :

[TRADUCTION]

1. Le témoignage de l'expert présenté à la Cour devrait être le produit indépendant de l'expert n'ayant subi quant à la forme ou au fond aucune influence dictée par les exigences du litige et être perçu comme tel . . .

2. Le rôle du témoin expert consiste à fournir une aide indépendante au tribunal sous la forme d'avis objectif et exempt de parti pris sur des questions relevant de son champ d'expertise [. . .] La personne qui témoigne

2015 SCC 23 (CanLII)

never assume the role of an advocate. [Emphasis added; citation omitted; p. 81.]

(These duties were endorsed on appeal: [1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), at p. 496.)

[28] Many provinces and territories have provided explicit guidance related to the duty of expert witnesses. In Nova Scotia, for example, the *Civil Procedure Rules* require that an expert's report be signed by the expert who must make (among others) the following representations to the court: that the expert is providing an objective opinion for the assistance of the court; that the expert is prepared to apply independent judgment when assisting the court; and that the report includes everything the expert regards as relevant to the expressed opinion and draws attention to anything that could reasonably lead to a different conclusion (r. 55.04(1)(a), (b) and (c)). While these requirements do not affect the rules of evidence by which expert opinion is determined to be admissible or inadmissible, they provide a convenient summary of a fairly broadly shared sense of the duties of an expert witness to the court.

[29] There are similar descriptions of the expert's duty in the civil procedure rules in other Canadian jurisdictions: Anderson, at p. 227; *The Queen's Bench Rules* (Saskatchewan), r. 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, r. 11-2(1); *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 4.1.01(1); *Rules of Court*, Y.O.I.C. 2009/65, r. 34(23); *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, art. 22. Moreover, the rules in Saskatchewan, British Columbia, Ontario, Nova Scotia, Prince Edward Island, Quebec and the Federal Courts require experts to certify that they are aware of and will comply with their duty to the court: Anderson, at p. 228; Saskatchewan *Queen's Bench Rules*, r. 5-37(3); British Columbia *Supreme Court Civil Rules*, r. 11-2(2); Ontario *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(2.1); Nova Scotia *Civil Procedure Rules*, r. 55.04(1)(a); Prince Edward Island *Rules of Civil Procedure*, r. 53.03(3)(g); *An Act to establish the new Code of*

comme expert devant la Haute Cour ne doit jamais s'arroger le rôle de défenseur. [Je souligne; référence omise; p. 81.]

(La Cour d'appel a confirmé ces obligations ([1995] 1 Lloyd's Rep. 455 (C.A.), p. 496).)

[28] Plusieurs provinces et territoires ont des directives expresses en ce qui concerne l'obligation du témoin expert. En Nouvelle-Écosse, par exemple, les *Règles de procédure civile* prévoient que le rapport d'expert, signé par ce dernier, déclare notamment qu'il fournit une opinion objective pour prêter assistance à la cour; qu'il est disposé à se former un jugement indépendant dans l'assistance qu'il prête à la cour; que son rapport comprend tout ce qu'il considère comme pertinent par rapport à l'opinion exprimée et attire l'attention sur tout ce qui pourrait mener raisonnablement à une conclusion différente (al. 55.04(1)a), b) et c)). Même si ces exigences n'ont aucune incidence sur les règles de preuve sur l'admissibilité d'une opinion d'expert, elles résument bien la conception assez largement partagée de l'obligation d'un témoin expert envers le tribunal.

[29] L'obligation de l'expert est définie de façon similaire dans les règles de procédure civile d'autres provinces et territoires du Canada (Anderson, p. 227; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, règle 5-37; *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, par. 11-2(1); *Règles de procédure civile*, R.R.O. 1990, Règl. 194, par. 4.1.01(1); *Règles de procédure*, Y.D. 2009/65, par. 34(23); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 22). De plus, les règles de la Saskatchewan, de la Colombie-Britannique, de l'Ontario, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Québec et des Cours fédérales en la matière exigent que les experts certifient qu'ils sont informés de leur obligation envers le tribunal et s'en acquitteront (Anderson, p. 228; *Règles de la Cour du Banc de la Reine* de la Saskatchewan, par. 5-37(3); *Supreme Court Civil Rules* de la Colombie-Britannique, par. 11-2(2); *Règles de procédure civile* de l'Ontario,

2015 SCC 23 (CanLII)

Civil Procedure, art. 235 (not yet in force); *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, r. 52.2(1)(*c*).

[30] The formulation in the Ontario *Rules of Civil Procedure* is perhaps the most succinct and complete statement of the expert's duty to the court: to provide opinion evidence that is fair, objective and non-partisan (r. 4.1.01(1)(a)). The *Rules* are also explicit that this duty to the court prevails over any obligation owed by the expert to a party: r. 4.1.01(2). Likewise, the newly adopted *Act to establish the new Code of Civil Procedure* of Quebec explicitly provides, as a guiding principle, that the expert's duty to the court overrides the parties' interests, and that the expert must fulfill his or her primary duty to the court "objectively, impartially and thoroughly": art. 22; Chamberland, at pp. 14 and 121.

[31] Many of the relevant rules of court simply reflect the duty that an expert witness owes to the court at common law: Anderson, at p. 227. In my opinion, this is true of the Nova Scotia rules that apply in this case. Of course, it is always open to each jurisdiction to impose different rules of admissibility, but in the absence of a clear indication to that effect, the common law rules apply in common law cases. I note that in Nova Scotia, the *Civil Procedure Rules* explicitly provide that they do not change the rules of evidence by which the admissibility of expert opinion evidence is determined: r. 55.01(2).

[32] Underlying the various formulations of the duty are three related concepts: impartiality, independence and absence of bias. The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand. It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation. It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's

par. 53.03(2.1); *Règles de procédure civile* de la Nouvelle-Écosse, al. 55.04(1)a); *Rules of Civil Procedure* de l'Île-du-Prince-Édouard, al. 53.03(3)(g); *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, art. 235 (non en vigueur); *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, al. 52.2(1)*c*)).

[30] Les *Règles de procédure civile* de l'Ontario énoncent sans doute le plus succinctement et complètement l'obligation de l'expert envers le tribunal, en l'occurrence celle de rendre un témoignage d'opinion qui soit équitable, objectif et impartial (al. 4.1.01(1)a)). Les *Règles* prévoient également expressément que cette obligation l'emporte sur toute obligation de l'expert envers la partie qui l'a engagé (par. 4.1.01(2)). De même, la *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile* du Québec prévoit expressément, parmi ses principes directeurs, que la mission première de l'expert envers le tribunal prime les intérêts des parties et qu'il doit l'accomplir « avec objectivité, impartialité et rigueur » (art. 22; Chamberland, p. 14 et 121).

[31] Bon nombre de règles de procédure ne font que reprendre l'obligation à laquelle le témoin expert est tenu envers le tribunal en common law (Anderson, p. 227). À mon avis, c'est le cas des *Règles* de la Nouvelle-Écosse en la matière. Bien sûr, il est loisible à chaque province ou territoire d'établir des règles d'admissibilité différentes, mais à défaut d'indication claire en ce sens, ce sont les règles de la common law qui s'appliquent dans les affaires de common law. Je souligne qu'en Nouvelle-Écosse, les *Règles de procédure civile* disposent expressément qu'elles n'ont aucune incidence sur les règles de preuve servant à déterminer si l'opinion d'expert est admissible (par. 55.01(2)).

[32] Trois concepts apparentés sont à la base des diverses définitions de l'obligation de l'expert, à savoir l'impartialité, l'indépendance et l'absence de parti pris. L'opinion de l'expert doit être impartiale, en ce sens qu'elle découle d'un examen objectif des questions à trancher. Elle doit être indépendante, c'est-à-dire qu'elle doit être le fruit du jugement indépendant de l'expert, non influencée par la partie pour qui il témoigne ou l'issue du litige. Elle doit être exempte de parti pris, en ce sens qu'elle ne doit pas

2015 SCC 23 (CanLII)

position over another. The acid test is whether the expert's opinion would not change regardless of which party retained him or her: P. Michell and R. Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, at pp. 638-39. These concepts, of course, must be applied to the realities of adversary litigation. Experts are generally retained, instructed and paid by one of the adversaries. These facts alone do not undermine the expert's independence, impartiality and freedom from bias.

favoriser injustement la position d'une partie au détriment de celle de l'autre. Le critère décisif est que l'opinion de l'expert ne changerait pas, peu importe la partie qui aurait retenu ses services (P. Michell et R. Mandhane, « The Uncertain Duty of the Expert Witness » (2005), 42 *Alta. L. Rev.* 635, p. 638-639). Ces concepts, il va sans dire, doivent être appliqués aux réalités du débat contradictoire. Les experts sont généralement engagés, mandatés et payés par l'un des adversaires. Ces faits, à eux seuls, ne compromettent pas l'indépendance, l'impartialité ni l'absence de parti pris de l'expert.

E. *The Expert's Duties and Admissibility*

[33] As we have seen, there is a broad consensus about the nature of an expert's duty to the court. There is no such consensus, however, about how that duty relates to the admissibility of an expert's evidence. There are two main questions: Should the elements of this duty go to admissibility of the evidence rather than simply to its weight?; And, if so, is there a threshold admissibility requirement in relation to independence and impartiality?

[34] In this section, I will explain my view that the answer to both questions is yes: a proposed expert's independence and impartiality go to admissibility and not simply to weight and there is a threshold admissibility requirement in relation to this duty. Once that threshold is met, remaining concerns about the expert's compliance with his or her duty should be considered as part of the overall cost-benefit analysis which the judge conducts to carry out his or her gatekeeping role.

(1) Admissibility or Only Weight?

(a) *The Canadian Law*

[35] The weight of authority strongly supports the conclusion that at a certain point, expert evidence should be ruled inadmissible due to the expert's lack of impartiality and/or independence.

E. *Les obligations de l'expert et l'admissibilité de son témoignage*

[33] Comme nous l'avons vu, il existe un large consensus quant à la nature de l'obligation de l'expert envers le tribunal. Il n'en va toutefois pas de même du rapport entre cette obligation et l'admissibilité du témoignage de l'expert. Deux questions importantes se posent : les éléments de l'obligation de l'expert jouent-ils au regard de l'admissibilité du témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci et, dans l'affirmative, l'indépendance et l'impartialité constituent-elles un critère d'admissibilité?

[34] Dans la présente section, j'explique pourquoi je réponds par l'affirmative à ces deux questions : l'indépendance et l'impartialité de l'expert proposé jouent au regard de l'admissibilité de son témoignage plutôt que simplement de la valeur probante de celui-ci, et l'obligation de l'expert constitue un critère d'admissibilité. Une fois qu'il est satisfait à ce critère, toute réserve qui demeure quant à savoir si l'expert s'est conformé à son obligation devrait être examinée dans le cadre de l'analyse coût-bénéfices qu'effectue le juge dans l'exercice de son rôle de gardien.

(1) Admissibilité ou valeur probante?

a) *Le droit canadien*

[35] La jurisprudence dominante appuie solidement la conclusion qu'il convient, à un certain point, de juger inadmissible le témoignage de l'expert qui fait preuve d'un manque d'indépendance ou d'impartialité.

2015 SCC 23 (CanLII)

[36] Our Court has confirmed this position in a recent decision that was not available to the courts below:

> It is well established that an expert's opinion must be independent, impartial and objective, and given with a view to providing assistance to the decision maker (J.-C. Royer and S. Lavallée, *La preuve civile* (4th ed. 2008), at No. 468; D. Béchard, with the collaboration of J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *An Act to establish the new Code of Civil Procedure*, S.Q. 2014, c. 1, s. 22 (not yet in force)). However, these factors generally have an impact on the probative value of the expert's opinion and are not always insurmountable barriers to the admissibility of his or her testimony. Nor do they necessarily "disqualify" the expert (L. Ducharme and C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4th ed. 2010), at Nos. 590-91 and 605). For expert testimony to be inadmissible, more than a simple appearance of bias is necessary. The question is not whether a reasonable person would consider that the expert is not independent. Rather, what must be determined is whether the expert's lack of independence renders him or her incapable of giving an impartial opinion in the specific circumstances of the case (D. M. Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, at pp. 598-99).
>
> (*Mouvement laïque québécois v. Saguenay (City)*, 2015 SCC 16, [2015] 2 S.C.R. 3, at para. 106)

[37] I will refer to a number of other cases that support this view. I do so by way of illustration and without commenting on the outcome of particular cases. An expert's interest in the litigation or relationship to the parties has led to exclusion in a number of cases: see, e.g., *Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Gen. Div.) (proposed expert was the defendant's lawyer in related matters and had investigated from the outset of his retainer the matter of a potential negligence claim against the plaintiff); *Royal Trust Corp. of Canada v. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (S.C.J.) (expert was the party's lawyer in related U.S. proceedings); *R. v. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (expert was the defence counsel's father); *Ocean v. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC 315, 293 N.S.R. (2d) 394 (expert was also a party to the litigation); *Handley v. Punnett*,

[36] La Cour vient de confirmer cette position dans un arrêt dont ne disposaient pas les juridictions inférieures :

> Il est acquis que l'expert doit fournir une opinion indépendante, impartiale et objective, en vue d'aider le décideur (J.-C. Royer et S. Lavallée, *La preuve civile* (4e éd. 2008), n° 468; D. Béchard, avec la collaboration de J. Béchard, *L'expert* (2011), chap. 9; *Loi instituant le nouveau Code de procédure civile*, L.Q. 2014, c. 1, art. 22 (non encore en vigueur)). Par contre, ces facteurs influencent généralement la valeur probante de l'opinion de l'expert et ne sont pas toujours des obstacles incontournables à l'admissibilité de son témoignage. Ils ne rendent pas non plus le témoin expert nécessairement « inhabile » (L. Ducharme et C.-M. Panaccio, *L'administration de la preuve* (4e éd. 2010), nos 590-591 et 605). Pour qu'un témoignage d'expert soit inadmissible, il faut plus qu'une simple apparence de partialité. La question n'est pas de savoir si une personne raisonnable considérerait que l'expert n'est pas indépendant. Il faut plutôt déterminer si le manque d'indépendance de l'expert le rend de fait incapable de fournir une opinion impartiale dans les circonstances propres à l'instance (D. M. Paciocco, « Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Chang ing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565, p. 598-599).
>
> (*Mouvement laïque québécois c. Saguenay (Ville)*, 2015 CSC 16, [2015] 2 R.C.S. 3, par. 106)

[37] Je renvoie à plusieurs autres affaires pour étayer mon opinion. Je procède ainsi pour illustrer mon propos, sans émettre d'avis sur l'issue des affaires en question. Dans certaines, l'intérêt de l'expert dans le procès ou ses liens avec l'une des parties ont mené à l'exclusion (voir, p. ex., *Fellowes, McNeil c. Kansa General International Insurance Co.* (1998), 40 O.R. (3d) 456 (Div. gén.) (l'expert proposé était l'avocat de la défenderesse dans une affaire connexe et, dès le début de son mandat, il avait monté un dossier en vue d'une poursuite pour négligence contre la demanderesse); *Royal Trust Corp. of Canada c. Fisherman* (2000), 49 O.R. (3d) 187 (C.S.J.) (l'expert était l'avocat d'une des parties dans une instance connexe introduite aux États-Unis); *R. c. Docherty*, 2010 ONSC 3628 (l'expert était le père de l'avocat de la défense); *Ocean c. Economical Mutual Insurance Co.*, 2010 NSSC

2015 SCC 23 (CanLII)

2003 BCSC 294 (expert was also a party to the litigation); *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (S.C.J.) (expert was effectively a "co-venturer" in the case due in part to the fact that 40 percent of his remuneration was contingent upon success at trial: para. 7); *Dean Construction Co. v. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (expert's retainer agreement was inappropriate); *Hutchingame v. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (expert stood to incur liability depending on the result of the trial). In other cases, the expert's stance or behaviour as an advocate has justified exclusion: see, e.g., *Alfano v. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. v. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould v. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19.

[38] Many other cases have accepted, in principle, that lack of independence or impartiality can lead to exclusion, but have ruled that the expert evidence did not warrant rejection on the particular facts: see, e.g., *United City Properties Ltd. v. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. v. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (S.C.J.). This was the position of the Court of Appeal in this case: para. 109; see also para. 121.

[39] Some Canadian courts, however, have treated these matters as going exclusively to weight rather than to admissibility. The most often cited cases for this proposition are probably *R. v. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, and *Gallant v. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. *Klassen* holds as admissible any expert evidence meeting the criteria from *Mohan*, with bias only becoming a factor as to the weight to be given to the evidence: see also *R. v. Violette*, 2008 BCSC 920. Similarly, the court in *Gallant* determined that a challenge to expert evidence that is based on the expert having a connection to a party or an issue in the case

315, 293 N.S.R. (2d) 394 (l'expert était également partie au litige); *Handley c. Punnett*, 2003 BCSC 294 (l'expert était également partie au litige); *Bank of Montreal c. Citak*, [2001] O.J. No. 1096 (QL) (C.S.J.) (l'expert était effectivement « coentrepreneur » dans cette affaire, notamment en raison du fait que 40 p. 100 de sa rémunération dépendait de l'issue favorable du procès (par. 7)); *Dean Construction Co. c. M.J. Dixon Construction Ltd.*, 2011 ONSC 4629, 5 C.L.R. (4th) 240 (les termes du mandat de l'expert étaient discutables); *Hutchingame c. Johnstone*, 2006 BCSC 271 (la responsabilité de l'expert risquait d'être engagée, selon l'issue du procès)). Dans d'autres affaires, l'attitude ou le comportement de l'expert, qui s'était fait le défenseur d'une partie, a justifié l'exclusion (voir, p. ex., *Alfano c. Piersanti*, 2012 ONCA 297, 291 O.A.C. 62; *Kirby Lowbed Services Ltd. c. Bank of Nova Scotia*, 2003 BCSC 617; *Gould c. Western Coal Corp.*, 2012 ONSC 5184, 7 B.L.R. (5th) 19).

[38] Dans un grand nombre d'autres affaires, les tribunaux, tout en acceptant en principe qu'un manque d'indépendance ou d'impartialité pouvait mener à l'exclusion du témoignage de l'expert, ont néanmoins estimé qu'il n'y avait pas lieu d'écarter ce témoignage eu égard aux faits particuliers de l'espèce (voir, p. ex., *United City Properties Ltd. c. Tong*, 2010 BCSC 111; *R. c. INCO Ltd.* (2006), 80 O.R. (3d) 594 (C.S.J.)). C'est le point de vue qu'a adopté la Cour d'appel dans le cas qui nous occupe (par. 109; voir également par. 121).

[39] Toutefois, certains tribunaux canadiens étaient d'avis que ces questions jouaient exclusivement au regard de la valeur de la preuve, et non au regard de son admissibilité. Les décisions les plus souvent citées à cet égard sont sans doute *R. c. Klassen*, 2003 MBQB 253, 179 Man. R. (2d) 115, et *Gallant c. Brake-Patten*, 2012 NLCA 23, 321 Nfld. & P.E.I.R. 77. Dans la première, le tribunal a déclaré admissible tout témoignage d'expert qui satisfaisait aux critères énoncés dans l'arrêt *Mohan* et précisé que le parti pris n'entrait en jeu que lorsqu'il s'agissait de déterminer la valeur probante du témoignage de l'expert (voir également

2015 SCC 23 (CanLII)

or a possible predetermined position on the case cannot take place at the admissibility stage: para. 89.

[40] I conclude that the dominant approach in Canadian common law is to treat independence and impartiality as bearing not just on the weight but also on the admissibility of the evidence. I note that while the shareholders submit that issues regarding expert independence should go only to weight, they rely on cases such as *INCO* that specifically accept that a finding of lack of independence or impartiality can lead to inadmissibility in certain circumstances: R.F., at paras. 52-53.

(b) *Other Jurisdictions*

[41] Outside Canada, the concerns related to independence and impartiality have been addressed in a number of ways. Some are similar to the approach in Canadian law.

[42] For example, summarizing the applicable principles in British law, Nelson J. in *Armchair Passenger Transport Ltd. v. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), underlined that when an expert has an interest or connection with the litigation or a party thereto, exclusion will be warranted if it is determined that the expert is unwilling or unable to carry out his or her primary duty to the court: see also H. M. Malek et al., eds., *Phipson on Evidence* (18th ed. 2013), at pp. 1158-59. The mere fact of an interest or connection will not disqualify, but it nonetheless may do so in light of the nature and extent of the interest or connection in particular circumstances. As Lord Phillips of Worth Matravers, M.R., put it in a leading case, "[i]t is always desirable that an expert should have no actual or apparent interest in the outcome of the proceedings in which he gives evidence, but such disinterest is not automatically a precondition to the admissibility of his evidence": *R. (Factortame Ltd.) v. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003]

R. c. Violette, 2008 BCSC 920). De même, dans la deuxième, la cour a statué que la contestation du témoignage de l'expert fondée sur l'existence d'un rapport entre ce dernier et l'une des parties ou une question en litige ou sur une préconception de sa part ne pouvait être formulée à l'étape de l'admissibilité (par. 89).

[40] Je conclus que selon la conception prédominante en common law canadienne, l'indépendance et l'impartialité ont une incidence non seulement sur la valeur de la preuve, mais aussi sur son admissibilité. Je signale que, même s'ils soutiennent que les questions concernant l'indépendance de l'expert ne devraient jouer qu'au regard de la valeur probante, les actionnaires invoquent des affaires comme *INCO*, dans laquelle le tribunal reconnaît expressément qu'une conclusion quant au manque d'indépendance ou d'impartialité peut entraîner l'inadmissibilité dans certaines circonstances (m.i., par. 52-53).

b) *Ailleurs dans le monde*

[41] À l'extérieur du Canada, les questions d'indépendance et d'impartialité ont été abordées de diverses façons, dont certaines s'apparentent à la démarche canadienne.

[42] Par exemple, résumant les principes applicables en droit britannique, le juge Nelson, dans l'arrêt *Armchair Passenger Transport Ltd. c. Helical Bar Plc*, [2003] EWHC 367 (Q.B.), a souligné que lorsque l'expert a un intérêt dans un litige ou un rapport avec celui-ci ou avec une partie, l'exclusion est justifiée s'il est établi que l'expert ne peut ou ne veut pas s'acquitter de sa principale obligation envers la cour (voir également H. M. Malek et autres, dir., *Phipson on Evidence* (18e éd. 2013), p. 1158-1159). Le simple fait d'avoir un intérêt ou un rapport ne rend pas quelqu'un inhabile à témoigner, sauf dans certaines circonstances, selon la nature et l'importance de l'intérêt ou du rapport. Comme lord Phillips de Worth Matravers, maître des rôles, l'explique dans un arrêt de principe : [TRADUCTION] « Il est toujours souhaitable qu'un expert n'ait aucun intérêt réel ou apparent dans l'issue d'un procès dans lequel il témoigne, mais une telle neutralité n'est pas automatiquement essentielle à l'admissibilité de son témoignage »

2015 SCC 23 (CanLII)

Q.B. 381, at para. 70; see also *Gallaher International Ltd. v. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. v. Dawn Meats (U.K.) Ltd.*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. v. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), at paras. 312-17.

[43] In Australia, the expert's objectivity and impartiality will generally go to weight, not to admissibility: I. Freckelton and H. Selby, *Expert Evidence: Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5th ed. 2013), at p. 35. As the Court of Appeal of the State of Victoria put it: ". . . to the extent that it is desirable that expert witnesses should be under a duty to assist the Court, that has not been held and should not be held as disqualifying, in itself, an 'interested' witness from being competent to give expert evidence" (*FGT Custodians Pty. Ltd. v. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, at para. 26 (AustLII); see also Freckelton and Selby, at pp. 186-88; *Collins Thomson v. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. v. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. v. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] In the United States, at the federal level, the independence of the expert is a consideration that goes to the weight of the evidence, and a party may testify as an expert in his own case: *Rodriguez v. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), at p. 1019; *Tagatz v. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. v. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), at p. 1321. This also seems to be a fair characterization of the situation in the states (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), at p. 325: "The bias or interest of the witness does not affect his or her qualification, but only the weight to be given the testimony.").

(c) *Conclusion*

[45] Following what I take to be the dominant view in the Canadian cases, I would hold that an expert's lack of independence and impartiality goes to the admissibility of the evidence in addition to being considered in relation to the weight to be given to

(*R. (Factortame Ltd.) c. Secretary of State for Transport*, [2002] EWCA Civ 932, [2003] Q.B. 381, par. 70; voir également *Gallaher International Ltd. c. Tlais Enterprises Ltd.*, [2007] EWHC 464 (Comm.); *Meat Corp. of Namibia Ltd. c. Dawn Meats (U.K.) Ltd*, [2011] EWHC 474 (Ch. D.); *Matchbet Ltd. c. Openbet Retail Ltd.*, [2013] EWHC 3067 (Ch. D.), par. 312-317).

[43] En Australie, l'objectivité et l'impartialité de l'expert jouent généralement au regard de la valeur de la preuve, et non de son admissibilité (I. Freckelton et H. Selby, *Expert Evidence : Law, Practice, Procedure and Advocacy* (5e éd. 2013), p. 35). Pour reprendre les propos de la Cour d'appel de l'État de Victoria : [TRADUCTION] « . . . dans la mesure où il est souhaitable que les témoins experts aient l'obligation d'aider le tribunal, on ne devrait pas juger inhabile à témoigner un expert du seul fait qu'il est "intéressé" » (*FGT Custodians Pty. Ltd. c. Fagenblat*, [2003] VSCA 33, par. 26 (AustLII); voir également Freckelton et Selby, p. 186-188; *Collins Thomson c. Clayton*, [2002] NSWSC 366; *Kirch Communications Pty Ltd. c. Gene Engineering Pty Ltd.*, [2002] NSWSC 485; *SmithKline Beecham (Australia) Pty Ltd. c. Chipman*, [2003] FCA 796, 131 F.C.R. 500).

[44] Aux États-Unis, au niveau fédéral, l'indépendance de l'expert joue au regard de la valeur de la preuve, et une partie peut témoigner à son propre procès à titre d'expert (*Rodriguez c. Pacificare of Texas, Inc.*, 980 F.2d 1014 (5th Cir. 1993), p. 1019; *Tagatz c. Marquette University*, 861 F.2d 1040 (7th Cir. 1988); *Apple Inc. c. Motorola, Inc.*, 757 F.3d 1286 (Fed. Cir. 2014), p. 1321). Il semble que la situation soit à peu près la même à l'échelle des États (*Corpus Juris Secundum*, vol. 32 (2008), p. 325 : [TRADUCTION] « Le parti pris ou l'intérêt du témoin n'influe pas sur son habilité à témoigner, mais seulement sur la valeur probante de son témoignage. »).

c) *Conclusion*

[45] Conformément à ce qui me semble le courant prédominant dans la jurisprudence canadienne, je suis d'avis que le manque d'indépendance et d'impartialité d'un expert joue au regard tant de l'admissibilité de son témoignage que de la valeur du

2015 SCC 23 (CanLII)

the evidence if admitted. That approach seems to me to be more in line with the basic structure of our law relating to expert evidence and with the importance our jurisprudence has attached to the gatekeeping role of trial judges. Binnie J. summed up the Canadian approach well in *J.-L.J.*: "The admissibility of the expert evidence should be scrutinized at the time it is proffered, and not allowed too easy an entry on the basis that all of the frailties could go at the end of the day to weight rather than admissibility" (para. 28).

(2) The Appropriate Threshold

[46] I have already described the duty owed by an expert witness to the court: the expert must be fair, objective and non-partisan. As I see it, the appropriate threshold for admissibility flows from this duty. I agree with Prof. (now Justice of the Ontario Court of Justice) Paciocco that "the common law has come to accept . . . that expert witnesses have a duty to assist the court that overrides their obligation to the party calling them. If a witness is unable or unwilling to fulfill that duty, they do not qualify to perform the role of an expert and should be excluded": "Taking a 'Goudge' out of Bluster and Blarney: an 'Evidence-Based Approach' to Expert Testimony" (2009), 13 *Can. Crim. L.R.* 135, at p. 152 (footnote omitted). The expert witnesses must, therefore, be aware of this primary duty to the court and able and willing to carry it out.

[47] Imposing this additional threshold requirement is not intended to and should not result in trials becoming longer or more complex. As Prof. Paciocco aptly observed, "if inquiries about bias or partiality become routine during *Mohan voir dires*, trial testimony will become nothing more than an inefficient reprise of the admissibility hearing": "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009), 34 *Queen's L.J.* 565 ("Jukebox"), at p. 597. While I would not go so far as to hold that the expert's independence and impartiality should be presumed absent challenge, my

témoignage, s'il est admis. Cette façon de voir semble s'accorder davantage avec l'économie générale de notre droit en ce qui concerne les témoignages d'experts et l'importance que notre jurisprudence accorde au rôle de gardien exercé par les juges de première instance. Le juge Binnie cerne bien l'optique canadienne dans l'arrêt *J.-L.J.* : « La question de l'admissibilité d'une preuve d'expert devrait être examinée minutieusement au moment où elle est soulevée, et cette preuve ne devrait pas être admise trop facilement pour le motif que toutes ses faiblesses peuvent en fin de compte avoir une incidence sur son poids plutôt que sur son admissibilité » (par. 28).

(2) Teneur du critère

[46] J'ai déjà exposé l'obligation du témoin expert envers le tribunal : il doit être juste, objectif et impartial. Selon moi, le critère d'admissibilité découle de cette obligation. Je suis d'accord avec le professeur Paciocco (maintenant juge de la Cour de justice de l'Ontario), selon qui [TRADUCTION] « la common law en est venue à concevoir [. . .] que les témoins experts ont l'obligation d'aider le tribunal, qui l'emporte sur celle qu'ils doivent à la partie qui les cite. Le témoin qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation n'est pas habile à exercer son rôle d'expert et devrait être exclu » (« Taking a "Goudge" out of Bluster and Blarney : an "Evidence-Based Approach" to Expert Testimony » (2009), 13 *Rev. can. D.P.* 135, p. 152 (note de bas de page omise)). Par conséquent, les témoins experts doivent être conscients de leur obligation principale envers le tribunal et pouvoir et vouloir s'en acquitter.

[47] L'idée, en imposant ce critère supplémentaire, n'est pas de prolonger ni de complexifier les procès et il ne devrait pas en résulter un tel effet. Comme le souligne le professeur Paciocco, à raison : [TRADUCTION] « . . . si les débats sur la partialité deviennent chose courante pendant un voir-dire de type *Mohan*, le témoignage qui sera donné au procès ne sera plus qu'une répétition inefficace de l'audience sur l'admissibilité » (« Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System : Strategies for Changing the Tune on Partial Experts » (2009), 34 *Queen's L.J.* 565 (« Jukebox »), p. 597). Sans aller jusqu'à affirmer qu'il faut présumer l'indépendance

2015 SCC 23 (CanLII)

view is that absent such challenge, the expert's attestation or testimony recognizing and accepting the duty will generally be sufficient to establish that this threshold is met.

[48] Once the expert attests or testifies on oath to this effect, the burden is on the party opposing the admission of the evidence to show that there is a realistic concern that the expert's evidence should not be received because the expert is unable and/or unwilling to comply with that duty. If the opponent does so, the burden to establish on a balance of probabilities this aspect of the admissibility threshold remains on the party proposing to call the evidence. If this is not done, the evidence, or those parts of it that are tainted by a lack of independence or impartiality, should be excluded. This approach conforms to the general rule under the *Mohan* framework, and elsewhere in the law of evidence, that the proponent of the evidence has the burden of establishing its admissibility.

[49] This threshold requirement is not particularly onerous and it will likely be quite rare that a proposed expert's evidence would be ruled inadmissible for failing to meet it. The trial judge must determine, having regard to both the particular circumstances of the proposed expert and the substance of the proposed evidence, whether the expert is able and willing to carry out his or her primary duty to the court. For example, it is the nature and extent of the interest or connection with the litigation or a party thereto which matters, not the mere fact of the interest or connection; the existence of some interest or a relationship does not automatically render the evidence of the proposed expert inadmissible. In most cases, a mere employment relationship with the party calling the evidence will be insufficient to do so. On the other hand, a direct financial interest in the outcome of the litigation will be of more concern. The same can be said in the case of a very close familial relationship with one of the parties or situations in which the proposed expert will probably incur professional liability if his or her opinion is not accepted by the court. Similarly, an expert who, in his or her proposed evidence or otherwise,

et l'impartialité de l'expert si elles ne sont pas contestées, je pense qu'en l'absence d'une telle contestation, il est généralement satisfait au critère dès lors que l'expert, dans son attestation ou sa déposition, reconnaît son obligation et l'accepte.

[48] Une fois que l'expert a produit cette attestation ou a déposé sous serment en ce sens, il incombe à la partie qui s'oppose à l'admission du témoignage de démontrer un motif réaliste de le juger inadmissible au motif que l'expert ne peut ou ne veut s'acquitter de son obligation. Si elle réussit, la charge de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il a été satisfait à ce critère d'admissibilité incombe toujours à la partie qui entend présenter le témoignage. Si elle n'y parvient pas, le témoignage, ou les parties de celui-ci qui sont viciées par un manque d'indépendance ou d'impartialité, devrait être exclu. Cette démarche est conforme à la règle générale du cadre établi dans l'arrêt *Mohan*, et généralement en droit de la preuve, selon laquelle il revient à la partie qui produit la preuve d'en établir l'admissibilité.

[49] Ce critère n'est pas particulièrement exigeant, et il sera probablement très rare que le témoignage de l'expert proposé soit jugé inadmissible au motif qu'il ne satisfait pas au critère. Le juge de première instance doit déterminer, compte tenu tant de la situation particulière de l'expert que de la teneur du témoignage proposé, si l'expert peut ou veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Par exemple, c'est la nature et le degré de l'intérêt ou des rapports qu'a l'expert avec l'instance ou une partie qui importent, et non leur simple existence : un intérêt ou un rapport quelconque ne rend pas d'emblée la preuve de l'expert proposé inadmissible. Dans la plupart des cas, l'existence d'une simple relation d'emploi entre l'expert et la partie qui le cite n'emporte pas l'inadmissibilité de la preuve. En revanche, un intérêt financier direct dans l'issue du litige suscite des préoccupations. Il en va ainsi des liens familiaux étroits avec une partie et des situations où l'expert proposé s'expose à une responsabilité professionnelle si le tribunal ne retient pas son opinion. De même, l'expert qui, dans sa déposition ou d'une autre manière, se fait le défenseur d'une partie ne peut ou ne veut manifestement pas s'acquitter de

2015 SCC 23 (CanLII)

assumes the role of an advocate for a party is clearly unwilling and/or unable to carry out the primary duty to the court. I emphasize that exclusion at the threshold stage of the analysis should occur only in very clear cases in which the proposed expert is unable or unwilling to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. Anything less than clear unwillingness or inability to do so should not lead to exclusion, but be taken into account in the overall weighing of costs and benefits of receiving the evidence.

[50] As discussed in the English case law, the decision as to whether an expert should be permitted to give evidence despite having an interest or connection with the litigation is a matter of fact and degree. The concept of apparent bias is not relevant to the question of whether or not an expert witness will be unable or unwilling to fulfill its primary duty to the court. When looking at an expert's interest or relationship with a party, the question is not whether a reasonable observer would think that the expert is not independent. The question is whether the relationship or interest results in the expert being unable or unwilling to carry out his or her primary duty to the court to provide fair, non-partisan and objective assistance.

[51] Having established the analytical framework, described the expert's duty and determined that compliance with this duty goes to admissibility and not simply to weight, I turn now to where this duty fits into the analytical framework for admission of expert opinion evidence.

F. *Situating the Analysis in the Mohan Framework*

(1) The Threshold Inquiry

[52] Courts have addressed independence and impartiality at various points of the admissibility test. Almost every branch of the *Mohan* framework has been adapted to incorporate bias concerns one

sa principale obligation envers le tribunal. Je tiens à souligner que la décision d'exclure le témoignage à la première étape de l'analyse pour non-conformité aux critères d'admissibilité ne devrait être prise que dans les cas manifestes où l'expert proposé ne peut ou ne veut fournir une preuve juste, objective et impartiale. Dans les autres cas, le témoignage ne devrait pas être exclu d'office, et son admissibilité sera déterminée à l'issue d'une pondération globale du coût et des bénéfices de son admission.

[50] Comme nous l'avons vu en examinant la jurisprudence anglaise, la décision de permettre ou non à un expert de témoigner malgré son intérêt dans un litige ou son rapport avec celui-ci dépend de leur importance et des faits. La notion d'apparence de parti pris n'est pas pertinente lorsqu'il s'agit de déterminer si le témoin expert pourra ou voudra s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal. Lorsque l'on se penche sur l'intérêt d'un expert ou sur ses rapports avec une partie, il ne s'agit pas de se demander si un observateur raisonnable penserait que l'expert est indépendant ou non; il s'agit plutôt de déterminer si la relation de l'expert avec une partie ou son intérêt fait en sorte qu'il ne peut ou ne veut s'acquitter de sa principale obligation envers le tribunal, en l'occurrence apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale.

[51] Nous avons posé le cadre analytique, défini l'obligation de l'expert et établi que le respect de cette dernière joue au regard de l'admissibilité, et non simplement de la valeur probante. Voyons ensuite où cette obligation s'inscrit dans le cadre analytique régissant l'admissibilité du témoignage d'opinion d'un expert.

F. *L'analyse au sein du cadre établi par l'arrêt Mohan*

(1) L'analyse fondée sur les critères d'admissibilité

[52] Les tribunaux ont abordé la question de l'indépendance et de l'impartialité à divers stades de l'examen des critères d'admissibilité. Presque tous les volets du cadre établi par l'arrêt *Mohan* ont servi

2015 SCC 23 (CanLII)

2015 SCC 23 (CanLII)

way or another: the proper qualifications component (see, e.g., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. v. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. v. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (Ont. S.C.J.)); the necessity component (see, e.g., *Docherty*; *Alfano*); and during the discretionary cost-benefit analysis (see, e.g., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). On other occasions, courts have found it to be a stand-alone requirement: see, e.g., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. v. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership v. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (Ont. S.C.J.); *Prairie Well Servicing Ltd. v. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284. Some clarification of this point will therefore be useful.

[53] In my opinion, concerns related to the expert's duty to the court and his or her willingness and capacity to comply with it are best addressed initially in the "qualified expert" element of the *Mohan* framework: S. C. Hill, D. M. Tanovich and L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5th ed. (loose-leaf)), at 12:30.20.50; see also *Deemar v. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, at para. 21; Lederman, Bryant and Fuerst, at pp. 826-27; *Halsbury's Laws of Canada: Evidence*, at para. HEV-152 "Partiality"; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4th ed. (loose-leaf)), vol. 24, Title 62 — Evidence, at §469. A proposed expert witness who is unable or unwilling to fulfill this duty to the court is not properly qualified to perform the role of an expert. Situating this concern in the "properly qualified expert" ensures that the courts will focus expressly on the important risks associated with biased experts: Hill, Tanovich and Strezos, at 12:30.20.50; Paciocco, "Jukebox", at p. 595.

(2) The Gatekeeping Exclusionary Discretion

[54] Finding that expert evidence meets the basic threshold does not end the inquiry. Consistent with the structure of the analysis developed following *Mohan* which I have discussed earlier, the judge

à l'examen des préoccupations relatives au parti pris : la qualification requise (voir, p. ex., *Bank of Montreal*; *Dean Construction*; *Agribrands Purina Canada Inc. c. Kasamekas*, 2010 ONSC 166; *R. c. Demetrius*, 2009 CanLII 22797 (C.S.J. Ont.)); la nécessité (voir, p. ex., *Docherty*; *Alfano*); et l'analyse coût-bénéfices, qui appelle l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire (voir, p. ex., *United City Properties*; *Abbey* (ONCA)). À d'autres occasions, les tribunaux en ont fait un critère distinct (voir, p. ex., *Docherty*; *International Hi-Tech Industries Inc. c. FANUC Robotics Canada Ltd.*, 2006 BCSC 2011; *Casurina Ltd. Partnership c. Rio Algom Ltd.* (2002), 28 B.L.R. (3d) 44 (C.S.J. Ont.); *Prairie Well Servicing Ltd. c. Tundra Oil and Gas Ltd.*, 2000 MBQB 52, 146 Man. R. (2d) 284). Des précisions s'imposent donc.

[53] À mon avis, c'est sous le volet « qualification suffisante de l'expert » du cadre établi par l'arrêt *Mohan* qu'il convient d'abord d'examiner les préoccupations concernant l'obligation de l'expert envers le tribunal et s'il peut ou veut s'en acquitter (S. C. Hill, D. M. Tanovich et L. P. Strezos, *McWilliams' Canadian Criminal Evidence* (5e éd. (feuilles mobiles)), 12:30.20.50; voir également *Deemar c. College of Veterinarians of Ontario*, 2008 ONCA 600, 92 O.R. (3d) 97, par. 21; Lederman, Bryant et Fuerst, p. 826-827; *Halsbury's Laws of Canada : Evidence*, par. HEV-152 « Partiality »; *The Canadian Encyclopedic Digest* (Ont. 4e éd. (feuilles mobiles)), vol. 24, titre 62 — Evidence, §469). Le témoin expert proposé qui ne peut ou ne veut s'acquitter de cette obligation envers le tribunal ne possède pas la qualification suffisante pour exercer ce rôle. En abordant cette préoccupation sous le volet de la « qualification suffisante de l'expert », les tribunaux pourront s'attacher à évaluer les risques importants que présentent les experts qui ont un parti pris (Hill, Tanovich et Strezos, 12:30.20.50; Paciocco, « Jukebox », p. 595).

(2) Le pouvoir discrétionnaire du juge en tant que « gardien »

[54] La constatation que le témoignage de l'expert satisfait aux critères ne met pas fin à l'analyse. Conformément au cadre établi dans la foulée de l'arrêt *Mohan* dont nous avons discuté précédemment,

must still take concerns about the expert's independence and impartiality into account in weighing the evidence at the gatekeeping stage. At this point, relevance, necessity, reliability and absence of bias can helpfully be seen as part of a sliding scale where a basic level must first be achieved in order to meet the admissibility threshold and thereafter continue to play a role in weighing the overall competing considerations in admitting the evidence. At the end of the day, the judge must be satisfied that the potential helpfulness of the evidence is not outweighed by the risk of the dangers materializing that are associated with expert evidence.

le juge doit encore tenir compte des réserves émises quant à l'indépendance et à l'impartialité de l'expert lorsqu'il évalue la preuve à l'étape où il exerce son rôle de gardien. Il peut être utile de concevoir la pertinence, la nécessité, la fiabilité et l'absence de parti pris comme autant d'éléments d'un examen en deux temps, qui entrent en ligne de compte à la première étape, celle qui sert à déterminer s'il est satisfait aux critères d'admissibilité, et jouent également un rôle à la deuxième, dans la pondération des considérations concurrentes globales relatives à l'admissibilité. Au bout du compte, le juge doit être convaincu que les risques liés au témoignage de l'expert ne l'emportent pas sur l'utilité possible de celui-ci.

G. *Expert Evidence and Summary Judgment*

[55] I must say a brief word about the procedural context in which this case originates — a summary judgment motion. (I note that these comments relate to the summary judgment regime under the Nova Scotia rules and that different considerations may arise under different rules.) It is common ground that the court hearing the motion can consider only admissible evidence. However, under the Nova Scotia jurisprudence, which is not questioned on this appeal, it is not the role of a judge hearing a summary judgment motion in Nova Scotia to weigh the evidence, draw reasonable inferences from evidence or settle matters of credibility: *Coady v. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, at paras. 42-44, 87 and 98; *Fougere v. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, at paras. 6 and 12. Taking these two principles together, the result in my view is this. A motions judge hearing a summary judgment application under the Nova Scotia rules must be satisfied that proposed expert evidence meets the threshold requirements for admissibility at the first step of the analysis, but should generally not engage in the second step cost-benefit analysis. That cost-benefit analysis, in anything other than the most obvious cases of inadmissibility, inevitably involves assigning weight — or at least potential weight — to the evidence.

G. *Témoignage d'expert et jugement sommaire*

[55] Je me dois de glisser quelques mots sur le contexte procédural dans lequel s'inscrit le présent pourvoi, en l'occurrence celui d'une requête en jugement sommaire. (Mes commentaires concernent le régime des jugements sommaires établi par les règles de la Nouvelle-Écosse. Je reconnais que d'autres considérations sont susceptibles de jouer dans un autre régime.) Il est bien reconnu que le tribunal saisi de la requête ne peut examiner que la preuve admissible. Cependant, suivant la jurisprudence néo-écossaise, qui n'est pas remise en question dans le présent pourvoi, il n'appartient pas au juge saisi d'une requête en jugement sommaire, en Nouvelle-Écosse, de soupeser la preuve, de tirer des inférences raisonnables de celle-ci ou de trancher des questions de crédibilité (*Coady c. Burton Canada Co.*, 2013 NSCA 95, 333 N.S.R. (2d) 348, par. 42-44, 87 et 98; *Fougere c. Blunden Construction Ltd.*, 2014 NSCA 52, 345 N.S.R. (2d) 385, par. 6 et 12). Si l'on considère ces deux principes ensemble, le résultat est à mon avis le suivant. Le juge saisi d'une requête en jugement sommaire en vertu des règles de procédure de la Nouvelle-Écosse doit être convaincu que le témoignage de l'expert proposé satisfait aux critères d'admissibilité à la première étape de l'analyse; en règle générale, il doit toutefois se garder de passer à la seconde étape, celle de l'analyse coût-bénéfices. Cette analyse, sauf dans les cas d'inadmissibilité les plus manifestes, appelle inévitablement l'attribution d'une valeur — ou, à tout le moins, d'une valeur possible — à la preuve.

2015 SCC 23 (CanLII)

H. *Application*

[56] I turn to the application of these principles to the facts of the case. In my respectful view, the record amply sustains the result reached by the majority of the Court of Appeal that Ms. MacMillan's evidence was admissible on the summary judgment application. Of course, the framework which I have set out in these reasons was not available to either the motions judge or to the Court of Appeal.

[57] There was no finding by the motions judge that Ms. MacMillan was in fact biased or not impartial or that she was acting as an advocate for the shareholders: C.A. reasons, at para. 122. On the contrary, she specifically recognized that she was aware of the standards and requirements that experts be independent. She was aware of the precise guidelines in the accounting industry concerning accountants acting as expert witnesses. She testified that she owed an ultimate duty to the court in testifying as an expert witness: A.R., vol. III, at pp. 75-76; C.A. reasons, at para. 134. To the extent that the motions judge was concerned about the "appearance" of impartiality, this factor plays no part in the test for admissibility, as I have explained earlier.

[58] The auditors' claim that Ms. MacMillan lacks objectivity rests on two main points which I will address in turn.

[59] First, the auditors say that the earlier work done for the shareholders by the Kentville office of Grant Thornton "served as a catalyst and foundation for the claim of negligence" against the auditors and that this "precluded [Grant Thornton] from acting as 'independent' experts in this case": A.F., at paras. 17 and 19. Ms. MacMillan, the auditors submit, was in an "irreconcilable conflict of interest, in that she would inevitably have to opine on, and choose between, the actions taken and standard of care exercised by her own partners at Grant Thornton" and those of the auditors: A.F., at para. 21. This first submission, however, must be rejected.

H. *Application*

[56] J'aborde maintenant l'application de ces principes aux faits de l'espèce. À mon humble avis, le dossier appuie largement la conclusion à laquelle est parvenue la majorité de la Cour d'appel que le témoignage de M^me^ MacMillan était admissible pour l'instruction de la requête en jugement sommaire. Bien sûr, ni le juge des requêtes ni la Cour d'appel ne disposaient du cadre que j'établis dans les présents motifs.

[57] Le juge des requêtes n'a pas conclu que M^me^ MacMillan avait un parti pris, qu'elle n'était pas impartiale ou qu'elle se faisait le défenseur des actionnaires (motifs de la C.A., par. 122). Au contraire, M^me^ MacMillan a reconnu expressément connaître les normes et exigences voulant que l'expert soit indépendant. Elle était également au fait des directives précises dans le milieu de la comptabilité applicables aux comptables cités comme témoins experts. Elle était consciente à titre de témoin expert de sa principale obligation envers le tribunal (d.a., vol. III, p. 75-76; motifs de la C.A., par. 134). Même si, selon le juge des requêtes, il faut une « apparence » d'impartialité, ce facteur ne constitue pas un critère d'admissibilité, comme je l'explique précédemment.

[58] La prétention des vérificateurs selon laquelle M^me^ MacMillan manquerait d'objectivité repose sur deux principaux points que j'aborde successivement.

[59] D'abord, les vérificateurs soutiennent que le travail fait antérieurement à l'intention des actionnaires par le bureau de Grant Thornton à Kentville [TRADUCTION] « a servi de catalyseur et de fondement à l'action pour négligence » intentée contre les vérificateurs et que cela « empêche [Grant Thornton] d'agir comme expert "indépendant" en l'espèce » (m.a., par. 17 et 19). Selon les vérificateurs, M^me^ MacMillan se trouvait dans « une situation de conflit d'intérêts irréductible qui la forçait inévitablement à commenter et approuver les mesures prises et la norme de diligence observée soit par ses propres partenaires chez Grant Thornton » soit par les vérificateurs (m.a., par. 21). Ce premier argument doit cependant être rejeté.

2015 SCC 23 (CanLII)

[60] The fact that one professional firm discovers what it thinks is or may be professional negligence does not, on its own, disqualify it from offering that opinion as an expert witness. Provided that the initial work is done independently and impartially and the person put forward as an expert understands and is able to comply with the duty to provide fair, objective and non-partisan assistance to the court, the expert meets the threshold qualification in that regard. There is no suggestion here that Grant Thornton was hired to take a position dictated to it by the shareholders or that there was anything more than a speculative possibility of Grant Thornton incurring liability to them if the firm's opinion was not ultimately accepted by the court. There was no finding that Ms. MacMillan was, in fact, biased or not impartial, or that she was acting as an advocate for the shareholders. The auditors' submission that she somehow "admitted" on her cross-examination that she was in an "irreconcilable conflict" is not borne out by a fair reading of her evidence in context: A.R., vol. III, at pp. 139-45. On the contrary, her evidence was clear that she understood her role as an expert and her duty to the court: *ibid.*, at pp. 75-76.

[61] The auditors' second main point was that Ms. MacMillan was not independent because she had "incorporated" some of the work done by the Kentville office of her firm. This contention is also ill founded. To begin, I do not accept that an expert lacks the threshold qualification in relation to the duty to give fair, objective and non-partisan evidence simply because the expert relies on the work of other professionals in reaching his or her own opinion. Moreover, as Beveridge J.A. concluded, what was "incorporated" was essentially an exercise in arithmetic that had nothing to do with any accounting opinion expressed by the Kentville office: C.A. reasons, at paras. 146-49.

[62] There was no basis disclosed in this record to find that Ms. MacMillan's evidence should be

[60] Le cabinet professionnel qui découvre ce qu'il estime être une négligence professionnelle ou ce qui pourrait l'être n'est pas d'emblée interdit de donner son opinion en tant que témoin expert. Dès lors que le travail initial est fait de façon indépendante et impartiale et que l'expert proposé comprend son obligation d'apporter au tribunal une aide juste, objective et impartiale et qu'il peut s'acquitter de cette obligation, il est satisfait au critère relatif à la qualification sur ce plan. Or, rien ne permet de penser ici que le cabinet Grant Thornton a été engagé pour exprimer un point de vue dicté par les actionnaires, ni qu'il y ait eu plus qu'une hypothétique possibilité que le cabinet soit tenu responsable envers ces derniers si, en fin de compte, le tribunal n'avait pas retenu son opinion. Le juge n'a pas conclu que M^me^ MacMillan avait un parti pris, qu'elle a manqué d'impartialité ou qu'elle s'était faite le défenseur des actionnaires. De plus, l'argument des vérificateurs selon lequel M^me^ MacMillan a en quelque sorte « admis » en contre-interrogatoire se trouver dans une situation de « conflit d'intérêts irréductible » n'est pas corroboré par une interprétation raisonnable de son témoignage dans son contexte (d.a., vol. III, p. 139-145). Au contraire, il ressort clairement de son témoignage qu'elle comprenait son rôle d'expert et son obligation envers le tribunal (*ibid.*, p. 75-76).

[61] Deuxièmement, M^me^ MacMillan ne serait pas indépendante, puisqu'elle avait « incorporé » une partie du travail fait par son cabinet au bureau de Kentville. Cette prétention est également non fondée. D'abord, je n'accepte pas qu'un expert ne satisfasse pas au critère de la qualification suffisante, dans la mesure où il est question de son obligation de rendre un témoignage juste, objectif et impartial, simplement parce qu'il se fonde sur le travail d'autres professionnels pour se faire une opinion. De plus, comme le juge Beveridge l'a conclu, ce qui a été « incorporé » consistait essentiellement en un exercice arithmétique qui n'avait rien à voir avec quelque opinion comptable qu'aurait exprimée le bureau de Kentville (motifs de la C.A., par. 146-149).

[62] Le présent dossier ne révèle aucun élément qui permette de conclure que le témoignage de

2015 SCC 23 (CanLII)

excluded because she was not able and willing to provide the court with fair, objective and non-partisan evidence. I agree with the majority of the Court of Appeal who concluded that the motions judge committed a palpable and overriding error in determining that Ms. MacMillan was in a conflict of interest that prevented her from giving impartial and objective evidence: paras. 136-50.

IV. Disposition

[63] I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Stikeman Elliott, Toronto.

Solicitors for the respondents: Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

M^me^ MacMillan devrait être exclu parce que celle-ci ne pouvait ou ne voulait rendre devant le tribunal un témoignage juste, objectif et impartial. Je conviens avec la majorité de la Cour d'appel que le juge des requêtes a commis une erreur manifeste et dominante en estimant que M^me^ MacMillan était dans une situation de conflit d'intérêts qui l'empêchait de rendre un témoignage objectif et impartial (par. 136-150).

IV. Dispositif

[63] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants : Stikeman Elliott, Toronto.

Procureurs des intimées : Lenczner Slaght Royce Smith Griffin, Toronto; Groupe Murphy Group, Moncton.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

2015 SCC 23 (CanLII)

TAB 27

Date: 20000501
Docket: 98.02.68 CI
2000 MBQB 52
(Brandon Centre)

2000 MBQB 52 (CanLII)

COURT OF QUEEN'S BENCH OF MANITOBA

BETWEEN:	)	
	)	
PRAIRIE WELL SERVICING LTD.,	)	G. Harasymchuk
	)	For the Plaintiff
Plaintiff,	)	
	)	
-and-	)	
	)	
TUNDRA OIL AND GAS LTD.,	)	W. C. Kushneryk, Q.C.
	)	For the Defendant
Defendant.	)	
	)	
	)	JUDGMENT DELIVERED:
	)	May 1, 2000

MYKLE, J.

[1] This is a contract dispute between Prairie Well Servicing Ltd. (“Prairie Well”), an oil well servicing company, and Tundra Oil and Gas Ltd. (“Tundra”), an oil exploration and production company.

[2] Oil well service rigs are an essential part of the continuum of oil exploration, drilling and production. After a drilling rig has left an oil well site, a service rig moves onto the site, in order to clean out the residue left by the

drilling rig, to install a pumping mechanism and generally to put the well into production.

[3] Tundra and Prairie Well had contracted annually since 1991 for Prairie Well to perform this service for Tundra in southwestern Manitoba and southeastern Saskatchewan. The final contract between the parties was for a period from October 16, 1996 to December 31, 1997. By all accounts the relationship between the two firms had been a satisfactory one.

[4] That relationship changed on October 22, 1997, when Prairie Well abruptly ceased performing its functions under the contract. Prairie Well now claims for its unpaid account under the contract with interest at the contractual rate, claiming the protection of a force majeure clause in the contract. Tundra disputes liability, saying that Prairie Well abandoned the contract and, on the facts, cannot invoke the force majeure clause. Further, Tundra claims it suffered substantial damages as a result of the abandonment of the contract, resulting in a set-off far in excess of Prairie Well's claim.

[5] The position of Prairie Well is that it was prevented from continuing with the Tundra contract because of a strike of its employees which began on the evening of October 21, 1997, and is excused from further performance of the contract by virtue of the force majeure clause in the contract, which provides:

> Neither Operator (Tundra) nor Contractor (Prairie Well) shall be liable for failure to perform its obligations under this agreement when performance is hindered or prevented by strikes, lock-outs, riots, war (declared or undeclared), acts of God, insurrection, fire, storm hurricanes, orders or regulations of any governmental authority, delays in transportation, inability to obtain the

2000 MBQB 52 (CanLII)

> necessary materials and supplies on the open market or by other cause, whether similar or dissimilar to those specifically enumerated, beyond the reasonable control of the party affected; but lack of funds shall not be considered a cause beyond the reasonable control of a party. Any delay due to the above causes or any of them shall not be treated as a breach of or failure to perform under this agreement.

[6] Ken Gardiner, the principal of Prairie Well, testified that he was summoned to a bar in Virden, Manitoba by several of his employees on the evening of October 21, 1997. They demanded wage increases and other supplementary benefits. Mr. Gardiner said he asked for some time to consider these demands, but was told by the men that the answer had to be given that evening. The meeting became increasingly acrimonious, and Mr. Gardiner told the men he wouldn't be held for ransom. According to Mr. Gardiner, the men then told Mr. Gardiner that they were quitting, and wouldn't show up for work the next day. Mr. Gardiner's subsequent report to the Labour Board is consistent with that testimony.

[7] This version of events was confirmed by Cameron McConnell, one of the employees at the meeting, who indicated that the employees were not willing to give Mr. Gardiner any time to consider the employees' proposal, and "basically just walked off and left him stranded." Tracy Mead, a patron at another local bar that evening, sat with the employees after the meeting, and recalled that they told her that either they got raises or they weren't going back to work. Troy Stewart, an employee who had not attended the meeting, testified that he was

2000 MBQB 52 (CanLII)

told by another employee, Mark Cosgrove, that everybody quit that night because their wage demands were not agreed to by Mr. Gardiner.

[8] Two other employees, Mark Cosgrove and Michael Hunter, gave a different version of events. They claimed that the meeting with Mr. Gardiner was called to initiate a negotiation for wages, not to deliver an ultimatim, and that Mr. Hunter, as the employees' spokesperson, had offered Mr. Gardiner two weeks to think about the employees' proposals, which Mr. Gardiner rejected peremptorily, announcing that he was shutting down the rigs and demanding the keys for the company vehicles. In light of that evidence, it is curious indeed that in Mr. Cosgrove's Labour Board application less than three weeks later, he wrote that, "we were shutting down the rigs until an agreeable settlement had been reached." In addition, Mr. Hunter's bravado at the meeting, and his subsequent recall of it, was likely affected by his consumption of alcohol that evening.

[9] I accept Mr. Gardiner's evidence with respect to the October 21, 1997 meeting, in that Mr. Gardiner, faced with immediate wage demands, asked for some time to consider the issue. The employees at the meeting rejected this suggestion, and terminated their own employment. This abrupt withdrawal of service by Prairie Well's employees constitutes a "strike" within the meaning of the force majeure clause. (See MacMillan Bloedel Ltd. v. British Columbia Hydro and Power Authority, [1992] B.C.J. No. 2310 (C.A.) and Tenneco Canada Inc. v. British Columbia Hydro and Power Authority [1999] B.C.J. No 1533 (C.A.).)

2000 MBQB 52 (CanLII)

[10] The following day Mr. Gardiner had meetings with Tundra representatives to discuss what to do next. Tundra was in the middle of an ambitious drilling program, and required service rigs on a constant basis to bring wells into production as quickly as possible. Any delays would cost Tundra money. The sudden withdrawal of service caught Tundra unaware and unprepared. Several suggestions were made to Mr. Gardiner by Timothy Howell, Tundra's operations manager, and Jed Sanderson, Tundra's area technologist and production operation advisor, including obtaining a service rig crew from another service rig company in the area, Tundra leasing the service rig from Prairie Well and obtaining its own crew, or leasing the rig to another service rig company using its own crew. Mr. Gardiner adamantly refused to consider any of these options (some of which Mr. Gardiner, by the contract, was not obligated to consider), telling Mr. Howell he was shutting down for good. Mr. Howell told him not to make any rash decisions, but to think it over and get back to Tundra.

[11] The service rig industry must be a very closely-knit one. By the afternoon of October 22, Mr. Gardiner had already received an inquiry about selling his service equipment. In the following days, by his own account, he received numerous inquries about a sale, to all of which he responded with a list of his equipment and a price. Four days later, on October 26, he sold his equipment out of province, thereby making it impossible for him to fulfill any part of the contract which remained. In other words, shortly after the labour dispute began, Mr. Gardiner walked away from his business and the Tundra contract.

2000 MBQB 52 (CanLII)

[12] During that short period of time (from October 22 to October 26) there is no evidence that he pursued other avenues to deal with his employees or otherwise to crew his rigs, in order to carry on with the Tundra contract. His evidence is that there was virtually no pool of trained employees to draw on, but, apart from that, the fact that he made no other contact with his former employees in an attempt to re-institute negotiations, and that his focus, from October 22 on, appeared to be exclusively on divesting himself from his equipment, indicates clearly that it was not a strike which prevented him, in the long run, from completing his side of the bargain with Tundra, but the sale of his equipment.

[13] The strike may have been a catalyst, but it cannot be said that the strike lasted for any longer than Prairie Well's ownership of the service rig equipment. Instead, by negotiating and completing a sale of the equipment, the contract was abandoned by Prairie Well.

[14] Under the circumstances, Prairie Well cannot take refuge in the force majeure clause, nor can it claim other benefits under the contract, such as the interest rate provided therein and the protection against set-off.

[15] Prairie Well is entitled to reimbursement for work done under the contract to and including October 21, which amounts to $ 95,816.15 as in the Statement of Claim.

[16] An interest rate on overdue accounts of 4% per month was included in the contract, but, as I have already observed, the actions of Prairie Well in

2000 MBQB 52 (CanLII)

abandoning the contract preclude reliance on that provision. Prejudgment interest will be paid at the statutory rate.

[17] Tundra incurred costs as a result of Prairie Well's actions, and claims these costs as a set-off against Prairie Well's account.

[18] Firstly, it was necessary to arrange for alternate service crews and equipment on a piecemeal basis to do the work that Prairie Well would ordinarily have done, and Tundra paid more than the contractual rate for this work, in the amount of $ 25,988.06.

[19] In addition, oil production on new wells was delayed for some time until replacement service crews were able to put these wells into production. Oil prices were falling from October, 1997 to January, 1998, and Tundra computes its lost revenue due to declining oil prices by identifying the number of "lost days" multiplied by the rate of production of each well, and subtracting the January price from the October price on that total lost – or delayed – production. It is unquestionable that Tundra suffered this loss as a direct result of Prairie Well's non-completion of the contract, in the amount of $ 9,306.56.

[20] Tundra also claims for the hours spent by its staff and executive in dealing with the "Prairie Well problem", including dealing with Mr. Gardiner and arranging alternate service rigs. I note, however, that none of this work involved overtime, or additional expense to Tundra over and above regular salaries. Tundra's position is that these person-hours could have been spent on more

2000 MBQB 52 (CanLII)

productive enterprise, but I am not persuaded that Tundra was put to extra costs in this way because of the contract's abandonment.

[21] Tundra also claims that it suffers loss from the under-production of a well as a result of a service rig not being available in a timely fashion to clear out the drilling mud from the well. This delay, says Tundra, created formation damage of a permanent nature, and cites actual yields from the well as being far below those originally estimated.

[22] The expert called by Tundra on this issue was George Czyzewski, Tundra's general manager and senior reservoir engineer. He claimed that the horizontal well in question, on which drilling was completed on November 9, 1997, suffered formation damage because of its unique low reservoir permeability, making it susceptible to formation damage during drilling operations. A service rig was not available for that well until November 15, and it is his evidence that such a delay in commencing clean-up operations was the sole cause of formation damage and, hence, an under-producing well.

[23] His evidence was that, apart from his personal experience, he utilizes an elaborate computer reservoir simulation study as a predictive tool to provide an estimate of recovery from an oil well. This study, he says, resulted in an estimate of 72,000 barrels of oil, whereas the well actually produces much less than that, amounting to a shortfall of 33,000 barrels of oil. Using Tundra's 1998 finding cost of $ 6.73 per barrel of oil, Tundra claims that the total value of the lost oil reserves is $ 222,090.00. The study itself was not put into evidence.

2000 MBQB 52 (CanLII)

[24] There are two problems with Mr. Czyzewski's evidence. Firstly, Mr. Czyzewski is not an independent expert witness. He is a senior executive of Tundra, and his testimony, it must be said, simply amounted to advocacy for his company. He is too connected to one side of this litigation for his opinions to have much value in this context.

[25] To be credible, an expert witness ought to be independent. As E. MacDonald, J. observed in ***Fellowes, McNeil v. Kansa General International Insurance Co***. [1998] 40 O.R. (3d) 456, at p. 460:

> Experts must not be permitted to become advocates. To do so would change or tamper with the essence of the role of the expert, which was developed to assist the court in matters which require a special knowledge or expertise beyond the knowledge of the court. . . If I look to only two of the seven duties and responsibilities of experts testifying in civil cases that are laid out in The "Ikarian Reefer", [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 at p. 81, I have to conclude that this would not be a case for Mr. McInnis to assume the role of an expert. These duties are:
>
> (1) Expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the experts uninfluenced as to the form or content by the exigencies of litigation.
> (2) An expert should provide independent assistance to the court by objective, unbiased opinion in relation to matters within his or her expertise. An expert witness should never assume the role of advocate . . .
>
> Finally, an expert's report "cannot be advocacy dressed up as an expert opinion". They are the words of Reed J. in Fraser River Pile & Dredge Ltd. v. Empire Tug Boats Ltd. (1995), 37 C.P.C. (3d) 119 at p. 126, 92 F.T.R. 26.

[26] And, as noted by Lord Wilberforce in ***Whitehouse v. Jordan*** {1981} 1 All E.R. 267 (H.L.) at p. 276:

2000 MBQB 52 (CanLII)

> . . . it is necessary that expert evidence presented to the court should be, and should be seen to be, the independent product of the expert, uninfluenced as to form and content by the exigencies of litigation. To the extent that it is not, the evidence is likely to be not only incorrect, but self-defeating.

2000 MBQB 52 (CanLII)

[27] The second problem is that the factual underpinnings for Mr. Czyzewski's opinion are not before the court.

[28] In ***R. v. Abbey*** (1982) 138 D.L.R. (3d) 202, Dickson, J. (as he then was), wrote, at p. 220:

> While it is not questioned that medical experts are entitled to take into consideration all possible information in forming their opinions, this in no way removes from the party tendering such evidence the obligation of establishing, through properly admissible evidence, the factual basis on which such opinions are based. Before any weight can be given to an expert's opinion, the facts upon which the opinion is based must be found to exist.

[29] Although that principle has been modified somewhat by ***R. v. Lavallee***, [1990] 1 S.C.R. 852, it is still the law that some admissible evidence must be tendered in order to establish the foundation for the expert's opinion.

[30] In this case, neither data nor the simulation study (nor any independent evidence as to its accuracy) were presented in support of Mr. Czyzewski's opinions, and it would be inappropriate indeed to give much weight, if any, to them. The crucial assertion as to the estimate of 72,000 barrels was not supported in his evidence by any data that would give meaning to that estimate. Mr. Czyzewski, in effect, asks the court to trust his figures, without more. In my view, that is not sufficient. His evidence on that point will be disregarded, and, as a result, no set-off regarding well production will be allowed.

[31] In summary, therefore, the plaintiff will have judgment for $95,816.15, less the defendant's set-off claims in the amount of ($25,988.06 + $9,306.56) $35,294.62, resulting in a net judgment to the plaintiff of $60,521.53, with prejudgment interest at the statutory rate from December 1, 1997.

[32] Costs, if not agreed, may be spoken to.

_____ J.

2000 MBQB 52 (CanLII)

TAB 28

Date: 20211021
Docket: CI 20-01-29284
(Winnipeg Centre)
Indexed as: Gateway Bible Baptist Church et al. v. Manitoba et al.
Cited as: 2021 MBQB 219

2021 MBQB 219 (CanLII)

COURT OF QUEEN'S BENCH OF MANITOBA

B E T W E E N:	)	APPEARANCES:
	)	
GATEWAY BIBLE BAPTIST CHURCH, PEMBINA VALLEY BAPTIST CHURCH, REDEEMING GRACE BIBLE CHURCH, THOMAS REMPEL, GRACE COVENANT CHURCH, SLAVIC BAPTIST CHURCH, CHRISTIAN CHURCH OF MORDEN, BIBLE BAPTIST CHURCH, TOBIAS TISSEN and ROSS MACKAY,	)	ALLISON KINDLE PEJOVIC JAY CAMERON D. JARED BROWN for the applicants
applicants,	)	
- and -	)	
HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF THE PROVINCE OF MANITOBA, and DR. BRENT ROUSSIN in his capacity as CHIEF PUBLIC HEALTH OFFICER OF MANITOBA, and DR. JAZZ ATWAL in his capacity as ACTING DEPUTY CHIEF OFFICER OF HEALTH MANITOBA,	)	HEATHER S. LEONOFF, Q.C. MICHAEL A. CONNER DENIS G. GUÉNETTE SEAN D. BOYD for the respondents
respondents,	)	
- and -	)	
THE ASSOCIATION FOR REFORMED POLITICAL ACTION (ARPA) CANADA,	)	ANDRÉ SCHUTTEN TABITHA EWERT for the intervener
intervener.	)	
	)	Judgment delivered:
	)	October 21, 2021

TABLE OF CONTENTS

I. INTRODUCTION 1

II. OVERVIEW 2

A. The Public Health Crisis 2

B. The Application 3

C. The Defence of the PHOs 4

D. The Applicants 4

E. The Intervener 5

F. The Nature of this Application and Hearing 6

G. The Scope of the Court's Focus, Examination and Determinations on this Application 7

III. ISSUES 11

IV. LEGAL FRAMEWORK 13

V. STANDARDS OF REVIEW 15

VI. THE EVIDENCE ADDUCED 19

VII. SUBMISSIONS OF THE PARTIES RESPECTING THE EVIDENCE ADDUCED 23

A. Submission of Manitoba Respecting the Affidavit Evidence Adduced 25

B. Submission of the Applicants Respecting the Affidavit Evidence Adduced 42

VIII. THE CROSS-EXAMINATIONS ON THE AFFIDAVITS 55

A. The Applicants' Cross-Examination of Selected Manitoba Affiants 56

(i) Dr. Brent Roussin 56

(ii) Lanette Siragusa 63

(iii) Dr. Jason Kindrachuk 65

2021 MBQB 219 (CanLII)

(iv) Dr. Carla Loeppky 66

(v) Dr. James Blanchard 68

(vi) Dr. Jared Bullard 71

B. Manitoba's Cross-Examination of Selected Applicant Affiants 73

(i) Dr. Jay Bhattacharya 73

(ii) Dr. Thomas Warren 79

(iii) Dr. Joel Kettner 80

(iv) Tobias Tissen 81

IX. **THE COURT'S ASSESSMENT OF ALL OF THE EVIDENCE FOLLOWING THE CROSS-EXAMINATIONS** 82

X. ANALYSIS 86

A. *Charter* Issues 86

(i) The Pressing Aand Substantial Objectives of the Impugned PHOs 123

(ii) The Rational Connection Between the Infringing Measures and the Objectives 124

(iii) Minimal Impairment: The Impugned PHOs Limit the s. 2 Rights in a Manner that is Reasonably Tailored to the Objective 125

(iv) There is an Appropriate Proportionality Between the Beneficial and Deleterious effects of the Impugned PHOs 135

B. Administrative Law Issue 144

C. Division of Powers Issue 146

XI. CONCLUSION 152

2021 MBQB 219 (CanLII)

JOYAL, C.J.Q.B.

I. INTRODUCTION

[1] This application raises significant constitutional issues in respect of government imposed public health restrictions in the context of the COVID-19 global pandemic.

[2] On March 20, 2020, the Manitoba government ("Manitoba") declared a province-wide 'state of emergency' under *The Emergency Measures Act*, C.C.S.M. c. E80. It did so in order to protect the health and safety of all Manitobans and reduce the spread of COVID 19. From March 2020 and well into the early summer months of 2021, pursuant to the authority delegated to him under s. 67 of *The Public Health Act*, C.C.S.M. c. P210, Manitoba's Chief Public Health Officer Dr. Brent Roussin ("CPHO") and his subdelegate, Dr. Jazz Atwal, issued successive Public Health Orders ("PHOs") which significantly affected the constitutional rights and freedoms to assemble and worship. The Minister of Health, Seniors and Active Living Cameron Friesen (as he then was), approved the PHOs.

[3] In implementing those PHOs to address the crisis that is the COVID-19 pandemic, has Manitoba and its public health officials limited fundamental rights and freedoms in a constitutionally defensible manner? Can those PHOs be properly challenged on administrative law grounds and on the basis of Canada's constitutional division of powers (paramountcy)? Those are the principal questions that arise on this application and those are the issues with which this Court must grapple.

2021 MBQB 219 (CanLII)

II. OVERVIEW

A. THE PUBLIC HEALTH CRISIS

[4] Since March 2020, Manitoba along with the rest of the world has been battling COVID-19, the worst global pandemic in over a century. As of May 2021, COVID-19 had infected over 120 million people and killed more than 2.5 million people worldwide. Most of the deaths have occurred in persons over age 60 or those with underlying health conditions. However, COVID-19 has also caused serious illness requiring hospitalization and admission to intensive care units ("ICUs") across a wide spectrum of ages. For some, COVID-19 has had prolonged health implications, though this phenomenon is not yet well understood. While new vaccines have been developed, much uncertainty remains due to the manifestation of variants of concern that are more infectious and virulent.

[5] SARS-CoV-2, the new human virus that causes COVID-19, is highly communicable. Without public health interventions, it is reasonable to believe that the virus will grow exponentially. Such a rapid transmission of COVID-19 through the community would overwhelm the healthcare system leading to many more deaths and serious illness than has been experienced thus far. Such developments can be seen elsewhere in the world. Accordingly, to stop widespread exponential growth, public health officials all over the world have purposefully taken measures to "flatten the curve" of the pandemic. Since SARS-CoV-2 spreads through contact, one important and effective public health measure to contain the disease is to limit gatherings, especially prolonged contact indoors.

2021 MBQB 219 (CanLII)

B. THE APPLICATION

[6] The applicants challenge by way of application, the constitutionality of specific sections of Manitoba's Emergency Public Health Orders made on November 21, 2020, December 22, 2020, and January 8, 2021 (the "impugned PHOs"). They also challenge subsequent orders of a substantially similar or identical nature, including the order dated April 8, 2021, which were in effect at the time of the hearing of the application in May 2021. The applicants contend that the identified and specific sections of the impugned PHOs and the restrictions on public gatherings, gatherings in private residences and the temporary closure of places of worship, all infringe ss. 2(a), 2(b), 2(c), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("*Charter*"). They have also as already mentioned, challenged the impugned PHOs on administrative law grounds and under the division of powers (paramountcy).

[7] Specifically, the applicants request that this Court determine and declare that Manitoba's Emergency Public Health Orders, which prohibit and/or restrict religious, private in-home and public outdoor gatherings, violate their ss. 2(a), 2(b), 2(c), 7 and 15 *Charter* rights and that those violations cannot be saved under s. 1 of the *Charter*. In the alternative, the applicants request a determination and declaration that the PHOs are *ultra vires* s. 3 of *The Public Health Act*. In the further alternative, the applicants request that this Court find that the PHOs, which prohibit and restrict religious gatherings, are inoperative because they conflict with s. 176 of the *Criminal Code of Canada*.

2021 MBQB 219 (CanLII)

C. THE DEFENCE OF THE PHOS

[8] The respondents (Manitoba) concede that the restrictions on gathering had the effect of limiting the freedoms of religion, expression and peaceful assembly under s. 2 of the *Charter*. Despite Manitoba's concession respecting s. 2, they do not concede the alleged breaches of ss. 7 and 15 of the *Charter*. Manitoba submits that given their (Manitoba's) concessions respecting the breaches under s. 2, it is not necessary to address or decide the ss. 7 and 15 issues and that this Court's determinations respecting any *Charter* issue should be confined to those related to Manitoba's s. 1 defence. As it relates to Manitoba's concession that s. 2 of the *Charter* has been infringed, they (Manitoba) contend that the limits on any s. 2 rights are constitutionally defensible in that they are reasonable, proportionate and justified in order to address a serious public health emergency: a global pandemic with grave, sometimes deadly consequences.

D. THE APPLICANTS

[9] The applicants in this case include both churches and individual applicants. The churches are: Gateway Bible Baptist Church; Pembina Valley Baptist Church; Redeeming Grace Bible Church; Grace Covenant Church; Slavic Baptist Church; Christian Church of Morden; and, Bible Baptist Church. The individual applicants are: Thomas Rempel; Tobias Tissen; and, Ross MacKay. Thomas Rempel is a deacon at Redeeming Grace Bible Church. Tobias Tissen is a minister at the Church of God. Ross MacKay is a Manitoba resident who attended a "Hugs Over Masks" rally in Steinbach, Manitoba, on November 14, 2020. MacKay did so in order to voice his concerns about what he views

2021 MBQB 219 (CanLII)

as violations of Manitoban's human rights flowing from the COVID-19 lockdowns. Following his attendance at that rally, MacKay received a fine in the amount of $1,296.

E. THE INTERVENER

[10] It should be noted that following a contested motion, intervener status was granted to The Association for Reformed Political Action (ARPA) Canada on the basis of the applicable and governing legal test[1]. ARPA Canada is a not-for-profit, non-partisan organization which describes itself as "serving" at the intersection of government (including the courts) and Canada's reformed Christian community — a distinct minority religious group in Canada.

[11] ARPA Canada submits that it directs its mission to reform churches in Canada who primarily attend 175 reformed congregations across Canada. ARPA Canada has had a long-standing commitment to public engagement in issues of freedom of religion and religious discrimination in Canada.

[12] Pursuant to the narrow terms of their intervention, counsel for ARPA Canada provided the Court with both written and oral submissions. They did not participate in the examination of witnesses.

[13] As undertaken, counsel for ARPA Canada did indeed provide submissions that augmented rather than merely duplicated the submissions of the other religious parties. In that regard, amongst other things, counsel for ARPA Canada addressed what it described as arguments in connection to the importance of institutional pluralism in a free and democratic society and the need for its acknowledgment and protection. Such

[1] See *Hutlet v. 4093887 Canada Ltd. et al.,* 2015 MBCA 25

2021 MBQB 219 (CanLII)

institutional pluralism necessarily contemplates the ongoing existence and functioning of faith-based institutions which in various ways, may play an important and legitimate role in enhancing the many aspects of a person's and a community's health.

[14] Where relevant and applicable to my determinations, I have considered and taken into account the thoughtful and distinct aspects of ARPA Canada's submissions.

F. THE NATURE OF THIS APPLICATION AND HEARING

[15] This case proceeded by way of application and involved the filing of numerous affidavits many of which were accompanied by expert reports garnered and adduced by the respective parties. As part of this application, various cross-examinations took place in open court in connection to a number of the affidavits that were filed. That *viva voce* testimony and "on the record" cross-examination was conducted in respect of specific and selected affiant witnesses, including a number of the experts. This took place over several days.

[16] It should be noted that these reasons (in relation to the applicants' challenge to the constitutionality of the specific sections of the PHOs and their administrative law and division of powers arguments) are being released concurrently with this Court's reasons respecting separate and distinct arguments made by the same applicants in relation to an earlier application. In that earlier application, the applicants challenged Manitoba's authority to delegate to Manitoba's CPHO and his sub-delegate, powers that resulted in the issuance of successive PHOs, which the applicants contend dramatically alter the lives of Manitobans, including what they say have been broad infringements of their constitutional rights and freedoms. For the reasons provided in that concurrently released

2021 MBQB 219 (CanLII)

judgment, the applicants' challenge was dismissed. (See *Gateway Bible Baptist Church et al. v. Manitoba et al.*, 2021 MBQB 218.)

G. THE SCOPE OF THE COURT'S FOCUS, EXAMINATION AND DETERMINATIONS ON THIS APPLICATION

[17] It is not an exaggeration to say that the global pandemic has challenged governments the world over, including all Canadian governments and their connected public health agents and agencies at both the federal and provincial levels. In a federal state like Canada, in the context of a mercilessly persistent pandemic, it is to the provincial governments that a particularly heavy day-to-day burden and responsibility falls as they attempt — in sometimes very distinct and divergent ways — to achieve, in exceptional circumstances, the requisite balance between public health protection and the restriction of fundamental freedoms in a manner that is both reasonable and legally justifiable.

[18] Manitoba, like all other provincial governments, has been criticized in different quarters for alternately having done too little too late, or for having moved too quickly to "reopen" or to loosen various restrictions that had been put in place. Conversely, Manitoba has also been criticized for having gone too far with some of the restrictions imposed, restrictions which some critics say are incongruous and inconsistent in nature given the objectives of the PHOs and given where Manitoba has chosen to draw (or not draw) certain other lines as part of its response to the pandemic.

[19] Whatever the nature and variety of the criticism, in the years and perhaps months to come, with the luxury of hindsight and new evolving scientific clarity, a needed post-mortem may indeed be conducted respecting the speed and nature of Manitoba's response to the unprecedented public health threat that COVID-19 continues to

2021 MBQB 219 (CanLII)

represent. With such a post-mortem, the criticisms may become even more focussed and perhaps, understandings may be more common and nuanced respecting what was both good and bad in the different aspects of Manitoba's response. Leaving aside what I stipulate in the next few paragraphs is the appropriately more narrow and constrained nature of this Court's focus, given the still ongoing, fluid and threatening nature of the pandemic, not only is any such "post-mortem" outside the jurisdictional sphere and expertise of this Court, it is also definitionally premature. Accordingly, this case and these reasons are not intended and should be not read as a substitute for any such eventual post-mortem. Neither should these reasons be read as either a validation or a second guessing of Manitoba's policy choices and the adequacy or efficacy of its public health measures put in place to contain COVID-19. Instead, my still important, but more limited task is to evaluate whether the impugned restrictions on the identified fundamental freedoms are constitutionally defensible and whether they are legally impugnable on administrative law grounds and on the basis of the applicants' division of powers argument.

[20] In carrying out my analysis in respect of the constitutional and administrative law issues that I set out below at paragraph 23 and in underscoring the point made in the previous paragraph, I am mindful that this case is not a public inquiry into the national and provincial responses to the pandemic. This is instead, a legal challenge to specific portions of the identified PHOs. In that connection, this Court should not have to be reminded that like any court case, this case is defined by the pleadings. Put simply, as this is not a public inquiry, this case is not and should not be a probe or questioning of

2021 MBQB 219 (CanLII)

every aspect of Manitoba's handling of the pandemic nor a challenge to every public health order or restriction. To repeat, while such a broader public assessment may very well come in due course, this Court's focus must be on the constitutionality of the identified portions of the orders in question. Unless relevant to the specific constitutional determinations I must make, this Court must take care to not conflate that constitutional assessment with an undue judicial focus on the wisdom of Manitoba's broader policy choices as it relates to what may have been the inadequacies or adequacies of the particular timing, scope and nature of the public health restrictions. Although the evaluative line and relevant parameters can be sometimes difficult to discern in the context of an adjudication of a *Charter* challenge, as Justice Binnie colourfully commented, a court case "should not resemble a voyage on the *Flying Dutchman* with a crew condemned to roam the seas interminably with no set destination and no end in sight".[2]

[21] While this Court on this application was the recipient of a large amount of evidence, the relevance of that evidence must be tested by reference to what is in issue and it is the amended notice of application and the now well-established constitutional tests that define what is in issue. In respect of their notice of application, the applicants have not challenged every PHO made during the pandemic or even all aspects of a single PHO. For example, there is no challenge to any quarantine or self-isolation order made under *The Public Health Act* (*Self-Isolation and Contact Tracing Orders* and *Self-Isolation Order for Persons Entering Manitoba*). The amended notice of application is confined to

[2] *Lax Kw'alaams Indian Band v. Canada (Attorney General),* 2011 SCC 56 at paras. 40-41

2021 MBQB 219 (CanLII)

particular sections of the three impugned PHOs made on November 21, 2020, December 22, 2020 and January 8, 2021 (and any subsequent order of a substantial or identical nature) and Manitoba has responded accordingly. Specifically, the applicants challenge the orders in effect from November 22, 2020 until January 22, 2021, in relation to:

- Gatherings at private residences: Order 1(1);
- Public gatherings: Order 2(1); and
- Places of worship: Orders 15(1) and (3) in the November 21, 2020 PHO, which became Orders 16(1) and (3) in the December 22, 2020 and January 8, 2021 PHOs.

[22] Just as the relevance of the evidence is in large part rooted in the pleadings, so too is the relevant time frame. The COVID-19 pandemic is fluid and evolving. The situation in the spring of 2020 was markedly different from the summer of 2020, or from the fall of 2020 when the impugned PHOs were made, and from the circumstances existing today. Public health measures have necessarily and frequently varied in order to respond to the prevailing conditions of the COVID-19 pandemic. Manitoba's evidence and arguments are focussed on justifying the impugned PHOs in the relevant period from November 22, 2020 until January 22, 2021.

2021 MBQB 219 (CanLII)

III. ISSUES

[23] Based on the initial pleadings filed by the applicants, this application raises the following issues:

Charter Issues:

1. Did the restrictions on private gatherings, public gatherings or places of worship imposed in Orders 1(1), 2(1), 15(1) and 15(3) of the Public Health Order dated November 21, 2020, as subsequently amended on December 22, 2020 and January 8, 2021, limit rights under ss. 2(a), 2(b) or 2(c) of the *Charter*?

2. Did the restriction on religious services at places of worship or the restriction on gatherings at private homes in the impugned PHOs interfere with the right to liberty or security of the person contrary to the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*?

3. Did the closure of places of worship in the impugned PHOs discriminate on the basis of religion contrary to s. 15 of the *Charter*?

4. If there are any violations conceded or determined in relation to ss. 2(a), 2(b), 2(c) and ss. 7 and 15 of the *Charter*, can the restrictions in the impugned PHOs be justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*?

Administrative Law Issue:

5. Were the impugned PHOs *ultra vires* because they failed to restrict rights or freedoms no greater than was reasonably necessary to respond to the COVID-19 public health emergency as required by s. 3 of *The Public Health Act*?

Division of Powers of Issue:

6. Were the impugned PHOs relating to places of worship inoperative under the doctrine of paramountcy because it conflicted with s. 176 of the *Criminal Code*?

2021 MBQB 219 (CanLII)

[24] Respecting the above questions in issue, for the reasons that follow, I have come to the following determinations:

a) Based on the position taken by Manitoba resulting in its appropriate concession, I have determined that the impugned PHOs do indeed limit and restrict the applicants' rights and freedoms as found in ss. 2(a), 2(b), and 2(c) of the *Charter*.

b) In the circumstances of this case, it is necessary and just to address and decide the applicants' challenge respecting what they say were the alleged infringements to their ss. 7 and 15 rights under the *Charter*. Having so considered the merits of the applicants' position in respect of those alleged breaches, I have nonetheless determined that the impugned PHOs did not infringe the applicants' *Charter* rights under ss. 7 and 15.

c) Insofar as Manitoba has conceded and I have found infringements of ss. 2(a), 2(b), and 2(c) under the *Charter*, I have also determined that the restrictions in the impugned PHOs are constitutionally justifiable as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

d) Respecting the applicants' administrative law ground of review, I have determined that the impugned PHOs were not *ultra vires* (in any administrative law sense) and they met the requirements of s. 3 of *The Public Health Act* insofar as they restricted rights and freedoms no greater than was reasonably necessary in response to the COVID-19 public health emergency.

2021 MBQB 219 (CanLII)

e) Respecting the applicants' division of powers ground, I have determined that the impugned PHOs do not conflict with the operation nor do they frustrate the purpose s. 176 of the *Criminal Code* and accordingly, they are not inoperative under the doctrine of paramountcy.

IV. LEGAL FRAMEWORK

[25] Given the positions taken by the parties on this application, I set out below for early reference, the following relevant provisions under the *Charter*, *The Public Health Act* and the *Criminal Code*.

[26] Sections 1, 2(a), 2(b), 2(c), 7 and 15 of the *Charter* provides as follows:

> Rights and freedoms in Canada
>
> 1 The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society
>
> Fundamental freedoms
>
> 2 Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (a) freedom of conscience and religion;
>
> (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
>
> (c) freedom of peaceful assembly.
>
> . . .
>
> Life, liberty and security of person
>
> 7 Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.
>
> . . .
>
> Equality before and under law and equal protection and benefit of law
>
> 15(1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[27] Section 3 of *The Public Health Act* provides as follows:

> Limit on restricting rights and freedoms
>
> 3 If the exercise of a power under this Act restricts rights or freedoms, the restriction must be no greater than is reasonably necessary, in the circumstances, to respond to a health hazard, a communicable disease, a public health emergency or any other threat to public health.

[28] Section 176 of the *Criminal Code* provides as follows:

> Obstructing or violence to or arrest of officiating clergyman
>
> 176(1) Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than two years or is guilty of an offence punishable on summary conviction who
>
> (a) by threats or force, unlawfully obstructs or prevents or endeavours to obstruct or prevent an officiant from celebrating a religious or spiritual service or performing any other function in connection with their calling, or
>
> (b) knowing that an officiant is about to perform, is on their way to perform or is returning from the performance of any of the duties or functions mentioned in paragraph (a)
>
> (i) assaults or offers any violence to them, or
>
> (ii) arrests them on a civil process, or under the pretence of executing a civil process.
>
> Disturbing religious worship or certain meetings
>
> (2) Every one who wilfully disturbs or interrupts an assemblage of persons met for religious worship or for a moral, social or benevolent purpose is guilty of an offence punishable on summary conviction.
>
> Idem
>
> (3) Every one who, at or near a meeting referred to in subsection (2), wilfully does anything that disturbs the order or solemnity of the meeting is guilty of an offence punishable on a summary conviction.

[29] A more full discussion of these specific sections (along with the governing jurisprudence and the applicable legal tests) will be set out in the analysis section of this judgment.

2021 MBQB 219 (CanLII)

V. STANDARDS OF REVIEW

[30] The issues in this case set out at paragraph 23 are all subject to different standards of review.

[31] Any review in respect of whether Manitoba has infringed any of the substantive *Charter* rights found under ss. 2, 7 and 15, is a review subject to a standard of correctness. However, if and where, as in the present case, a *Charter* right has been restricted, the standard of review respecting the justificatory framework (s. 1) may then become somewhat more complex. Where a *Charter* right has been infringed or restricted, the justificatory framework to be applied will depend upon the source of the breach. The salient question in that regard will be whether the source of the breach is connected to an administrative decision or statutory instrument.

[32] The issue to be determined by the Court as it relates to the standard of review in this case (concerning the justificatory framework on any *Charter* violations) is rooted in whether the CPHO's orders should be reviewed as delegated administrative decisions, or rather, more like statutory instruments. This question was addressed by Abella J. in *Doré v. Barreau du Québec*, 2012 SCC 12. In that case, she noted a distinction between the analytical approach to be taken when reviewing the constitutionality of a law as compared to when reviewing an administrative decision that is said to violate the rights of particular individuals in a more administrative context. Where a court is reviewing the constitutionality of a law, the *Oakes* test is to apply (see *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103). Where a court is reviewing an administrative decision that is said to violate the rights of particular individuals, the question is whether that decision reflects a

2021 MBQB 219 (CanLII)

proportionate balancing between the *Charter* rights and the objective of the measure. In the context of that review, the standard of review is reasonableness. It should be noted however, that if the administrative decision relates to whether an enabling statute violates the *Charter*, the standard of review is correctness.

[33] In the present case, are the *Charter* infringing orders to be reviewed as delegated administrative decisions or more like statutory instruments?

[34] In *Beaudoin v. British Columbia*, 2021 BCSC 512, at paragraphs 120, 124 and 212-221, Hinkson C.J. had occasion to apply the *Doré* framework to a review of the British Columbia chief public health officer's orders which orders *prima facie* violated s. 2 of the *Charter*. Chief Justice Hinkson determined that the public health orders were more akin to an administrative decision under delegated authority than a law of general application. In that context, he determined that the chief provincial health officer was entitled to deference especially in the areas of science and medicine relating to COVID-19 and accordingly, the appropriate standard of review was reasonableness. Taking a different approach in the context of a similar challenge, the court in *Taylor v. Newfoundland and Labrador*, 2020 NLSC 125, determined the case before it to be a *Charter* challenge to public health orders of general application issued by the province's chief medical officer of health. The court chose to apply the s. 1 *Oakes* test. In that instance, the orders at issue restricted travel into the province to prevent the spread of COVID-19.

[35] When I examine the background to the PHOs in the Manitoba context, I note that flowing from s. 67 of *The Public Health Act*, Manitoba's CPHO exercises delegated

2021 MBQB 219 (CanLII)

authority to issue PHOs with the approval of the minister. Different types of orders are contemplated under s. 67, some more specific and some more broad. In other words, some orders may apply to specific persons or places. For example, the CPHO may give directions to a particular healthcare organization to manage the threat or order a particular place to close. Some orders conversely, may be more broad where for example, the CPHO may restrict all public gatherings.

[36] When I examine the nature of the challenged PHOs in this case and the nature of their application, I am in agreement with Manitoba's suggestion that the impugned PHOs relating to gatherings and places of worship are, in essence, akin to legislative instruments of general application rather than an administrative decision that affects only particular individuals (see *Springs of Living Water Centre Inc. v. The Government of Manitoba*, 2020 MBQB 185, at paragraphs 50-51). Given the nature of these orders, the restrictions on the *Charter* rights seem more appropriately reviewable under the justificatory framework of the s. 1 *Oakes* test rather than under the *Doré* framework. So while any restrictions on *Charter* rights found in this case will be reviewed and by necessity, justified under the s. 1 *Oakes* test, I, like Manitoba, acknowledge that the standard of review for these public health orders is not entirely clear or certain. It remains a reasonable argument that the impugned PHOs could also be properly reviewed as an administrative decision of delegated authority attracting the reasonableness review as set out under *Doré*.

[37] Having now stipulated the reference point for review of possible justification of any *Charter* breaches in the present case (a review based on the *Oakes* test rather than

2021 MBQB 219 (CanLII)

the *Doré* framework), I will once again note my agreement with Manitoba by saying that in the unique and particular circumstances of this case, little turns on the distinction between the *Doré* proportionality analysis and a formal application of the *Oakes* test under s. 1. As the Supreme Court of Canada has noted, the *Doré* proportionality analysis finds "analytical harmony" with and "works the same justificatory muscles" as the *Oakes* test (see *Loyola High School v. Quebec (A.G.)*, 2015 SCC 12, at paragraph 40). Also, I note that under either framework, considerable deference is contemplated vis-à-vis the decision maker. Underscoring the point, Abella J. noted in *Doré* at paragraph 57 that both frameworks "contemplate giving a 'margin of appreciation', or deference, to administrative and legislative bodies" when balancing *Charter* rights and broader objectives. In this connection, I note that Chief Justice Hinkson in *Beaudoin* specifically observed that deference was particularly appropriate when a court is addressing complex areas of science and medicine in relation to COVID-19, which he quite reasonably acknowledged, courts are not well suited to resolve. I will return later in this judgment (at paragraphs 280-83) to the complex and nuanced subject of "deference" respecting the assessment of what may be reasonable and justified limits where governmental decision making infringe upon fundamental constitutional freedoms.

[38] If as I noted above, the standard of review when using the s. 1 justificatory framework (for *Charter* breaches) remains less clear, the standard of review respecting the administrative law and the division of powers issues are more certain.

[39] The administrative law question respecting the compliance of the impugned PHOs in relation to s. 3 of *The Public Health Act* is reviewable on a standard of

2021 MBQB 219 (CanLII)

reasonableness (see *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65).

[40] The questions surrounding the paramountcy issue is properly characterized as a constitutional question relating to the division of powers, which accordingly, requires a review on a standard of correctness (*Vavilov*, at paragraph 55).

VI. THE EVIDENCE ADDUCED

[41] As noted, the evidence received on this application came by way of a voluminous number of affidavits (and in many cases, via the attached reports and associated documents) and by way of in-court cross-examination of many of those affiants, particularly those who provided expert opinion evidence. While occasional objections were made respecting the scope and/or relevance of some of the opinion evidence, the respective parties did not directly challenge the qualifications and expertise of the many learned witnesses who provided their opinion, both in their affidavits and later, *viva voce*. Many, if not most of the affiants and/or witnesses, had impressive medical, nursing and/or academic backgrounds in areas related and relevant to public health generally, and in some cases, virology and immunology more specifically. Despite the absence of any direct challenge to the qualifications and expertise of the party's respective expert witnesses, given the issues and the governing legal tests, the cogency, persuasiveness and the weight to be given much of that expert evidence was nonetheless called into question by both parties, directly and indirectly, in cross-examination and in oral and written argument.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[42] The following individuals provided an affidavit(s) on behalf of the applicants:

- Christopher Lowe - sworn December 30, 2020 and March 25, 2021 – *pastor at Gateway Bible Baptist Church*
- Thomas Rempel - affirmed January 7 and March 26, 2021 – *deacon at Redeeming Grace Bible Church*
- Riley Toews - affirmed January 5 and March 24, 2021 – *pastor at Grace Covenant Church*
- Tobias Tissen - affirmed January 5 and March 26, 2021 – *minister at The Church of God*
- Ross MacKay - affirmed January 4 and April 1, 2021 – *self-employed resident of Winnipeg, Manitoba, who attended the Hugs Over Masks rally in Steinbach, Manitoba on November 14, 2020*
- Dr. Jay Bhattacharya - sworn January 5 and March 31, 2021 - *a world-renowned epidemiologist, medical doctor, PhD in economics, and full professor at Stanford University*
- Dr. Thomas Warren - sworn March 30, 2021 – *infectious diseases specialist and medical microbiologist currently practicing in Oakville, Milton, and Georgetown, Ontario*
- Dr. Joel Kettner - sworn April 1, 2021 – *associate professor in the Department of Community Health Sciences at the College of Medicine, University of Manitoba. Former chief medical officer of health and chief public health officer for Manitoba (1999-2012), regional medical officer of health in urban, rural and northern parts of Manitoba (1990-1999), and clinical work in general practice, emergency urgent care medicine*
- David Hersey - sworn April 20, 2021 – *senior paralegal at the Justice Centre for Constitutional Freedoms in Calgary, Alberta*

[43] The following individuals provided an affidavit(s) on behalf of Manitoba:

- Dr. Jared Manley Peter Bullard – affirmed March 5 and April 29, 2021 – *associate professor and section head of infectious diseases in the Department of Pediatrics & Child Health and Medical Microbiology at the University of Manitoba; associate medical director of Cadham Provincial Laboratory*
- Dr. Carla Loeppky – affirmed March 4 and April 30, 2021 – *PhD in Community Health Sciences; director and lead epidemiologist in the Epidemiology and Surveillance Unit in the Department of Health, Seniors and Active Living with*

2021 MBQB 219 (CanLII)

the Government of Manitoba; assistant professor in the Department of Community Health Services, Max Rady College of Medicine, University of Manitoba

- Dr. Jason Kindrachuk – affirmed March 2 and April 29, 2021 – *PhD in biochemistry; assistant professor and Canada research chair in emerging viruses in the Department of Medical Microbiology & Infection at the University of Manitoba. Currently seconded as part of a 12-month research partnership agreement at the Vaccine and Infectious Disease Organization at the University of Saskatchewan leading and facilitating national COVID-19 research response efforts*

- Szilveszter Jozsef Komlodi – affirmed March 5, 2021 – *assistant deputy minister of Fiscal Management and Capital Planning with the Treasury Board Secretariat of the Government of Manitoba*

- Lanette Siragusa – affirmed March 5 and April 30, 2021 – *provincial lead health service integration and quality, and chief nursing officer with Shared Health Manitoba and assistant professor with the College of Nursing, University of Manitoba*

- Dr. Brent Roussin – affirmed March 8 and April 30, 2021 - *Manitoba's chief public health officer*

- Dr. James Blanchard – affirmed April 20, 2021 – *professor in the Department of Community Health Sciences, University of Manitoba; Canada research chair in Epidemiology and Global Public Health; and executive director of the Institute for Global Public Health, University of Manitoba*

[44] Of the above identified list of affiants for both the applicants and Manitoba, the following were subject to in-court cross-examination:

- Tobias Tissen

- Dr. Jay Bhattacharya

- Lanette Siragusa

- Dr. Jason Kindrachuk

- Dr. Carla Loeppky

- Dr. James Blanchard

2021 MBQB 219 (CanLII)

- Dr. Brent Roussin
- Dr. Jared Manley Peter Bullard
- Dr. Thomas Andrew Warren
- Dr. Joel Kettner

2021 MBQB 219 (CanLII)

[45] The evidence set out by Manitoba in the affidavits (identified at paragraph 43) provides much of the relevant background and context to the impugned PHOs and the related administrative and constitutional issues. That evidence includes the foundational basis — scientific and otherwise — for Manitoba's decisions and line drawing in relation to the restrictions imposed in the accompanying and impugned PHOs. Conversely, the evidence produced by the applicants (identified at paragraph 42) includes contrary scientific expert opinion, which contrary evidence, calls into question some of the science inextricably tied to and relied upon by Dr. Roussin in his decisions to issue the impugned PHOs.

[46] In the section that follows, I set out the submissions of the parties respecting the evidence adduced. The submissions largely represent the positions of the parties as it relates to the evidentiary foundation for their respective positions, legal and factual. Although most of the evidence adduced has a more obvious relevance to the *Charter* issues, the evidence in this case is also pertinent to and constitutes a backdrop for the administrative law issue and to a considerably lesser extent, to the somewhat more purely legal question regarding the division of powers. The submissions reflect both the oral and written presentation by the parties to the Court and they include specific reference to the evidence.

VII. SUBMISSIONS OF THE PARTIES RESPECTING THE EVIDENCE ADDUCED

[47] The evidence adduced by both parties in this case was voluminous and often complex. To fairly represent their positions on the evidence presented, I set out below as fully as possible, the submissions made to the Court.

[48] The adjudication on this application (taking place as it does in the midst of a pandemic) represents one of the first cases in Canada where the constitutional challenge to the public health restrictions is accompanied by full and corresponding evidence challenging and attacking the science upon which the government in question (in this case Manitoba) relies. As such, it behooves this Court to ensure that while obviously summarized, as complete an account as possible of the evidence and the related positions of the parties is outlined. In this way, while my related and relevant legal determinations will be seen to dispose of the constitutional issues before me, they will also be seen as a purposeful consideration but ultimately, a clear rejection of much of what the applicants submit as their foundational challenge to the science upon which Manitoba has relied and acted.

[49] As part of the presentation below setting out the submissions of the parties respecting the evidence on this application (both in affidavit and in cross-examination), I will where necessary and relevant (specifically in reference to the cross-examinations), provide my own assessment and evaluation of the evidence. I will do so in terms of its weight, cogency and persuasiveness in relation to the positions advanced by the parties and in relation to the relevant determinations I must make to decide this case, which determinations are made and further explained later in this judgment in the analysis

2021 MBQB 219 (CanLII)

section. Those determinations should be assumed to be a product of a complete review of the available and in some cases, differing scientific evidence.

[50] Having observed, listened to and re-examined the totality of the evidence (and the submissions of the parties in respect of that evidence) it is my view that this is not a case where stark, zero-sum determinative findings of credibility need or will be made to rationalize divergent positions based on differing views and interpretations of what some say is the evolving scientific information. In other words, where, for example, the applicants' experts' evidence challenges Manitoba's experts on their interpretation of the science, absent a clear determination that the science that Manitoba's experts rely upon is wrong (a determination which I most definitely do not make), the determinative and salient question is not which experts do I completely accept or reject based on credibility or otherwise. Rather, to the extent differences in the expert evidence exists, the real question in the context of the issues that have been pled — particularly in relation to Manitoba's s. 1 defence — is whether there is nonetheless, a sufficiently sound and credible evidentiary basis (even in light of any opposing evidence) for Manitoba's claim that the limitations and restrictions placed on certain fundamental freedoms represent valid policy approaches which are reasonably justified and constitutionally defensible in Canada's free and democratic society. Put differently, after a review of any contrary scientific evidence and challenge, does there nonetheless remain a credible evidentiary record that supports Manitoba's position that any restrictions on the identified fundamental freedoms are rationally connected, minimally impairing and reasonable and

2021 MBQB 219 (CanLII)

proportionate public health policy choices vis-à-vis what are acknowledged and conceded to be, Manitoba's pressing and substantial public health objectives?

A. SUBMISSION OF MANITOBA RESPECTING THE AFFIDAVIT EVIDENCE ADDUCED

[51] Given some of Manitoba's concessions respecting its infringement of s. 2 of the *Charter* and the resulting onus it bears under s. 1 to show that the infringements are justified in a free and democratic society, I will for the sake of coherence and clarity commence with the submissions made by Manitoba.

[52] To the extent the evidence does indeed support or establish what is set out below, Manitoba submits that if and where *Charter* infringements have occurred in the present case, they are infringements that are constitutionally defensible. In other words, Manitoba contends that the evidence reveals that there is a rational connection between the public health objectives and the impugned provisions and that the impugned restrictions minimally impair any *Charter* rights they infringe. No less important is Manitoba's position that the evidence demonstrates that any of the deleterious effects of the restrictions are far outweighed by the salutary benefits resulting from them.

(i) SARS-CoV-2 and the COVID-19 Pandemic

[53] On January 30, 2020, the World Health Organization declared the COVID-19 pandemic a Public Health Emergency of International Concern. COVID-19 is a disease caused by a novel coronavirus called SARS-CoV-2. The first case was identified in Wuhan, China, in December 2019 but soon spread all over the world. As of early March, there were 114 million cases and more than 2.5 million deaths. The numbers continued to

2021 MBQB 219 (CanLII)

climb. The first known case of the virus in Manitoba was on March 12, 2020.[3] As of early February 2021 there have been over 30,000 cases in Manitoba and more than 2,500 serious cases including hospitalizations or deaths.[4]

[54] COVID-19 is highly communicable and contagious. The virus spreads from person to person through respiratory droplets and aerosols (smaller droplets) that are expelled when a person breathes, talks, coughs, sneezes, sings or shouts. It is primarily transmitted when the virus comes into contact with another person's nose, mouth or eyes. It may also be spread when a person touches another person (e.g., handshake) or touches a surface containing the virus and then transfers it to their mucous membrane.[5]

[55] Scientific studies have demonstrated that SARS-CoV-2 can be transmitted by persons who are asymptomatic (those who never develop symptoms) and especially those who are pre-symptomatic (those who do not yet display symptoms but will develop them). There is strong scientific evidence that transmission of SARS-CoV-2 primarily occurs from a few days before symptom onset until about five days after.[6] While healthy children (at least prior to the increasingly dangerous virulent variants) tend to experience less severe disease, they can transmit the virus. There is evidence that older children and teenagers can spread the virus as efficiently as adults.[7]

2021 MBQB 219 (CanLII)

[3] Affidavit of Dr. Brent Roussin [Roussin], paras. 21-22
[4] Affidavit of Dr. Carla Loeppky [Loeppky], Exhibit H
[5] Roussin, paras. 24-26, Exhibit 3; Affidavit of Dr. Jason Kindrachuk [Kindrachuk], Exhibit B, pp. 6-7
[6] Roussin, para. 26; Kindrachuk, Exhibit B, pp. 7-10
[7] Roussin, para. 26; Kindrachuk, Exhibit B, p. 10

[56] Since the virus is typically spread through respiratory droplets, gatherings involving prolonged close contact are of particular concern. According to Health Canada guidelines, a high-risk exposure (close contact) includes anyone who has shared an indoor space with a positive case for a prolonged period (15 minutes over a 24-hour period). Certain locations and activities pose a greater risk. Most transmission occurs in indoor settings, especially with poor ventilation. Singing, talking loudly or breathing heavily can also increase the risk of transmission. This explains why gathering in places such as fitness classes, theatres, restaurants, places of worship and choir practice are identified as of particular concern. Multiple super-spreader events have been linked to close contacts including at places of worship.[8] In Manitoba, Epidemiology and Surveillance identified a number of clusters or outbreaks in relation to faith-based gatherings or funerals in many regions of the province, which is consistent with data from other jurisdictions and the scientific literature.[9] For the same reason, private residences have been identified as a significant source of transmission.[10]

[57] COVID-19 entails a range of clinical symptoms. The most common symptoms include fever, cough, fatigue, shortness of breath, loss of appetite, loss of smell and taste. The disease can vary widely in seriousness. Some people remain asymptomatic. Others experience relatively mild symptoms or feel very ill but recover fully. But for some, COVID-19 is very serious leading to hospitalization, ICU admission or death. Older adults (over age 60) and people of any age with a variety of underlying medical conditions are

[8] Roussin, paras. 26-27, 155-160, Exhibits 12 and 13; Kindrachuk, Exhibit B, pp. 11-12
[9] Loeppky, para. 14; Roussin, para. 160
[10] Affidavit of Dr. Jay Bhattacharya, sworn January 5, 2021 [Bhattacharya 1], Exhibit C, pp. 19, 26

2021 MBQB 219 (CanLII)

at greater risk of experiencing severe disease and outcomes. Among others, these underlying comorbidities include heart disease, lung disease, hypertension, diabetes, kidney disease, liver disease, obesity, along with other immunocompromised individuals (e.g., persons with cancer or undergoing chemotherapy).[11]

[58] In Manitoba, data current to February 8, 2021 shows that 8.1 per cent of all COVID-19 cases are very severe, resulting in hospitalization or death. While a large majority of deaths have occurred in people over age 60, fatalities are not limited to that category. Moreover, approximately one third of hospitalizations in Manitoba and 44 per cent of ICU admissions have been in persons under the age of 60.[12] Indigenous people in Manitoba are also more vulnerable to COVID-19. For example, a disproportionate number of COVID-19 cases (31 per cent) have been First Nations persons, more than half of which have been off reserve. Among First Nation individuals, the median age is 51 for hospitalizations and 57 for ICU admissions.

[59] For a certain segment of the population, COVID-19 has resulted in persistent long-term symptoms (sometimes serious), such as difficulty breathing. These "long hauler" cases are not limited to an older demographic. In one journal, it was estimated that 10 per cent of people infected with COVID-19 experienced prolonged symptoms. An Italian study suggested 44 per cent of recovered COVID-19 patients reported a worsened quality of life. However, further study is needed and it remains too early to draw any firm conclusions about the long-term effects.[13]

---

[11] Roussin, paras. 30-33
[12] Roussin, paras. 33-35, Exhibits 4 and 21; Loeppky, Exhibit H
[13] Roussin, para. 36; Kindrachuk, p. 15

2021 MBQB 219 (CanLII)

[60] SARS-CoV-2, like all viruses, changes as it replicates. Many of these mutations are of little clinical significance. However, the more the virus is allowed to spread, the greater the opportunity for variants of concern to develop. These variants may exhibit increased transmissibility or disease severity. They may also impact the efficacy of vaccines or therapeutic treatments. As of the spring of 2021, three variants of concern have been identified, which are present in Manitoba.[14]

[61] SARS-CoV-2 is a new human virus. While far more is known about the virus today than at the beginning of the pandemic in early 2020, much uncertainty remains. The state of scientific knowledge continues to evolve rapidly and many studies continue around the world to shed light on difficult questions such as whether immunity is lasting after exposure or vaccination, the impact on children, variants of concern, potential long-term effects of COVID-19, the efficacy of non-pharmaceutical interventions, among many others. Studies are likely to continue long after the pandemic ends. Despite the uncertainty, public health decisions must be made quickly, in real time and under rapidly changing epidemiological situations as the pandemic unfolds. These decisions are based on the best available scientific evidence at the time.[15]

(ii) Manitoba's Pandemic Response

[62] The office of the chief public health officer along with the Department of Health and Seniors Care play a leading role in Manitoba's response to the COVID-19 pandemic. They work closely with many specialists in a variety of health disciplines. In February

[14] Roussin, paras. 28-29; Kindrachuk, Exhibit B, pp. 16, 17, 18
[15] Roussin, paras. 37-45; Kindrachuk, Exhibit B, pp. 14-17

2021 MBQB 219 (CanLII)

2020, Manitoba established an Incident Command structure to manage the pandemic response. It is co-chaired by Chief Public Health Officer Dr. Brent Roussin and Chief Nursing Officer Lanette Siragusa of Shared Health Manitoba. In addition to the Incident Command, Manitoba has established a Testing Task Force to oversee testing initiatives, the Centralized COVID Cases and Contact Team to operate contact tracing and the Vaccine Task Force to plan and conduct vaccinations.[16]

[63] Notably, Dr. Roussin and his team continually review new scientific evidence as it emerges from around the world. He notes that officials in Manitoba work collaboratively with their counterparts and experts from across Canada and internationally to share knowledge, experience and best practices. The fight against COVID-19 has been the subject of extensive interjurisdictional coordination and efforts. The CPHO's office regularly participates in meetings of federal-provincial-territorial special advisory and technical advisory committees to coordinate the response and share the most up-to-date information about COVID-19. Weekly meetings are held among the chief medical officers of health from every Canadian jurisdiction. Canada's Chief Public Health Officer Dr. Tam, is also in regular contact with her international counterparts to keep abreast of evolving scientific knowledge and best practices.[17]

[64] When it comes to public health decision making, a wide variety of experts regularly share information upon which the CPHO can rely. This includes public health experts, epidemiologists, basic scientists such as virologists and immunologists, laboratory experts, acute care specialists and other health care professionals, policy analysts, the

[16] Roussin, paras. 15-19
[17] Roussin, paras. 42-45

2021 MBQB 219 (CanLII)

Department of Health and Seniors Care and elected officials.[18] Dr. Roussin also brings to bear his expertise in Public Health and Preventive Medicine, a medical specialty concerned with the health of populations.

[65] In addition to meeting the requirements of *The Public Health Act*, the CPHO follows the principles underlying sound and ethical public health decision making, namely: effectiveness, proportionality, necessity, least infringement and public justification. These principles have also been summarized as: (1) the harm principle; (2) least restrictive or coercive means; and, (3) reciprocity (public assistance for citizens who comply with their duties) and transparency (e.g., engaging with affected stakeholders).[19]

(iii) *Public Health Orders are Progressive and Responsive to the Course of the Pandemic*

[66] As Dr. Roussin explains, since March 2020, Manitoba has implemented a variety of measures in response to the COVID-19 pandemic, which are generally consistent with measures seen across Canada and the rest of the world. The public health consensus is that limiting the number and duration of contacts is necessary to prevent the exponential spread of SARS-CoV-2 and keep it within manageable limits. If the number of serious COVID-19 cases overwhelms our healthcare system, this will result in greater morbidity and death including for non-COVID-19 patients. Hence the need to "flatten the curve". The precise scope and extent of measures are informed by the circumstances of the pandemic, epidemiological evidence and a variety of key indicators such as the rate of growth, increases in serious outcomes (hospitalizations, ICU admissions and deaths), the

[18] Roussin, para. 41
[19] Roussin, para. 54

2021 MBQB 219 (CanLII)

extent of community transmission, clusters, test positivity rates, capacity for testing and contact tracing and of critical importance, the strain on the healthcare system.[20]

[67] The public health orders are not static. Public health officials have continually monitored the fluid and evolving pandemic and have, they say, modified the public health measures progressively to ensure they are responsive to prevailing epidemiological evidence and proportionate.

[68] The early response to the pandemic in the spring of 2020 was characterized by limited knowledge and tremendous uncertainty. Public health officials had witnessed what had happened in places like Italy and New York. Starting in March 2020, indoor and outdoor gatherings, including places of worship, were limited to 50 people. Retail establishments remained open with physical distancing, but theatres and gyms were closed. Restaurants and hospitality premises were limited to the lesser of 50 people or 50 per cent capacity. Gathering limits were reduced to 10 on March 30. Starting April 1, business not listed in a schedule were closed except for online, pick up and delivery. Restaurants were restricted to delivery and take out. At no time did the PHOs place any restrictions on the delivery of health care. Fortunately, Manitoba was spared widespread community transmission and did not experience a large number of cases during the first wave of the pandemic in the spring of 2020.[21]

[69] Beginning May 22, 2020, the gathering restrictions were relaxed to allow 25 people indoors and 50 people outdoors, including places of worship. This reflected the growing understanding that the risk of transmission was greater in indoor settings. As the summer

[20] Roussin, paras. 58, 86-89
[21] Roussin, paras. 94-95

2021 MBQB 219 (CanLII)

progressed, restrictions were gradually and progressively eased. By June 21, gathering sizes generally increased to 50 people indoors or 100 people outdoors. Many businesses opened to 75 per cent capacity subject to physical distancing requirements. By July 24, businesses could generally fully reopen at full capacity with physical distancing, unless otherwise specified in the orders. Religious services were permitted up to 500 persons or 30 per cent capacity. These restrictions continued essentially in this form until the fall. While life certainly did not return completely to normal, despite the ever-present spectre of COVID-19, the temporarily improving circumstances were accompanied by a significant relaxation of public health restrictions and more freedom to gather.[22]

(iv) Fall 2020 - The "Circuit Break"

[70] Things changed dramatically when the second wave hit in the fall of 2020. Particularly after Thanksgiving, the virus began to spread rapidly throughout the community in an uncontrolled manner. The Capital Region was placed under Level Red (Critical) restrictions by the end of October and ten days later, on November 12, the entire province followed suit. The rising number of serious COVID-19 cases was threatening to overwhelm the capacity of our hospitals and ICUs to cope. Manitoba's healthcare system was said to be on the precipice. Unless urgent action was taken to regain control of the virus and significantly reduce the number of hospitalizations and ICU admissions, Manitoba was on the verge of exceeding the ability to deliver urgent care for patients, whether for COVID-19 or otherwise. Swift and decisive action was seen as

[22] Roussin, paras. 98-99. A more detailed chronology of the public health orders pertaining to gatherings and places of worship leading up to, during and after the circuit break can be found at Roussin, paras. 107-154

2021 MBQB 219 (CanLII)

essential. The impugned PHOs were intended as a "circuit break" to flatten the curve and avoid even greater loss of life or serious illness than was already being experienced.[23]

[71] The CPHO's assessment was based on a variety of key indicators, current epidemiological evidence and modelling presented to him on October 15 and again on November 10, 2020. This evidence included the following:

i) Manitoba was experiencing exponential growth of the virus. New cases were doubling every two weeks.[24] Cases escalated shortly after Thanksgiving (October 12). During the week of October 19-24, Manitoba had 1,038 new cases of COVID-19, close to the higher end of the projected range in the model. There was a significant spike of 480 new cases in one day on October 30. The case numbers were expected to continue rising, leading to greater hospitalizations and death.[25]

ii) Manitoba had the highest per capita rate of active COVID-19 cases in the country.[26]

iii) The test positivity rate had soared to over 10.5 per cent provincially.[27]

iv) Community spread had started to occur rampantly in all regions of the province.[28]

v) The dramatic rise in COVID-19 cases put the effectiveness of the contact

[23] Roussin, paras. 99-106, 147-151
[24] Loeppky, para. 16; Roussin, para. 102
[25] Affidavit of Lanette Siragusa [Siragusa], para. 15; Loeppky, paras. 16-17, Exhibits E, F, H
[26] Roussin, para. 102
[27] Roussin, para. 102
[28] Roussin, paras. 100, 102; Loeppky, para. 16

2021 MBQB 219 (CanLII)

tracing program in jeopardy.[29] This is a key public health tool used to prevent the spread of a virus.

vi) Cases in young adults (aged 20-39) and seniors (aged 60 and older) were increasing very quickly. The latter group being at highest risk of severe outcomes. The impact on older and vulnerable populations was very concerning. First Nations had a test positivity rate of over 12 per cent and a disproportionate number of COVID-19 cases.[30]

vii) COVID-19 related deaths and hospitalizations were rapidly escalating. Epidemiological data shows that 7 per cent of people diagnosed with COVID-19 required hospitalization and 1.3 per cent will require ICU care.[31] When active cases of COVID-19 surge, the system can expect hospitalizations to rise about 10 days later.[32]

viii) The healthcare system was under tremendous strain. Elective surgeries were delayed because there was a need to redeploy medical staff to critical care, medicine and personal care homes to handle COVID-19 cases. This was exacerbated by the fact some hospital staff were also exposed to the virus.[33]

ix) Modelling presented on November 10 showed that Manitoba was tracking along the worst-case scenario in terms of number of cases. Case numbers

[29] Loeppky, para. 17
[30] Roussin, para. 103; Loeppky, para. 17
[31] Roussin, para. 103; Loeppky, paras. 9, 17
[32] Siragusa, para. 15
[33] Siragusa, paras. 10-11

2021 MBQB 219 (CanLII)

were expected to rise to 400-1,000 new cases each day by December 2020. Deaths were also expected to rise sharply, potentially doubling to 219 on December 10 with an estimated range of up to 597 deaths on that date. In fact, as of December 10, Manitoba experienced 478 deaths, at the higher end of the projected range.[34]

x) Modelling projected that without intervention, the rapid rise in infections could soon overwhelm our acute care system. COVID-19 patients were projected to require Manitoba's total capacity to provide ICU care by November 23 and would require 100 per cent of Manitoba's capacity to staff clinical hospital beds by mid-December 2020, leaving no room for other patients. The model was based on a maximum ability to provide ICU care for 124 patients. Manitoba's pre-COVID ICU capacity was 72 patients so the system was already under significant strain. On November 17, there were discussions about developing a triage policy to determine who would receive care in the event critical care resources were depleted. Surgical wards were transitioned into COVID-19 Medicine Units and staff were redeployed to create additional ICU capacity.[35]

xi) There was concern that the rise in COVID-19 numbers would coincide with the Christmas holiday season when many hospital staff had planned vacation. Most staff were not able to pick up extra shifts to fill scheduling

[34] Loeppky, paras. 16, 18, Exhibits E and F, pp. 32, 39, 44, 46
[35] Roussin, para. 104 ; Siragusa, paras. 16-18; Loeppky, paras. 15-18, Exhibits E and F, pp. 32, 39, 44, 46

2021 MBQB 219 (CanLII)

gaps due to stress and exhaustion.[36]

xii) Numerous protocols and precautions had been implemented to protect vulnerable populations in congregate living settings such as personal care homes and on First Nations communities. These measures worked well in the spring and summer but unfortunately, despite these efforts, outbreaks had occurred in these high-risk settings.[37]

xiii) Nine clusters associated with faith-based gatherings, including choir practice and funerals, were identified to have occurred in the fall of 2020.[38]

[72] As a result of added the burden of COVID-19, on December 10-11, 2020, Manitoba reached a peak of 388 hospitalizations and 129 patients in ICU.[39] Therefore, at its peak, COVID-19 resulted in significantly more patients who required ICU care than the system would normally handle (79 per cent more than the usual 72 patients).

[73] Dr. Roussin and public health officials took into account the unintended effects of the restrictions such as adverse economic or mental health impacts but in light of the gravity of the situation, believed these were the minimum measures necessary to protect public health.[40]

[74] After the restrictions were put in place, COVID-19 numbers began to decline, consistent with what the modelling predicted.[41] The Level Red public health measures implemented during the fall of 2020 along with the public's cooperation and compliance

[36] Siragusa, para. 20
[37] Siragusa, para. 22; Roussin, para. 165, Exhibits 14-16
[38] Loeppky, para. 14
[39] Siragusa, para. 19
[40] Roussin, para. 87
[41] Loeppky, para. 20, Exhibit F, pp. 50-51 and Exhibit G, pp. 15, 17

2021 MBQB 219 (CanLII)

with those PHOs changed the trajectory of COVID-19 cases and eased the burden on acute care resources. Manitobans flattened the curve and avoided a disastrous situation.[42]

(v) The Impugned Public Health Orders

[75] November 12, 2020 was the first day of the province-wide "Circuit Break" PHO. At that time, places of worship had to close to in-person religious services. Gatherings were limited to five persons. Starting November 20, 2020, persons were also no longer allowed to gather in private residences subject to certain exceptions, including for health care, personal care and educational instruction or tutoring.[43]

[76] The applicants challenge specific orders from three PHOs that were in effect during three different time periods:

(i) Orders 1(1), 2(1), 15(1) and 15(3) of the November 21, 2020 PHO, in effect from November 22 until December 11, 2020.

(ii) Orders 1(1), 2(1), 16(1) and 16(3) of the December 22, 2020 PHO, in effect from December 23, 2020 to January 8, 2021.[44]

(iii) Orders 1(1), 2(1), 16(1) and 16(3) of the January 8, 2020 PHO, in effect from January 8 to January 22, 2021.

[42] Siragusa, para. 21; Loeppky, para. 22
[43] Roussin, paras. 147-150
[44] The applicants do not challenge the PHO in effect from December 11 to December 22, however, there was no material difference from the orders that followed on December 22, 2020 or January 8, 2021

2021 MBQB 219 (CanLII)

[77] Order 1 in each of these impugned PHOs dealt with restrictions on gatherings at private residences. The November 21 PHO provided:

> ORDER 1
>
> 1(1) Subject to subsections (2) and (3), a person who resides in a private residence must not permit a person who does not normally reside in that residence to enter or remain in the residence.
>
> 1(2) Subsection (1) does not prevent a person from entering the private residence of another person for any of the following purposes:
>
> (a) to provide health care, personal care or housekeeping services;
>
> (b) for a visit between a child and a parent or guardian who does not normally reside with that child;
>
> (c) to receive or provide child care;
>
> (d) to provide tutoring or other educational instruction;
>
> (e) to perform construction, renovations, repairs or maintenance;
>
> (f) to deliver items;
>
> (g) to provide real estate or moving services;
>
> (h) to respond to an emergency.
>
> 1(3) A person who resides on their own may
>
> (a) have one other person with whom they regularly interact attend at their private residence; and
>
> (b) attend at the private residence of one person with whom they regularly interact.

[78] Order 1 of the December 22, 2020 and January 8, 2021 impugned PHOs were substantially the same. Exceptions were added in subsection 1(2) for a landlord to enter a rented premises and for the purpose of moving residences. Subsection 1(3) was renumbered as 1(4). A new subsection 1(3) added an exception allowing persons to attend at a home-based business that was permitted to open under the PHO. A new

2021 MBQB 219 (CanLII)

subsection 1(5) allowed university and college students to live at the private residence of another person in the community where the university or college is located.

[79] Order 2 in each of the impugned PHOs limited public gatherings to five people, except as otherwise permitted. The November 21 PHO provided:

> ORDER 2
>
> 2(1) Except as otherwise permitted by these Orders, all persons are prohibited from assembling in a gathering of more than five persons at any indoor or outdoor public place or in the common areas of a multi-unit residence.
>
> 2(2) This Order does not apply to a facility where health care or social services are provided or any part of a facility that is used by a public or private school for instructional purposes.
>
> 2(3) For certainty, more than five persons may attend a business or facility that is allowed to open under these Orders if the operator of the business or facility has implemented the applicable public health protection measures set out in these Orders.

[80] Order 2 remained substantially the same in the December 22, 2020 and January 8, 2021 PHOs. The one difference was that these two subsequent PHOs included the following exception for organized outdoor gatherings in cars, which had been put in place beginning on December 11, 2020:

> 2(2) This Order does not apply to an organized outdoor gathering or event which persons attend in a motor vehicle if
>
> (a) all persons stay in their motor vehicle at all times while at the site of the gathering or event;
>
> (b) persons in a motor vehicle do not interact with any person not in their motor vehicle while at the site of the gathering or event; and
>
> (c) all persons in a motor vehicle reside in the same residence or receive caregiving services from another person in the motor vehicle.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[81] Order 15 in the November 21, 2020 PHO limited gatherings at places of worship. It provided:

> ORDER 15
>
> 15(1) Except as permitted by subsections (3) and (4), churches, mosques, synagogues, temples and other places of worship must be closed to the public while these Orders are in effect.
>
> 15(2) Despite subsection (1), religious leaders may conduct services at places of worship so that those services may be made available to the public over the Internet or through other remote means.
>
> 15(3) A funeral, wedding, baptism or similar religious ceremony may take place at a place of worship provided that no more than five persons, other than the officiant, attend the ceremony.
>
> 15(4) This Order does not prevent the premises of a place of worship from being used by a public or private school or for the delivery of health care, child care or social services.

[82] Order 15 was renumbered as Order 16 in the December 22 and January 8 PHOs. The restrictions on places of worship remained substantially unchanged except that as of December 11, the following provision was added to allow places of worship to hold an outdoor religious service in vehicles, in accordance with subsection 2(2) discussed above:

> 16(4) This Order does not prevent a church, mosque, synagogue, temple or other place of worship from conducting an outdoor religious service that complies with the requirements of subsection 2(2).

[83] Starting on January 22, 2021, restrictions in impugned PHOs started to ease in light of improving indicators coming out of the Circuit Break, except in northern Manitoba and remote communities. First, outdoor gatherings were relaxed somewhat at private residences. The limit on funerals was expanded to 10 persons. On January 28, up to two persons could visit a private residence. As of February 12, the same PHO applied

2021 MBQB 219 (CanLII)

province wide. Ten persons were now permitted at weddings and funerals. Places of worship could hold in-person services with up to 50 people or 10 per cent of usual capacity.[45] At the time of this hearing, a private residence could allow either two visitors or create a bubble with persons from another residence. Outdoor gatherings had been expanded up to 10 persons on private property or 25 persons on public property. Regular in-person religious services could have up to 100 people or 25 per cent of usual capacity.[46]

2021 MBQB 219 (CanLII)

B. SUBMISSION OF THE APPLICANTS RESPECTING THE AFFIDAVIT EVIDENCE ADDUCED

[84] In addition to and separate from their positions on the other identified questions in issue, the applicants have adduced evidence which they submit demonstrates that Manitoba has not met the requisite onus so as to establish that the restrictions in the impugned provisions of the public health orders are constitutionally justified pursuant to the governing test in connection to s. 1 of the *Charter.* The applicants submit that the totality of the evidence (which obviously includes their own experts and their cross-examination of Manitoba's experts) reveals that there is no rational connection between the public health objectives and the impugned provisions. Neither say the applicants is there persuasive evidence to support Manitoba's position that the impugned restrictions minimally impair the *Charter* rights they infringe. Further, the applicants insist that the

[45] Roussin, paras, 152-154. A more detailed history of the PHOs is set out in the affidavit at paras. 107-154

[46] COVID-19 Prevention Order (March 25, 2021)

deleterious effects of the restrictions are severe and they outweigh any salutary effects resulting from them.

[85] As part of their overall position as advanced in their own evidence and in their cross-examination of the various Manitoba experts, the applicants make certain key assertions. The applicants contend that:

- the modelling data that Manitoba used to justify the orders is flawed and unreliable;
- Manitoba failed or refused to estimate the potential years of life saved by these orders and weigh the results of those conclusions against the loss of life and profound damage resulting from the orders;
- Manitoba failed or refused to consider the opinions of between 45,000 and 50,000 medical doctors and scientists who authored and signed the *Great Barrington Declaration* advocating against "locking down" societies (the *Great Barrington Declaration* recommended taking more focussed and special precautions to protect the elderly in immunocompromised populations);
- Manitoba failed to conduct a risk assessment prior to enacting the orders and as a result, failed to account for significant harms to the public. The applicants argue that Manitoba failed or refused to correct course when they say certain legal, social and economic devastation of the orders became apparent. It is the position of the applicants that the lockdowns have caused deaths and other harms from suicide, domestic abuse, increased drug use, mental illness, delayed diagnosis and cancelled surgeries and other harms to society;

2021 MBQB 219 (CanLII)

- Manitoba failed or refused to complete a cost-benefit analysis of what the applicants call "the lockdown" of the Manitoba population through the impugned orders and that Manitoba similarly failed over the progression of time, to conduct the necessary review of the disproportionate damage the orders have cost to society generally.

[86] While the applicants have argued that there are multiple factors which ought to lead this Court to the conclusion that Manitoba has not met their s. 1 onus, a fundamental part of their argument relates to what they say is the inadequacy or inconclusiveness of any supporting scientific evidence which the applicants have challenged and which they say is inextricably connected to Dr. Roussin's decisions to issue the impugned PHOs.

[87] In challenging Manitoba's scientific evidence with their own affidavit evidence and in the cross-examinations they conducted of Manitoba's expert witnesses, the applicants take aim at what they suggest is Manitoba's inadequate appreciation, misunderstanding and misuse of such factors as:

- the morbidity danger of COVID-19;
- the asymptomatic transmission of COVID-19;
- the RT–PCR testing, infectiousness and Cycle thresholds;
- herd immunity;
- the likelihood of any spread of COVID-19 outdoors;
- the ability to control the spread of COVID-19 in religious settings; and
- variants of concern.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[88] Some of the connected submissions of the applicants and their challenge to Manitoba's evidentiary foundation are set out below.

(i) Mortality Danger of COVID-19

[89] Dr. Jay Bhattacharya, a world-renowned epidemiologist, medical doctor, PhD in economics, and full professor at Stanford University, identified in his January 5, 2021 expert report that for a majority of the population, including the vast majority of children and young adults, COVID-19 poses less of a mortality risk than the seasonal influenza. According to a meta-analysis by Dr. John Ioannidis, the median infection survival rate from COVID-19 is 99.77 per cent. For COVID-19 patients under 70, the meta-analysis finds an infection survival rate of 99.95 per cent.[47]

[90] Dr. Bhattacharya wrote that a study of COVID-19 in Geneva published in the prestigious journal *The Lancet* provided a detailed breakdown of the infection survival rate: 99.9984 per cent for patients 5 to 9 years old; 99.99968 per cent for patients 10 to 19 years old; 99.991 per cent for patients 20 to 49 years old; 99.86 per cent for patients 50 to 64 years old; and 94.6 per cent for patients above 65 years old.[48]

[91] Manitoba's affiants do not dispute that COVID-19 poses the greatest risk of death to older people.

(ii) Asymptomatic Transmission of COVID-19

[92] In his January 5, 2021 affidavit, Dr. Bhattacharya identified two recent, significant peer-reviewed studies which found that asymptomatic spread of COVID-19 is significantly

[47] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 2
[48] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 3

2021 MBQB 219 (CanLII)

lower than symptomatic spread. Specifically, one of the studies, a meta-analysis of 54 studies in the *Journal of American Medical Association Network Open,* confirmed that within households where none of the safeguards that restaurants are required to apply are typically applied, symptomatic patients passed on the disease to household members in 18 per cent of instances, while asymptomatic patients passed on the disease to household members in 0.7 per cent of instances.[49]

[93] Dr. Bhattacharya also cited another study of 10 million residents of Wuhan, China, who were tested for the presence of the virus. Only 300 cases of COVID-19 were found and all were symptomatic. Contact tracing identified 1,174 close contacts of these patients, and none of them tested positive for the virus.

[94] Dr. Bhattacharya concluded, based on his review of the medical literature, that asymptomatic individuals are on an order of magnitude less likely to infect others than symptomatic individuals, even in intimate settings such as households where people do not typically wear masks or socially distance. He concluded that the spread of COVID-19 in less intimate settings by asymptomatic individuals, such as in places of worship, is less likely than in households.

[95] Dr. Jason Kindrachuk, an infectious diseases specialist and assistant professor at the University of Manitoba, also discussed asymptomatic transmission. He concluded that while SARS-CoV-2 transmission is likely lower from individuals with asymptomatic infections as compared to symptomatic cases, those in the "pre-symptomatic" phase of disease appear to be able to transmit the virus similarly to symptomatic individuals.[50]

[49] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 8
[50] Kindrachuk, Exhibit B, pp. 9-10

2021 MBQB 219 (CanLII)

[96] Dr. Bhattacharya had not previously addressed "pre-symptomatic transmission" of the disease in his January 5, 2021 expert report. In his responding affidavit, Dr. Bhattacharya attempted to address Dr. Kindrachuk's evidence by explaining that in his previously cited *JAMA Netw Open* meta-analysis study, the authors concluded that household transmission of the disease from asymptomatic and "pre-symptomatic" patients occurred 0.7 per cent of the time. He also revealed that many of Dr. Kindrachuk's studies were taken into consideration in the larger meta-analysis from *JAMA Netw Open,* which ultimately determined the vanishingly low rate of asymptomatic and pre-symptomatic transmission.[51]

(iii) RT-PCR Testing, Infectiousness, and Cycle Thresholds

[97] Dr. Bhattacharya explains in his January 5, 2021 report that the RT-PCR test for the SARS-CoV-2 virus is at the heart of the testing system adopted by Canada. He explains that the test amplifies the virus, if present, by a process of repeatedly doubling the concentration of viral genetic material. If the viral load is small, many doublings are required before it is possible to detect the virus. He explains that labs decide in advance how many doublings of the genetic material they will require before deciding that a sample is negative for the presence of the virus. This threshold or "cycle time" determines the rate at which a positive test result will be returned when the original sample does not include viral concentrations in sufficient amount to be infectious.

[98] Dr. Bhattacharya's evidence suggests that a higher-cycle threshold increases the false positive rate of the PCR test because even if a non-infectious viral load is present in

[51] Affidavit of Dr. Jay Bhattacharya, sworn March 31, 2021 [Bhattacharya 2] Exhibit A, p. 10

2021 MBQB 219 (CanLII)

the sample obtained from the patient, a large number of permitted doublings could amplify whatever minute or fragmentary viral segment is present such that the test result is positive. A positive test result obtained in this fashion does not mean that such an individual is infectious or contagious. On the contrary says Dr. Bhattacharya, as an individual who tests "positive" using a high-cycle threshold is exceedingly unlikely, or even impossible, to be a transmission risk at all.

[99] Dr. Bhattacharya asserts that the PCR test is not the gold standard for determining whether a patient is infectious. He says that from an epidemiological point of view, infectivity measurement is more important than a measurement of whether the virus is present, since it is possible for a patient to have non-viable viral fragments present, a positive PCR test, and yet not be infectious. He cites a study published in the *European Journal of Clinical Microbiology & Infectious Diseases*, which determined that culture positivity of the virus decreased progressively by Ct values to reach 12 per cent at a Ct of 33. That means only 12 per cent of the samples spun at a Ct of 33 had a positive culture. Further, no culture was able to be obtained from samples with a Ct of greater than 34. Dr. Bhattacharya also cited a study published in top epidemiological journal *Eurosurveillance*, which found that if 27 cycles are needed for a positive test, the false positive rate is 34 per cent; if 32 cycles are needed for a positive test, the false positive rate is 92 per cent; if more than 40 cycles are needed for a positive test, the false positive rate is nearly 100 per cent.[52]

[52] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 37

2021 MBQB 219 (CanLII)

[100] Dr. Bhattacharya noted that the WHO published an Information Notice on December 8, 2020 warning users of PCR tests and that it had received user feedback on an elevated risk for false SARS-CoV-2 results when testing specimens using PCR test.[53]

[101] The applicants acknowledge the evidence of Dr. Jared Bullard, a microbiologist employed by Manitoba who works in the Cadham Provincial Lab ("CPL") where all of the PCR tests are analyzed for COVID-19. Dr. Bullard provided an affidavit on behalf of Manitoba wherein he explained how PCR tests work and explained his practice with those tests in the lab. He admitted that the CPL uses a total of 40 cycles of amplification. He explained that specificity is the proportion of people who do not have COVID-19 that the test will call negative, and that poor specificity results in false positives. He further explains that the specificity of the PCR test is greater than 99.9 per cent — i.e., less than 1 in 1,000 will have a false positive result.[54]

[102] He stated that SARS-CoV-2 is detectable by RT-PCR for up to three months.[55]

[103] Dr. Bullard referred to his own study which found that samples with a Ct value of 25 or greater did not grow SARS-CoV-2 in cell culture, and another study published in the *Clinical Infectious Diseases Journal* (also referred to in Dr. Bhattacharya's January 5, 2021 expert report) which found that for SARS-CoV-2 in cell culture, 70 per cent had a positive culture at a Ct of 25, 20 per cent had a positive culture at a Ct of 30, and less than 3 per cent had a positive culture at a Ct of 35. Dr. Bullard asserted that if an individual tests positive, he has the SARS-CoV-2 pathogen and has been diagnosed with COVID-19.[56] He

[53] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 38
[54] Affidavit of Dr. Jared Manley Peter Bullard [Bullard], Exhibit C, lines 85-86, 131-136
[55] Bullard, Exhibit C, lines 148-149
[56] Bullard, Exhibit C, line 217

2021 MBQB 219 (CanLII)

concluded, however, that no single SARS-CoV-2 PCR Ct value in isolation can be used to determine infectiousness of a case and must be interpreted in the overall clinical context.[57]

[104] Dr. Bullard's expert report revealed that in December 2020, out of 5,825 positive PCR results in Manitoba, 18 per cent had a Ct of 25-30, 18 per cent had a Ct of 30-36, and 7 per cent had a Ct of 36-40.[58]

[105] In response, Dr. Thomas Warren, an infectious disease specialist and medical microbiologist and adjunct professor at McMaster University, agreed with Dr. Bullard that a positive PCR test represents the identification of SARS-CoV-2 virus fragments. Dr. Warren clarified however that a positive PCR test result did not necessarily indicate that the entire virus is present or that the patient has COVID-19. He responded to Dr. Bullard's assertion that a PCR has a specificity of greater than 99.9 per cent, and stated that while a positive test means there is a 99.9 per cent likelihood that the person has or recently had the SARS-CoV-2 virus in their body, it does not mean that the person is infectious or that they have COVID-19 disease (symptoms). In this regard, Dr. Warren concluded that the presence of SARS-CoV-2 virus as detected by PCR is necessary but not sufficient to indicate either infectiousness or COVID-19 disease properly defined.[59]

[106] In response to Dr. Bullard, Dr. Bhattacharya analyzed the December 2020 lab data and found that 25 per cent (1,456) of the 5,825 people that Manitoba considered a

[57] Bullard, Exhibit C, lines 157-170
[58] Bullard, Exhibit C, lines 193-195
[59] Affidavit of Dr. Thomas Warren [Warren], Exhibit B, pp. 3, 5-6

2021 MBQB 219 (CanLII)

"positive" case in December 2020 had Ct values that strongly suggested they were not infectious.[60]

[107] Both Dr. Bhattacharya and Dr. Warren in response to Dr. Bullard referred to the second warning from the WHO on January 20, 2021 where it gave guidance on PCR testing which states: "health care providers must consider any result in combination with timing of sampling, specimen type, assay specifics, clinical observations, patient history, confirmed status of any contacts, and epidemiological information." Further, the WHO guidance advises: "the probability that a person who has a positive result (SARS-CoV-2 detected) is truly infected with SARS-CoV-2 decreases as prevalence decreases, irrespective of the claimed specificity."[61]

(iv) Herd Immunity

[108] Dr. Bhattacharya writes that the science strongly suggests that recovery from SARS-CoV-2 infection will provide lasting protection against reinfection, either complete immunity or protection that makes a severe reinfection extremely unlikely. He writes that herd immunity, a scientifically proven phenomenon, occurs when enough people have immunity so that most infected people cannot find new uninfected people to infect, leading to the end of the pandemic.[62] He suggests a strategy of "focused protection" to better protect the elderly while allowing the rest of society to live their lives.[63] This approach of "focused protection" has been endorsed by over 50,000 scientists, physicians

[60] Bhattacharya 2, Exhibit A, p. 13
[61] Warren, Exhibit 8, p. 3; Bhattacharya 2, Exhibit A, p. 14
[62] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 33
[63] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 34

2021 MBQB 219 (CanLII)

and other medical professionals and is set out by Dr. Bhattacharya (its co-author) in the *Great Barrington Declaration*.

[109] Dr. Kindrachuk disagrees with Dr. Bhattacharya's approach and cites the example of Manaus Brazil, which he states was devastated by the first wave of the pandemic with 4.5-fold excess mortality. He cited a seroprevalence study which found that 76 per cent of the Manaus population was infected with SARS-CoV-2 and had antibodies by October 2020, but virus transmission continued anyway with a devastating surge of SARS-CoV-2 infections by mid-January 2021. He concluded that the data from Brazil provides supportive evidence that a herd immunity approach through natural infections could have devastating impacts on public health.[64]

[110] In reply, Dr. Bhattacharya points out that the Manaus Brazil example is based on a single, flawed, seroprevalence study conducted in Manaus in mid-2020. He states that the 76 per cent estimate was not based on a random survey, but on blood donors, who are a very select group of people in the developing world. He illustrates that the seroprevalence among the blood donors was 52 per cent, which was adjusted upwards based on questionable mathematical modelling of waning antibodies. He also states that it is impossible to conclude that lockdowns in a single location are a good strategy to control the epidemic.[65]

[64] Kindrachuk, TAB 8, pp. 16-17
[65] Bhattacharya 2, Exhibit A, p. 18

2021 MBQB 219 (CanLII)

(v) Spread of COVID-19 Outdoors

[111] The applicants insist in their submissions that Manitoba has not provided any scientific evidence that COVID-19 transmits easily outdoors or that being outdoors amongst other people is a risk to the Manitoba population.

(vi) COVID-19 Spread in Religious Settings

[112] Dr. Bhattacharya asserts that places of worship can safely hold indoor worship services, with minimal effect on the spread of COVID-19 disease, by following guidelines recommended by the CDC. Such guidelines include recommendations to protect staff who are at higher risk for severe illness, engaging in handwashing, mask wearing when social distancing is difficult, social distancing, disinfecting the worship space before and after each service, minimizing food sharing, encouraging symptomatic congregants to stay home, and posted signs about COVID-19 disease.[66]

[113] He referred to medical studies which revealed that church attendance provides psychological benefits for attendees, especially for adolescents. He also referred to medical studies which showed the psychological benefits provided by communal singing in the process of worship which is shown to foster a sense of belonging and connectedness that is crucially important with measurable effects on mental health.[67]

[114] Dr. Roussin's reasoning for closing places of worship in November 2020 is that activities at those places are comparable to theatres, concert halls, or indoor sporting

[66] Bhattacharya 1, Exhibit C, pp. 24-25
[67] Bhattacharya 1, Exhibit C, p. 25

2021 MBQB 219 (CanLII)

events, and involve prolonged contact between persons, which could include hugging, handshaking, choirs, singing, and sharing items.[68]

[115] In Dr. Carla Loeppky's affidavit, she refers to clusters associated with attendance at faith-based events between August 2020 - February 2021. She also includes a chart which is called "Potential Acquisition Settings are Diverse" in which it is identified that in the one-month period of September 1, 2020 – October 2, 2020, 3.2 per cent of cases were potentially acquired at faith-based settings.[69]

(vii) Variants of Concern

[116] Dr. Kindrachuk and Dr. Roussin[70] first raised the issue of "Variants of Concern" (VOC) in their affidavits. (I note by way of judicial notice that since the hearing of this matter, public and scientific concern for VOCs have become even more acute.) Dr. Kindrachuk states in his affidavit that variant B.1.1.7 has increased transmissibility ranging from 30 - 70 per cent over circulating non-VOCs and has been associated with increased risk of severe and fatal disease in hospitalized patients. He recommends decreased community transmission to reduce the potential for additional emergence of VOCs. [71]

[117] In response, Dr. Bhattacharya explained that VOCs do not escape immunity provided by previous infections or by the COVID-19 vaccines. He states that the presence of VOCs pose little additional risk of hospital overcrowding or excess mortality, and that such predictions are based on faulty modelling. He cites Florida as an example of a

[68] Roussin, paras. 155-156
[69] Loeppky, Exhibit E, p. 17
[70] Roussin, paras. 28-29
[71] Kindrachuk, TAB B, p. 16

2021 MBQB 219 (CanLII)

jurisdiction where UK variant B.1.1.7 is widespread but cases have dropped sharply. He explains that vaccines have decoupled the growth in COVID-19 cases from COVID-19 mortality. While cases in Canada have gone up in March 2021, deaths have continued to fall.[72] Finally, Dr. Bhattacharya points out that if restrictive public health measures did not work to protect Canadians from the less infectious COVID-19, there is little reason to expect that they would work to suppress VOCs.[73]

[118] Having examined in the two previous sections the submissions and positions of Manitoba and the applicants respecting the initial and responding affidavit evidence that was adduced, I now turn to the cross-examination that was conducted by both parties of some of the selected affiants. I then proceed to provide the Court's assessment of all of the evidence, including that which was heard in any of the cross-examinations.

VIII. THE CROSS-EXAMINATIONS ON THE AFFIDAVITS

[119] As earlier noted, the applicants' challenge to what Manitoba contends is the supporting scientific evidence for the impugned PHOs continued in their (the applicants) cross-examinations of the selected Manitoba affiants. So too did Manitoba in its own cross-examination of the selected applicants' affiants continue with its defence of a scientific evidentiary foundation, which (in the context of its response to an unprecedented pandemic) Manitoba maintains constitutes a sound and compelling basis for the public health policy choices and restrictions contained in the impugned PHOs.

[72] Bhattacharya 2, Exhibit A, pp. 8-9
[73] Bhattacharya 2, Exhibit A, p. 10

2021 MBQB 219 (CanLII)

[120] With the above in mind, the Court paid close attention to all of the cross-examinations conducted. I present below only a selected sampling of some of the segments of the cross-examinations that the respective parties deemed particularly relevant and which they wished to highlight for the Court's consideration.

2021 MBQB 219 (CanLII)

A. THE APPLICANTS' CROSS-EXAMINATION OF SELECTED MANITOBA AFFIANTS

(i) Dr. Brent Roussin

[121] Although all of Manitoba's witnesses came under scrutiny in the course of the applicants' cross-examinations, the cross-examination of Dr. Roussin represented a particularly significant part of the applicants' challenge to Manitoba's position. The applicants highlighted a number of points from Dr. Roussin's cross-examination. These points included the following:

- That there are no social scientists or economists on his public health team;
- That he acknowledged that the most common transmission of the virus appears to be from infectious droplets or aerosols discharged from an infected person by exhaling, coughing, talking loudly, or similar activities;
- Asymptomatic spread is not a significant driver of infection and spread of the virus;
- Variants of Concern are not what caused Dr. Roussin to implement the public health orders;
- For most infected people, the symptoms they experience will be mild, of short duration, largely benign, and followed by a full recovery and complete return to normal health;
- 91.9 per cent of all cases of COVID-19 in Manitoba did not have a severe outcome, hospitalization or death;
- The 8.1 per cent of cases suffering a severe outcome are primarily over the age of 60, with significant comorbidities and amongst the Indigenous community;

- Manitoba has known the cohorts most at risk of severe outcomes since the beginning of the pandemic;
- There is a distinction between the SARS-CoV-2 virus, and the disease COVID-19 (meaning symptoms or pathological effects from infection by the virus);
- PCR tests identify the presence of SARS-CoV-2 virus RNA fragments;
- A positive PCR test for the presence of SARS-CoV-2 virus fragments is considered a case of COVID-19 disease in Manitoba;
- A positive PCR test indicates the person would have been exposed to the virus potentially 100 days earlier;
- Public health does not know if a positive PCR test is infectious or infected with the virus;
- Public health is aware that the test could have detected only dead viral fragments in the person's nose;
- Public health is not provided with Ct values and has not mandated reporting of Ct values;
- Dr. Roussin acknowledges that Ct value is inversely correlated with infectiousness of the sample tested;
- Dr. Roussin is aware of the research conducted by Dr. Bullard and Dr. Loeppky, which found low probability of infectiousness in positive PCR tests even at cycle thresholds lower than 25;
- Dr. Roussin is also aware that studies indicated only 28.9 per cent and 31 per cent of the positive PCR tests sampled were likely infectious;
- Manitoba will cycle tests up to 40 cycles to find a positive result;
- The public is not told if a positive case is infectious and public health is not told if the positive case has the disease COVID-19;
- It is not generally explained that a positive case may not be able to infect anyone else or that it may be a case of an old exposure going back some 100 days;
- Dr. Roussin acknowledges that the number of positive cases is one of the most important factors in deciding to implement the public health orders;
- The public health measures have generally not stopped community

2021 MBQB 219 (CanLII)

transmission of the virus;

- While the knowledge of the virus has evolved, the public health response has not;
- Both COVID-19 and influenza have a one- to three-day pre-symptomatic period;
- Dr. Roussin acknowledges that some jurisdictions did not implement public health measures like the ones implemented in Manitoba (see Sweden for example);
- Cases peaked on November 12, 2020, and trended downward after that and hospitalizations peaked on December 10 and 11, 2020;
- There were 3,084 clinical beds in Manitoba as of November 30 and 173 ICU beds in Manitoba as of November 30, 2020;
- There were 129 patients in the ICU both COVID and non-COVID;
- The change to permit churches in cars did not result from a change in the science;
- The only study conducted on harms resulting from the public health orders was the November 1, 2020 document found at Exhibit "D" to the affidavit of Dr. Loeppky; and
- Manitoba has not produced any data about the rate of transmission of the virus in settings other than churches with which to compare the relative risk in different settings.

[122] In addition to the above points extracted on cross-examination, additional detail and nuance were provided by Dr. Roussin touching upon the above and other matters.

[123] As part of his decision-making framework and team, he noted that an "Incident Command" structure (in which he and Lanette Siragusa lead) was created in February 2020. It flowed from an existing respiratory virus steering committee which they co-chaired in 2019. Manitoba had initiated an emergency response plan within the Incident Command structure before cases of COVID-19 arrived in Manitoba. Dr. Roussin

2021 MBQB 219 (CanLII)

had also started participating in a special advisory committee with federal, provincial, and territorial chief public health officers in mid-January 2020.

[124] Dr. Roussin explained his approach as one meant to identify the most vulnerable people for severe outcomes and reduce overall transmission. Strategies included surveillance, case identification, contact identification and public health measures. The general goal was to minimize morbidity/mortality while also minimizing social disruption. While he did acknowledge that it was known that older people, primarily over 60, were the most vulnerable, it was also known that a significant portion of the population has underlying conditions that make them more vulnerable (lung disease, heart disease, diabetes, obesity and the immunocompromised).

[125] Although the current variant of concern was not a driver of the impugned PHOs, the fact that it was known that mutations occur in this type of virus was certainly a factor in Manitoba's response. In other words, unchecked transmission increases risk, which could then lead to more virulent VOCs.

[126] In the course of his being questioned extensively on case definitions, on the subject of what constitutes a case, on the subject of the PCR test and whether some persons with positive PCR tests are not likely to have been infectious at the time of the test, Dr. Roussin also responded by noting as follows:

> — The case definition is created at a national level — at the advisory committee. It is very consistent across the country, which accordingly, permits comparison;
>
> — The use of the total positive PCR tests per day (adjusted to remove duplicate tests) is for surveillance purposes. That is, it gives them a good picture of the "disease burden" in society;

2021 MBQB 219 (CanLII)

— Leading up to the circuit break in November, he was accurately able to predict that hospital admissions would equal 7 per cent of the daily reported case numbers in 10 to 14 days. ICU admissions would equal 1.4 per cent;

— If the number of cases/positive tests is doubling in a certain time period, it will identify a trend and provide a very accurate picture of the spread of the virus;

— At a population level, with 1,000 tests per day, the PCR tool is very important;

— At the individual level, you need clinical assessment; direction for individuals to self-isolate depends on an overall assessment — positive cases are only directed to self-isolate if they cannot rule out infectiousness; and

— There is very little asymptomatic testing that occurs in Manitoba. Most asymptomatic testing is done of persons who have had significant exposure to a positive case.

[127] Dr. Roussin explained in his testimony about how he had an obvious concern for how the uncontrolled spread of the virus would have a significant impact on hospitals. In this regard, the impact would not just be the direct impact of COVID-19, but also the indirect impact flowing from a flood of cases into the hospital where non-COVID-19 patients would be affected as well. Indeed, this is what Dr. Roussin noted was happening in November and December when many surgeries had to be postponed, which in turn, has an effect on morbidity and mortality.

[128] Dr. Roussin's evidence was clear in saying that he did consider collateral harms that might flow from the PHOs. In that regard, he considered addiction, domestic abuse, and received reports from specialty leads in psychiatry and psychology in the health system. They reported back to him that the benefits of the measures still outweigh the harms. In short, Dr. Roussin was clear that he was engaged consistently with clinical

2021 MBQB 219 (CanLII)

leads and specialists and was always considering the unintended consequences of the PHOs. He recognized that the restrictive PHOs can disproportionately impact communities, but he also recognized the much greater and disproportionate effect that widespread transmission could have on the vulnerable.

[129] On the subject of modelling, Dr. Roussin noted that he works with a team of modelers who are experts and highly specialized. They work at a national level with other modelers to provide the best information possible.

[130] Dr. Roussin provided evidence that in the late spring and early summer of 2020, ministers and MLAs led a widespread consultation with members of the faith community. This engagement and consultation included surveys and discussion after which, the feedback was brought back to public health. These consultations created a guidance document.

[131] When cross-examined about the restrictions with respect to places of worship, he provided a wide range of information respecting what was considered, balanced and attempted given the urgent public health objectives. In that context, he provided important information with respect to the assessment of risk and how the assessment of risk was in part based on how the virus transmits in a particular type of setting.

[132] Respecting the *Great Barrington Declaration* and the concepts of natural or herd immunity and focused protection, Dr. Roussin observed that much is still unknown in respect of the duration of immunity from infection in the context of COVID-19. This is especially so in relation to the variants of concern. Dr. Roussin emphasized vaccination as the preferred method of immunization, which has the benefit of not subjecting the

2021 MBQB 219 (CanLII)

entire population to illness. As it relates to targeted protection, Dr. Roussin provided testimony and explanation with respect to Manitoba's approach.

[133] In reviewing Dr. Roussin's testimony and cross-examination, I can say that I found that he gave straightforward and credible evidence that assisted in augmenting and refining aspects of his affidavits. Even when he was forcefully challenged and required to address certain and occasional inconsistencies or incongruities in approach or method based on what was either incomplete, evolving or the sometimes imperfect science, Dr. Roussin provided clarifying background and explanations for his decisions and concerns, all of which were clearly rooted in his challenging duty performed pursuant to s. 3 of *The Public Health Act*. It is a duty, which following his testimony, I find he performed reasonably in attempting to respond to a public health emergency with measures that, however difficult, restricted freedoms no greater than necessary. Leaving aside whether Dr. Roussin and Manitoba generally can be justifiably criticized for having taken some of their decisions too slowly and late (criticisms voiced by critics asserting a very different perspective than that of the applicants), the decisions and the accompanying balancing when they finally did take place, were nonetheless clearly based on *prima facie* current and reliable scientific information and knowledge gathered from Canada and around the world. The sources would have also included peer-reviewed articles, recommendations from the WHO and from the lessons learned from the experiences in other jurisdictions.

[134] In the end, Dr. Roussin presented as a dedicated chief public health officer, who as I will repeat later, relied on all of the evidence available, including the scientific

2021 MBQB 219 (CanLII)

evidence, which despite its evolving and still incomplete nature, I find to be reliable. In doing so, Dr. Roussin drew reasonable inferences and applied common sense.

Lanette Siragusa, Dr. Jason Kindrachuk, Dr. Carla Loeppky, Dr. James Blanchard, and Dr. Jared Bullard

[135] In addition to Dr. Roussin, also subject to cross-examination by the applicants were the above noted Manitoba affiants. While all of these affiants provided important information in their affidavits and in their subsequent cross-examination testimony, their cross-examinations were not on my assessment, as determinative as the cross-examination conducted of Dr. Roussin. Accordingly, while I have fully considered and taken into account their affidavits and the challenges brought to them by the applicants (as highlighted in the oral and written submissions made by the applicants), I propose to deal with my account of their cross-examinations in a more summary fashion.

(ii) Lanette Siragusa

[136] Lanette Siragusa is the provincial lead health service integration and quality chief nursing officer. With Dr. Roussin, she is a principal participant in the Incident Command structure for COVID-19. She explained that her focus is on the clinical side of the province's health system response (and not the public health response). That focus includes all users of the health system, COVID-19 patients and all other patients.

[137] Ms Siragusa was challenged by the applicants with respect to the concerns in numbers and with respect to the degree to which the healthcare system was truly being overwhelmed. In cross-examination, she acknowledged that her team anticipated and planned for 173 ICU beds. Questions were raised with respect to the identified shortage and what were in fact the available beds vis-à-vis the number of patients in the ICU. In

2021 MBQB 219 (CanLII)

respect of ICU capacity, Ms Siragusa explained that the reported numbers reflected both general ICU and cardiac ICU capacity (which is 14). She noted that this would not normally be an encroachment on cardiac ICU, but in the circumstances, it might have been necessary to encroach depending on the exigencies and priorities. As it relates to the report that medicine beds could be increased by more than 600 beds by November 30, 2020, she did not confirm that staffing was actually in place, but that a plan was in place. Equipment and supplies had been purchased, but it was still left to determine the needs of the patients.

[138] In the context of the pressures on the healthcare system, Ms Siragusa noted that with COVID-19 and the outbreaks, hundreds of staff were off sick. She also explained that even if there were 173 critical care spaces, in her view, the 129 patients represented a system that was at full capacity. Given the shortages of staff, nurses who had never worked in critical care were now being added. Even at 129 patients, Ms Siragusa noted that the staff and the physicians felt exhausted physically, mentally, and spiritually. In other words, the fact that 173 ICU spaces were identified did not necessarily mean that the person power was in place to do what needed to be done in the way it needed to be done. In short, the circumstances in mid-December 2020, were quite dire.

[139] Although Ms Siragusa noted that cancellation of surgeries were required, it was not the public health orders that gave rise to those cancellations. Cancellations were decided by medical clinical experts based on what was happening in the hospitals. The purpose was to provide for greater capacity to respond to COVID-19. In some circumstances, COVID-19 outbreaks occurred in hospitals. In those instances, staff

2021 MBQB 219 (CanLII)

became infected and had to be isolated, which also contributed to the need to cancel surgeries.

[140] In the end, Ms Siragusa seemed to suggest that throughout the second wave, despite the incredible pressures, the system did not break. It was able to address the increase in usage from COVID-19 patients despite the challenges. She acknowledged that sacrifices were made to elective surgeries and that there would be repercussions from that. Nonetheless, in dealing with both COVID-19 cases and non-COVID-19 related patients, Ms Siragusa allowed that while the service that was provided was not always the "gold standard" it was the best that could be done in the circumstances.

(iii) Dr. Jason Kindrachuk

[141] In his cross-examination, Dr. Kindrachuk agreed with the WHO definition of "herd immunity" suggesting that it is the indirect protection from an infectious disease that happens when a population is immune through vaccination or immunity developed through previous infection. In this context, he acknowledged "in theory" it could be achievable through infection and if and when it occurs, it can slow or stop further spread of the virus in the community. Nonetheless, Dr. Kindrachuk insisted that it is challenging to determine when herd immunity will be reached, or if it can be reached. He noted that the Manaus Brazil study does not suggest that herd immunity is impossible, but it does suggest that there are challenges to trying to determine if and when herd immunity might be reached. He insisted that so far, herd immunity has not been proven for sustained immunity from natural infection.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[142] Dr. Kindrachuk maintained that vaccinations are the best means to achieve herd immunity. It is faster and safer than herd immunity through natural exposure. He noted that one important question relates to whether with natural immunity, such immunity is sustained for a long enough period of time to be able to reach a sustained herd immunity threshold.

[143] When questioned about other measures, he acknowledged that masks, physical distancing and handwashing are useful in preventing COVID-19 transmission as is proper ventilation for indoor spaces.

[144] Dr. Kindrachuk noted that because of the variants of concern, there is now an increased burden of disease on younger ages. They now are more vulnerable than they had been even in early 2020. Nonetheless, it was Dr. Kindrachuk's view at the time of his testimony (at the application hearing), that within a few months, vaccines and restrictions when used together, could turn the tide of the epidemic.

(iv) Dr. Carla Loeppky

[145] Dr. Carla Loeppky is the director and lead epidemiologist in the Epidemiology and Surveillance Unit with the Department of Health, Seniors and Active Living. Epidemiology information provides further evidence for the decision makers in respect of public health orders. Such reports were provided to Dr. Roussin, cabinet ministers and the health incident command group.

[146] In her cross-examination, Dr. Loeppky was challenged in respect of the lab reports that her department receives. In that regard, she acknowledged that they do not get information on symptom onset, nothing about pre-existing conditions, nothing about

2021 MBQB 219 (CanLII)

immune response, nothing about the amount of virus in the sample, and nothing in respect of symptom to time to onset. Similarly, when Dr. Loeppky's department gets a positive test result, it has no idea of how infectious the positive patient is. Indeed, once a positive test is sent to Dr. Loeppky's department, it is a case of COVID-19.

[147] She acknowledges that a clinical evaluation is not provided along with the positive PCR results. Dr. Loeppky's department reports all data to public health, but she acknowledges that report summaries to the media do not report how many test positive results are infectious. Despite that fact, it is Dr. Loeppky's view that the information they provide to the general public strikes a balance with providing important details on a daily basis. She does not think that adding information about infectiousness would be beneficial.

[148] When questioned about clusters of the virus, Dr. Loeppky explained that by definition, a cluster implies transmission. In those instances, one looks for symptomatic people linked by person, place and time — linkages, groupings, dynamics. This would not include positive people whose infectious period had ended months ago. As it relates to clusters in churches, Dr. Loeppky acknowledged that they cannot be certain that persons picked up their infection at church. In a cluster, there is an assumption that others got infected by the index case, although that cannot be certain. In reality, in every cluster, there will be an index case that got the infection from elsewhere and brought it to the location of the cluster.

[149] As it relates to the use of models, Dr. Loeppky acknowledged that models can be a very useful tool to help guide decision making. In the context of the current pandemic,

2021 MBQB 219 (CanLII)

Dr. Loeppky noted a close correlation between models and what in fact happened in "real life".

(v) Dr. James Blanchard

[150] Dr. James Blanchard was cross-examined as someone who has experience in practicing medicine for two years in northern Manitoba, was a provincial epidemiologist in the 1990s and is currently assisting several countries (India, Pakistan and some African countries) in their COVID-19 response. While one of Manitoba's affiants, he is not currently advising Manitoba in respect of its COVID-19 response or strategy.

[151] In his cross-examination, he acknowledged that COVID-19 has many similarities to the flu, but that there are nonetheless, very important differences. These differences are what is important in understanding the epidemic's potential and control measures.

[152] Certain parts of Dr. Blanchard's evidence were juxtaposed with that of Dr. Kettner, one of the applicants' affiants. The evidence of Dr. Kettner suggests a response to COVID-19 that would be based on local epidemiological analysis and calculations. Dr. Blanchard disagrees with this approach and believes that a rapid and effective response should not be based predominately on what you discover locally. In that regard, Dr. Blanchard takes the position that it is possible to set policies based on what is learned elsewhere in the world and about how the virus behaves elsewhere. He notes that local calculation is not necessary. While it is necessary to understand the local context (for the purposes of the required rapid response), one nonetheless needs to use evidence acquired from elsewhere with respect to issues of transmissibility, fatality, etc.

2021 MBQB 219 (CanLII)

Dr. Blanchard noted that it can often take too long to do a local analysis and that local information may not be as robust.

[153] It was the evidence of Dr. Kettner that the risk of acquiring the virus in church was low based on numbers of church-based clusters. However, Dr. Blanchard points out that such an opinion ignores the fact that cases were already low in Manitoba during that period when churches were open. Dr. Blanchard maintains that the virus can nonetheless spread in church settings. He also notes that Dr. Kettner appears to have examined the Manitoba experience without considering the potential for transmission if the virus became more widespread. It is in this context that Dr. Blanchard notes that it becomes useful to examine the situation elsewhere by which it is possible to observe what would happen and has already happened if the virus was widespread.

[154] Dr. Blanchard also noted in his evidence that vaccines are a major factor in protecting the vulnerable. He is not of the view that natural immunity protects the vulnerable and indeed points out the obvious, that the vulnerable would have to get sick first.

[155] Dr. Blanchard agrees that we do have to assess the impacts of policy and that public health measures can indeed have negative effects. Still, when a global examination is taken of the current pandemic, it is possible to see what has happened where there has been little control of the pandemic and how the results can often lead to chaos in healthcare systems and accompanying huge economic disruption. This chaos and disruption he points out are usually caused by the severity of the COVID-19 wave and not the public health measures.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[156] Importantly, Dr. Blanchard noted that on the subject of variants, Manitoba was correct to restrict gatherings because of the potential danger of the virus mutate. This concern is well-founded and arose early on because of what happened with similar viruses: SARS and MERS. Both of those viruses had high-fatality rates and there is a concern that the COVID-19 virus could similarly mutate to lead to even greater fatality rates and greater infectiousness.

[157] Dr. Blanchard noted that part of his concern with "focused protection" is that the increased number of actual cases needed to get to herd immunity would accentuate the risk of more mutations along with a much higher level of mortality and morbidity. To permit this to happen according to Dr. Blanchard, particularly before vaccines are distributed and properly in place, would be reckless public health policy.

[158] Dr. Blanchard maintained in cross-examination that transmission is slowed by public health policy and that a strategy to flatten the curve (reduce transmission) can effectively delay naturally-acquired immunity because the plan would be to provide immunity by vaccine instead of by infection (which involves getting sick). It is interesting to note that on the subject of immunity, it was Dr. Blanchard's position that assuming that 70 per cent infection is needed for herd immunity by natural infection, there would be a resulting 12,000 more deaths in Manitoba. In this connection, Dr. Kettner did not consider the impact on morbidity and mortality or the fact that if the policy of herd immunity through natural infection is followed, it would inevitably lead to many more fatalities.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[159] Dr. Blanchard raised serious questions about the impracticality of successfully implementing the approach advocated in the *Great Barrington Declaration*.

[160] As it relates to public health orders and the accompanying restrictions on churches, Dr. Blanchard views Dr. Kettner's approach as unwise policy. According to Dr. Blanchard, the purpose of restricting indoor gathering is to prevent transmission at a population level. That does not mean treating all indoor gatherings equally. While PHOs ought to be equally applied to similar settings, it is necessary for officials to look at how that application may function in terms of an impact on the epidemic more generally and on society. There is a difference between equitable impacts and equality in terms of how measures are applied. Coherence is important and that will involve balancing various considerations and impacts in respect of differing social and economic activities. It is important says Dr. Blanchard that policies are coherent and balanced in order to get the public to comply with the constraints.

(vi) Dr. Jared Bullard

[161] In his cross-examination, Dr. Jared Bullard confirmed that he provided advice in respect of Manitoba's public health response to COVID-19.

[162] He acknowledged that PCR tests do not look for the whole virus, but rather parts or fragments of the nucleic acid particular to SARS-CoV-2. He also noted that PCR tests do not detect replicative virus or infective virus and that PCR tests can pick up viral fragments in the back of the nose going back 100 days after the exposure to the virus. He also opined that PCR tests can pick up viral fragments in the back of the nose up to 60 to 90 days after infection by the virus. Also, it is possible for fragments of SARS-CoV-2

2021 MBQB 219 (CanLII)

to be detected in the nose with a positive PCR test in a person who was never actually infected by the virus.

[163] He confirmed that Manitoba uses PCR test platforms that employ 40 and 45 cycles. The Ct value inversely correlates with the amount of genetic material in the sample tested. The higher the Ct value, the lesser amount of genetic material in the sample. The lower the Ct value, the higher the amount of genetic material in sample. Dr. Bullard pointed out that it is increasingly clear that there is a correlation between Ct value and the infectiousness of a PCR positive sample. Dr. Bullard noted that studies have found that amongst other variables considered, Ct value was significant in predicting infectiousness.

[164] As with Dr. Roussin, when I consider the affidavit evidence of Ms Siragusa, Dr. Kindrachuk, Dr. Loeppky, Dr. Blanchard, and Dr. Bullard (along with their roles described and opinions offered), they all provide credible and reliable assertive foundational evidence for Manitoba's position on its s. 1 defence. When I consider as well that evidence in light of the respective cross-examinations on their affidavits and the sometimes direct and indirect challenges made to the medical and scientific information used by those individual affiants and Manitoba more generally, there is no new or convincing basis that would cause me to conclude that either those affiants or Manitoba did not have the requisite medical and scientific basis upon which to rely for their opinions or in some cases, their actions. More specifically, following their cross-examinations, there is nothing that would persuasively suggest (as the applicants in this case have) that deaths from COVID-19 are not real, that positive PCR cases of COVID-19 are not real,

2021 MBQB 219 (CanLII)

that Manitoba's modelling projections were proven incorrect and/or that in making the difficult decisions required of them, these public health officials failed to properly balance collateral effects.

2021 MBQB 219 (CanLII)

B. MANITOBA'S CROSS-EXAMINATION OF SELECTED APPLICANT AFFIANTS

(i) Dr. Jay Bhattacharya

[165] As in the case of Dr. Roussin's cross-examination as conducted by the applicants, Dr. Bhattacharya's cross-examination as conducted by Manitoba represented a significant part of Manitoba's defence of its own position (and a response to the applicants' challenge) respecting the medical and scientific evidentiary foundation upon which Manitoba relies.

[166] Dr. Bhattacharya testified as an expert in health economics. He researches and writes primarily in the field of health outcomes related to various financial parameters in the United States, including Medicare, private insurance coverage, physician spending, the *Affordable Care Act*, NIH funding and the ownership of facilities. Prior to COVID-19, he had done limited work in respect of anything dealing with viruses and much of what he did was connected to economics. He acknowledged in the course of his cross-examination that his knowledge of immunology is based on his studies in medical school and the articles he has since read.

[167] When asked whether COVID-19 poses a risk to health, Dr. Bhattacharya acknowledged that for a segment of the population, COVID-19 may pose a significant risk of death. He also acknowledged that studies throughout the world have demonstrated that actual infections are much higher than known infections since many

people may choose not to get tested or do not recognize the need to be tested. Dr. Bhattacharya accepts that irrespective of the infection/fatality rate, COVID-19 has resulted in a very large number of deaths, including over 3 million worldwide, approaching 600,000 in the United States and as of the earlier part of 2021, 24,000 in Canada.

[168] On the subject of the spread of COVID-19 by individuals who do not display symptoms, Dr. Bhattacharya admitted that an important part of his opinion rests on the proposition that asymptomatic transmission of the virus is very rare. Indeed, it would appear that Dr. Bhattacharya did not distinguish between asymptomatic transmission and pre-symptomatic transmission, instead characterizing both concepts as "asymptomatic transmission". It was Dr. Bhattacharya's position in his second report that the "clear implication of this scientific fact is that many intrusive lockdown policies … could be replaced with less intrusive symptom checking requirements, with little or no detriment to infection control outcomes". Despite being confronted in the course of his cross-examination with commentary from the literature that one would have expected would precipitate more nuance in Dr. Bhattacharya's position, Dr. Bhattacharya continued to insist that asymptomatic transmission, including pre-symptomatic transmission, had an upper limit of 0.7 per cent secondary attack rate.

[169] Dr. Bhattacharya discussed non-pharmaceutical interventions in both his reports and noted that "lockdowns" delay infections into the future rather than preventing them from occurring altogether. He did agree that they can be used to reduce the peak number of infections and also agreed that delaying infections until vaccines can be made and made widely available was an approach that could be followed.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[170] When asked about the harms of "lockdowns" Dr. Bhattacharya acknowledged that the PHOs do not directly cause falling vaccination rates, declines in cardiac care, or declines in cancer screening or elective surgeries.

[171] Dr. Bhattacharya had earlier in one of his reports asserted that social isolation had contributed to a large rise in dementia related deaths. When confronted with the entirety of an article that he cited in his report, Dr. Bhattacharya acknowledged that there were in fact several reasons given for the increase in such deaths.

[172] Dr. Bhattacharya had opined in his reports that because of the social isolation relating to the lockdowns and restrictions, deaths due to suicide would increase. He did acknowledge when confronted with Canadian suicide statistics, that there was a drop in suicides in 2020.

[173] When asked in cross-examination about the reality that in Manitoba, even during the restrictions, persons could always go outside to socialize, walk, exercise, etc., with other persons, he noted that to the extent that those activities were not restricted, Manitoba may not have imposed a true "lockdown".

[174] Again, when speaking to the issue of harms during the lockdown, Dr. Bhattacharya acknowledged that provincial and federal economic policies designed to support workers and any legislation permitting persons to not work if they have particular vulnerabilities, would indeed act to assist in the protection of workers.

[175] On the subject of COVID-19 restrictions in children, Dr. Bhattacharya had earlier noted in his first report, various harms caused by school closures. Dr. Bhattacharya had

2021 MBQB 219 (CanLII)

apparently not taken into account in his analysis, Manitoba's decision to keep schools open, a decision with which Dr. Bhattacharya indicated he agreed.

[176] Respecting recommendations around religious services and any related restrictions, Dr. Bhattacharya acknowledged in cross-examination that he had failed to note that the WHO has stated that if and where necessary, religious exercises should be conducted remotely and virtually wherever possible.

[177] On the subject of the *Great Barrington Declaration*, he acknowledged that there are significant disagreements about the policies flowing from the *Great Barrington Declaration*. He acknowledges that many scientists around the world do not accept his approach and indeed, feel that it is not appropriate. More specifically and in respect of the concept of "focused protection", Dr. Bhattacharya acknowledges that many of Manitoba's measures are consistent with the concept including the following:

- limiting visitors to PCHs and hospitals;
- limiting staff to work in one PCH;
- limiting the contact with different staff residents;
- PPE for staff;
- protecting the Indigenous population;
- workplace safety laws;
- amendments to employment laws to allow persons to stay home when sick;
- use of human rights laws to protect vulnerable employees;
- telehealth for vulnerable persons; and
- prioritizing health care workers, residents of PCHs and elderly for vaccinations.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[178] In response to questions concerning the *Great Barrington Declaration* and about which measures and how they might be reasonably implemented by government, Dr. Bhattacharya noted that it would be for government to determine how to best implement the principles of the declaration as it was not his role to do so.

[179] Dr. Bhattacharya acknowledged that lockdowns could be used as a last resort and suggested that a jurisdiction could build more hospitals before considering a lockdown. In this regard, he did however acknowledge that hospital capacity is not just a question of space, but also staffing.

[180] Respecting PCR tests, Dr. Bhattacharya noted that the PCR test was never designed to measure infectiousness and that a single PCR test is but a snapshot in time.

[181] I have reviewed carefully the testimony and cross-examination of Dr. Bhattacharya given the importance of his evidence to the position being advanced by the applicants. In considering Dr. Bhattacharya's evidence, the Court must acknowledge without hesitation his undisputed and strong academic credentials as a professor at one of the world's leading universities. Despite those obvious credentials and general qualifications, questions can be and were raised respecting the weight that should attach to some of his opinions and views on the specific topics of immunology and virus spread. On these topics — in the absence of a more consistent and more specialized long-term academic focus and a more obviously rooted practical and clinical experience — some of Dr. Bhattacharya's opinions and views can be justifiably challenged.

[182] Leaving aside the precise nature and depth of Dr. Bhattacharya's practical experience and specific academic focus, it is nonetheless clear that notwithstanding the

2021 MBQB 219 (CanLII)

support that was mobilized for the *Great Barrington Declaration*, many of Dr. Bhattacharya's opinions and prescriptions on the subject of the preferred and most effective public health responses to the pandemic, are opinions and prescriptions that fall outside the mainstream consensus that has congealed amongst most medical and scientific experts and governments the world over. I address more specifically the serious and relevant questions surrounding the *Great Barrington Declaration* later in this judgment at paragraphs 306-15.

[183] While Dr. Bhattacharya's contrary and in some cases contrarian views are decidedly not a disqualification from an important role in what has to be a continuing and rigorous scientific conversation and method, the views of Dr. Bhattacharya need be seen as views and opinions that are not supported by most of the scientific and medical community currently advising on and formulating the ongoing public health responses to a pandemic that continues to threaten too much of the world's population.

[184] So although Dr. Bhattacharya's opinions have obviously been carefully considered by the Court as part of the applicants' evidentiary foundation generally and as part of the applicants' challenge to the science relied upon by Manitoba more specifically, there was in the end, little in the evidence of Dr. Bhattacharya (or the cumulative evidence of all of the applicants' witnesses) that would cause me to seriously doubt the science upon which Manitoba is relying. Similarly, there is little in Dr. Bhattacharya's evidence that would cause me to doubt as to whether Manitoba has established what it must establish in order to discharge its onus on its s. 1 defence (of the impugned orders) on a balance of probabilities.

2021 MBQB 219 (CanLII)

(ii) Dr. Thomas Warren

[185] Dr. Warren in an infectious diseases specialist and medical microbiologist, and a physician in Ontario. Amongst other things, he works in a lab that does PCR tests for COVID-19.

[186] Dr. Warren testified that he is seeing the strain on the hospital system such that his own hospital often takes patients from the bigger hospitals in surrounding areas.

[187] Dr. Warren acknowledges that while the research is clear that transmission by asymptomatic patients does occur, it is less likely. He acknowledged that it is difficult to differentiate asymptomatic from pre-symptomatic cases in studies and he further acknowledged that the issue of pre-symptomatic transmission is still an open question and that evidence regarding the impact of pre-symptomatic transmission is not conclusive.

[188] Dr. Warren testified that the PCR test is "a point in time test" that identifies virus by replicating genes, which may be whole virus or fragments. PCR test yields a semi-quantitative figure called Ct, which represents the number of doublings done through replications before a result is obtained. It was his evidence that if he had a patient with a positive test he would follow the government regulations and isolate a patient newly diagnosed with COVID-19, regardless of what the Ct value indicated.

[189] Dr. Warren also testified that when SARS-CoV-2 enters the body, it replicates in a portion of the population, but not in every person.

[190] Dr. Warren also observed that the SARS-CoV-2 virus can enter the nose and not actually infect the person due to prior existing immunity or because it was a small amount

2021 MBQB 219 (CanLII)

that entered the nose. It is possible in that scenario that the virus could be picked up on a PCR test even though the person was not actually infected with SARS-CoV-2.

(iii) Dr. Joel Kettner

[191] Dr. Kettner is the former CPHO for Manitoba at which time he managed the flu pandemic every year and was also present during the H1N1 virus. Dr. Kettner noted that it was important to stay atop and keep track of trends in case positivity rates, and monitor hospital admissions and the number of people who are succumbing from a particular disease. From his perspective, Dr. Kettner observed that he would want to know much more about the deaths in question and whether COVID-19 played a role. In the context of the H1N1 epidemic, Dr. Kettner explained that he wanted to know how other factors may have resulted in persons coming to the ICU. He explained that this requires a complex surveillance system to look at the reported deaths. He did acknowledge however, that he himself did not get this sort of information when he managed the H1N1 epidemic as they did not have sufficient surveillance capacity at that time. In that connection, he suggested that there is currently more information and technology available, which would be helpful for the surveillance he identified.

[192] Dr. Kettner accepted that it would be unusual for public health officials to look into individual information in order to get the information they need on a population basis. He recognizes that there is indeed a lot of information available from a variety of locations, such as ER, death reports, hospitals, etc.

[193] Dr. Kettner accepted that pandemics are difficult on the public and agreed that COVID-19 is causing a lot of deaths and a lot of people are required to go to hospital. In

2021 MBQB 219 (CanLII)

the case of his experience with SARS, he noted that it was a serious problem and involved a lot of work in public health notwithstanding that Manitoba never had a case.

(iv) Tobias Tissen

[194] As Manitoba has submitted, Mr. Tissen's testimony and cross-examination establishes that where government does no more than simply make a request for voluntary compliance with public health recommendations, such a simple request is usually not sufficient to ensure the necessary compliance in respect of what is an extraordinary global public health pandemic.

[195] Somewhat defiantly, Mr. Tissen testified in cross-examination that his church has done no more during the pandemic than what it has always done: ask congregants who feel sick to stay at home. A video was played during the course of his cross-examination, which demonstrated that during the pandemic, there has indeed been an overt and apparently defiant resistance to the government's public health messaging. During the video that was played in open court, it was possible to see the church service that was held. Despite the fact that the church service was taking place when the church premises were required to be closed, the images on the video revealed very high numbers (at least 100 or more people) where no physical distancing was taking place, no masks were being used and vocalization and singing dominated much of the service.

[196] As Manitoba has suggested, there are obvious limits to the effectiveness of voluntary requests for compliance.

2021 MBQB 219 (CanLII)

IX. **THE COURT'S ASSESSME**NT OF ALL OF THE EVIDENCE FOLLOWING THE CROSS-EXAMINATIONS

[197] Given my findings and determinations clearly set out in the analysis section of this judgment (commencing at paragraph 203), in presenting the above highlights of the cross-examinations, I have commented upon the witnesses' evidence and the challenge to their evidence selectively and only where obviously necessary to understand and support the basis for my findings and determinations made in the context of my legal analysis. As has already been noted and will be further explained later in my analysis, in most instances, where differences in the expert evidence exists, those differences and the evidence underlying those differences do not sufficiently persuade me that the supporting evidence that Manitoba invokes for its position is, in the final analysis, lacking in reliability, credibility or cogency such so as to compromise its s. 1 defence. Indeed, on an "all things considered" assessment of the evidence, I have no difficulty concluding that even where Manitoba's response to the various waves of the pandemic could be properly criticized in hindsight as too slow and not sufficiently broad, the restrictions that were eventually imposed represent public health policy choices rooted in a comparatively well-accepted public health consensus. As Dr. Roussin noted, the impugned restrictions were generally consistent with measures seen across most of Canada and the rest of the world.

[198] I appreciate that specific aspects of Manitoba's evidentiary foundation can be parsed and challenged based on what in some cases may be alternative readings or interpretations of the evolving science. That said, in the face of Manitoba's otherwise reliable and credible expert witnesses (an assessment which the cross-examinations did

2021 MBQB 219 (CanLII)

not change), absent a more persuasive and conclusive evidentiary challenge to Manitoba's witnesses and their evidence, the evidence of the applicants and their challenge on cross-examination represent at best, a contrary if not contrarian scientific point of view. While that view and challenge may be deserving of rigorous consideration in the ongoing scientific conversation, as it was presented in this case in the affidavits and on cross-examination, it did not demonstrate or satisfy me that Manitoba has failed to discharge its onus in the context of the s. 1 justificatory framework. Manitoba's position and its supporting expert evidence represent an appropriately "all things considered" reasonable basis for the decisions that it took respecting the restrictions that were ultimately imposed — decisions which I find on the evidence, were made on the basis of credible science.

[199] In different ways, depending upon their role, position or expertise, all of Manitoba's experts have persuasively conveyed and supported the essence of Manitoba's position in this case. It is a position that acknowledges that pandemics are indeed extremely difficult on a population. It is a position that also convincingly contends that COVID-19 has caused serious illness and death, particularly in older adults, but also, in vulnerable populations of all ages. Based on s. 67 of *The Public Health Act*, the CPHO has been delegated the onerous and formidable task of implementing measures (with the approval of the minister) to prevent or lessen the danger to public health posed by COVID-19. By necessity, these measures will include that which will prevent exponential growth of the virus from overwhelming our limited health care resources, while trying to minimize the hardship and disruption that these restrictions impose on our day-to-day lives. As all the relevant witnesses have acknowledged, it is an awesome challenge to find the requisite

2021 MBQB 219 (CanLII)

balance. Despite some of the contrary evidence and cross-examination, the search for and calibration of that balance is not necessarily amenable to a sterile quantitative metric.

[200] When I consider the cross-examination of Manitoba's experts as conducted by the applicants, I certainly note and accept those points where valid and reasonable disagreement can be stipulated as it relates to what might still be some of the evolving science. That said, in the absence of convincing evidence of any obvious or definitively faulty science being applied by Manitoba (and in this case, I have seen none), Manitoba's own evidence convinces me that it is on solid ground in its s. 1 defence of measures and restrictions, which I repeat, represent the public health consensus and approach followed across most of Canada and the world.

[201] As it relates to the specific measures taken and the public health choices made, my consideration and assessment of the cross-examination of the witnesses on both sides (but particularly the challenge to those Manitoba experts) has been conducted mindful of Manitoba's solid reliance on what I find is credible science and also, mindful of what Manitoba has consistently argued as part of its theory. In that regard, it cannot be forgotten that in the fall of 2020, at the height of the second wave, COVID-19 cases were running rampant. Deaths and serious cases requiring hospitalization and intensive care were escalating rapidly and projected to continue rising. The healthcare system was under tremendous strain. As Manitoba had noted, "we were nearing the cliff edge". In light of these serious circumstances, Manitoba and its witnesses have credibly and persuasively asserted and I accept, that decisive action was essential to regain control over the spread of the virus in order to save lives, minimize serious illness and relieve the

2021 MBQB 219 (CanLII)

intense burden on Manitoba's healthcare system. Those witnesses who testified on behalf of Manitoba and who were in a position to exercise the necessary authority, made it clear that they did not believe that they "could afford to get it wrong".

[202] While I will provide my detailed legal analysis and explain my application of the governing law (and the related legal tests) in the next section of this judgment, I wish to be clear about my findings respecting the convincing factual foundation presented by Manitoba. In that connection, I say that notwithstanding some of the thought provoking testimony of some of the applicants' experts, I am persuaded by the evidence of Manitoba's experts and I find that the credible science that they invoked and relied upon, provides a convincing basis for concluding that the circuit-break measures, including those in the impugned PHOs, were necessary, reasonable and justified.

2021 MBQB 219 (CanLII)

X. ANALYSIS

[203] In the analysis that follows, I propose to address and explain my determinations with respect to the three categories of issues that present in this case: the *Charter* issues, the administrative law issue, and the division of powers issue.

A. *CHARTER* ISSUES

Issue #1: *Did the restrictions on private gatherings, public gatherings or places of worship imposed in Orders 1(1), 2(1), 15(1) and 15(3) of the Public Health Order dated November 21, 2020, as subsequently amended on December 22, 2020 and January 8, 2021, limit rights under ss. 2(a), 2(b) or 2(c) of the Charter?*

Section 2(a) of the Charter

[204] Section 2(a) of the *Charter* reads as follows:

> Fundamental Freedoms
> Everyone has the following fundamental freedoms:
> (a) freedom of conscience and religion.

[205] Freedom of religion under the *Charter* contemplates the right to entertain religious beliefs, to declare those beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal and to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. Section 2(a) is engaged when an impugned law or state conduct interferes with the ability to act in accordance with a sincerely-held religious belief or practice, in a manner that is more than trivial or insubstantial. Freedom of religion includes the ability of religious adherence to come together and create cohesive communities of belief and practice (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at 336 (paragraph 94); *Law Society*

2021 MBQB 219 (CanLII)

of British Columbia v. Trinity Western University, 2018 SCC 32, at paragraphs 62-64).

[206] Manitoba concedes and I find that the restriction on in-person religious gatherings as found in the impugned PHOs is a *prima facie* limit on freedom of religion that must be justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 2(b) of the Charter

[207] Section 2(b) of the *Charter* reads as follows:

> Fundamental Freedoms
>
> Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> . . .
>
> (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication.

[208] Freedom of expression protects all nonviolent activities that convey or attempt to communicate meaning. A law or government action that has the purpose or effect of interfering with such activity is a *prima facie* interference with freedom of expression. Section 2(b) protects listeners as well as speakers (see *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at 968-72; *Beaudoin*, at paragraphs 169-70).

[209] Although Manitoba notes that the restrictions on religious gatherings that flow from the impugned PHOs do not have the purpose of restricting expression, Manitoba does concede that they have that effect. Manitoba similarly concedes that the restriction on the size of public gatherings could have the effect of limiting the applicant MacKay's freedom of expression. Manitoba notes that while MacKay was entirely free to protest

2021 MBQB 219 (CanLII)

the COVID-19 measures and convey any message at a protest rally, the size of those groupings was limited (see *Beaudoin*, at paragraph 169).

[210] To confirm, Manitoba concedes and I find that there is as argued a *prima facie* interference with freedom of expression that must be justified under s. 1 of the *Charter*.

Section 2(c) of the Charter

[211] Section 2(c) of the *Charter* reads as follows:

> Fundamental Freedoms
> Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> . . .
>
> (c) freedom of peaceful assembly.

[212] Section 2(c) of the *Charter* guarantees the freedom of peaceful assembly. As noted by counsel in the present case, there is relatively little jurisprudence interpreting this provision. The protection contemplates what is inherently a group activity (see *Beaudoin*, at paragraph 173).

[213] The jurisprudence confirms that the freedom of assembly and association are by definition, collective and public in nature. Section 2(c) guarantees access to and the use of public spaces, including parks, squares, sidewalks and buildings subject to reasonable regulations governing the use of those places and having regard to public health and safety (see *Hussain v. Toronto (City)*, 2016 ONSC 3504, at paragraphs 38 and 44). As the freedom of assembly can often be integral to freedom of expression, issues surrounding peaceful assembly are often subsumed under the freedom of expression and the infringement can be often resolved under s. 2(b) (see ***British Columbia Teachers' Federation v. British Columbia Public School Employees' Assn.***, 2009 BCCA 39,

2021 MBQB 219 (CanLII)

at paragraph 39). Again, to the extent that the impugned PHOs place limits on expression by prohibiting public gatherings to protest or comment on important matters of public interest, Manitoba concedes that there is a *prima facie* limit on free assembly. Manitoba is less willing to concede the applicants' claim that restricting gatherings in places of worship violates freedom of assembly by preventing church services, bible studies and prayer meetings. It is Manitoba's position that this is arguably better addressed directly under the freedom of religion. I agree.

[214] Despite the above qualification, Manitoba does concede and I so find that the *prima facie* limits the PHOs place on the freedom of religion, expression and assembly, require justification under s. 1 of the *Charter*.

[215] With Manitoba's concessions and my findings that the impugned PHOs *prima facie* limit aspects of the freedom of religion under s. 2(a), freedom of expression under s. 2(b), and freedom of peaceful assembly under s. 2(c) of the *Charter*, further analysis will have to be conducted with respect to these breaches pursuant to the *Oakes* test and the justificatory framework found under s. 1 of the *Charter*. Prior to proceeding with that analysis, I will now address what the applicants contend are the two other alleged *Charter* breaches respecting ss. 7 and 15.

[216] As noted, the applicants raised two other alleged *Charter* breaches. Those issues were reduced to the following questions:

- Did the restriction on religious services at places of worship or the restriction on gatherings at private homes in the impugned PHOs interfere with the right to liberty or security of the person contrary to the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the *Charter*?

2021 MBQB 219 (CanLII)

- Did the closure of places of worship in the impugned PHOs discriminate on the basis of religion contrary to s. 15 of the *Charter*?

Preliminary Matter Raised by Manitoba Concerning the Alleged ss. 7 and 15 Breaches

> *Given Manitoba's concession respecting the violation of s. 2 and given the necessity of its s. 1 defence, should this Court consider and adjudicate the alleged ss. 7 and 15 breaches or as Manitoba suggests, is it unnecessary to do so?*

[217] As a preliminary matter, before addressing the applicants' substantive arguments respecting the alleged breaches of ss. 7 and 15 of the *Charter* as identified above, the Court is required to determine whether to cede to Manitoba's position that in the circumstances of this application, the Court ought not to consider the alleged s. 7 and s. 15 breaches because "it is unnecessary to do so".

[218] It is the position of Manitoba that the impugned PHOs did not violate ss. 7 or 15 of the *Charter*. However, Manitoba goes further and insists that it is unnecessary for the Court to address or decide the s. 7 and s. 15 issues (and it submits that this Court ought not to do so) because Manitoba has conceded the violations of s. 2 under the *Charter* and it says that the factual matrix underpinning those other *Charter* claims (i.e., ss. 7 and 15) is largely indistinguishable from the primary argument centered on the freedoms protected in s. 2. Manitoba contends that "the justification under s. 1 will be identical regardless of the *Charter* breach alleged".

[219] In addition to the above, Manitoba takes the position that the fact that a case was fully argued is insufficient to warrant deciding difficult *Charter* issues and laying down guidelines with respect to future cases simply because it might be "helpful" to do so (see *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*,

2021 MBQB 219 (CanLII)

[1995] 2 S.C.R. 97, at paragraph 13). Manitoba emphasises that there are many examples of cases in which the Supreme Court of Canada has declined to determine whether a specific *Charter* provision was breached, having already found a violation of a different *Charter* provision. As Manitoba points out, this includes cases where the court declined to address s. 7 or s. 15 because s. 2 or another *Charter* provision had been violated (see *Carter v. Canada (A.G.)*, 2015 SCC 5, at paragraph 93); *Devine v. Quebec (A.G.)*, [1988] 2 S.C.R. 790, at paragraph 31; *R. v. Ladouceur*, [1990] 1 S.C.R. 1257, at 1278; and, *R. v. Taylor*, 2014 SCC 50, at paragraph 36).

[220] Manitoba draws an analogy to the judgment in *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*. In that case, the Law Society of British Columbia refused to accredit the law school because of its religious covenant prohibiting same-sex intimacy. While the case obviously touched freedom of religion, it also had implications for ss. 2(b), 2(d) and 15 of the *Charter*. In that case, the court determined that the factual matrix underpinning the other *Charter* claims was largely indistinguishable and the primary argument centered on freedom of religion. In other words, whether the claim was articulated in terms of freedom of religion, expression, association or protection from discrimination, the limit was subject to the same proportionality analysis. Manitoba is insistent that the same analysis applies in the present case.

[221] In urging the Court not to consider or decide ss. 7 or 15 issues, Manitoba points to the fact that the applicants assert that the impugned PHOs interfere with liberty and security of the person by restricting the liberty of religious officials to hold religious services by regulating access to private homes. Manitoba also emphasizes that the

2021 MBQB 219 (CanLII)

applicant Tissen asserts that restricting his ability to worship at church while permitting liquor and grocery stores to remain open, arbitrarily limits his security of the person. Manitoba's submission is that these allegations essentially duplicate the claims under ss. 2(a) and 2(c). Further, Manitoba maintains that as the applicants' claim that limiting home gatherings arbitrarily interferes with liberty and security of a person, the government's justification under s. 1 will be identical. Manitoba says that whether a law limits one or more *Charter* rights does not change the proportionality analysis under s. 1.

[222] In considering Manitoba's position, I have taken note that in *Beaudoin*, a case similar to the present case, the government also conceded a violation of s. 2 *Charter* rights. In *Beaudoin*, Hinkson C.J. declined to address s. 7.

[223] In summary, as it relates to the applicants' arguments concerning ss. 7 and 15, Manitoba urges this Court to conclude that this case is best analyzed under the rubric of s. 2 of the *Charter* and more specifically (given Manitoba's concession that s. 2 was breached), the framework of s. 1 which will determine whether the acknowledged limitations are reasonable and justified.

[224] On this preliminary question as to whether or not the Court should address and decide the applicants' ss. 7 and 15 arguments, I have given the position of Manitoba full consideration. I have also noted the applicants' strenuous objection to the position of Manitoba and to the prospect of the Court sidestepping what the applicants submit is still an essential part of its constitutional challenge.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[225] This Court certainly accepts and has affirmed the general proposition that courts should not make unnecessary constitutional pronouncements or "decide issues of constitutional law that are not necessary to the resolution of the matter that is before the court in a given case" (see *R. v. Assi*, 2021 MBQB 44, at paragraph 13). That said, in the unique circumstances of this case, given the distinct protections that fall within ss. 7 and 15, given the distinct legal tests applicable to each section and given the specifically adduced evidentiary foundation produced through some of the individual applicants, it is not obvious that on this constitutional challenge and in the context of the impugned and unprecedented emergency restrictions attaching to fundamental freedoms, that the Court's proper response is to avoid what are not obviously "unnecessary constitutional pronouncements".

[226] Manitoba in no way concedes any infringements as having taken place respecting ss. 7 and 15. While Manitoba's defiant position following a more full analysis may very well be justifiable on the facts and the applicable law, in a case like the present one however, where the legal analysis — despite the similarities — may still be somewhat different (with possible implications for the s. 1 defence), Manitoba's submission does not convincingly or inexorably lead to the conclusion that the Court's consideration of the alleged ss. 7 and 15 breaches is superfluous or unnecessary for the resolution of the matters before me.

[227] Given the similarities between aspects of some of the factual and legal determinations that would have to be made in a s. 7 analysis with those that have to be made under s. 1, it is not clear that any unfavourable (to Manitoba) factual findings and

2021 MBQB 219 (CanLII)

legal determinations that could be made in a s. 7 analysis might not have a negative impact on Manitoba's s. 1 defence. In that connection, to preempt that possibility, given the specific foundational evidence that has been adduced by the applicants, seems neither fair nor just.

[228] I express as well, my discomfort at preempting the ss. 7 and 15 arguments and determinations simply because Manitoba has necessarily conceded the identified infringements under s. 2. In my view, analytically, it does not follow from such a concession in the unique and particular circumstances of this case that the applicants will get all of the determinations their position deserves in the context of what Manitoba proposes as a sole analysis under the s. 1 justificatory framework.

[229] Having rejected Manitoba's position on this preliminary matter, the Court will accordingly consider and adjudicate the applicants' challenge pursuant to ss. 7 and 15. It should be clear that the Court's reasons for doing so are not only because (as Manitoba has warned against) those issues were fully argued by the applicants or simply because it might be "helpful" to lay down guidelines respecting difficult future *Charter* issues. Rather, the Court's decision to fully consider the ss. 7 and 15 arguments in this unprecedented constitutional challenge is grounded in the reality that these challenges represent in the present case, distinct questions that have to be properly adjudicated to fully and fairly resolve this case in a manner that best legitimizes the result.

[230] Manitoba has not persuaded me that in the present case, it is inappropriate to consider ss. 7 and 15 of the *Charter* because "it is unnecessary to do so". Accordingly, I set out below my analysis respecting the issues relating to those alleged breaches.

2021 MBQB 219 (CanLII)

Issue #2: *Did the restriction on religious services at places of worship or the restriction on gatherings at private homes in the impugned PHOs interfere with the right to liberty or security of the person contrary to the principles of fundamental justice pursuant to s. 7 of the Charter?*

[231] Section 7 of the *Charter* reads as follows:

> Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

[232] To establish a violation of s. 7 of the *Charter*, the onus is on the claimant to prove that: 1) the law interferes with or deprives them of their right to life, liberty or security of the person; and 2) such deprivation is not in accordance with the principles of fundamental justice.

[233] As it relates to the liberty interest in s. 7, the applicant Ross MacKay argues that the orders which not only closed all churches and stores (except the limited few that sold "essential" items), but also, prohibited him from having visitors to his home, visiting anyone else at their homes or protesting, were orders whose relevant provisions all infringed his s. 7 right of liberty. Mr. MacKay submits that his movements have been severely curtailed and that these restrictions have had the effect of treating him and all Manitobans as though they were "under house arrest".

[234] In connection with the above restrictions identified by Mr. MacKay, the applicants invoke the Supreme Court of Canada judgment of *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at 789 (paragraph 45), where the court held that state prohibitions affecting one's ability to move freely violate liberty and security interests, especially when non-compliance with those prohibitions could result in a jail sentence. In the present case, the applicants

2021 MBQB 219 (CanLII)

contend that the PHOs have completely prohibited the applicants' ability to move freely, and the consequences of violating those PHOs include a fine, imprisonment, or both.

[235] The applicants also rely upon the Supreme Court of Canada's judgment in *Carter,* at paragraph 62, wherein it was held that the s. 7 right to liberty also protects a sphere of personal autonomy involving "the right to make fundamental personal choices free from state interference" and "inherently private choices" that go to the "core of what it means to enjoy individual dignity and independence". It is the position of the applicants that the prohibitions on gathering at private homes, to protest, or for in-person worship, restrict the right of participants to make personal choices free from state interference.

[236] In making the arguments they make concerning the infringements on the liberty right under s. 7, the applicants forcefully assert that the risk of severe illness or death from the virus for persons under 70 years of age is less than influenza. They insist that in a free society, the PHOs' "oppressive overturning of fundamental rights and freedoms" in such circumstances, particularly in light of the scientific evidence Manitoba relies upon, cannot be justified. Put simply, it is the applicants' position that COVID-19 is not a sufficient threat to most of the populace such that the state can prevent a free people from the exercise of their fundamental right to gather and worship if they choose. The applicants go further and say that the PHOs' restrictions on gathering outdoors, for corporate worship and home worship are nothing short of "tyrannical".

[237] Respecting the alleged breaches to the right to security of the person, the applicants have argued that "security of the person" is generally given a broad interpretation and has both a physical and psychological aspect. In that regard, the

2021 MBQB 219 (CanLII)

applicants submit that the right to security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving . . . control over one's bodily integrity free from state interference" (see *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at paragraph 136). The applicants also emphasize that security of the person is engaged by state interference with an individual's physical or psychological integrity, including any state action that causes physical or serious psychological suffering (see *New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, [1999] 3 S.C.R. 46, at paragraph 56).

[238] In the present case, the applicants, Mr. MacKay and Mr. Tissen, provided evidence describing how they have suffered psychologically throughout these lockdowns. For his part, Mr. MacKay described how he has been "devastated" by the resulting stress from the restrictions. Mr. Tissen described a similarly painful mental suffering exacerbated by the fact that as pastor, the restrictions have prevented him from carrying on his biblical duties and from caring for the mental and spiritual health of his congregation who have been prevented from gathering to worship.

[239] The applicants also argue that the above s. 7 rights and the alleged breaches of them involved an interference or deprivation not in accordance with the principles of fundamental justice. In that regard, they submit that the restrictions were arbitrary, overbroad and grossly disproportionate in connection to their objective.

[240] Concerning arbitrariness, the applicants argue that in the absence of some justification in the medical evidence, the closure of gatherings for worship and the restrictions on outdoor and private indoor gatherings (when gatherings indoors at big box

2021 MBQB 219 (CanLII)

stores, grocery stores, liquor stores, and cannabis stores is permitted) is clearly arbitrary. The applicants insist that no compelling evidence has been provided so as to connect the ban/restrictions to the purpose of preventing the overwhelming of hospitals, reducing COVID-19 spread and reducing mortality. It is the position of the applicants that Manitoba is unable to prove that unlike so many secular activities, religious worshipping presents an unacceptable public health risk such that it must be restricted as it has. The applicants submit that the same argument applies to at-home and outdoor gatherings. Therefore say the applicants, the PHOs are arbitrary.

[241] As it relates to overbreadth, the applicants submit that the stated purpose of the PHOs is to preserve hospital capacity, prevent morbidity and prevent community spread. However say the applicants, by prohibiting in-person worship, outdoor gatherings of more than five people and visitors to private homes, the scope of the PHOs is too wide. The applicants repeat that there is no compelling scientific evidence about the spread of COVID-19 outdoors, or evidence that COVID-19 is more transmissible at a place of worship as opposed to a grocery, big box, liquor, or cannabis store. The applicants maintain that the class of persons to whom these PHOs apply is too wide and that they apply to every Manitoban notwithstanding the fact that the applicants say, the science is clear that for people under the age of 65, there is a 99.97 per cent chance of recovery if and when COVID-19 was to strike.

[242] In arguing overbreadth, the applicants have submitted that the PHOs should be targeted to immunocompromised populations and elderly people who are at the greatest risk of the disease. They say that the science does not support the notion that COVID-19

2021 MBQB 219 (CanLII)

is transmissible through asymptomatic people. Therefore say the applicants, there is no valid medical or scientific reason to prevent healthy, asymptomatic people from gathering at churches, outdoors or in their homes. According to the applicants, these non-infectious people do not present a risk of spreading COVID-19 to anyone and therefore the PHOs as implemented, are overbroad.

[243] Respecting gross proportionality, the applicants use as the requisite and appropriate reference point, what are in the present case, the objectives of the PHOs, which are to reduce the spread of COVID-19, preserve hospital capacity and reduce morbidity. Given the restrictions on freedoms as contained in the PHOs, the applicants say that the physical and psychological damage done to Manitobans is grossly disproportionate to the potential benefits of the PHOs. While the applicants emphasize their position on the potential "harms" of the PHOs in their s. 1 argument, they also at this stage (in respect of gross disproportionality) cite a University of British Columbia study that highlighted the self-reported increase in suicidal thoughts and increased substance abuse among residents of Manitoba and Saskatchewan in 2020. The applicants reference what they describe as an "explosion in overdoses" in Canada and the overall damage to mental health flowing from forced isolation from family and friends.

[244] It is part of the applicants' theory generally and their position more specifically on gross proportionality that one of the troubling aspects of the PHOs is that the very act of keeping families isolated to their own houses, actually increases the risk of death to elderly family members who have to spend more time with adolescents and younger adults who the applicants suggest might be carrying COVID-19 into the house.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[245] I have considered carefully the applicants' position and arguments respecting s. 7 of the *Charter*. For the reasons that follow, I have determined that the impugned PHOs do not breach s. 7 of the *Charter* as alleged by the applicants.

Did the Impugned PHOs Limit Liberty or Security of the Person?

[246] The s. 7 rights to liberty and security of the person were discussed in *Carter* (at paragraph 64):

> Underlying both of these rights is a concern for the protection of individual autonomy and dignity. Liberty protects "the right to make fundamental personal choices free from state interference": *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, [2000] 2 S.C.R. 307, at para. 54. Security of the person encompasses "a notion of personal autonomy involving . . . control over one's bodily integrity free from state interference" (*Rodriguez*, at pp. 587-88, per Sopinka J., referring to *R. v. Morgentaler*, 1988 CanLII 90 (SCC), [1988] 1 S.C.R. 30) and it is engaged by state interference with an individual's physical or psychological integrity, including any state action that causes physical or serious psychological suffering (*New Brunswick (Minister of Health and Community Services) v. G. (J.)*, 1999 CanLII 653 (SCC), [1999] 3 S.C.R. 46, at para. 58; *Blencoe*, at paras. 55-57; *Chaoulli*, at para. 43, per Deschamps J.; para. 119, per McLachlin C.J. and Major J.; and paras. 191 and 200, per Binnie and LeBel JJ.). While liberty and security of the person are distinct interests, for the purpose of this appeal they may be considered together.

[247] It is clear that the right to liberty protects the freedom from physical restraint and the autonomy to make fundamental personal choices. I am in agreement with Manitoba's submission that this does not mean however that a limit on a fundamental freedom protected by s. 2 is sufficient to establish a violation of liberty under s. 7. Manitoba is on solid ground when it argues that these are distinct *Charter* rights. In this regard, Manitoba relies upon *Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44, at paragraph 80, wherein the Supreme Court of Canada cautioned that courts must be careful to not conflate liberty or security of the person with dignity, self-worth and emotional well-being. The risk being that s. 7 would then become as Manitoba

2021 MBQB 219 (CanLII)

suggests, all inclusive and that there would be "serious reason to question the independent existence in the *Charter* of other rights and freedoms such as freedom of religion and conscience or freedom of expression."

[248] Accordingly, if the right to liberty protects the freedom from physical restraint and the autonomy to make fundamental choices, and as explained above, it is necessary to remain mindful of the need to not conflate liberty or security with dignity, self-worth and emotional well-being, it is also instructive to note what must be demonstrated to establish a breach of security of the person. In that regard, in order to establish a breach of security of the person, the claimant must provide evidence of serious psychological harm caused by the state that goes beyond the ordinary stress and anxiety that a person might suffer as a result of state action (see *Blencoe*, at paragraphs 81–86).

[249] At its core, the applicants in the present case argue that the impugned PHOs restrict the liberty and security of the person in two ways. First, they say that the measures restrict the liberty of religious officials to hold religious services. Second, the applicants say that the restrictions regulate "access to and from homes treating Manitobans as though they are criminals and under house arrest".

[250] Manitoba responds to the first point by readily conceding that religious officials were in fact prohibited from holding religious services in person at a place of worship for a period of 13 weeks. Nonetheless, it is Manitoba's position (a position that I accept) that the restriction on a freedom to engage in religious practice is properly addressed by s. 2(a) rather than s. 7 of the *Charter*. On the second point, Manitoba correctly insists that at no time were Manitobans treated as criminals under house arrest. Manitoba points

2021 MBQB 219 (CanLII)

out that there has never been an order requiring persons to remain in their homes or to refrain from seeing friends and family in small groups. Although the impugned PHOs did limit gatherings inside homes while these orders were in effect, it was still possible for persons to visit outside of a residence as long as they complied with gathering size limits. While Manitoba acknowledges that no one would question the emotional and psychological benefit of meeting in person compared to a more remote contact, Manitoba also submits (and I agree) that there is no evidence of the kind of serious psychological harm or suffering as set out in *Blencoe*, at paragraph 80. This is particularly so where, as Manitoba has emphasized, the impugned restrictions were time limited to 13 weeks.

[251] I note as well that the PHOs did not preclude a person from entering another private residence for the purposes of providing health care (which Manitoba emphasizes was not limited to physical care), personal care, tutoring, or other educational instruction or to respond in cases of emergency. Accordingly, a minister from a religious institution was still able to attend to an adherent's home for any of those identified purposes — including one-on-one counselling for a mental health purpose or personal care purpose or, to provide religious education. I further note that there was an exception provided in Orders 15 and 16, which permitted a place of worship to continue to be used for the delivery of health care, child care or social services.

[252] For the reasons provided, the impugned provisions do not limit liberty or security of the person as those rights have been explained in the jurisprudence. To the extent that any of the PHOs interfere with the applicants' activity, that interference is best

2021 MBQB 219 (CanLII)

understood and considered in the context of Manitoba's s. 1 defence resulting from its concession of the s. 2 breaches.

[253] Having made the determination I have that the impugned PHOs do not limit liberty or security of the person as defined in the jurisprudence, my analysis respecting s. 7 could conclude here as the applicants' challenges on this issue cannot now succeed. However, in the event that I am in error in respect of this first determination and in order to provide a complete analysis, I will proceed to consider what would have been the next relevant question in the s. 7 analysis.

Does any Deprivation of s. 7 Comport with the Principles of Fundamental Justice?

[254] It is well established that a law will be contrary to the principles of fundamental justice if the infringement of or interference with the s. 7 rights is arbitrary, overbroad or grossly disproportionate.

[255] For the reasons that follow, I am not persuaded that had any interference with the s. 7 rights occurred, that they were arbitrary, overbroad or grossly disproportionate. Instead, I am of the view that any restrictions with respect to those rights were and are in accord with the principles of fundamental justice.

Are the Impugned PHOs Arbitrary?

[256] A law is arbitrary when there is no rational connection between the limit on the right and the object of the law. An arbitrary law is one that limits rights but is not capable of fulfilling or in any way furthering the objectives of that law (see *Carter*, at paragraph 85; *Canada (A.G.) v. Bedford*, 2013 SCC 72, at paragraph 111).

2021 MBQB 219 (CanLII)

[257] In the present case, it is clear from the evidence that the object of limiting gatherings (either in public places, private residences or places of worship) is to prevent, reduce or eliminate the likelihood of spreading COVID-19 in order to minimize death and serious illness. The evidence as I have accepted it, suggests persuasively that prolonged close contact, especially indoors, transmits SARS-CoV-2. As will be discussed later in the s. 1 analysis, the rational connection between the restrictions on in-person gatherings and their object of decreasing the likely spread of COVID-19 has been set out convincingly by Manitoba. It is not reasonable to suggest that individual rights in this case have been limited arbitrarily.

Are the Impugned PHOs Overbroad?

[258] Overbreadth can be seen as closely related to arbitrariness. A law is overbroad when it targets some conduct that appears to have no relation to its purpose. While an impugned order may not be arbitrary in all of its applications, it may nonetheless be arbitrary in part (see *Carter*, at paragraph 85; *Bedford*, at paragraph 12).

[259] In the present case, I find that the restrictions on gathering do not encompass conduct that poses no risk of transmission or has no relation to the object of the orders in question. I accept Manitoba's position that it is impossible to rule out the transmission at gatherings. Based on the evidence, this is so because asymptomatic and pre-symptomatic individuals may unknowingly transmit the virus to unsuspecting persons.

[260] Manitoba is correct when they point out that the applicants appear to have misconstrued the principles of arbitrariness and overbreadth when they compare the impugned PHOs to other orders (for example, those orders dealing with retail

2021 MBQB 219 (CanLII)

businesses). In that regard, arbitrariness and overbreadth focus on the link between the impugned measures and the objective of those measures. For the purposes of s. 7, it is irrelevant to compare the impugned PHOs to other restrictions. The fact that some places of business are allowed to remain open (subject to various restrictions) does not in any way negate the rational connection that exists between the impugned PHOs and their object. Further, the PHOs in question restrict similar types of gatherings whether religious or secular in nature such as movie theatres, plays and/or concerts. Indeed, the secular activities are also protected by s. 2(b) of the *Charter*. Insofar as retail locations are subject to different restrictions, it is as Manitoba persuasively has argued, owing to the fact that people are not gathering in those locations for a long period of time or in the same way (see also *Beaudoin*, at paragraphs 228-30).

Are the Impugned Orders Grossly Disproportionate?

[261] No interference with a s. 7 right is permissible where it is grossly disproportionate to the object of the measure. This principle presents (for any party raising gross disproportionality), a very high bar and it applies only in extreme cases where the alleged interference or deprivation is totally out of sync with the objective. In *Carter*, at paragraph 89 and *Bedford*, at paragraph 120, it is confirmed that a determination of gross disproportionality requires a measure that is entirely outside the norms accepted in our free and democratic society. The Supreme Court of Canada provided by way of an example the situation where life imprisonment existed as a potential sanction for spitting on the sidewalk.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[262] In the present case, to determine whether any deprivation of a s. 7 right is grossly disproportionate to the object of the measure, the Court is required to consider the significance of the limitation on the s. 7 rights (the gathering at homes, public places and in-person religious services) and determine if the deprivation is so extreme that it is totally out of sync with the critical importance of the public health objective, which is to prevent death, serious illness and the overwhelming of the healthcare system. In my view, the applicants have not satisfied me that the interference with or the deprivation of any s. 7 rights in the present case represents an interference or deprivation that is grossly disproportionate and/or entirely outside the norms accepted in our free and democratic society. I make that determination, mindful of, amongst other things, the following convincing factors that Manitoba has invoked in support of its position:

- Manitoba has never denied, minimized or questioned the importance of gathering — including for faith-based communities for whom communal worship is central to their religious beliefs. Manitoba has also never questioned the importance of physical contact and socializing as part of the human experience in a community;
- In none of the impugned PHOs were religious services prohibited. They could continue to be offered remotely. Manitoba accepts however, that for some, a remote religious service is not an adequate substitute for in-person religious services, which is at the core of their beliefs;
- Since December 11, 2020, religious services could also take place in person, outside in motor vehicles, in accordance with Order 2(2);
- Funerals, weddings, baptisms or similar religious ceremonies could take place subject to a limit of five persons other than the officiant (Order 15(3) or 16(3));
- The impugned PHOs did not prevent a person, including a religious official, from entering a private residence for the purpose of providing mental health or spiritual care such as counselling (Order 1(2)(a)). Counselling and addiction support could also be delivered remotely to individuals or groups;

2021 MBQB 219 (CanLII)

- Tutoring or other individualized educational instruction was also able to be provided. This was not restricted to secular education. The gathering limits did not prevent a person from entering a private residence to provide religious tutoring or other religious educational instruction (Order 1(2)(d)). Religious education could also be delivered to groups remotely;

- The impugned PHOs did not prevent places of worship from being used by a public or private school (including for religious education) or for the delivery of health care, child care or social services (Order 15 and 16);

- To the extent that one of the applicants raises concerns about summer bible camps, the impugned PHOs did not take effect until November 22. Throughout the summer months until November 12, 2020, the public health orders allowed summer camps as long as each group had up to a maximum of 50 children and that there were no joint activities between different groups. It was only the overnight camps that were prohibited; and

- Places of worship were treated in the same way as similar indoor gatherings involving prolonged close contact, such as movie theatres, plays, concerts, sporting events. As earlier indicated and as Manitoba has conceded, these activities are also protected under s. 2 of the *Charter*.

[263] Manitoba readily concedes in its submissions that the impact on rights were surely difficult for the citizens of Manitoba — whether they be religious or secular. Nonetheless, they insist and I agree that the nature and significance of that impact is not such that it translates into a determination of gross disproportionality.

[264] Separate from the earlier noted factors that Manitoba submits are germane in assessing the significance of the deprivations in question, Manitoba also argued that the following considerations are relevant in establishing that the restrictions were not disproportionate or totally out of sync with the overwhelming importance of the public health objective animating the impugned orders:

- The CPHO did not impose the stricter restrictions on gatherings and in-person services at places of worship until Manitoba started to experience exponential growth of the virus that put lives at risk and the healthcare system in jeopardy;

2021 MBQB 219 (CanLII)

- In the fall of 2020, the situation in Manitoba was serious. By November 2020, community spread of the virus was rampant. As of November 10, Manitoba had the highest per capita rate of active COVID-19 cases in Canada. The test positivity rate had soared to over 10.5 per cent provincially suggesting province-wide transmission. Newly reported cases were doubling every two weeks, which also translated into a large increase of severe cases. It was becoming an increasing challenge to conduct contact tracing (see the evidence of witnesses Dr. Brent Roussin and Dr. Carla Loeppky);

- COVID-19 related deaths and hospitalizations were rapidly escalating. Despite significant efforts to redeploy staff to maximize hospital and ICU capacity, acute care capacity was being overwhelmed (see the evidence of witness Lanette Siragusa). Epidemiological modelling projected that Manitoba was on the verge of exceeding its hospital and ICU capacity. Indeed, on November 10, 2020, there were only eight ICU beds left in Manitoba. It was projected that COVID-19 patients would require 100 per cent of Manitoba's ICU beds by November 23 and hospital capacity would be exceeded by mid-December unless action was taken;

- On December 10 - 11, Manitoba hit what was up until that point, its peak of hospitalizations with 129 patients in ICU and 388 hospitalizations due to COVID-19. This exceeded the province's ICU capacity, however, Manitoba did manage to address the situation with additional resources (see the evidence of witness Lanette Siragusa);

- Concerns remained that exceeding hospital and ICU capacity could lead to more preventable deaths and adverse health outcomes for both COVID-19 patients and other patients who may have been unable to access timely care, as was being experienced in other parts of the world where COVID-19 was hitting hard;

- Faith-based gatherings at places of worship involved prolonged contact in an indoor setting, which could be seen to heighten the risk of virus transmission. The gatherings often involved activities such as singing and ceremonial rituals that also heightened the risk of spread. There had already been clusters and outbreaks of COVID-19 at faith-based gatherings in Manitoba, which was consistent with the experience in other jurisdictions in Canada and elsewhere (see the evidence of witnesses Dr. Brent Roussin, Dr. Carla Loeppky and Dr. Jason Kindrachuk. See also *Beaudoin*, at paragraphs 151-152, 226, 233, and 238 -39);

- Gatherings in homes was also deemed a significant source of transmission due to prolonged contact in close proximity;

2021 MBQB 219 (CanLII)

- The measures implemented were intended to protect vulnerable groups who are seen as more prone to serious outcomes (death or hospitalization) when infected by COVID-19. This group of persons includes those over the age of 60 and people who may have a variety of underlying conditions — underlying conditions which are not limited to those over 60. It is noted that approximately one-third of the hospitalizations and 44 per cent of COVID-19 patients admitted into ICU have been under the age of 60 (see the evidence of witness Dr. Carla Loeppky). Manitoba notes that as of February 22, 2021, more than 37 per cent of all severe outcomes (hospitalizations, ICU cases and deaths combined) in Manitoba were among persons under the age of 60. Almost 17 per cent of severe cases were amongst persons under the age of 40 (see the evidence of witness Dr. Carla Loeppky);

- First Nations populations were also seeing escalating positivity rates and a disproportionate number of COVID-19 cases. The median age of hospitalizations for First Nations has been 51; and

- The "circuit break" was temporary. As Manitoba has noted, the impugned PHOs were in place for 13 weeks, but they were reassessed at regular, shorter intervals to ensure they remained necessary. Those measures were implemented to regain control over the rapid community spread of the virus and any consequent serious harm. Once the curve was flattened, there was gradual ease of restrictions.

[265] In considering the applicants' arguments with respect to gross disproportionality, I have no hesitation in concluding based on the evidence before me, that the pandemic's presence in Manitoba demanded decisive action in order to reduce the spread of the virus and in order to flatten the curve. Manitoba is not exaggerating when they state that lives were at stake. Indeed, at various points and with appropriate concern, many critics called for a quicker and more expansive response than actually occurred. Separate from whether they were sufficiently timely or adequate, I have no difficulty concluding that any of the restrictions on gatherings and in-person faith services that were eventually implemented, were as Manitoba has argued, temporary and necessary. While the impact of these restrictions on the rights in question should not be indifferently ignored or

2021 MBQB 219 (CanLII)

minimized, such impact was certainly not disproportionate or totally out of sync with the critically important objectives which included preserving the healthcare system, protecting the general public health, and saving the lives of particularly vulnerable persons.

[266] Given my earlier determinations respecting arbitrariness and overbreadth, I have concluded that even had any interference occurred with respect to the s. 7 rights (which I have determined did not occur), such interference was in accord with the principles of fundamental justice.

[267] Accordingly, the applicants' challenge pursuant to s. 7 of the *Charter* is dismissed.

Issue #3: *Did the closure of places of worship in the impugned PHOs discriminate on the basis of religion contrary to s. 15 of the Charter?*

[268] Section 15 of the *Charter* reads as follows:

> Equality before and under law and equal protection and benefit of law
>
> Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[269] It is the position of the applicants that the impugned PHOs discriminate on the basis of religion in that they classify liquour, cannabis and big-box retailers as "essential" and therefore allow them to remain open. The applicants contend that the PHOs classify churches and religious gatherings as "non-essential" and for that reason require them to close. Put simply, the applicants submit that it is discriminatory to allow people to assemble in liquor and grocery stores, but not worship at church.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[270] As I explain in the paragraphs that follow, the applicants have inaccurately described Manitoba's use of the adjective "essential" as it relates to churches and religious gatherings just as they have also failed to appreciate that the distinction in question (between what is permitted to remain open and what must remain closed) is not based on religion. Accordingly, I have determined that the impugned PHOs do not discriminate contrary to s. 15 of the *Charter*.

[271] When a court considers a challenge on the basis of s. 15 of the *Charter*, it must first ask whether the impugned law, on its face or in its impact, creates a distinction based on enumerated or analogous grounds. If it does, it must be determined whether the law imposes burdens or denies benefits in a manner that has the effect of reinforcing, perpetuating or exacerbating disadvantage (see *Kahkewistahaw First Nation v. Taypotat*, 2015 SCC 30, paragraphs 18–19).

[272] In considering the position advanced by the applicants in respect of s. 15, I am struck by how the applicants suggest that the descriptions "essential" and "non-essential" are used. In this regard, I agree with Manitoba that the applicants have not accurately described the PHOs. The impugned PHOs do not characterize certain retailers as "essential" nor do they characterize churches or religious gatherings as "non-essential". Nowhere in the impugned PHOs does it imply that places of worship or religious practices are not essential or are of lesser importance than retail establishments. When one examines Order 4 for example, it can be seen that it provides that businesses listed in Schedule A, may open to provide goods and services to the public, subject to capacity limits and other public health measures like physical distancing. Order 5 states that a

2021 MBQB 219 (CanLII)

retail business permitted to remain open may only sell "essential items" listed in Schedule B in person. Any "non-essential items" must be removed from public access inside the store. They go on to note that both "essential items" and "non-essential" items may be sold remotely, online or by phone and made available for delivery or pick up. Pursuant to Order 6, facilities or businesses not listed in Schedule A are required to close for in-store shopping, but may continue to sell those goods remotely. In other words, the adjectives essential and non-essential are not used as the applicants suggest and insofar as the distinction between essential and non-essential items is made, it is made for the purpose of determining which items may be bought in store rather than purchased only remotely.

[273] Insofar as the applicants are accurate in stating that certain retailers (those listed in Schedule A) were permitted to remain open for in-store purchases of "essential items" while places of worship were required to remain closed for in-person services, those closures were not because religious services are viewed as inessential or less important. Rather, those closures were rooted in the government's position as found and supported in the evidence, that the nature of such gatherings pose a heightened risk of transmission (see the evidence of the witness Dr. Brent Roussin).

[274] It is essential to note that the impugned PHOs do not create any distinction based on religious beliefs or the religious or non-religious nature of the location. Any distinction between facilities that could remain open and those required to close was based solely on the level of risk of viral transmission posed by the type of gathering or activity. As Manitoba has argued, retail stores typically involve transient contact between individuals

2021 MBQB 219 (CanLII)

who are only in close proximity for a relatively short duration. Such contact is accurately described as transactional in nature. Places of worship are often gatherings of individuals who are in close contact for prolonged periods of time. Moreover, the nature of religious services will often involve behaviours that carry a higher risk of transmission such as singing, choirs, and the sharing of communal items (see the evidence of the witnesses Tobias Tissen, Riley Toews, Christopher Lowe, and Thomas Rempel). Places of worship have been treated very much like movie theatres, sports facilities, plays, restaurants or other venues that involve prolonged periods of close contact, which by extension, pose a higher risk of viral transmission. While no one would suggest that transmission cannot or does not occur in retail stores for example, the distinction in question is, as Manitoba has insisted, about balancing risk and not about religion.

[275] In summary, it is well to note that the basis of the distinction identified by the applicants for their s. 15 argument is one that is rooted in what the Supreme Court of Canada has said is not a demeaning stereotype, but rather, a neutral and rationally connected policy choice (see *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37 (at paragraph 108):

> Assuming the respondents could show that the regulation creates a distinction on the enumerated ground of religion, it arises not from any demeaning stereotype but from a neutral and rationally defensible policy choice. There is no discrimination within the meaning of *Andrews v. Law Society of British Columbia*, 1989 CanLII 2 (SCC), [1989] 1 S.C.R. 143, as explained in *Kapp*. The Colony members' claim is to the unfettered practice of their religion, not to be free from religious discrimination. The substance of the respondents' s. 15(1) claim has already been dealt with under s. 2(a). There is no breach of s. 15(1).

[276] Given that the distinction(s) in question in this case do not involve distinctions based on religion (religious beliefs or the religious or non religious nature of the location),

2021 MBQB 219 (CanLII)

the applicants' arguments under s. 15 cannot succeed. Accordingly, their s. 15 challenge is dismissed.

Issue #4: *Are the violations in relation to ss. 2(a), 2(b) and 2(c) of the Charter, as caused by the impugned PHOs, justified as reasonable limits under s. 1 of the Charter?*

[277] For the reasons earlier explained, the Court will be reviewing Manitoba's argument (that the restrictions on the s. 2 rights are justified as reasonable limits under s. 1 of *Charter*) on the basis of the well-known *Oakes* test. The *Oakes* test sets out an analytical and potentially justificatory framework that requires the court to determine whether the defending party has discharged its onus (on a balance of probabilities) to demonstrate the following:

1. That the objective of the measure giving rise to the restriction is pressing and substantial.
2. That the means employed was proportionate to the objective.

[278] The proportionality requirement will be satisfied where: 1) there is a rational connection between the means chosen and the objective; 2) the measure minimally impairs the rights at issue; and 3) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of the measure (see *Hutterian Brethren*, at paragraph 186).

[279] The proportionality inquiry is both normative and contextual. The inquiry requires a court to look at the broader picture in an effort to balance the interests of society with those of individuals in groups (see *R. v. K.R.J.*, 2016 SCC 31, at paragraph 58). In a case like the present, where individual rights compete with the public good and societal interests that are themselves protected by the *Charter* (because the health and lives of

2021 MBQB 219 (CanLII)

others are at stake), it is more likely that a restriction on rights may be found proportionate to its objective (see *Carter*, at paragraphs 94-96). The case law has confirmed that the proportionality requirement does not require perfection, but rather, that the limits on the rights in question be reasonable (see *R. v. K.R.J.*, at paragraph 67).

[280] Mindful of the above, where a broader contextual analysis is appropriate, some deference or "a margin of appreciation" may be afforded to governments when a court is determining whether a law is justified under s. 1 of the *Charter*. This perspective and the resulting margin is particularly important where a case gives rise to complex issues that involve a multitude of overlapping and conflicting interests. In that regard, it was noted by McLachlin C.J. in *Hutterian Brethren* that the principal responsibility for the making of difficult choices and the drawing of necessary lines falls on the elected legislature and those it appoints to carry out its policies. In that context, she noted that the *Charter* "does not demand that the limit on the right be perfectly calibrated, judged in hindsight" but rather that it be reasonable and justified. She noted as follows (at paragraph 37):

> If the choice the legislature has made is challenged as unconstitutional, it falls to the courts to determine whether the choice falls within a range of reasonable alternatives. Section 1 of the *Charter* does not demand that the limit on the right be perfectly calibrated, judged in hindsight, but only that it be "reasonable" and "demonstrably justified". Where a complex regulatory response to a social problem is challenged, courts will generally take a more deferential posture throughout the s. 1 analysis than they will when the impugned measure is a penal statute directly threatening the liberty of the accused. Courts recognize that the issue of identity theft is a social problem that has grown exponentially in terms of cost to the community since photo licences were introduced in Alberta in 1974, as reflected in the government's attempt to tighten the scheme when it discontinued the religious exemption in 2003. The bar of constitutionality must not be set so high that responsible, creative solutions to difficult problems would be threatened.

2021 MBQB 219 (CanLII)

> A degree of deference is therefore appropriate: *Edwards Books*, at pp. 781-82, *per* Dickson C.J., and *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at para. 43, per McLachlin C.J.
>
> [emphasis added]

[281] Manitoba reminds the Court in this case that public health officials have been required to respond to a novel and complex pandemic. They have been required to make decisions quickly and in real time, in rapidly changing circumstances and in a climate of scientific uncertainty and evolving knowledge. Given that reality, while courts cannot abdicate their responsibility as protectors of the Constitution, neither should they forgot that the factual underpinnings for managing a pandemic are essentially scientific and involve medical matters that fall outside the institutional expertise of courts. When determining whether any related restriction on rights is constitutionally defensible, the courts should be wary of second guessing those who are managing a pandemic on the basis of their democratic responsibility or their properly delegated authority, particularly when there may be divergent opinions or schools of scientific thought (see *Beaudoin*, at paragraphs 120-21; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at paragraph 31; *Taylor v. Newfoundland and Labrador*, at paragraphs 457-58; *Trest v. British Columbia (Minister of Health)*, 2020 BCSC 1524, at paragraph 91).

[282] In cases like the present, public decision makers are often called upon to balance the salutary effects of the public health measures against potential negative effects the severity of which, Manitoba has emphasized may be extremely difficult to predict or quantify. Manitoba is well to cite as they do, McLachlin J. (as she then was) in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, where she held

2021 MBQB 219 (CanLII)

that the civil standard of proof under s. 1 does not require "scientific demonstration" or the "standard required by science" (at paragraph 137).

[283] The often complicated and subtle task of a court when fulfilling its role as protector of fundamental freedoms while providing a margin of appreciation to governments attempting to balance complex issues that involve a multitude of overlapping and conflicting interests, was well described and addressed by Burrage J. in *Taylor v. Newfoundland and Labrador* (at paragraphs 456-64). Although Burrage J. correctly acknowledged that constitutional rights do not disappear in a pandemic, he also stressed the need for the necessary deference when examining COVID-19 public health measures within the justificatory framework of the s. 1 *Charter* analysis (at paragraphs 456-59, 463-64):

> It is at this point that I digress briefly to consider the role of deference to the CMOH and the institutional capacity of the Court.
>
> I am mindful of the fact that while travel restriction has legal force, it is in essence a medical decision directed towards protecting the health of those in this province. The qualifications of the CMOH to make this decision are not challenged. Furthermore, in the exercise of her authority the CMOH draws upon specialized resources at her disposal. This team approach is conducive to informed decision making based on the best medical evidence available.
>
> To this I would add that the courts do not have the specialized expertise to second guess the decisions of public health officials.
>
> In the context of the COVID-19 pandemic Chief Justice Roberts of the Supreme Court of the United States, for the majority, had the following to say regarding deference and the role of the judiciary (*South Bay United Pentecostal Church et al v. Gavin Newsom, Governor of California, et al.,* No. 19A1044 (USSC) at p. 2):
>
> > The precise question of when restrictions on particular social activities should be lifted during the pandemic is a dynamic and fact-intensive matter subject to reasonable disagreement. Our Constitution principally entrusts "[t]he safety and the health of the people" to the politically accountable officials of the States "to guard and protect." *Jacobson v. Massachusetts*, 197 U.S. 11, 38 (1905). When those official "undertake [ ] to act in area fraught with medical and

2021 MBQB 219 (CanLII)

> scientific uncertainties," their latitude "must be especially broad." *Marshall v. United States*, 414 U.S. 417, 427 (1974). Where those broad limits are not exceeded, they should not be subject to second-guessing by an "unelected federal judiciary," which lacks the background, competence, and expertise to assess public health and is not accountable to the people See *Garcia v. San Antonio Metropolitan Transit Authority*, 469 U.S. 528, 545 (1985).
>
> . . .
>
> I accept the Applicant's argument that the pandemic is not a magic wand which can be waved to make constitutional rights disappear and that the decision of the CMOH is not immunized from review.
>
> However, it is not an abdication of the court's responsibility to afford the CMOH an appropriate measure of deference in recognition of (1) the expertise of her office and (2) the sudden emergence of COVID-19 as a novel and deadly disease. It is also not an abdication of responsibility to give due recognition to the fact that the CMOH, and those in support of that office, face a formidable challenge under difficult circumstances.
>
> [emphasis added]

[284] Despite what is suggested in some of the jurisprudence as the need for deference in certain cases involving a s. 1 analysis, the applicants in this case correctly emphasize that the onus of justification rests with the government. They also emphasize the requirement that any restrictions on fundamental freedoms need be demonstrably justified with a strong and cogent evidentiary foundation. Put simply, in the present case, the applicants submit that strong evidentiary foundation does not exist and that the PHOs are not reasonable or demonstrably justified and that they fail all three parts of the proportionality inquiry. That is, the applicants insist that there is no rational connection between the PHOs' objectives and the PHOs, that the impugned restrictions do not minimally impair the *Charter* rights they infringe, and that the severely deleterious effect of the impugned restrictions far outweigh any salutary effect resulting from them.

[285] In arguing that there is no rational connection between the PHOs' objectives and PHOs, the applicants submit that Manitoba has not shown a rational connection between

2021 MBQB 219 (CanLII)

the infringement and the benefits sought on the basis of reason or logic (see *Hutterian Brethren*, at paragraph 48). In this connection, the applicants impugn Dr. Roussin's emphasis and reliance upon positive PCR test results, which the applicants argue are unreliable to determine infectiousness/contagiousness. The applicants also underscore the negligible risk of asymptomatic transmission, the use of unreliable models, the absence of scientific evidence to justify restrictions on outdoor gatherings, poor evidence to show that places of worship needed to be closed/restricted and what the applicants characterize as the failure on the part of Manitoba, to conduct a cost/benefit analysis. In addition to the foregoing, the applicants suggest that given that the PHOs do not bear any rational connection to their objectives — even on the basis of reason and logic — the restrictions in question are unjustifiably arbitrary.

[286] As it relates to their argument that the restrictions do not minimally impair the *Charter* rights they infringe, the applicants contend that there is insufficient evidence to justify the restrictions placed on religious settings, religious activities, private in-home gatherings, and outdoor gatherings. It is the position of the applicants that Manitoba has failed to explain through cogent and persuasive scientific evidence why a significantly less intrusive and equally effective measure or sets of measures were not chosen to address the pressing and substantial objectives that Manitoba has identified.

[287] The applicants argue that Manitoba has tendered no evidence to indicate that the risks that Dr. Roussin associates with religious activities cannot be mitigated by measures less extreme or drastic than outright prohibiting in-person worship. The applicants say that Manitoba has failed to provide specific evidence that in-home gatherings have

2021 MBQB 219 (CanLII)

resulted in outbreaks of COVID-19 such so as to justify a complete prohibition on the home gatherings that were addressed by the PHOs. The applicants also argue that Manitoba has provided no evidence that restricting outdoor gatherings and protests advances the objective of preventing the transmission of COVID-19.

[288] In making their argument that Manitoba has failed to minimally impair *Charter* rights, the applicants point to the evidence and the work of their witness Dr. Bhattacharya, the co-author of the *Great Barrington Declaration*. The position advanced relies upon the premise that it is necessary to build herd immunity in a population by allowing people at low risk of death to live their lives normally while protecting those who are at a higher risk. This approach is called "focused protection" and as Dr. Bhattacharya and the applicants have emphasized, it is an approach which has been endorsed by more than 50,000 scientists, physicians and other medical professionals worldwide. It is the position of the applicants that the "focused protection" approach would have been significantly less intrusive and equally effective. It is an approach which as explained, would have involved the frequent testing of staff and visitors at long-term care homes, minimizing staff rotation, promoting grocery delivery to elderly people at home and having them meet family members outside. For those not vulnerable, it would involve promoting handwashing and staying home while sick, and otherwise encouraging citizens to continue living their lives.

[289] In addition to their contention that the impugned PHOs failed the rational connection and minimal impairment test, the applicants also submit that the PHOs have had egregiously severe and unprecedented deleterious effects without yielding any

2021 MBQB 219 (CanLII)

discernable benefit supported in the evidence. The deleterious effects include, amongst other things, the emotional, psychological and practical impact of limiting and prohibiting what are for many, the sacred religious and spiritual practices of their faith (which the applicants emphasize are compelled by their most deeply held convictions). The negative impact also includes the immense stress, anxiety, despair and depression that comes from unprecedented social isolation. Juxtaposed with these deleterious effects say the applicants, is the reality that "lockdowns don't work". It is the position of the applicants that countries that had a population predisposed to worse COVID-19 infection had worse outcomes irrespective of whatever lockdown policies they implemented. Citing their expert Dr. Bhattacharya, the applicants insist that lockdowns push cases into the future, but they do not prevent them altogether. Further relying upon the research and study of Dr. Bhattacharya, the applicants insist that "in the vast majority of cases, there is no detectible effect of lockdowns on COVID-19 mortality.[74]

[290] Having closely examined all of the arguments raised by the applicants in response to the position of Manitoba and having reviewed the evidentiary foundation before me, I have determined as I explain below, that Manitoba has established that the restrictions placed on s. 2 rights as a result of the impugned PHOs are justified as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

[291] As will be apparent from the discussion below, I have undertaken the requisite legal analysis respecting the requirements for proportionality and I have determined, based on the evidence and the governing law, that Manitoba has discharged its onus. I

[74] Bhattacharya 2, pp. 1 & 2

2021 MBQB 219 (CanLII)

have also determined that this constitutional challenge exemplifies those cases involving complex issues with a multitude of overlapping interests wherein it must be recognized that "the primary responsibility for making the difficult choices involved in public governance", falls on the elected legislatures and/or those to whom policy-making power has been properly delegated.

[292] In the context of this deadly and unprecedented pandemic, I have determined that this is most certainly a case where a margin of appreciation can be afforded to those making decisions quickly and in real time for the benefit of the public good and safety. I say that while recognizing and underscoring that fundamental freedoms do not and ought not to be seen to suddenly disappear in a pandemic and that courts have a specific responsibility to affirm that most obvious of propositions. But just as I recognize that special responsibility of the courts, given the evidence adduced by Manitoba (which I accept as credible and sound), so too must I recognize that the factual underpinnings for managing a pandemic are rooted in mostly scientific and medical matters. Those are matters that fall outside the expertise of courts. Although courts are frequently asked to adjudicate disputes involving aspects of medicine and science, humility and the reliance on credible experts are in such cases, usually required. In other words, where a sufficient evidentiary foundation has been provided in a case like the present, the determination of whether any limits on rights are constitutionally defensible is a determination that should be guided not only by the rigours of the existing legal tests, but as well, by a requisite judicial humility that comes from acknowledging that courts do not have the specialized

2021 MBQB 219 (CanLII)

expertise to casually second guess the decisions of public health officials, which decisions are otherwise supported in the evidence.

(i) THE PRESSING AND SUBSTANTIAL OBJECTIVES OF THE IMPUGNED PHOS

[293] The applicants have not contested the pressing and substantial nature of the objectives of the impugned PHOs. The concession is wise as the objectives are clearly meant to protect public health and more specifically, they are meant to save lives, prevent serious illness and stop the exponential growth of the virus from overwhelming Manitoba's hospitals and acute healthcare system. By any estimation, such objectives in the context of a pandemic are pressing and substantial.

[294] In acknowledging the pressing and substantial objectives of the impugned PHOs, it is well to note the backdrop to those orders that were first implemented in the fall of 2020 when the community transmission of COVID-19 was raging. As was noted in the evidence, cases were doubling every two weeks and deaths were rising fast. Not surprisingly, Manitoba's ICU and hospital capacity was being stretched to the maximum by those suffering from COVID-19. There was indeed an urgent need to immediately address the COVID-19 infections and flatten the curve as Manitoba's hospitals and ICUs were in significant jeopardy of being overrun (see the affidavits of Dr. Brent Roussin, Dr. Carla Loeppky and Lanette Siragusa).

[295] The protection of public health has long been acknowledged as a pressing and substantial objective and currently, in the context of this COVID-19 pandemic, that objective has never been more obvious (see *Springs of Living Water Centre Inc. v. The Government of Manitoba*; *Taylor v. Newfoundland and Labrador*, at

2021 MBQB 219 (CanLII)

paragraphs 426, 437; *Beaudoin*, at paragraphs 224, 228; *Toronto International Celebration Church v. Ontario (Attorney General)*, 2020 ONSC 8027; *Ingram v. Alberta (Chief Medical Officer of Health)*, 2020 ABQB 806).

(ii) THE RATIONAL CONNECTION BETWEEN THE INFRINGING MEASURES AND THE OBJECTIVES

[296] In order to demonstrate a rational connection, a government must show a causal connection between the infringement and the benefit sought on the basis of reason or logic. A government need only show that it is reasonable to suppose that the measure in question may further the objective(s), not that it will absolutely do so. It is not a high threshold. There must however be a rational link between the infringing measure and its goal or object (see *Hutterian Brethren*, at paragraphs 48, 51).

[297] In the present case, I have no difficulty in concluding, based on logic, reason and a common sensical understanding of the evidence (see amongst others, the evidence of Dr. Brent Roussin, Dr. Jason Kindrachuk, Dr. Carla Loeppky) that the measures taken to limit gatherings, including in places of worship, are rationally connected to the goal of reducing the spread of COVID-19. As the evidence has demonstrated, the virus is spread through respiratory droplets. It is reasonable and logical to conclude as has been suggested, that the risk of transmission is particularly high in gatherings involving close contact for prolonged periods. It is not surprising that outbreaks of COVID-19 have occurred in various gatherings, including in places of worship.

2021 MBQB 219 (CanLII)

(iii) MINIMAL IMPAIRMENT: THE IMPUGNED PHOS LIMIT THE S. 2 RIGHTS IN A MANNER THAT IS REASONABLY TAILORED TO THE OBJECTIVE

[298] The minimal impairment requirement in a s. 1 analysis requires that the impugned PHOs limit rights in a manner that is reasonably tailored to the objective. If there are alternative, less harmful means of achieving the government's objective "in a real and substantial manner" as compared with the measure or means under challenge, then the law in question will fail the minimal impairment test (see *R. v. K.R.J.*, at paragraph 70). In examining for minimal impairment, the government's decision must be seen to fall within a reasonable range of outcomes. In that sense, the inquiries are highly contextual (see *Law Society of British Columbia v. Trinity Western University*, at paragraph 81).

[299] In *RJR-MacDonald*, the Supreme Court of Canada suggested that when considering the minimal impairment aspect of the proportionality requirement, courts may often accord a measure of deference especially where issues are scientific or socially complex and where it may be said that government may be better positioned than courts to choose amongst a wide range of alternatives. The Supreme Court of Canada observed as follows (at paragraph 160):

> . . . The impairment must be "minimal", that is, the law must be carefully tailored so that rights are impaired no more than necessary. The tailoring process seldom admits of perfection and the courts must accord some leeway to the legislator. If the law falls within a range of reasonable alternatives, the courts will not find it overbroad merely because they can conceive of an alternative which might better tailor objective to infringement: . . . On the other hand, if the government fails to explain why a significantly less intrusive and equally effective measure was not chosen, the law may fail.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[300] In attempting to protect the population from the ravages of the pandemic, Manitoba acknowledges that the CPHO must attempt to balance a number of competing interests, including economic, social, mental health, limited acute care resources, and as well, the degree of public acceptance and compliance. These are all complex considerations, which Manitoba has argued and I accept, are not amenable to any easy calculous and they are indeed, the type of considerations that commend some deference to state action taken in response to COVID-19. As the Supreme Court of Canada noted in *Irwin Toy Ltd.* (at 993-94):

> When striking a balance between the claims of competing groups, the choice of means, like the choice of ends, frequently will require an assessment of conflicting scientific evidence and differing justified demands on scarce resources.

[301] If the inquiry into whether Manitoba's decisions respecting the impugned PHOs fell within a reasonable range of outcomes is indeed (as suggested by the jurisprudence) highly contextual, then it is both necessary and instructive to examine the situation facing the province in and around October to November 2020. The evidence in that regard supports Manitoba's assertion that the situation was dire and that the weeks following Thanksgiving 2020, saw in Manitoba a rapid escalation in cases including a significant spike of 480 new cases on October 30 alone. The Capital Region was put into Level Red indicating uncontained community spread and significant strain on Manitoba's healthcare system. Manitoba points out that 10 days later, on November 12, the entire province was in Level Red. To make the point even more clearly, Manitoba had the highest per capita rate of active cases in the country. COVID-19 infections were growing exponentially with cases doubling every two weeks. Manitoba's witnesses pointed out

2021 MBQB 219 (CanLII)

that the positivity rate had by then soared to 10.5 per cent provincially. It had been noted that Indigenous people (who as was explained, were more vulnerable) were seen as disproportionately affected in terms of number of cases. On top of that, Manitoba was on the verge of losing its ability to contact trace effectively. Hospital and ICU resources according to Manitoba, were under extreme duress and the modelling information provided by Epidemiology and Surveillance projected that in the absence of significant action, within a very short time, the hospitals and ICUs would no longer be able to cope with the influx of new COVID-19 cases (see the affidavits of Dr. Roussin, at paragraphs 100-06; Dr. Carla Loeppky, at paragraphs 16-19, Exhibits E and F; Lanette Siragusa, at paragraphs 15-20).

[302] By December 10, 2020, after the Level Red restrictions were imposed, Manitoba peaked at 129 patients in ICU. Dr. Roussin concluded, based on all the data that was before him, that a temporary circuit break was essential to significantly reduce the number of contacts and regain control of the pandemic. Based on the evidence presented, Manitoba argues and I agree, that Dr. Roussin had a strong basis for determining that in his professional judgment, any lesser restriction would not have sufficed.

[303] In its written submissions to the Court, Manitoba provided a number of reasons in support of its position as to why the impugned PHOs were minimally impairing (see the application brief of the respondents, filed April 12, 2021, at paragraphs 152(a) through 152(j)). For the purpose of completeness and to fully understand and appreciate the context in which Manitoba drew the lines it did and made the decisions which I find fell

2021 MBQB 219 (CanLII)

within a reasonable range of outcomes, I replicate below the entirety of the reasons provided by Manitoba at paragraph 152 to their brief:

> [152] Manitoba submits that the impugned PHOs are minimally impairing for a variety of reasons:
>
> a) Throughout the pandemic, public health officials have continually monitored and reassessed the situation in order to tailor orders to the prevailing circumstances. Orders have been regularly changed, either tightening or relaxing restrictions as warranted approximately every 2 - 4 weeks. For example, after the first wave, the public health restrictions were relaxed. Since July 24, 2020, businesses could generally re-open and gathering sizes were only limited to 50 persons indoors and 100 people outdoors. Places of worship could have up to 500 people or 30% of usual capacity. When the pandemic began to worsen in October 2020, the CPHO did not immediately close things down or eliminate gatherings. He took a focused and measured approach based on the epidemiological data and other indicators available to him. For example, from November 12 to 20, 2020, the limit on religious services was reduced from 500 to 250 people or 20% except in the Capital Regions where it was 100 people or 15%.[75] The history of orders demonstrates they were responsive and progressive. Tighter gathering restrictions were not put into place in the impugned PHOs until the pandemic became critical and more urgent interventionwas necessary.
>
> b) The public health orders applied regionally when possible, so that restrictions could vary with the severity of community transmission. For example, on October 1, 2020 a more restrictive limit on gatherings including in private residences was imposed only in the Capital Region. The limit on religious gatherings also depended on the situation in particular locations.
>
> c) Unlike some other jurisdictions, there was no curfew imposed or a "shelter in place" order that would prevent people from leaving their home other than for limited reasons. It was still possible to gather with family and friends at indoor and outdoor public places, up to the gathering limit of 5 people. Children could also visit parents in a private residence. An exception was also made for people who live on their own to allow one person to visit.
>
> d) The PHOs did not close schools, maximizing learning and also permitting socializing among children.
>
> e) There was an attempt to accommodate religious services. Religious services could still be delivered remotely indoors, or outdoors in vehicles. As well, individual prayer and reflection was permitted. Places of worship could be used for the deliveryof health care and social services (Order 15(4)). Religious

[75] Roussin, para. 98

2021 MBQB 219 (CanLII)

officials could attend at one's private residence for counselling or educational instruction or tutoring (Order 1(2)). Bible studies could happen online.

f) Funerals, weddings, baptisms or similar religious ceremonies were permitted, subject to a gathering limit of 5 persons (in addition to the officiant).

g) The impugned PHOs were tailored to the nature of the risk. Places involving greater risk due to prolonged contact were subject to greater restrictions. Places of worship and gatherings in the home were treated much like restaurants, movie theatres, plays and concert halls, which had to remain closed during the circuit break. Some retail transactions were allowed in-store because this usually involved shorter, transitory contact between people. Even so, there was an attempt to minimize such transactions. People were only allowed to purchase "essential items" in-store. Otherwise, shopping had to be done remotely for pick up or delivery.

h) Despite the size limit on outdoor gatherings, this did not preclude many other means of expression to protest the PHOs or other important issues. This included petitions, emails, social media and letters to the media or politicians. In fact, the impugned PHOs did not preclude a protest involving many small groups as long as each group of five persons was discrete, sufficiently spread out and did not interact with other groups.

i) By the fall of 2020, it became clear that the previous measures in place up until then proved insufficient to stop the exponential spread of the virus. Despite earliercapacity limits and precautions, there was evidence of clusters associated with faith- based gatherings including one where several individuals carried on services despite being symptomatic.[76] Private home gatherings were another important source of transmission. Modelling suggested that more stringent limits on gatherings coupled with good public compliance were necessary to flatten the curve.

j) The Circuit Break was temporary. It was limited to a 13 week period when the pandemic was at its most dangerous point to date, cases were surging and our health care system was under enormous strain. Once the measures achieved the desired goal of flattening the curve, restrictions were gradually eased.[77] Currently, gatherings are limited to 5 people at indoor public places, 10 persons at an outdoor gathering on private property and 25 persons at outdoor public places. Religious services can holdup to 100 people or 25% of capacity. Weddings and funerals have increased to 25 persons. Private residences may allow up to 2 visitors or can create a "bubble" with another residence.

[76] Loeppky, para. 14
[77] Roussin, paras. 152-154

2021 MBQB 219 (CanLII)

[304] The above reasons and the accompanying explanations represent "real time" considerations that implicitly or explicitly required the difficult balancing of a plethora of competing interests as the fast-moving pandemic continued to threaten lives and Manitoba's healthcare system. Needless to say, the menacing force and unpredictability of that pandemic did not provide public health officials with the "parlour-room luxury" of prolonged speculative debate nor the comfort of trial and error decision making, let alone the possibility of academic research projects that might confirm whether there existed "significantly less intrusive measures" that might be "equally effective".

[305] It is worth noting that as was hoped and as was predicted by the modelling, the circuit break implemented by Manitoba did indeed have its intended effect and it averted what the evidence suggests may have been a potential disaster. In the face of the applicants' suggestion that Manitoba could have imposed lesser restrictions on gatherings and places of worship (permitting for example, religious services of limited size as long as reasonable safety precautions were employed), Manitoba reminds the Court that such smaller gatherings had been allowed up until the point at which Manitoba was required to respond. As Manitoba realistically observes, it was not at that point possible to monitor hundreds of private places of worship or residences. There was no way to ensure that the precautions identified would always have been followed, properly or at all. As Manitoba consistently has argued, singing and communion are often integral parts of such services and those acts pose a higher risk, which in the dire context in which Manitoba was operating, constituted yet one more risk to the broader threat to public health.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[306] As part of its argument that the PHOs did not minimally impair the rights at issue, the applicants put forward a theory (through the evidence of Dr. Bhattacharya) that arises from the "*Great Barrington Declaration*". That theory suggests that Manitoba should have focussed its efforts only on protecting those who were vulnerable to death — the elderly and immunocompromised — rather than imposing broad restrictions aimed at slowing community spread. Based on this theory of "focused protection", young people (under 60) should be otherwise free to gather and circulate throughout society. The theory suggests that such an approach would more minimally impair fundamental freedoms and would cause less harm than that associated with "lockdowns" and at the same time, protect those who are truly at risk from COVID-19. The applicants submit that in addition to the other deficiencies in Manitoba's heavy-handed response, without a focused protection approach, Manitoba cannot argue for a favourable finding on minimal impairment.

[307] While I accept that the theory of focused protection emanating from the *Great Barrington Declaration* is part of what must be the rigorous ongoing and evolving "scientific conversation", it is not an approach that has been adopted or followed by most governments or their public health officials in Canada or elsewhere in the world. I will leave aside the international consensus to the contrary and the separate but very real question as to whether the specific theory arising from the *Great Barrington Declaration* could ever realistically be a valid and sustainable public health approach. I will nonetheless point out that based on the evidence before me, it is simply not accurate to suggest that Manitoba and Dr. Roussin do not themselves support a version of "focused

2021 MBQB 219 (CanLII)

protection", however different it may be to the approach advocated by the applicants and Dr. Bhattacharya.

[308] As was explained, Manitoba did indeed focus its efforts on protecting vulnerable populations such as those living in personal care homes, congregate settings and First Nations. That said, it is Manitoba's position that such an effort at focused protection is not by itself sufficient.

[309] Manitoba argues that vulnerable people are integrated throughout society and that people over 60 are not confined to personal care homes. Further, severe outcomes (hospitalizations, ICU admissions, and deaths) can also occur in younger populations across a wide spectrum of ages. In other words, people of all ages are more susceptible to hospitalization and death if they have one of the many underlying medical conditions such heart disease, diabetes, kidney disease, high blood pressure, obesity or otherwise immunocompromised. I note from the evidence that in Manitoba, approximately 40 per cent of reported COVID-19 cases had an underlying condition. One-third or more of the serious cases of COVID-19 (resulting in death or hospitalization) occurred in people under the age of 60. Of those patients admitted to ICU, over 42 per cent were under the age of 60 (see the affidavits of Dr. Roussin, paragraphs 163-65; Dr. Carla Loeppky, Exhibit H).

[310] As it relates to Manitoba's Indigenous population, they too are more vulnerable to severe outcomes from COVID-19 owing to a variety of socioeconomic factors and underlying health conditions. As Dr. Roussin noted, First Nations have been disproportionately affected by COVID-19 and more than half of those cases are off reserve.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[311] It seems necessary to acknowledge that the reference point for identifying "the vulnerable" in the applicants' theory of focused protection, excludes many who in Manitoba, according to the evidence, have become infected and potentially infectious. The integration of these more vulnerable persons throughout society makes the applicants' theory based on the stark marker of age (60) seem insufficiently nuanced and unduly simplistic.

[312] When considering the efficacy of "focused protection" as envisioned by the *Great Barrington Declaration*, that decidedly more *laissez-faire* approach need be considered in relation to the potential long-term health effects of COVID-19 on those who are fatalistically left to become infected. In this regard, I note as Dr. Kindrachuk asserted in his evidence, that while much more research in this area is needed, there currently does exist troubling evidence of "long-haul symptoms" which persist, even in young people who become infected.

[313] The applicants' theory respecting focused protection (as a more minimally impairing approach) raises for the Court not only concerns about the practical effects flowing from the resigned acceptance of general community spread in the pursuit of an elusive herd immunity, it also raises significant ethical and moral questions connected to the risks of knowingly exposing any citizen, including some of those most vulnerable persons who are less identifiable because of their integration into the general population.

[314] In the context of considering the minimal impairment aspect of the proportionality inquiry, it is necessary to acknowledge and consider Manitoba's own approach to focused protection, which is no less concerned with the protection of the vulnerable. Manitoba's

2021 MBQB 219 (CanLII)

position however, and the position adopted by most other jurisdictions, is that the protection of vulnerable populations cannot occur without also reducing the extent of community transmission overall. It is only through the reduction of community transmission generally, that the rate of SARS-CoV-2 can be slowed in a community and in so doing, assist in the goal of preventing the overwhelming of the healthcare system and its limited resources. In this regard, Manitoba is right to point out that Dr. Bhattacharya's evidence focusses almost exclusively on mortality with virtually no mention of the impact that widespread community transmission has on hospitals and ICUs.

[315] Based on the evidence, I find that Manitoba's approach is appropriately described as multi-faceted in that it focusses on the vulnerable, but at the same time, it focusses on locations and activities that pose the greatest risk for outbreaks and community transmission. In this way, the restrictions imposed are meant to keep the growth of community transmission of the virus within manageable levels so as to enable Manitoba's healthcare system to cope and in order to "flatten the curve".

[316] I have examined carefully the PHOs in question in the context of the evidence adduced. Whether through an approach best described as multi-faceted focussed protection or otherwise, I find that in examining the exponential growth in COVID-19, the uncontrolled community spread and rise in deaths and serious illness, not to mention the impending crisis facing the healthcare system, Dr. Roussin reasonably concluded that a quick and clear response was required. The difficult balancing that Dr. Roussin was required to perform left him to make a decision and tailor measures which I have

2021 MBQB 219 (CanLII)

determined fell within a range of reasonable alternatives. I am far from convinced that in the context in which Dr. Roussin was operating, there was any basis to conclude that "a significantly less intrusive" measure or measures would have been "equally effective" in flattening the curve. The reality of Dr. Roussin's task in carrying out his duty as CPHO, is well reflected in the following excerpt from *Public Health Law and Policy in Canada*:[78]

> Clearly, in responding to novel public health threats, authorities will often lack scientific facts and must make judgement calls about restricting individual liberties for the sake of protecting the population as a whole. As Laskin C.J.C. observed in *Oakes*: "It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance".

[317] The impugned measures in the PHOs "minimally impair" the rights in issue as contemplated by the jurisprudence. Further, there is no convincing evidence that there existed significantly less intrusive measures that might have been equally as effective in responding to the real time emergency facing Manitoba and its healthcare system.

(iv) THERE IS AN APPROPRIATE PROPORTIONALITY BETWEEN THE BENEFICIAL AND DELETERIOUS EFFECTS OF THE IMPUGNED PHOS

[318] The last stage of the *Oakes* test as it is applied in the context of the s. 1 justificatory framework, considers the balance between the beneficial and deleterious effects of the limitation.

[319] At paragraph 289 of this judgment, I explained the range of what the applicants called the severely deleterious effects of the impugned restrictions which they say outweigh any salutary effect resulting from them. Apart from pointing to what they say

[78] Tracey Bailey, C. Tess Sheldon & Jacob J. Shelley, eds., *Public Health Law and Policy in Canada*, 4th ed. (Toronto: LexisNexis Canada Inc., 2019) at 25-26

2021 MBQB 219 (CanLII)

is evidence establishing that lockdowns do not work (therefore there are no salutary effects) they also identify the significant deprivation occurring to those who are prevented from exercising in a communal and collective fashion, their religious rights and freedoms. They also point to the range of mental health problems flowing from unnecessary social isolation and the sharp rise in substance abuse issues. In short, the applicants insist that the deleterious effects of the PHOs far outweigh the salutary effects, which effects they say, have not prevented COVID-19 deaths or reduced stress on the healthcare system. As such, the applicants submit that the restrictions on gatherings are not "demonstrably justified in a free and democratic society" and are thus, unconstitutional.

[320] I have considered carefully the balance between the identifiable beneficial and deleterious effects of the limitation. I am persuaded that there exists the requisite proportionality as between the beneficial and deleterious effects such so as to conclude that Manitoba has discharged its onus on this prong of the *Oakes* test. The evidence in my view unquestionably demonstrates that the salutary effects of the limitation far outweigh those effects that may be characterized as deleterious.

[321] In considering and assessing the applicants' arguments at this third and final stage of the proportionality inquiry, it seems unavoidable but to conclude that much of what the applicants assert respecting the disproportionally negative impact of the limitations, is inextricably tied to their (the applicants) contention that the scientific evidence provides an insufficient justification for the unprecedented action taken by Manitoba. In other words, according to the applicants, the limitations and restrictions on rights based on

2021 MBQB 219 (CanLII)

unconvincing science, do more harm than good given what the applicants say is Manitoba's misplaced and to some extent, unnecessary response.

[322] As earlier noted, amongst other objections, the applicants criticized the impugned PHOs on the basis of the following: that Manitoba had artificially inflated the number of deaths; that the PCR test was a flawed basis for decision making; that Manitoba's modelling was flawed; that Manitoba insufficiently assessed the collateral costs (economic effects and mental health) compared to the benefits; that there was no scientific evidence that the restrictions were necessary or that the virus spreads more easily at places of worship compared to retail outlets; and, that Manitoba ought to have focussed their protective measures only on the elderly and vulnerable and permitted everyone else to gather and circulate freely in society. The foregoing criticisms set up and constitute the basis for an argument whereby the applicants then proceed to insist that Manitoba's response, as exemplified by the restrictions in the PHOs, is based on misapprehension and misunderstanding all of which flows from generally questionable science. Not surprisingly, the applicants then say that the scope and nature of the accompanying measures are unnecessary and of a dubious utility and benefit, particularly given the disproportionate costs associated with the limiting of fundamental freedoms.

[323] The weakness in the applicants' position in making the arguments they do respecting the absence of salutary effects as compared to those they describe as egregiously deleterious, is that having carefully reviewed and assessed the evidentiary foundation in this case, I reject the applicants' criticisms of Manitoba's reliance upon the science Manitoba acknowledges it has in fact relied upon. As I have already suggested

2021 MBQB 219 (CanLII)

and determined, Manitoba has persuaded me that there is nothing obviously flawed or deficient about the scientific evidence it has relied upon. As a consequence, for reasons already touched upon, I accept that Manitoba's response and the accompanying limitations on rights that they imposed, were both necessary and appropriate.

[324] Having determined as I have that the scientific evidence does support Manitoba's extraordinary response and the limitations and restrictions on rights they were required to implement, I can similarly say that the benefit from those limitations and restrictions in what was a dire and urgent situation, was neither disproportionately minimal nor insignificant. Notwithstanding what must be readily acknowledged are the hardships and inconvenience that flow from such limitations on rights, it was those very limitations found in the impugned PHOs, that — according to the evidence I accept — helped realize the pressing and substantial objectives of protecting public health, saving lives and stopping the expediential growth of the virus from overwhelming Manitoba hospitals and its acute healthcare system.

[325] Manitoba argues persuasively that it has long been recognized that the potential to harm one's neighbours provides a reasonable basis for limiting the freedom to manifest one's beliefs, opinions and conscience. In other words, freedom of religion for example, must be exercised with due respect for the rights of others and subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order and health, and the fundamental rights and freedoms of others. As Manitoba has insisted, this approach does not repudiate religious freedom, but instead, it facilitates its exercise so as to take the general well-being of others into account (see *Syndicat Northcrest v. Amselem*, 2004 SCC 47, at

2021 MBQB 219 (CanLII)

paragraph 178). This proposition was also recognized in *Multani v. Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6, wherein Charron J. noted as follows (at paragraph 26):

> This Court has clearly recognized that freedom of religion can be limited when a person's freedom to act in accordance with his or her beliefs may cause harm to or interfere with the rights of others (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, 1985 CanLII 69 (SCC), [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 337, and *Syndicat Northcrest v. Amselem,* [2004] 2 S.C.R. 551, 2004 SCC 47, at para. 62).

2021 MBQB 219 (CanLII)

[326] Manitoba acknowledges that the impugned PHOs restrict the ability to worship in person, which Manitoba also acknowledges is of significance to the applicants. Although the orders also limit gatherings to small groups outside of one's private residence, they do not prevent gathering altogether. The PHOs still made it possible to meet with family and friends in small groups. In acknowledging the importance of gathering in person to worship and the deprivation that comes with the limits on gathering size, Manitoba nonetheless asserts persuasively, that in the context of the pandemic, while the identified deprivations are not easy, if they did not occur, the gatherings without limits could put the health and lives of others at risk. It is necessary for the Court when considering the limitations that have been imposed, to also consider the *Charter* rights of others (the right to life and security) which are also an important part of the consideration in balancing and weighing the effects of the limitation.

[327] Based on the evidence, it is not difficult to conclude that the PHOs do indeed achieve an important societal benefit: protecting the health and safety of others, especially the vulnerable. The present case is one of those cases where the obviously important freedom of religion and other *Charter* protections are, as Manitoba has

contended, outweighed by the greater good of protecting public health by preventing the spread of a highly-contagious virus in the context of an unprecedented global pandemic (see *Public Health Law and Policy in Canada*, at 27-29; *Carter*, at paragraph 95).

[328] In addition to the broader societal benefits of the limitations, Manitoba submits that in assessing the proportionality of benefits and effects, it is also critical to remember that the impugned restrictions were of a limited duration. I agree that it is important to note that those restrictions were in effect for only as long as necessary so as to regain control over community transmission and alleviate the intense strain on the hospitals and ICUs.

[329] In underscoring the proportionality and significance of the benefits vis-à-vis the deleterious effects of the limitations, Manitoba maintains that despite the erroneous contentions of the applicants, the evidence suggests that the limitations were indeed required because: deaths from COVID-19 are real; positive PCR cases of COVID-19 are real; Manitoba's modelling projections were proven to be correct; and that in making the difficult and ultimately significant decisions required of them, public health officials properly balanced collateral effects. In my view, as I have already repeated, the evidence does indeed support all of those assertions.

[330] The task of properly balancing collateral effects is difficult because public health officials and government must balance a wide variety of competing rights and interests of all Manitobans. Manitoba concedes that the potential for negative collateral effects of public health restrictions and limitations, such as the impact on mental health or adverse economic consequences, must be taken seriously. That said, Manitoba resists any

2021 MBQB 219 (CanLII)

suggestion that the CPHO failed to take into account the potential negative impacts of the impugned PHOs. In taking that position, Manitoba is on solid ground.

[331] At paragraphs 87 and 175 of his affidavit, Dr. Roussin affirms that collateral efforts were always part of the consideration and analysis for the public health officials. The potential harms were balanced against the benefits and the severity of the pandemic. Although there is no question that in the context of the considerable frustration, sickness, death, and fear, all of which have become to one extent or another, by-products of the pandemic, the restrictions flowing from the PHOs have caused further strain and hardship. Nonetheless, Dr. Roussin has noted that decisions were required to be made quickly and in real time and in the face of much uncertainty. Manitoba emphasizes that both the benefits and the burdens of the public health orders were constantly re-evaluated in a dynamic way as the pandemic progressed.

[332] The evaluation of precise harms caused by public health limitations and restrictions, is a complex subject that will be examined for many years. As Manitoba has argued, there may be general evidence that mental health has deteriorated during the pandemic and that there has been identifiable economic suffering. While that reality ought not to be minimized, it is not possible to attribute the cause of suicide or depression or increases in addiction or overdoses solely or directly to the public health restrictions — let alone the particular impugned PHOs. There is no convincing evidence that the 13-week closure of places of worship and the restrictions placed on public and private gatherings have caused suicides, or some version of irreparable economic harm such so as to require the Court to conclude that any real or potential harms outweigh the need

2021 MBQB 219 (CanLII)

to address the urgency and the seriousness of the public health crisis as it was addressed during the period in question.

[333] In the final analysis, I am of the view that there is persuasive scientific evidence that justifies the restriction on gatherings and the temporary closure of religious services at places of worship. The evidence suggests that Manitoba's PHOs are indeed based on current scientific information and knowledge gathered from Canada and around the world, including from peer reviewed articles, recommendations from the WHO and the Pan-Canadian Public Health Network (PHN) advisory committees, and no less important, from the lessons learned from the experience in other jurisdictions.

[334] It should not be forgotten that decisions respecting the limitations on s. 2 rights were based in part on the shared knowledge, experience and best practices acquired from Manitoba working closely and collaboratively with the provincial and federal counterparts across Canada. This collaboration included public health experts who were epidemiologists, virologists, immunologists, and health care professionals from various other backgrounds. In the end, there is more than enough credible evidence before me to support the proposition that the restrictions on gatherings, including places of worship, were necessary. After those restrictions were put in place, the COVID-19 numbers began to decline, consistent with what the modelling predicted (see the affidavit of Dr. Roussin, at paragraph 87). The Level Red public health measures implemented during the fall of 2020, along with the public's cooperation and compliance with those PHOs, changed the trajectory of COVID-19 cases and improved the situation and burden on acute care resources. Manitobans had indeed flattened the curve and avoided a disastrous situation

2021 MBQB 219 (CanLII)

(see the affidavits of Lanette Siragusa, at paragraph 21; Dr. Carla Loeppky, at paragraph 22).

[335] When examining the benefits of Manitoba's response in the face of the threat of such a deadly pandemic, it is reasonable and rational to conclude that despite the undeniable hardships caused by the limitations on fundamental freedoms, the salutary benefits far outweigh the deleterious effects. In making that statement, I am mindful that the Supreme Court of Canada has held that a s. 1 justification does not require scientific proof in an empirical sense. In this context, it is extremely difficult and perhaps impossible to empirically prove in advance that the potential economic and social costs of the impugned restrictions outweigh the benefits. Instead, as the Supreme Court of Canada has noted, "it is enough that the justification be convincing, in the sense that it is sufficient to satisfy the reasonable person looking at all the evidence and relevant considerations, that the state is justified in infringing the right at stake to the degree it has." In this sense, the Court looks for and Manitoba has provided, a "rational, reasoned defensibility" (see *Sauvé v. Canada (Chief Electoral Officer)*, 2002 SCC 68, at paragraph 18; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, at paragraphs 77-79). Even if and where the evolving scientific evidence and information is not definitive or completely determinative, I accept that Dr. Roussin relied on all of the available evidence, drew reasonable inferences and applied common sense to what was known. To repeat, the decision to temporarily close places of worship and otherwise limit the size of gatherings, was rational, reasoned and defensible in the circumstances of an undeniable public health crisis.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[336] Based on the above analysis, I have concluded that any restriction on the identified *Charter* rights flowing from the impugned PHOs, is justified as a reasonable limit and constitutionally defensible under s. 1 of the *Charter*.

B. ADMINISTRATIVE LAW ISSUE

Issue #5: *Were the impugned PHOs ultra vires because they failed to restrict rights or freedoms no greater than was reasonably necessary to respond to the COVID-19 public health emergency as required by s. 3 of The Public Health Act?*

[337] Section 3 of *The Public Health Act* states:

> Limit on restricting rights and freedoms
>
> If the exercise of a power under this Act restricts rights or freedoms, the restriction must be no greater than is reasonably necessary, in the circumstances, to respond to a health hazard, a communicable disease, a public health emergency or any other threat to public health.

[338] The applicants argue that the impugned PHOs restrict the identified rights and freedoms and that the restrictions are far greater than are reasonably necessary to respond to a public health emergency. As a result, they say the PHOs are *ultra vires* the act.

[339] The applicants submit that their argument on this administrative law issue is substantially similar to their s. 1 *Charter* argument and that they would rely on their analysis in respect of that section to argue the PHOs also do not comply with s. 3 of the act.

[340] Given that I have already made many of the relevant and connected determinations in my s. 1 analysis, my disposition of this issue need not be prolonged.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[341] This standard of review in respect of this question is one of reasonableness which need take into account, the due deference required respecting medical and scientific expertise.

[342] As my determinations made in the context of my s. 1 analysis would suggest, I have concluded that Dr. Roussin's assessment that the restrictions contained in the impugned PHOs represented restrictions that were no greater than reasonably necessary (to respond to the public health emergency) was a reasonable assessment. As already explained, the context for Dr. Roussin's decision and assessment was that the situation facing the province in November 2020 was grave and that the existing measures were insufficient to stem the tide of the growth of SARS-CoV-2. The resulting threat of hospitalizations and critical cases was undeniable. The spread of the virus was leading not only to increased deaths, but as well, an enormous pressure and burden on Manitoba's healthcare system.

[343] In that context, Manitoba was on the verge of exceeding its hospital and ICU capacity. In order to address the exponential growth of the virus and the potential disaster for the healthcare system, Dr. Roussin targeted those types of gatherings that posed a high risk of transmission. In acting as he did when he did, Dr. Roussin had little room for error and time was of the essence.

[344] Manitoba's explanation for Dr. Roussin's decisions were earlier explained in my s. 1 analysis, particularly in the context of my determinations with respect to minimal impairment. As will be noted, s. 3 of the act reflects much of the same analysis that need be conducted when considering the minimal impairment aspect of s. 1. Put simply, for

2021 MBQB 219 (CanLII)

the reasons that I provided in determining that the restrictions in question were minimally impairing, I can similarly state that the CPHO acted reasonably in determining that the PHOs met the requirements of s. 3 of the act.

[345] As Manitoba has underscored, just as s. 1 of the *Charter* does not demand that a limit on rights be perfectly calibrated, neither can the CPHO's application of s. 3 of the act. In examining Dr. Roussin's decisions, I see them as decisions that were within the range of reasonable decisions supported by the scientific and epidemiological evidence. As such, the decisions are entitled to deference as those decisions are in my view, reasonable.

2021 MBQB 219 (CanLII)

C. Division OF Powers Issue

Issue #6: *Were the impugned PHOs relating to places of worship inoperative under the doctrine of paramountcy because it conflicted with s. 176 of the Criminal Code?*

[346] Section 176 of the *Criminal Code* reads as follows:

> Obstructing or violence to or arrest of officiating clergyman
>
> 176(1) Every person is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term of not more than two years or is guilty of an offence punishable on summary conviction who
>
> (a) by threats or force, unlawfully obstructs or prevents or endeavours to obstruct or prevent an officiant from celebrating a religious or spiritual service or performing any other function in connection with their calling, or
>
> (b) knowing that an officiant is about to perform, is on their way to perform or is returning from the performance of any of the duties or functions mentioned in paragraph (a)
>
> (i) assaults or offers any violence to them, or
>
> (ii) arrests them on a civil process, or under the pretence of executing a civil process.

> Disturbing religious worship or certain meetings
>
> (2) Every one who wilfully disturbs or interrupts an assemblage of persons met for religious worship or for a moral, social or benevolent purpose is guilty of an offence punishable on summary conviction.
>
> Idem
>
> (3) Every one who, at or near a meeting referred to in subsection (2), wilfully does anything that disturbs the order or solemnity of the meeting is guilty of an offence punishable on a summary conviction.

[347] The applicants argue that the impugned PHOs, as they pertain to religious services, are in direct contravention of s. 176 of the *Criminal Code*. Manitoba for its part, contends that the impugned PHOs are intended to protect the population from a serious communicable disease and do not violate or otherwise conflict in any manner with s. 176 of the *Criminal Code*.

[348] The applicant Tobias Tissen's evidence states that the enforcement of the PHOs has obstructed and diverted persons from entering their place worship and attending religious services, frustrating the purpose of the protections afforded by s. 176. Mr. Tissen submits that while attempting to hold a drive-in church service in November 2020, a police barricade and tow truck were present, obstructing church goers from attending.

[349] It is the position of the applicants that regardless of any stated public health motive, the effect of the PHOs and the enforcement of them, disturbs a person's meeting for religious worship, and goes further still by precluding them from meeting for religious worship altogether, in violation of s. 176 and the fundamental freedoms it is intended to protect.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[350] The applicants submit that even in the event that the PHOs are determined to be validly enacted, the PHOs are incompatible with the federal legislative purpose of s. 176 and must be declared inoperative to the extent of the inconsistency and insofar as any meeting for religious worship is obstructed.

The Doctrine of Paramountcy

[351] The doctrine of paramountcy provides that "where there is an inconsistency between validly enacted but overlapping provincial and federal legislation, the provincial legislation is inoperative to the extent of the inconsistency" (see *Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, at paragraph 15). When conducting a paramountcy analysis, the first step is to determine whether the federal and provincial laws are validly enacted. If both laws are validly enacted, the next step requires consideration of whether any overlap between the two laws constitutes a conflict sufficient to render the provincial law inoperative (see *Lemare*, at paragraph 16).

[352] As the applicants have identified, there are two forms of conflict which the Supreme Court of Canada has described as follows (see *Orphan Well Association v. Grant Thornton Ltd.*, 2019 SCC 5 (at paragraph 65)):

> . . . The first is *operational conflict*, which arises where compliance with both a valid federal law and a valid provincial law is impossible. Operational conflict arises "where one enactment says 'yes' and the other says 'no', such that 'compliance with one is defiance of the other'" (*Saskatchewan (Attorney General) v. Lemare Lake Logging Ltd.*, 2015 SCC 53, [2015] 3 S.C.R. 419, at para. 18, quoting *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, 1982 CanLII 55 (SCC), [1982] 2 S.C.R. 161, at p. 191). The second is *frustration of purpose*, which occurs where the operation of a valid provincial law is incompatible with a federal legislative purpose. The effect of a provincial law may frustrate the purpose of the federal law, even though it does "not entail a direct violation of the federal law's provisions".

2021 MBQB 219 (CanLII)

[353] In order to establish that provincial legislation frustrates the purpose of a federal enactment, a party "must first establish the purpose of the relevant federal statute, and then prove that the provincial legislation is compatible with this purpose" (see *Orphan Well*, at paragraph 65; *Lemare*, at paragraph 26).

[354] The purpose of s. 176 was addressed by the Supreme Court of Canada in *Skoke-Graham v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 106, at paragraphs 19-20. In that case, the Supreme Court of Canada was examining what was then s. 172, the identical section and precursor to what is now s. 176. The court noted as follows:

> 19. Subsection 172(3), much like subs. 172(2), is a prohibition which, by means of summary conviction penalty, protects people, who have gathered to pursue any kind of socially beneficial activity, from being purposefully disturbed or interrupted. The subsection is designed to safeguard the rights of groups of people to meet freely and to prevent the breaches of the peace which could result if these types of meetings were disrupted....
>
> 20. There is no difficulty in concluding that this prohibition, with its consequent penal sanctions, serves the needs of public morality by precluding conduct potentially injurious to the public interest.

[355] In its submissions, Manitoba directly explored the objects of s. 176. In that regard, it can be noted that s. 176 prohibits the criminal conduct of individuals who use threats or force or assault to willfully interfere with religious worship. Under s. 176(1)(a), it is a crime for a person to unlawfully obstruct or prevent officiants from celebrating a religious service by threats or force. Clearly, the impugned PHOs are legislative instruments. As Manitoba has argued, a legislative instrument or order made under a statute cannot be seen to (nor does it in the present case) use threats or force within the meaning of s. 176. Neither was it the intent of the impugned PHOs to obstruct or prevent officiants from performing religious services. Although public gatherings in a place of worship were

2021 MBQB 219 (CanLII)

temporarily closed to limit the spread of COVID-19, Manitoba is well to remind the Court that officiants could continue to attend to perform services and offer them remotely. Even if the impugned PHOs had the effect of preventing officiants from performing in-person religious services at a place of worship, they did not unlawfully do so. Indeed, the PHOs were entirely lawful instruments made under *The Public Health Act*.

[356] Section 176(1)(b) makes it a crime for a person to assault, be violent towards or arrest a religious officiant, knowing the officiant is about to perform or is returning from performing their religious duties. Clearly this is prescribed criminal conduct by individuals who knowingly interfere with an imminent religious function or one that has been performed. Nowhere in the impugned PHOs is it possible to see an authorization for anyone to assault or use violence against religious officiants. As Manitoba also clarifies, the PHOs did not authorize the arrest of a religious officiant on a civil process to prevent them from carrying out religious functions or because they just completed religious functions or duties. Instead, an officiant is allowed to carry on a religious service and deliver it remotely. In the event of any subsequent ticket that might be issued in relation to a violation of the order against gathering in a place of worship, such a ticket cannot be seen as an attempt to prevent a religious function by violence or assault.

[357] It must be noted that ss. 176(2) and (3) make it a crime for anyone to willfully disturb or interrupt an assembly of persons for religious worship. It is not however, a crime to issue a statutory order of general application intended to prevent prolonged gatherings indoors for a valid public health reason. In that sense, the impugned PHOs do not "wilfully disturb or interrupt" religious assemblies within the meaning of s. 176.

2021 MBQB 219 (CanLII)

As Manitoba emphasizes, during the "circuit break", the impugned PHOs temporarily closed places of worship to prevent in-person gatherings in order to reduce the spread of a communicable disease. Nevertheless, religious assemblies were still permitted to continue by remote means.

[358] In *Skoke-Graham v. The Queen*, the Supreme Court of Canada noted that ss. 172(2) and (3) protect people who have gathered from being purposefully disturbed or interrupted. They also noted that to be criminal, it is necessary for the conduct to be disorderly in itself or productive of disorder. As Manitoba as argued, these *Criminal Code* provisions are not intended to capture peaceful or orderly conduct. Given the above, I am not persuaded that issuing a public health order under *The Public Health Act* meets the *actus reus* of a s. 176 *Criminal Code* offence. With s. 176 of the *Criminal Code*, it would appear that Parliament was contemplating and addressing a form of disorderly conduct or agitation which interferes with religious worship not the regulation that flows from a public health order.

[359] I am not in agreement with the applicants that the impugned PHOs conflict with the operation or frustrate the purpose of s. 176 of the *Criminal Code*. As Manitoba has persuasively argued, if the applicants' argument were accepted, it would be impossible to restrict the number of people allowed in a place of worship or for that matter, to close a place of worship due to serious violations of building and fire codes. Such restriction or regulation would according to the logic of the applicants, be necessarily inoperative. Such a reading and application of s. 176, would be absurd.

2021 MBQB 219 (CanLII)

[360] Accordingly, I have determined that those sections of the impugned PHOs relating to places of worship, are not inoperative under the doctrine of paramountcy.

XI. CONCLUSION

[361] My determinations can be summarized as follows:

a. Based on the position taken by Manitoba resulting in its appropriate concession, I have determined that the impugned PHOs do indeed limit and restrict the applicants' rights and freedoms as found in ss. 2(a), 2(b), and 2(c) of the *Charter*.

b. In the circumstances of this case, it is necessary and just to address and decide the applicants' challenge respecting what they say were the alleged infringements to their ss. 7 and 15 rights under the *Charter*. Having so considered the merits of the applicants' position in respect of those alleged breaches, I have nonetheless determined that the impugned PHOs did not infringe the applicants' *Charter* rights under ss. 7 and 15.

c. Insofar as Manitoba has conceded and I have found that the alleged limitations of ss. 2(a), 2(b), and 2(c) under the *Charter*, I have also determined that the impugned restrictions in the PHOs are constitutionally justifiable as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*.

d. Respecting the applicants' administrative law ground of review, I have determined that the impugned PHOs were not *ultra vires* (in any administrative law sense) and they met the requirements of s. 3 of *The Public Health Act* insofar as they restricted rights and freedoms no

2021 MBQB 219 (CanLII)

greater than was reasonably necessary in response to the COVID-19 public health emergency.

e. Respecting the applicants' division of powers ground, I have determined that the impugned PHOs do not conflict with the operation nor do they frustrate the purpose s. 176 of the *Criminal Code* and accordingly, they are not inoperative under the doctrine of paramountcy.

[362] In light of the determinations set out above, the application is dismissed.

"Original signed by Chief Justice Glenn D. Joyal"
_____C.J.Q.B.

2021 MBQB 219 (CanLII)

TAB 29

Greater Vancouver Transportation Authority *Appellant*

v.

Canadian Federation of Students — British Columbia Component and British Columbia Teachers' Federation *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Adbusters Media Foundation and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

- and -

British Columbia Transit *Appellant*

v.

Canadian Federation of Students — British Columbia Component and British Columbia Teachers' Federation *Respondents*

and

Attorney General of New Brunswick, Attorney General of British Columbia, Adbusters Media Foundation and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Greater Vancouver Transportation Authority *Appelante*

c.

Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique et British Columbia Teachers' Federation *Intimées*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, Adbusters Media Foundation et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

- et -

British Columbia Transit *Appelante*

c.

Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique et British Columbia Teachers' Federation *Intimées*

et

Procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de la Colombie-Britannique, Adbusters Media Foundation et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

INDEXED AS: GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY *v.* CANADIAN FEDERATION OF STUDENTS — BRITISH COLUMBIA COMPONENT

Neutral citation: 2009 SCC 31.

File No.: 31845.

2008: March 25; 2009: July 10.

RÉPERTORIÉ : GREATER VANCOUVER TRANSPORTATION AUTHORITY *c.* FÉDÉRATION CANADIENNE DES ÉTUDIANTES ET ÉTUDIANTS — SECTION COLOMBIE-BRITANNIQUE

Référence neutre : 2009 CSC 31.

N° du greffe : 31845.

2008 : 25 mars; 2009 : 10 juillet.

2009 SCC 31 (CanLII)

Present: McLachlin C.J. and Bastarache,* Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron and Rothstein JJ.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Bastarache*, Binnie, LeBel, Deschamps, Fish, Abella, Charron et Rothstein.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Constitutional law — Charter of Rights — Application of Charter — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Actions brought alleging that transit authorities' policies violated freedom of expression — Whether entities which operate public transit systems "government" within meaning of s. 32 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application de la Charte — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Actions alléguant que les politiques portent atteinte à la liberté d'expression — Les entités qui exploitent des réseaux de transport en commun font-elles partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la Charte canadienne des droits et libertés?

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Advertisements on buses — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Whether advertising policies infringing freedom of expression — If so, whether infringement can be justified — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Publicité sur les autobus — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Les politiques violent-elles le droit à la liberté d'expression? — Dans l'affirmative, l'atteinte peut-elle être justifiée? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b).

Constitutional law — Charter of Rights — Reasonable limits prescribed by law — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies infringing freedom of expression —Whether policies are "law" within meaning of s. 1 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Limites raisonnables prévues par une règle de droit — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant atteinte à la liberté d'expression — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'article premier de la Charte canadienne des droits et libertés?

Constitutional law — Charter of Rights — Remedy — Transit authorities' advertising policies permitting commercial but not political advertising on public transit vehicles — Policies unjustifiably infringing freedom of expression — Declaration that policies are of "no force or effect" sought — Whether declaration ought to be based on s. 52 of Constitution Act, 1982 or s. 24(1) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether policies are "law" within meaning of s. 52 of Constitution Act, 1982.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Réparation — Politiques publicitaires de commissions de transport autorisant la publicité commerciale mais non la publicité politique sur les véhicules de transport en commun — Politiques portant indûment atteinte à la liberté d'expression — Demande d'un jugement déclarant les politiques inopérantes — Le jugement déclaratoire doit-il se fonder sur l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 ou sur l'art. 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Les politiques constituent-elles des « règles de droit » au sens de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982?

The appellant transit authorities, the Greater Vancouver Transportation Authority ("TransLink") and British Columbia Transit ("BC Transit"), operate

Les commissions de transport appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent

* Bastarache J. took no part in the judgment.

* Le juge Bastarache n'a pas participé au jugement.

2009 SCC 31 (CanLII)

public transportation systems in British Columbia. They refused to post the respondents' political advertisements on the sides of their buses on the basis that their advertising policies permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. The respondents commenced an action alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The trial judge dismissed the action, finding that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. The majority of the Court of Appeal reversed the trial judgment and declared articles 7 and 9 of the advertising policies to be of no force or effect either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on the basis of s. 24(1) of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.: Both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. BC Transit is a statutory body designated by legislation as an "agent of the government" and it cannot operate autonomously from the provincial government, since the latter has the power, by means of regulations, to exercise substantial control over its day-to-day activities. Although TransLink is not an agent of the government, it is substantially controlled by a local government entity — the Greater Vancouver Regional District — and is therefore itself a government entity. Since the transit authorities are government entities, the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. [14] [17] [21] [24-25]

The s. 2(*b*) claim should not be resolved using the *Baier* framework. The transit authorities' policies do not prevent the respondents from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. Nor can it be characterized as a positive right claim. The respondents are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded. They seek the freedom to express themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state

des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. Elles ont refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Dans l'action qu'elles ont intentée, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport portaient atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge de première instance a conclu que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé et il a rejeté l'action. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont infirmé le jugement et déclaré inopérants les articles 7 et 9 des politiques publicitaires sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit du par. 24(1) de la *Charte*.

Arrêt : Le pourvoi est rejeté.

La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein : BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Créature législative, BC Transit est désignée « mandataire du gouvernement » et ne peut fonctionner indépendamment du gouvernement provincial car ce dernier peut, par l'adoption de règlements, exercer un grand pouvoir sur ses activités quotidiennes. TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement, mais elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le district régional de Vancouver —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. [14] [17] [21] [24-25]

Il n'y a pas lieu de statuer sur l'allégation fondée sur l'al. 2*b*) en appliquant le cadre d'analyse établi dans l'arrêt *Baier*. Les politiques des commissions de transport n'empêchent pas les intimées de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer qu'elles allèguent le caractère trop restreint de la tribune, non plus qu'elles revendiquent un droit positif. Les intimées ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé. Elles réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante

2009 SCC 31 (CanLII)

interference with the content of their expression. [26] [32] [35]

In order to determine whether the expression should be denied s. 2(*b*) protection on the basis of location, the *City of Montréal* framework should be applied. This inquiry leads to the conclusion that the transit authorities' policies infringe the respondents' freedom of expression. The proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(*b*), and the location of this expression — the sides of buses — does not remove that protection. Not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression. The space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(*b*). The side of a bus is therefore a location where expressive activity is protected by s. 2(*b*) of the *Charter*. Finally, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. [36-38] [42] [46]

The limits resulting from the policies are "limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is "prescribed by law". Here, a review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink. Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for "rules" laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word "law" for the purposes of s. 1 and satisfy the "prescribed by law" requirement as the transit

qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. [26] [32] [35]

Pour déterminer si la protection de l'al. 2*b*) doit être refusée à l'expression en raison du lieu, il convient d'appliquer le cadre d'analyse de l'arrêt *Ville de Montréal*. La démarche mène à la conclusion que les politiques des commissions de transport portent atteinte à la liberté d'expression des intimées. Le contenu expressif des publicités projetées justifie leur protection *prima facie* par l'al. 2*b*), et le lieu d'expression — les côtés des autobus — n'a pas pour effet d'écarter cette protection. Il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. Le lieu permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et pourrait en fait promouvoir les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*) de la *Charte*. L'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie donc de la protection prévue à cet alinéa. Enfin, l'objet même des politiques contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en écartant le discours politique. [36-38] [42] [46]

Les restrictions découlant des politiques sont apportées « par une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*. Lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative constituant une « règle de droit ». En l'espèce, il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink. Il paraît simplement logique que le législateur qui autorise l'adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu'elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d'interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu'elles fixent des normes qui s'appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit »

2009 SCC 31 (CanLII)

authorities' advertising policies are both accessible and worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. [65] [67] [71-73]

The limits resulting from the policies are not justified under s. 1 of the *Charter*. The policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are not rationally connected to the objective. It is difficult to see how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. Moreover, the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents' interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter*. The policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression. Advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(*b*) protection. To the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter*. [76-77] [80]

With respect to remedy, the transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. The transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. Since ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*, the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and not s. 24(1) of the *Charter*. As the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, they are therefore declared

au sens de l'article premier et elles satisfont à l'exigence de la restriction « par une règle de droit » en ce qu'elles sont à la fois accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. [65] [67] [71-73]

Les restrictions découlant des politiques ne sont pas justifiées au regard de l'article premier de la *Charte*. Les politiques ont été adoptées dans le but d'offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Toutefois, l'exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 n'a pas de lien rationnel avec cet objectif. On conçoit mal que la présence d'un message politique sur le côté d'un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. En outre, le moyen choisi pour réaliser l'objectif n'est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d'exercer leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* en diffusant leurs messages. Une forme d'expression à laquelle est attaché un grand prix est totalement exclue d'un espace public qui constitue un important lieu d'expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression. On recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2*b*). Dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. [76-77] [80]

Au chapitre de la réparation, les politiques des commissions de transport constituent clairement des « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. Étant donné que l'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui sous-tend la suprématie de la *Charte*, la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par.

2009 SCC 31 (CanLII)

of no force or effect to the extent of their inconsistency. [89-90]

Per Fish J.: There is agreement that the transit authorities are subject to the *Charter*, that their advertising policies infringe s. 2(*b*) of the *Charter*, that this infringement cannot be justified under s. 1, and that the respondents are entitled to a declaration that the policies are of no force or effect. But there is disagreement with the analytical framework adopted in circumscribing freedom of expression under s. 2(*b*). [93] [100] [137]

Freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is subject to internal limits which allow government to curtail expressive activity that is inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(*b*), and it is subject as well to "external" limitation in virtue of s. 1 of the *Charter.* Two recognized internal limits are relied on by the transit authorities: the significant burden exception and the manifest incompatibility exception. Under the first, expressive activity will not normally be protected where it imposes on the government a significant burden of assistance, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. Government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. Second, expressive activity will also fall outside the protected zone of s. 2(*b*) where it is manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided. Freedom of expression is also subject to an external limitation: even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(*b*), it may be validly curtailed in virtue of s. 1 of the *Charter* pursuant "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". [95-98] [103] [105] [130-131]

24(1) de la *Charte*. Comme les politiques publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, elles peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité. [89-90]

Le juge Fish : Certes les commissions de transport sont assujetties à la *Charte*, leurs politiques publicitaires portent atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*, l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier et les intimées ont droit à un jugement déclarant les politiques inopérantes, mais il convient d'appliquer un cadre d'analyse différent pour circonscrire la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*). [93] [100] [137]

Au Canada, la liberté d'expression jouit d'une protection constitutionnelle étendue, mais non illimitée. Elle fait l'objet de limitations internes qui permettent à l'État de restreindre l'activité expressive qui est intrinsèquement incompatible avec l'objet et la raison d'être de l'al. 2*b*), ainsi que d'une limitation « externe » découlant de l'article premier de la *Charte*. Les commissions de transport invoquent deux limitations internes reconnues : l'exception de l'obligation substantielle et celle de l'incompatibilité manifeste. Suivant la première exception, l'activité expressive n'est habituellement pas protégée lorsqu'elle impose à l'État une obligation d'aide substantielle, qu'il s'agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d'ordre législatif, réglementaire ou administratif. Des dépenses et des mesures gouvernementales peuvent être entreprises d'innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l'appui de l'État. Suivant la deuxième exception, la protection de l'al. 2*b*) ne sera refusée à l'activité expressive que lorsque celle-ci sera manifestement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en cause. L'État ne devrait pas être strictement tenu d'apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu'elle vise un type d'expression qui est si clairement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace offert. La liberté d'expression fait aussi l'objet d'une limitation externe : même lorsqu'elle bénéficie de la protection prévue à l'al. 2*b*), l'activité expressive peut, suivant l'article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». [95-98] [103] [105] [130-131]

2009 SCC 31 (CanLII)

Neither the significant burden nor the manifest incompatibility exception to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(*b*) applies in this case. The respondents' request would not impose a significant burden on the transit authorities. Little change is needed to remove the infringing restrictions and the steps that would have to be taken require no meaningful expenditure of funds and no new operating initiatives of significance. They involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as "burdensome". Also, advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone manifestly incompatible — with a commercial and public service advertising facility. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the transit authorities cannot, without infringing s. 2(*b*) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law. There is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. [97] [116-117] [121] [123]

Cases Cited

By Deschamps J.

Applied: *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; **distinguished:** *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; **referred to:** *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844; *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451; *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570; *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*,

Ni l'exception de l'obligation substantielle ni celle de l'incompatibilité manifeste à la règle générale de la protection étendue que consacre l'al. 2*b*) ne s'appliquent en l'espèce. Faire droit à la demande des intimées n'imposerait pas une obligation substantielle aux commissions de transport. Peu de changements sont nécessaires pour supprimer les restrictions attentatoires, et les mesures requises n'exigent pas de dépenses importantes ni de grands changements sur le plan de l'exploitation. Ces mesures n'impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d'expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ». Aussi, la publicité renfermant un message politique n'est pas incompatible — et encore moins manifestement incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l'expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d'expression par ailleurs légale. Il n'y a pas de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. [97] [116-117] [121] [123]

Jurisprudence

Citée par la juge Deschamps

Arrêt appliqué : *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; **distinction d'avec l'arrêt :** *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; **arrêts mentionnés :** *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974); *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451; *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483; *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570; *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613;

2009 SCC 31 (CanLII)

[1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610; *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932; *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96.

By Fish J.

Referred to: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673; *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989; *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3; *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Transit Act, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5), 3(1)(c), 4(1), (4)(e), 32(2).

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), 15, 24(1), 32.

Constitution Act, 1982, s. 52.

Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 83.02.

Greater Vancouver Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, c. 30, ss. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, c. 323, ss. 2, 5 "local government", 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).

South Coast British Columbia Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, c. 30.

Authors Cited

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont.: Thomson/Carswell, 2007.

B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610; *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932; *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96.

Citée par le juge Fish

Arrêts mentionnés : *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673; *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3; *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992).

Lois et règlements cités

British Columbia Transit Act, R.S.B.C. 1996, ch. 38, art. 2(5), 3(1)c), 4(1), (4)e), 32(2).

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), 15, 24(1), 32.

Code criminel, L.R.C. 1985, ch. C-46, art. 83.02.

Greater Vancouver Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, ch. 30, art. 2(4), 8(1), (2), 14(3), (4), 25(3), 29(5), 29.1(5), 133(5).

Local Government Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323, art. 2, 5 « local government », 173, 174, 266(1), 783(1), 796(1), 803(1).

Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.

South Coast British Columbia Transportation Authority Act, S.B.C. 1998, ch. 30.

Doctrine citée

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5th ed. Scarborough, Ont. : Thomson/Carswell, 2007.

2009 SCC 31 (CanLII)

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto: Carswell, 1989.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Southin, Prowse and Lowry JJ.A.), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, reversing a decision of Halfyard J., 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Appeal dismissed.

David F. Sutherland and *Clark Roberts*, for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority.

George K. Macintosh, *Q.C.*, and *Timothy Dickson*, for the appellant the British Columbia Transit.

Mark G. Underhill and *Catherine J. Boies Parker*, for the respondents.

Gaétan Migneault, for the intervener the Attorney General of New Brunswick.

Neena Sharma and *Jennifer J. Stewart*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Ryan D. W. Dalziel and *Audrey Boctor*, for the intervener the Adbusters Media Foundation.

Chris W. Sanderson, *Q.C.*, and *Chelsea D. Wilson*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ. was delivered by

[1] DESCHAMPS J. — Can government entities, in managing their property, disregard the right of individuals to political expression in public places? The appellant transit authorities answered this question in the affirmative and refused to post the respondents' political advertisements on the sides of buses on the basis that their advertising policies

Holland, Denys C., and John P. McGowan. *Delegated Legislation in Canada*. Toronto : Carswell, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Southin, Prowse et Lowry), 2006 BCCA 529, 275 D.L.R. (4th) 221, [2007] 4 W.W.R. 575, 233 B.C.A.C. 81, 386 W.A.C. 81, 64 B.C.L.R. (4th) 29, 148 C.R.R. (2d) 203, [2006] B.C.J. No. 3042 (QL), 2006 CarswellBC 2887, qui a infirmé une décision du juge Halfyard, 2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403, 139 C.R.R. (2d) 148, [2006] B.C.J. No. 729 (QL), 2006 CarswellBC 865. Pourvoi rejeté.

David F. Sutherland et *Clark Roberts*, pour l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority.

George K. Macintosh, *c.r.*, et *Timothy Dickson*, pour l'appelante British Columbia Transit.

Mark G. Underhill et *Catherine J. Boies Parker*, pour les intimées.

Gaétan Migneault, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Neena Sharma et *Jennifer J. Stewart*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Ryan D. W. Dalziel et *Audrey Boctor*, pour l'intervenante Adbusters Media Foundation.

Chris W. Sanderson, *c.r.*, et *Chelsea D. Wilson*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein rendu par

[1] LA JUGE DESCHAMPS — Un organisme public peut-il gérer ses biens sans égard au droit des particuliers à l'expression politique dans un espace ou un endroit public? Les commissions de transport appelantes ont estimé qu'elles le pouvaient. Elles ont donc refusé de diffuser les publicités à caractère politique des intimées sur les côtés de leurs

2009 SCC 31 (CanLII)

permit commercial but not political advertising on public transit vehicles. This appeal raises the issues of whether those policies must comply with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, whether they violate the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression and whether such a breach can give rise to a declaration that the policies are invalid under s. 52 of the *Constitution Act, 1982*.

1. Facts and Judicial History

[2] The appellants, the Greater Vancouver Transportation Authority ("TransLink") and British Columbia Transit ("BC Transit"), are corporations that operate public transportation systems in British Columbia. TransLink is responsible for running the transit system in the area under the jurisdiction of the Greater Vancouver Regional District ("GVRD"), whereas BC Transit operates in British Columbia communities outside the GVRD. For years, the appellants (the "transit authorities") have earned revenue by posting advertisements on their buses.

[3] In the summer and fall of 2004, the respondents, the Canadian Federation of Students — British Columbia Component ("CFS") and the British Columbia Teachers' Federation ("BCTF"), attempted to purchase advertising space on the sides of buses operated by the transit authorities. The CFS, a society which represents thousands of college and university students in B.C., sought to encourage more young people to vote in a provincial election scheduled for May 17, 2005 by posting, on buses, advertisements about the election. The first advertisement, which was to run the length of the bus, would have depicted a silhouette of a crowd at a concert with the following text:

Register now. Learn the issues. Vote May 17, 2005.
ROCKTHEVOTEBC.com

The second advertisement was a "banner ad" placed along the top of the bus which would have read in one long line as follows:

autobus au motif que leurs politiques en la matière autorisaient la publicité commerciale, mais non la publicité politique, sur les véhicules de transport en commun. Le présent pourvoi soulève la question de savoir si ces politiques doivent respecter la *Charte canadienne des droits et libertés*. Dans l'affirmative, la Cour doit déterminer si les politiques portent atteinte à la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* et, le cas échéant, s'il y a lieu de les invalider en application de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

1. Faits et historique des procédures judiciaires

[2] Les sociétés appelantes, Greater Vancouver Transportation Authority (« TransLink ») et British Columbia Transit (« BC Transit »), exploitent des réseaux de transport en commun en Colombie-Britannique. TransLink gère le réseau de transport dans le territoire qui relève du district régional de Vancouver (« DRV »), et BC Transit exerce ses activités ailleurs en Colombie-Britannique. Depuis des années, les appelantes (les « commissions de transport ») tirent des revenus de l'affichage d'annonces dans l'espace publicitaire de leurs autobus.

[3] À l'été et à l'automne 2004, les intimées, la Fédération canadienne des étudiantes et étudiants — Section Colombie-Britannique (« FCEE ») et la British Columbia Teachers' Federation (« BCTF »), ont tenté de louer l'espace publicitaire sur les côtés des autobus des commissions de transport. Représentant des milliers d'étudiants des niveaux collégial et universitaire en Colombie-Britannique, la FCEE voulait, au moyen de messages publicitaires affichés sur les autobus, inciter les jeunes à voter aux élections provinciales du 17 mai 2005. Dans la première publicité devant occuper toute la longueur de l'autobus, la silhouette d'une foule assistant à un concert était accompagnée du texte suivant :

[TRADUCTION] Inscrivez-vous maintenant. Renseignez-vous sur les enjeux. Votez le 17 mai 2005.
ROCKTHEVOTEBC.com

La deuxième publicité — une bande censée occuper la partie supérieure de l'autobus — comportait le texte suivant sur une seule et même ligne :

2009 SCC 31 (CanLII)

Tuition fees ROCKTHEVOTEBC.com Minimum wage ROCKTHEVOTEBC.com Environment ROCKTHEVOTE BC.com

The BCTF, a society and trade union which is the exclusive bargaining agent for more than 40,000 public school teachers in B.C., sought to voice its concern about changes in the public education system by posting the following message:

2,500 fewer teachers, 114 schools closed.
Your kids. Our students. Worth speaking out for.

[4] The transit authorities refused to post the respondents' advertisements on the basis that such advertisements were not permitted by their advertising policies. The transit authorities had adopted essentially identical advertising policies, which included the following provisions:

POLICY:

. . .

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

. . .

Standards and Limitations

. . .

7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

. . .

9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

[TRADUCTION] Frais de scolarité ROCKTHEVOTE BC.com Salaire minimum ROCKTHEVOTEBC.com Environnement ROCKTHEVOTEBC.com

Pour sa part, la BCTF, organisation syndicale et unique agent de négociation de plus de 40 000 enseignants de la Colombie-Britannique, voulait faire connaître son inquiétude au sujet de changements survenus dans le système d'éducation public. Son message était le suivant :

[TRADUCTION] 2 500 enseignants en moins. 114 écoles fermées.
Vos enfants. Nos élèves. Ça vaut la peine de se faire entendre.

[4] Les commissions de transport ont refusé les messages des intimées au motif que leur diffusion était contraire à leurs politiques publicitaires. Chacune de ces politiques essentiellement identiques comportait les dispositions suivantes :

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

. . .

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

. . .

Conditions et restrictions

. . .

7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

. . .

9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

2009 SCC 31 (CanLII)

[5] The respondents commenced the present action, alleging that articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies had violated their right to freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. The respondents restricted their claim for relief to a declaration, "pursuant to s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, that [articles] 2, 7 and 9 of the advertising policies are unconstitutional and of no force and effect".

[6] Halfyard J. of the British Columbia Supreme Court dismissed the action (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). He determined that both BC Transit and TransLink were subject to the *Charter* since they were "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. However, he concluded, on the basis of the factors set out in *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"), and in *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974), that the respondents' right to freedom of expression had not been infringed. In his view, since there was no history of permitting political or advocacy advertising on the sides of buses, the location was not a "public place".

[7] Halfyard J. went on to state that, had he found that the transit authorities' policies infringed the respondents' freedom of expression, he would have concluded that the total ban on political and other advocacy advertising was not a reasonably minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects. Nevertheless, he would have found that the advertising policies failed the s. 1 test on the basis that the limits they imposed were not limits prescribed by law.

[8] The British Columbia Court of Appeal reversed the trial judgment (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). On the question of freedom of expression, Prowse J.A., writing for the majority, concluded that the trial judge had erred in finding that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' right to freedom of expression. In her view, Halfyard J. had

[5] Dans l'action à l'origine du présent pourvoi, les intimées ont allégué que les articles 2, 7 et 9 des politiques des commissions de transport avaient porté atteinte à leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles n'ont demandé, à titre de réparation, qu'un jugement [TRADUCTION] « fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* déclarant inconstitutionnels et inopérants les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires ».

[6] Le juge Halfyard de la Cour suprême de la Colombie-Britannique les a déboutées (2006 BCSC 455, 266 D.L.R. (4th) 403). Il a statué que BC Transit et TransLink étaient assujetties à la *Charte* puisqu'elles faisaient partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*, mais que le droit des intimées à la liberté d'expression n'avait pas été violé au regard des facteurs énoncés dans l'arrêt *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »), et dans la décision *Lehman c. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974). À son avis, le côté d'un autobus ne constituait pas un « espace public » parce que la publicité politique ou partisane n'y avait jamais été autorisée.

[7] Le juge Halfyard a ajouté que si les politiques des commissions de transport avaient violé le droit à la liberté d'expression des intimées, l'interdiction totale de la publicité politique ou partisane n'aurait pas constitué une atteinte raisonnablement minimale à la liberté d'expression, et les avantages allégués de la limitation de la publicité ne l'auraient pas emporté sur ses effets préjudiciables. Il aurait en outre conclu que les politiques publicitaires ne résistaient pas à l'analyse fondée sur l'article premier puisque, selon lui, les restrictions qu'elles prévoyaient n'étaient pas apportées par une règle de droit.

[8] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a infirmé le jugement de première instance (2006 BCCA 529, 64 B.C.L.R. (4th) 29). Au sujet de la liberté d'expression, la juge Prowse a estimé au nom des juges majoritaires que le juge de première instance avait commis une erreur en concluant que les politiques publicitaires des commissions de transport ne violaient pas le droit à la liberté d'expression

2009 SCC 31 (CanLII)

erred, in applying *City of Montréal*, in considering the content of the advertisement and had mistakenly elevated the historical use of the sides of buses from a potential indicator that a place is a "public place" to an actual prerequisite for finding that it is. According to Prowse J.A., BC Transit and TransLink had a history of permitting advertising on their buses, and expression in this location could not therefore be viewed as inimical to the function of the buses as vehicles for public transportation.

[9] Regarding s. 1 of the *Charter*, Prowse J.A. declined to embark on her own analysis of whether the transit authorities' policies were "law" within the meaning of s. 1, and she neither accepted nor rejected the trial judge's finding on the issue. She felt that it was inappropriate to engage in this discussion given that the parties' submissions on s. 1 were insufficient. On a similar basis, she chose not to rule definitively on the issues of remedy, merely stating that if the policies were "law" within the meaning of s. 1, she could make an order under s. 52, and if they were not "law", she also had jurisdiction under s. 24(1) to make a similar order. Thus, she declared, without identifying the remedial provision upon which her order was actually based, that articles 7 and 9 of the advertising policies were of no force or effect. Although the validity of article 2 was raised before the trial judge, it was not referred to in the conclusion of the Court of Appeal.

[10] Southin J.A., dissenting, would have dismissed the appeal. In her view, what was at issue was the freedom of expression of both the transit authorities and the respondents. According to Southin J.A.'s interpretation, s. 2(*b*) includes a freedom not to publish a message or, in other words, it does not confer a right of access to "media of communication". Furthermore, in her view, there were no signs of state oppression in the transit authorities' refusal to post the respondents' advertisements.

des intimées. Selon elle, le juge Halfyard avait eu tort d'appliquer l'arrêt *Ville de Montréal* en tenant compte de la teneur de la publicité et en considérant l'utilisation antérieure des côtés des autobus non plus comme un simple indice possible du caractère public d'un espace, mais comme une condition essentielle à une conclusion en ce sens. À ses yeux, BC Transit et TransLink ayant déjà autorisé la publicité sur leurs autobus, on ne pouvait alors considérer que l'expression y était incompatible avec la fonction des véhicules, à savoir le transport en commun.

[9] Pour ce qui est de l'article premier de la *Charte*, la juge Prowse a refusé d'entreprendre sa propre analyse quant à savoir si la politique de chacune des commissions de transport constituait une « règle de droit ». Elle n'a ni accepté ni rejeté la conclusion du juge de première instance sur ce point. Cette analyse lui a paru inopportune, car les prétentions des parties portant sur l'article premier étaient insuffisantes. Pour les mêmes raisons, elle a décidé de ne pas se prononcer de façon définitive sur la question de la réparation, se contentant de dire que si chacune des politiques constituait une « règle de droit » au sens de l'article premier, elle pourrait rendre l'ordonnance en application de l'art. 52 et, dans le cas contraire, elle pourrait se prévaloir du par. 24(1) pour rendre une ordonnance au même effet. Sans préciser la disposition réparatrice en vertu de laquelle elle le faisait, elle a donc déclaré inopérants les articles 7 et 9 de chacune des politiques publicitaires. Bien que la validité de l'article 2 ait été soulevée devant le juge de première instance, la conclusion de la Cour d'appel ne mentionne pas cet article.

[10] Dissidente, la juge Southin aurait rejeté l'appel. À son avis, le litige opposait la liberté d'expression des commissions de transport à celle des intimées. Suivant son interprétation, l'al. 2*b*) comprenait la liberté de ne pas diffuser un message ou, en d'autres termes, il ne conférait aucun droit d'accès aux « moyens de communication ». En outre, elle ne voyait aucune manifestation d'oppression par l'État dans le refus des commissions de transport de diffuser les publicités des intimées.

2009 SCC 31 (CanLII)

[11] The transit authorities sought and were granted leave to appeal to this Court with respect to the constitutional validity of articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' policies.

2. Issues

[12] There are four issues in this appeal: (1) whether the entities which operate the public transit systems in the GVRD and elsewhere in British Columbia are subject to the *Charter*; (2) if so, whether the impugned policies adopted by these entities infringe the respondents' right to freedom of expression; (3) if so, whether the limits imposed by those policies are "reasonable limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*; and (4) whether a declaration can be made under s. 52 of the *Constitution Act, 1982* with respect to the policies.

3. Analysis

3.1 *Section 32 of the Charter: The Principles*

[13] Section 32 identifies the entities to which the *Charter* applies. It reads:

> **32.** (1) This Charter applies
>
> (*a*) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and
>
> (*b*) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

[14] On the face of the provision, the *Charter* applies not only to Parliament, the legislatures and the government themselves, but also to all matters within the authority of those entities. In *Godbout v. Longueuil (City)*, [1997] 3 S.C.R. 844, La Forest J. explained the rationale for the broad reach of s. 32 as follows (at para. 48):

> Were the *Charter* to apply only to those bodies that are institutionally part of government but not to those

[11] Les commissions de transport ont obtenu la permission d'en appeler devant notre Cour concernant la validité constitutionnelle des articles 2, 7 et 9 de leurs politiques publicitaires.

2. Questions en litige

[12] Quatre questions sont en litige. Premièrement, les sociétés qui exploitent les réseaux de transport en commun dans le DRV et ailleurs en Colombie-Britannique sont-elles assujetties à la *Charte*? Deuxièmement, dans l'affirmative, les politiques contestées adoptées par les sociétés portent-elles atteinte au droit à la liberté d'expression des intimées? Troisièmement, dans l'affirmative, chacune de ces politiques constitue-t-elle une « règle de droit » établissant des limites raisonnables au sens de l'article premier de la *Charte*? Et quatrièmement, ces politiques peuvent-elles faire l'objet d'un jugement déclaratoire fondé sur l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3. Analyse

3.1 *Les principes sous-tendant l'art. 32 de la Charte*

[13] L'article 32, qui détermine l'assujettissement à la *Charte*, est libellé comme suit :

> **32.** (1) La présente charte s'applique :
>
> *a*) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;
>
> *b*) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

[14] Il appert de cette disposition que la *Charte* s'applique non seulement au Parlement, aux législatures et au gouvernement lui-même, mais aussi à tous les domaines relevant d'eux. Dans l'arrêt *Godbout c. Longueuil (Ville)*, [1997] 3 R.C.S. 844, le juge La Forest explique la raison d'être de la grande portée de l'art. 32 (par. 48) :

> Si la *Charte* devait en effet ne s'appliquer qu'aux organismes faisant institutionnellement partie du

2009 SCC 31 (CanLII)

that are — as a simple matter of fact — governmental in nature (or performing a governmental act), the federal government and the provinces could easily shirk their *Charter* obligations by conferring certain of their powers on other entities and having those entities carry out what are, in reality, governmental activities or policies. In other words, Parliament, the provincial legislatures and the federal and provincial executives could simply create bodies distinct from themselves, vest those bodies with the power to perform governmental functions and, thereby, avoid the constraints imposed upon their activities through the operation of the *Charter*. Clearly, this course of action would indirectly narrow the ambit of protection afforded by the *Charter* in a manner that could hardly have been intended and with consequences that are, to say the least, undesirable. Indeed, in view of their fundamental importance, *Charter* rights must be safeguarded from possible attempts to narrow their scope unduly or to circumvent altogether the obligations they engender. [Emphasis added.]

[15] In *Eldridge v. British Columbia (Attorney General)*, [1997] 3 S.C.R. 624, La Forest J. reviewed the position the Court had taken in *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229 (university), *Harrison v. University of British Columbia*, [1990] 3 S.C.R. 451 (university), *Stoffman v. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 S.C.R. 483 (hospital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570 (college), and *Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 S.C.R. 211 (college), on the issue of the status of various entities as "government". Writing for a unanimous Court, he summarized the applicable principles as follows (at para. 44):

. . . the *Charter* may be found to apply to an entity on one of two bases. First, it may be determined that the entity is itself "government" for the purposes of s. 32. This involves an inquiry into whether the entity whose actions have given rise to the alleged *Charter* breach can, either by its very nature or in virtue of the degree of governmental control exercised over it, properly be characterized as "government" within the meaning of s. 32(1). In such cases, all of the activities of the entity will be subject to the *Charter*, regardless of whether the activity in which it is engaged could, if performed by a

gouvernement et non à ceux qui sont de nature gouvernementale (ou qui accomplissent des actes gouvernementaux) dans les faits, le gouvernement fédéral et les provinces pourraient facilement se soustraire aux obligations que la *Charte* leur impose en octroyant certains de leurs pouvoirs à d'autres entités et en leur faisant exécuter des fonctions ou appliquer des politiques qui sont, en réalité, gouvernementales. Autrement dit, le Parlement, les législatures provinciales et la branche exécutive des gouvernements fédéral ou provinciaux n'auraient qu'à créer des organismes distincts d'eux et à leur conférer le pouvoir d'exécuter des fonctions gouvernementales pour échapper aux contraintes que la *Charte* impose à leurs activités. De toute évidence, cette façon de faire réduirait indirectement la portée de la protection prévue par la *Charte* d'une manière que le législateur pourrait difficilement avoir voulue et entraînerait des conséquences pour le moins indésirables. En effet, compte tenu de leur importance fondamentale, les droits garantis par la *Charte* doivent être protégés contre toute tentative visant à en réduire indûment la portée ou à échapper complètement aux obligations qui en découlent. [Je souligne.]

[15] Dans l'arrêt *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, le juge La Forest s'est penché sur le point de vue adopté par la Cour dans les arrêts *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 (université), *Harrison c. Université de la Colombie-Britannique*, [1990] 3 R.C.S. 451 (université), *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 (hôpital), *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570 (collège), et *Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l'Ontario*, [1991] 2 R.C.S. 211 (collège), au sujet du caractère « gouvernemental » de diverses entités. Au nom des juges unanimes de la Cour, il résume comme suit les principes applicables (par. 44) :

. . . il peut être jugé que la *Charte* s'applique à une entité pour l'une ou l'autre des deux raisons suivantes. Premièrement, il peut être décidé que l'entité elle-même fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Une telle conclusion requiert l'examen de la question de savoir si l'entité dont les actes ont suscité l'allégation d'atteinte à la *Charte* peut — soit de par sa nature même, soit à cause du degré de contrôle exercé par le gouvernement sur elle — être à juste titre considérée comme faisant partie du « gouvernement » au sens du par. 32(1). En pareil cas, toutes les activités de l'entité sont assujetties à la *Charte*,

2009 SCC 31 (CanLII)

non-governmental actor, correctly be described as "private". Second, an entity may be found to attract *Charter* scrutiny with respect to a particular activity that can be ascribed to government. This demands an investigation not into the nature of the entity whose activity is impugned but rather into the nature of the activity itself. In such cases, in other words, one must scrutinize the quality of the act at issue, rather than the quality of the actor. If the act is truly "governmental" in nature — for example, the implementation of a specific statutory scheme or a government program — the entity performing it will be subject to review under the *Charter* only in respect of that act, and not its other, private activities.

[16] Thus, there are two ways to determine whether the *Charter* applies to an entity's activities: by enquiring into the nature of the entity or by enquiring into the nature of its activities. If the entity is found to be "government", either because of its very nature or because the government exercises substantial control over it, all its activities will be subject to the *Charter*. If an entity is not itself a government entity but nevertheless performs governmental activities, only those activities which can be said to be governmental in nature will be subject to the *Charter*.

3.1.1 Application of the Principles to the Transit Authorities

[17] In this Court, BC Transit does not address the trial judge's conclusion that it is itself "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. It is clearly a government entity. It is a statutory body designated by legislation as an "agent of the government", with a board of directors whose members are all appointed by the Lieutenant Governor in Council (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, c. 38, ss. 2(5) and 4(1)). Moreover, the Lieutenant Governor in Council has the power to manage BC Transit's affairs and operations by means of regulations (s. 32(2)). Thus, BC Transit cannot be said to be operating autonomously from the provincial government, since the latter has the power to exercise substantial control over its day-to-day activities.

indépendamment du fait que l'activité en cause pourrait à juste titre être qualifiée de « privée » si elle était exercée par un acteur non gouvernemental. Deuxièmement, une activité particulière d'une entité peut être sujette à révision en vertu de la *Charte* si cette activité peut être attribuée au gouvernement. Il convient alors d'examiner non pas la nature de l'entité dont l'activité est contestée, mais plutôt la nature de l'activité elle-même. Autrement dit, il faut, en pareil cas, s'interroger sur la qualité de l'acte en cause plutôt que sur la qualité de l'acteur. Si l'acte est vraiment de nature « gouvernementale » — par exemple, la mise en œuvre d'un régime légal ou d'un programme gouvernemental donné — l'entité qui en est chargée est assujettie à l'examen fondé sur la *Charte*, mais seulement en ce qui a trait à cet acte, et non à ses autres activités privées.

[16] Deux avenues s'offrent donc pour déterminer si la *Charte* s'applique aux activités d'une entité : l'examen de la nature de l'entité ou celui de ses activités. Si on conclut que l'entité fait partie du « gouvernement », soit par sa nature même, soit à cause du pouvoir substantiel que l'État exerce sur elle, toutes ses activités sont assujetties à la *Charte*. Si l'entité comme telle ne fait pas partie du gouvernement, mais qu'elle exerce tout de même des activités gouvernementales, seules les activités pouvant être qualifiées de gouvernementales par nature sont assujetties à la *Charte*.

3.1.1 Application des principes aux commissions de transport

[17] Devant notre Cour, BC Transit n'a formulé aucune observation concernant la conclusion du juge de première instance selon laquelle elle fait elle-même partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il s'agit clairement d'une entité gouvernementale par nature. Créature législative, elle est désignée [TRADUCTION] « mandataire du gouvernement » et dotée d'un conseil d'administration dont les membres sont tous nommés par le lieutenant-gouverneur en conseil (*British Columbia Transit Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 38, par. 2(5) et 4(1)). En outre, ce dernier a le pouvoir de diriger les activités de BC Transit par l'adoption de règlements (par. 32(2)). BC Transit ne peut donc pas être considérée comme une entité indépendante du gouvernement provincial, car ce dernier a un grand pouvoir sur son fonctionnement quotidien.

2009 SCC 31 (CanLII)

[18] As for TransLink, it argues that the trial judge and the majority of the Court of Appeal erred in finding that it is "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Prowse J.A. found that because TransLink is controlled by the GVRD, which itself is "government" within the meaning of s. 32, it is an apparatus of government. She based her finding that the GVRD was governmental in nature on s. 5 of the *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323 ("LGA"), which defines "local government" as "the council of a municipality" and "the board of a regional district". She added that regional districts are corporations (s. 173), that they are governed by boards (s. 174) and that the boards consist of municipal directors and electoral area directors (s. 783(1)). Furthermore, the LGA describes regional districts as "independent, responsible and accountable order[s] of government within their jurisdiction" and states that a regional district is intended to provide "good government for its community" (s. 2(a)). The GVRD therefore clearly falls within the definition of "local government".

[18] Pour sa part, TransLink prétend que le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu à tort qu'elle fait partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. La juge Prowse est arrivée à la conclusion que TransLink appartient à l'appareil gouvernemental parce qu'elle relève du DRV, qui fait lui-même partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32. Sa conclusion que le DRV est par nature assimilable au gouvernement repose sur l'art. 5 de la *Local Government Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323 (« LGA »), suivant lequel [TRADUCTION] « gouvernement local » s'entend du « conseil d'une municipalité » et du « conseil d'un district régional ». La juge a en outre fait observer qu'un district régional est une société (art. 173), que dirige un conseil (art. 174), lui-même composé d'administrateurs municipaux et d'administrateurs de secteurs électoraux (par. 783(1)). De plus, la LGA dispose que le district régional est un [TRADUCTION] « palier de gouvernement indépendant et responsable sur son territoire » et que sa raison d'être est de veiller au [TRADUCTION] « bon gouvernement dans l'intérêt de la collectivité » (al. 2a)). Le DRV est donc clairement un « gouvernement local ».

[19] One might add to the criteria upon which Prowse J.A. based her conclusion the facts that, subject to specific limitations established in the LGA, a regional district may operate any service that the board considers necessary or desirable for its geographic area (s. 796(1)), and that it may recover the costs of its services (s. 803(1)). Moreover, the board of a regional district has the power to make bylaws which are enforceable by fine or by imprisonment (s. 266(1)). Consequently, not only is the GVRD designated as "government" in the LGA, but the legislature has granted it powers consistent with that status.

[19] On pourrait ajouter aux critères invoqués par la juge Prowse le fait que, sous réserve des restrictions particulières établies en vertu de la LGA, un district régional peut exploiter tout service que le conseil juge nécessaire ou souhaitable sur son territoire (par. 796(1)) et recouvrer le coût de ses services (par. 803(1)). Par ailleurs, son conseil peut prendre des règlements et les faire respecter au moyen d'amendes ou de peines d'emprisonnement (par. 266(1)). Ainsi, le DRV fait non seulement partie du « gouvernement » suivant la LGA, mais le législateur lui accorde des pouvoirs en conséquence.

[20] Having established that the GVRD is "government", Prowse J.A. went on to conclude that the GVRD exercises substantial control over TransLink:

[20] Après avoir déterminé que le DRV fait partie du « gouvernement », la juge Prowse conclut qu'il exerce un grand pouvoir sur TransLink :

. . . the GVRD has substantial control over the day-to-day operations of TransLink which, when combined with the GVRD's powers to appoint the vast majority of

[TRADUCTION] . . . le DRV exerce sur le fonctionnement quotidien de TransLink un grand pouvoir qui, jumelé à celui de nommer la grande majorité des membres du

2009 SCC 31 (CanLII)

the members of TransLink's board of directors, satisfies the control test posited by the authorities. To the extent that the GVRD does not have complete control over TransLink, control is shared by the provincial government. In either case, I conclude that TransLink cannot be viewed to be operating independently or autonomously in a manner similar to either universities or hospitals. It has no independent agenda other than that provided in its constituent *Act* and no history of being an entity independent of government. [para. 93]

[21] Prowse J.A. came to this conclusion after reviewing the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, and remarking that the GVRD must appoint 12 of the 15 directors on TransLink's board (s. 8(1) and (2)) and must ratify TransLink's strategic transportation plan (s. 14(4)), that TransLink must "prepare all its capital and service plans and policies and carry out all its activities and services in a manner that is consistent with its strategic transportation plan" (s. 14(3)), and that the GVRD must ratify bylaws relating to a variety of taxes and levies (ss. 25(3), 29(5), 29.1(5) and 133(5)). Although TransLink is not an agent of the government, Prowse J.A. concluded that it is substantially controlled by a local government entity — the GVRD — and is therefore itself a government entity. The control mechanisms are substantial, and I agree with Prowse J.A.'s analysis and conclusion on this issue.

[22] The conclusion that TransLink is a government entity is also supported by the principle enunciated by La Forest J. in *Eldridge* (at para. 42) and *Godbout* (at para. 48) that a government should not be able to shirk its *Charter* obligations by simply conferring its powers on another entity. The creation of TransLink by statute in 1998 and the partial vesting by the province of control over the region's public transit system in the GVRD was not a move towards the privatization of transit services, but an administrative restructuring designed to place more power in the hands of local governments (B.C.C.A. reasons, at paras. 75-79). The devolution of provincial responsibilities for public transit to the GVRD cannot therefore be viewed as having created a "*Charter*-free" zone for the public transit system in Greater Vancouver.

conseil d'administration, satisfait au critère établi par la jurisprudence. Dans la mesure où TransLink ne relève pas entièrement du DRV, elle relève aussi en partie du gouvernement provincial. Dans un cas comme dans l'autre, j'arrive à la conclusion que TransLink ne peut être considérée comme une entité exerçant ses activités de façon indépendante à l'instar d'une université ou d'un hôpital. Elle n'a pas d'autres objectifs que ceux prévus dans sa loi constitutive et elle n'a jamais constitué une entité indépendante du gouvernement. [par. 93]

[21] La juge Prowse arrive à cette conclusion après avoir constaté que suivant la *Greater Vancouver Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, le DRV nomme 12 des 15 administrateurs de TransLink (par. 8(1) et (2)) et ratifie son plan stratégique de transport (par. 14(4)), TransLink [TRADUCTION] « établit ses plans et ses politiques en matière d'immobilisations et de services, exerce ses activités et offre ses services conformément à son plan stratégique de transport » (par. 14(3)) et le DRV ratifie les règlements se rapportant à divers taxes et prélèvements (par. 25(3), 29(5), 29.1(5) et 133(5)). TransLink n'est pas un mandataire du gouvernement mais, pour la juge Prowse, elle est en grande partie assujettie au gouvernement local — le DRV —, de sorte qu'il s'agit d'une entité gouvernementale. Les indices de cet assujettissement sont importants, et je suis d'accord avec l'analyse et la conclusion de la juge Prowse sur ce point.

[22] Le principe énoncé par le juge La Forest dans les arrêts *Eldridge* (par. 42) et *Godbout* (par. 48) — le gouvernement ne devrait pas pouvoir se soustraire aux obligations que lui impose la *Charte* en octroyant simplement ses pouvoirs à une autre entité — étaye également la conclusion que TransLink est une entité gouvernementale. La création légale de TransLink en 1998 et le transfert partiel au DRV du pouvoir de la province sur le réseau de transport en commun de la région ne visaient pas la privatisation des services de transport, mais plutôt la réorganisation administrative par l'octroi de pouvoirs accrus aux gouvernements locaux (motifs de la Cour d'appel, par. 75-79). On ne saurait donc conclure que ce transfert de pouvoirs provinciaux au DRV a soustrait le réseau de transport en commun du Grand Vancouver à l'application de la *Charte*.

2009 SCC 31 (CanLII)

[23] At this point, I should mention that the legislation considered by the courts below has been repealed since the time of the events at issue in this case. Pursuant to the *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, c. 30, TransLink's activities are now conducted by the South Coast British Columbia Transportation Authority. The provisions of the new statute are not before the Court, and I need not comment on them here.

[24] In summary, both BC Transit and TransLink are "government" within the meaning of s. 32 of the *Charter*. Consequently, it is not necessary to enquire into the nature of individual activities, because all their activities are subject to the *Charter*, regardless of whether a given activity can correctly be described as "private" (*Eldridge*, at para. 44).

3.2 *Section 2(b) of the Charter*

[25] Since I have established that, for the purposes of s. 32 of the *Charter*, the transit authorities are government entities, it follows that the *Charter* applies to all their activities, including the operation of the buses they own. As I mentioned above, the transit authorities have earned revenues from advertising posted on their buses for years. BC Transit has permitted advertising inside its buses since the 1980s and on the outsides for over a decade, and TransLink has permitted advertising on the outsides of its buses ever since it came into existence in 1998. The transit authorities' policies, which regulate both the content and the form of advertisements, are at the heart of the debate. The respondents sought to post various advertisements on the sides of buses, and their requests were rejected by the transit authorities on the basis that articles 2, 7 and 9 of the policies prohibited political advertisements or advertisements of a controversial nature.

[26] The respondents submit that articles 2, 7 and 9 unjustifiably infringe their rights under s. 2(*b*) of the *Charter*. In the respondents' view, their claim centres on the use of government property for public expression without undue state interference with the content of their expression, and should

[23] Signalons au passage que les dispositions législatives considérées par les tribunaux inférieurs ont été abrogées depuis les événements à l'origine du litige. La *South Coast British Columbia Transportation Authority Act*, S.B.C. 1998, ch. 30, confie désormais les activités de TransLink à South Coast British Columbia Transportation Authority. Les dispositions de la nouvelle loi ne sont pas visées par le présent pourvoi, et il n'y a pas lieu de les commenter.

[24] En résumé, BC Transit et TransLink font toutes deux partie du « gouvernement » au sens de l'art. 32 de la *Charte*. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la nature de chacune de leurs activités, car elles sont toutes assujetties à la *Charte*, peu importe qu'elles puissent à juste titre être qualifiées de « privées » (arrêt *Eldridge*, par. 44).

3.2 *L'alinéa 2b) de la Charte*

[25] Puisque les commissions de transport constituent des entités gouvernementales aux fins de l'art. 32 de la *Charte*, toutes leurs activités, y compris l'exploitation des autobus qu'elles possèdent, sont assujetties à la *Charte*. Je rappelle que depuis des années, les commissions de transport tirent des revenus de la publicité sur les autobus. BC Transit autorise la publicité à l'intérieur des véhicules depuis les années 1980 et à l'extérieur depuis plus d'une décennie. TransLink autorise la publicité sur la partie extérieure des autobus depuis sa création en 1998. Les commissions de transport réglementent le contenu et la forme de la publicité. Leurs politiques en la matière sont au cœur du litige. Les intimées ont demandé l'affichage de différentes publicités sur les côtés des autobus, et les commissions de transport ont refusé au motif que les articles 2, 7 et 9 de leur politique respective interdisaient la publicité politique ou celle prêtant à controverse.

[26] Les intimées soutiennent que les articles 2, 7 et 9 portent indûment atteinte aux droits que leur garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles disent revendiquer le droit à l'utilisation de biens gouvernementaux aux fins d'expression publique sans restriction injustifiée de la teneur de leur expression par l'État, de

2009 SCC 31 (CanLII)

therefore be resolved using the analysis for public space expression set out by this Court in *City of Montréal*. The transit authorities counter that the respondents are seeking to gain access to a particular platform for expression and that they are invoking the *Charter* to place these government entities under a positive obligation to make buses available for their expression. More specifically, BC Transit describes the respondents' claim as one of underinclusion on the basis that they are seeking to have the scope of the advertising service extended to include political advertising. In addition, both BC Transit and TransLink characterize the claim as a positive rights claim on the basis that the respondents cannot engage in the expression at issue without their support or enablement. Accordingly, the transit authorities state that the claim should be resolved using the framework set out in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, rather than by applying the *City of Montréal* test, as the trial judge and the majority of the Court of Appeal have done in the case at bar.

[27] This Court has long taken a generous and purposive approach to the interpretation of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295). It has not departed from this general principle in the context of s. 2(*b*): *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, at p. 588; *Ford v. Quebec (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 712, at pp. 748-49 and 766-67; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697. An activity by which one conveys or attempts to convey meaning will *prima facie* be protected by s. 2(*b*) (*Irwin Toy*, at pp. 968-69). Furthermore, the Court has recognized that s. 2(*b*) protects an individual's right to express him or herself in certain public places (*Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139 (airports); *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084 (utility poles); and *City of Montréal*, at para. 61 (city streets)). Therefore, not only is expressive activity *prima facie* protected, but so too is the right to such activity in certain public locations (*City of Montréal*, at para. 61).

sorte que la question devrait être tranchée en fonction du cadre d'analyse établi par notre Cour dans l'arrêt *Ville de Montréal* relativement à l'expression dans un espace ou un endroit public. Les commissions de transport rétorquent que les intimées revendiquent plutôt l'accès à une tribune particulière et qu'elles invoquent la *Charte* pour imposer à l'État l'obligation positive de mettre les autobus à leur disposition aux fins d'expression. Plus précisément, BC Transit estime que les intimées plaident la restriction excessive puisqu'elles demandent que la publicité acceptée englobe celle dont la teneur est politique. De plus, pour BC Transit et TransLink, il s'agit de la revendication d'un droit positif en ce que les intimées ne peuvent s'exprimer comme elles le veulent sans que les appelantes appuient l'activité expressive ou la permettent. De l'avis des commissions de transport, il faudrait donc trancher en fonction du cadre d'analyse que la Cour a établi dans l'arrêt *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et non appliquer le test de l'arrêt *Ville de Montréal* comme l'ont fait en l'espèce le juge de première instance et les juges majoritaires de la Cour d'appel.

[27] Depuis longtemps, la Cour interprète de manière généreuse et téléologique les droits et libertés garantis par la *Charte* (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295). Son interprétation de l'al. 2*b*) ne fait pas exception : *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, p. 588; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 748-749 et 766-767; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697. L'activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre un message bénéficie de prime abord de la protection de l'al. 2*b*) (*Irwin Toy*, p. 968-969). De plus, la Cour a reconnu que l'al. 2*b*) protège le droit individuel de s'exprimer dans certains endroits ou espaces publics (*Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139 (aéroport); *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084 (poteau électrique); *Ville de Montréal*, par. 61 (voie publique)). La *Charte* protège donc de prime abord non seulement l'activité expressive, mais aussi le droit de l'exercer dans certains lieux publics (*Ville de Montréal*, par. 61).

2009 SCC 31 (CanLII)

[28] However, s. 2(*b*) of the *Charter* is not without limits and governments will not be required to justify every restriction on expression under s. 1 (*Baier*, at para. 20). The method or location of expression may exclude it from protection: for example, violent expression or threats of violence fall outside the scope of the s. 2(*b*) guarantee, and individuals do not have a constitutional right to express themselves on *all* government property.

[29] As well, although s. 2(*b*) protects everyone from undue government interference with expression, it generally does not go so far as to place the government under an obligation to facilitate expression by providing individuals with a particular *means* of expression (*Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995). Thus, where the government creates such a means, it is generally entitled to determine which speakers are allowed to participate. A speaker who is excluded from such means does not have a s. 2(*b*) right to participate unless she or he meets the criteria set out in *Baier*. Of course, other constitutional obligations — those under s. 15 of the *Charter*, for example — still apply.

[30] In *Baier*, Rothstein J., writing for the majority, summarized the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(*b*) requires the government to extend an underinclusive means of, or "platform" for, expression to a particular group or individual. In that case, schoolteachers were challenging Alberta legislation which prohibited them from running for election as school trustees. Rothstein J. observed that the teachers, by seeking access to a government-created platform for expression, were asking the government to enable their expressive activity and were therefore asserting a positive right. The question that must be answered in the case at bar, therefore, is whether the *Baier* analysis is triggered.

[31] The transit authorities' advertising policies authorize any "[a]dvertisements . . . which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events"

[28] Cependant, la protection offerte à l'al. 2*b*) de la *Charte* n'est pas illimitée, et le gouvernement n'a pas à justifier au regard de l'article premier toute restriction de la liberté d'expression (*Baier*, par. 20). Le mode ou le lieu de l'expression peut écarter la protection : par exemple, l'expression violente ou la menace de recourir à la violence ne bénéficient pas de la garantie constitutionnelle, et la *Charte* ne garantit pas à chacun le droit de s'exprimer dans *tout* espace gouvernemental.

[29] Aussi, même si l'al. 2*b*) protège chacun contre la restriction injustifiée de l'expression par l'État, il n'oblige généralement pas ce dernier à favoriser l'expression individuelle par la mise à la disposition de chacun d'un *mode* d'expression en particulier (*Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995). Ainsi, lorsqu'il crée un mode d'expression, l'État est généralement admis à décider de ceux qui pourront s'en prévaloir. La personne qui n'y a pas accès ne peut invoquer l'al. 2*b*) à l'encontre de cette exclusion que si elle satisfait aux critères de l'arrêt *Baier*. Évidemment, d'autres obligations constitutionnelles — dont celles découlant de l'art. 15 de la *Charte* — s'appliquent toujours.

[30] Dans l'arrêt *Baier*, au nom des juges majoritaires, le juge Rothstein résume les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l'al. 2*b*) exige du gouvernement qu'il mette à la disposition d'une personne ou d'un groupe de personnes un mode d'expression ou une « tribune » dont l'accès est trop restreint. Dans cette affaire, des enseignants contestaient une loi albertaine qui leur interdisait de se porter candidats aux postes de conseillers scolaires. Le juge Rothstein a fait observer qu'en demandant l'accès à une tribune d'origine législative, les enseignants demandaient au gouvernement de leur fournir un moyen pour donner cours à leur activité expressive et visaient donc l'obtention d'une mesure positive. Il faut donc déterminer si le cadre de l'arrêt *Baier* s'applique en l'espèce.

[31] Les politiques publicitaires des commissions de transport autorisent [TRADUCTION] « la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des

2009 SCC 31 (CanLII)

(article 2). The policies are designed to enable a large number of speakers to reach a large audience. The respondents sought to post political advertisements on buses by means of the transit authorities' advertising service. The *content* of their expressive activity was the political message and the *means* of expression was the advertising service enabling expression on the sides of the buses. The advertisements were rejected on the basis of their political content, not on the basis that the advertising service was not available to the respondents.

[32] At first glance, since the respondents are not themselves excluded from access to the advertising service, it seems difficult to characterize their claim as one against underinclusion. The advertising service is not a platform created for a limited group of individuals or for a very narrow purpose. Rather, it is accessible to anyone who wishes to advertise and is willing to pay a fee. According to BC Transit, however, the respondents are challenging the underinclusive scope of the platform for expression on the basis that it excludes *political* advertising. Care must be taken not to confuse the notion of an underinclusive platform for expression with government limits on the content of expression. I do not need to revisit here the factors set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, at paras. 24-26 and 31-33, and summarized in *Baier*, at para. 27 — suffice it to say that to succeed in its argument that the respondents' claim is one of underinclusiveness, BC Transit had to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression. But this is not what the respondents are arguing. The policies do not prevent them from using the advertising service as a means of expression. Only the content of their advertisements is restricted. Thus, their claim cannot be characterized as one against underinclusion. In contrast, in *Baier*, school trusteeship was the very means of the expressive activity, and the claimants were being denied access to that means.

[33] However, both BC Transit and TransLink also characterize the claim as one for a positive right on the basis that the respondents required

événements publics » (article 2). Elles sont conçues pour permettre à un grand nombre d'annonceurs d'avoir accès à un large auditoire. Les intimées se sont adressées au service publicitaire des commissions de transport pour faire afficher leurs publicités politiques sur les autobus. La *teneur* de l'activité expressive était le message politique et le *mode* d'expression était le service publicitaire permettant l'expression sur les côtés des autobus. Les publicités ont été refusées à cause de leur teneur politique, et non parce que les intimées n'avaient pas accès au service publicitaire.

[32] À première vue, comme les intimées ne sont pas elles-mêmes privées de l'accès au service publicitaire, il paraît difficile de considérer qu'elles contestent le caractère trop restreint d'une tribune. Le service publicitaire ne constitue pas une tribune créée à l'intention d'un groupe limité de personnes ou à une fin très précise. Il est en fait à la disposition de tout annonceur disposé à payer les frais exigibles. Or, selon BC Transit, les intimées prétendent que la tribune a un caractère trop restreint parce qu'elle exclut la publicité *politique*. Il ne faut pas confondre caractère trop restreint de la tribune et restriction par l'État du contenu de l'expression. Nul besoin de revenir en l'espèce sur les facteurs énoncés dans l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016 (par. 24-26 et 31-33), et résumés dans *Baier* (par. 27). Il suffit de signaler que pour faire valoir sa thèse avec succès, BC Transit devait au moins prouver que les intimées n'avaient pas elles-mêmes accès au mode d'expression en cause. Or, ce n'est pas ce que les intimées avancent. Les politiques ne les empêchent pas de recourir au service publicitaire en tant que mode d'expression. Seul le contenu de leurs publicités est visé par une restriction. On ne peut donc affirmer que les intimées contestent le caractère trop restreint de la tribune. Enfin, dans l'affaire *Baier*, le conseil scolaire constituait le mode même de l'activité expressive, et l'accès à ce mode d'expression était refusé aux demandeurs.

[33] Or, BC Transit et TransLink attribuent toutes deux aux intimées la revendication d'un droit positif parce que celles-ci leur auraient demandé

2009 SCC 31 (CanLII)

their support and enablement to convey the messages in question. A few comments are in order.

[34] In *Baier*, Rothstein J. stated (at para. 35):

> To determine whether a right claimed is a positive right, the question is whether the appellants claim the government must legislate or otherwise act to support or enable an expressive activity. Making the case for a negative right would require the appellants to seek freedom from government legislation or action suppressing an expressive activity in which people would otherwise be free to engage, without any need for any government support or enablement.

The words "act to support or enable", taken out of context, could be construed as transforming many freedom of expression cases into "positive rights claims". Expression in public places invariably involves some form of government support or enablement. Streets, parks and other public places are often created or maintained by government legislation or action. If government support or enablement were all that was required to trigger a "positive rights analysis", it could be argued that a claim brought by demonstrators seeking access to a public park should be dealt with under the *Baier* analysis because to give effect to such a claim would require the government to enable the expression by providing the necessary resource (i.e., the place). But to argue this would be to misconstrue *Baier*.

[35] When the reasons in *Baier* are read as a whole, it is clear that "support or enablement" must be tied to a claim requiring the government to provide a particular means of expression. In *Baier*, a distinction was drawn between placing an obligation on government to provide individuals with a particular platform for expression and protecting the underlying freedom of expression of those who are free to participate in expression on a platform (para. 42). Consequently, the transit authorities' interpretation of the notion of a positive rights claim is overly broad and was in fact rejected in *Baier*. The respondents seek the freedom to express

d'appuyer et de permettre leur activité expressive par la diffusion des messages. Quelques remarques s'imposent.

[34] Dans l'arrêt *Baier*, le juge Rothstein dit ce qui suit (par. 35) :

> Pour déterminer si le droit invoqué est positif, il faut se demander si les appelants prétendent que le gouvernement devrait légiférer ou prendre d'autres mesures pour appuyer ou permettre une activité expressive. Pour que nous soyons en présence d'un droit négatif, il faudrait que les appelants cherchent à ne pas être assujettis à des dispositions législatives ou à des mesures gouvernementales supprimant une activité expressive qu'ils seraient autrement libres d'exercer sans appui ou habilitation de la part du gouvernement.

Interprétés hors contexte, les mots « mesures pour appuyer ou permettre » pourraient dans bien des cas transformer une affaire de liberté d'expression en une revendication de droit positif. L'expression dans un endroit ou un espace public suppose nécessairement quelque appui ou habilitation de la part du gouvernement. L'existence de rues, de parcs et d'autres lieux publics tient souvent à une loi ou à une mesure gouvernementale. S'il suffisait que l'État appuie ou permette l'activité expressive pour que soit justifié l'examen sous l'angle de la revendication d'un droit positif, on pourrait soutenir que la demande d'accès à un parc public par des manifestants devrait être considérée en fonction du cadre d'analyse de l'arrêt *Baier*, car pour accéder à la demande, l'État devrait permettre l'expression par la mise à disposition du moyen requis (le lieu). Ce serait mal interpréter l'arrêt *Baier*.

[35] Interprété globalement, l'arrêt *Baier* indique clairement que le fait d'appuyer ou de permettre l'activité expressive doit être relié à une demande faite à l'État de donner accès à un mode d'expression en particulier. En effet, dans cet arrêt, la Cour distingue entre imposer à l'État l'obligation de mettre une tribune donnée à la disposition de citoyens et protéger la liberté d'expression sous-jacente de ceux qui ont la faculté de se prévaloir d'une tribune (par. 42). L'interprétation de la notion de revendication d'un droit positif que préconisent les commissions de transport est donc trop large et la Cour l'a en fait rejetée dans *Baier*. Les intimées

2009 SCC 31 (CanLII)

themselves — by means of an existing platform they are entitled to use — without undue state interference with the content of their expression. They are not requesting that the government support or enable their expressive activity by providing them with a particular means of expression from which they are excluded.

[36] I find that the transit authorities have not shown that the respondents' claim falls under the *Baier* analysis. I must now determine whether the expression should be denied s. 2(*b*) protection on the basis of location. This inquiry is conducted pursuant to the analytical framework developed in *City of Montréal*.

3.2.1 Application of *City of Montréal*

[37] In order to determine whether the transit authorities' advertising policies infringe s. 2(*b*) of the *Charter*, three questions must be asked: First, do the respondents' proposed advertisements have expressive content that brings them within the *prima facie* protection of s. 2(*b*)? Second, if so, does the method or location of this expression remove that protection? Third, if the expression is protected by s. 2(*b*), do the transit authorities' policies deny that protection? (*City of Montréal*, at para. 56) If the policies are found to have infringed s. 2(*b*) of the *Charter*, the analysis then shifts to determining whether the infringement is justified under s. 1 of the *Charter*.

[38] The answer to the first question is not in issue. The proposed advertisements unquestionably have expressive content. The answer to the third question is also uncontroversial, although the question is not, as the trial judge suggested, whether all *political* speech is prohibited, but whether either the purpose or the effect of the government measures is to place a limit on expression. In the instant case, the very purpose of the impugned policies is to restrict the content of expression in the advertising space on the sides of buses. The wording of articles 2 and 7 clearly limits the content of advertisements. Article 9 is even more precise in excluding political speech. As the majority of the Court

réclament la liberté de s'exprimer — à une tribune existante qu'elles ont le droit d'utiliser — sans que l'État ne limite indûment la teneur de leur expression. Elles ne demandent pas à l'État d'appuyer ou de permettre leur activité expressive par la mise à leur disposition d'un mode d'expression en particulier auquel l'accès leur serait refusé.

[36] J'arrive à la conclusion que les commissions de transport n'ont pas établi que la réclamation des intimées tombe sous le coup de l'arrêt *Baier* et du cadre d'analyse qui y est établi. Il me faut maintenant déterminer si la protection de l'al. 2*b*) doit être refusée en raison du lieu. J'applique à cette fin le test de l'arrêt *Ville de Montréal*.

3.2.1 Application de l'arrêt *Ville de Montréal*

[37] Pour déterminer si les politiques publicitaires des commissions de transport portent atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*, il faut se poser trois questions. Premièrement, le contenu expressif des publicités projetées par les intimées justifie-t-il leur protection *prima facie* par l'al. 2*b*)? Deuxièmement, dans l'affirmative, le mode ou le lieu d'expression ont-ils pour effet d'écarter cette protection? Troisièmement, si l'activité expressive est protégée par l'al. 2*b*), les politiques publicitaires en cause sont-elles attentatoires? (*Ville de Montréal*, par. 56) Si on conclut qu'il y a atteinte au droit garanti à l'al. 2*b*), il faut passer à la question de savoir si elle est justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

[38] La réponse à la première question n'est pas contestée. Les publicités projetées ont assurément un contenu expressif. La réponse à la troisième question rallie également les parties. Or, contrairement à ce que laisse entendre le juge de première instance, la question n'est pas de savoir si tout discours *politique* est interdit mais bien si, par leur objet ou leur effet, les mesures gouvernementales limitent l'expression. En l'espèce, l'objet même des politiques publicitaires contestées est de limiter le contenu de l'expression dans l'espace publicitaire sur les côtés des autobus. Les articles 2 et 7 restreignent expressément le contenu de la publicité. L'article 9 le fait encore plus précisément en

2009 SCC 31 (CanLII)

of Appeal stated, the transit authorities "sought to prohibit political advertising precisely because it was political" (para. 133).

[39] Regarding the second question, the analysis is somewhat more elaborate. In *City of Montréal*, the majority of the Court set out the following test for determining whether expression in a government location is protected by s. 2(*b*) of the *Charter* (at para. 74):

> The basic question with respect to expression on government-owned property is whether the place is a public place where one would expect constitutional protection for free expression on the basis that expression in that place does not conflict with the purposes which s. 2(*b*) is intended to serve, namely (1) democratic discourse, (2) truth finding and (3) self-fulfillment. To answer this question, the following factors should be considered:
>
> (a) the historical or actual function of the place; and
>
> (b) whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression.

[40] In the case at bar, the trial judge and the Court of Appeal came to opposite conclusions with respect to the first factor. The trial judge found that there was no history of *political* advertising on the sides of buses (trial judgment, at para. 87). For him, this finding was pivotal. However, content is not relevant to the determination of the function of a place.

[41] The fact that the historical function of a place included public expression or that its current function includes such expression is a good indication that expression in that place is constitutionally protected. Thus, a podium erected in a park for public use would necessarily be regarded as having a function that does not conflict with the purposes s. 2(*b*) is intended to serve; in fact, the very purpose of this public place would be to enhance the values underlying s. 2(*b*). However, the use of

écartant le discours politique. Comme le disent les juges majoritaires de la Cour d'appel, les commissions de transport [TRADUCTION] « voulaient interdire la publicité politique précisément parce qu'elle était de nature politique » (par. 133).

[39] Pour ce qui est de la deuxième question, l'analyse est quelque peu plus élaborée. Dans l'arrêt *Ville de Montréal*, les juges majoritaires de la Cour appliquent le test suivant pour déterminer si l'expression dans un lieu ou un espace à caractère gouvernemental est protégée à l'al. 2*b*) de la *Charte* (par. 74) :

> La question fondamentale quant à l'expression sur une propriété appartenant à l'État consiste à déterminer s'il s'agit d'un endroit public où l'on s'attendrait à ce que la liberté d'expression bénéficie d'une protection constitutionnelle parce que l'expression, dans ce lieu, ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé favoriser, soit : (1) le débat démocratique; (2) la recherche de la vérité; et (3) l'épanouissement personnel. Pour trancher cette question, il faut examiner les facteurs suivants :
>
> a) la fonction historique ou réelle de l'endroit;
>
> b) les autres caractéristiques du lieu qui laissent croire que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression.

[40] Pour ce qui est du premier facteur, le juge de première instance et la Cour d'appel arrivent à des conclusions opposées. Le juge de première instance conclut qu'il n'y a jamais eu de publicité *politique* sur les côtés des autobus (jugement de première instance, par. 87) et il accorde une importance déterminante à ce fait. Or, le contenu n'est pas pertinent pour la détermination de la fonction d'un lieu.

[41] Le fait que l'expression publique y a été permise ou qu'elle l'est actuellement est un bon indice de sa protection constitutionnelle. Ainsi, dans un parc, l'estrade destinée à l'usage des citoyens aura nécessairement une fonction qui ne va pas à l'encontre des objectifs que l'al. 2*b*) est censé promouvoir. Dans ce cas, la raison d'être même du lieu public serait en fait de promouvoir les valeurs sous-jacentes à cet alinéa. Toutefois, il est très rare que l'on conteste l'utilisation d'un bien public à des

2009 SCC 31 (CanLII)

public property for expression will very rarely be questioned on the basis of such facts. The circumstances will usually be more complex. The airport, utility poles and streets at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal* are examples of places whose primary function is not expression.

[42] The question is whether the historical or actual function or other aspects of the space are incompatible with expression or suggest that expression within it would undermine the values underlying free expression. One way to answer this question is to look at past or present practice. This can help identify any incidental function that may have developed in relation to certain government property. Such was the case in the locations at issue in *Committee for the Commonwealth of Canada*, *Ramsden* and *City of Montréal*, where the Court found the expressive activities in question to be protected by s. 2(*b*). While it is true that buses have not been used as spaces for this type of expressive activity for as long as city streets, utility poles and town squares, there is some history of their being so used, and they are in fact being used for it at present. As a result, not only is there some history of use of this property as a space for public expression, but there is actual use — both of which indicate that the expressive activity in question neither impedes the primary function of the bus as a vehicle for public transportation nor, more importantly, undermines the values underlying freedom of expression.

[43] The second factor from *City of Montréal* is whether other aspects of the place suggest that expression within it would undermine the values underlying the constitutional protection. TransLink submits that its buses should be characterized as *private* publicly owned property, to which one cannot reasonably expect access. This position is untenable. The very fact that the general public has access to the advertising space on buses is an indication that members of the public would expect constitutional protection of their expression in that government-owned space. Moreover, an important aspect of a bus is that it is by nature a public, not

fins d'expression dans un tel contexte factuel. Les situations en litige sont généralement plus complexes. Par exemple, dans les arrêts *Comité pour la République du Canada*, *Ramsden* et *Ville de Montréal*, l'aéroport, le poteau électrique et la voie publique étaient un lieu ou un espace dont la fonction première n'était pas l'expression.

[42] La question est de savoir si la fonction historique ou réelle ou quelque autre caractéristique de l'espace ou du lieu est incompatible avec l'expression ou permet de conclure que l'expression dans cet espace ou dans ce lieu minerait les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression. L'une des avenues possibles pour trancher est celle de considérer la pratique antérieure ou actuelle. On peut ainsi découvrir toute fonction accessoire ayant pu voir le jour relativement à un bien public donné, comme cela a été le cas dans les affaires *Comité pour la République du Canada*, *Ramsden* et *Ville de Montréal*, où la Cour a reconnu l'application de la protection prévue à l'al. 2*b*). Il est vrai que l'autobus ne sert pas d'espace pour ce type d'activité expressive depuis aussi longtemps que la voie publique, le poteau électrique et la place publique, mais cette fonction existait et existe toujours. Par conséquent, il y a non seulement une certaine utilisation historique du bien en cause comme lieu d'expression publique, mais aussi une utilisation réelle à cette fin, deux facteurs permettant de conclure que l'activité expressive considérée ne nuit pas à la fonction première de l'autobus — le transport en commun — et, ce qui importe encore plus, qu'elle ne mine pas les valeurs qui sous-tendent la liberté d'expression.

[43] Le second facteur énoncé dans l'arrêt *Ville de Montréal* est celui de savoir si d'autres caractéristiques du lieu donnent à penser que le fait de s'y exprimer minerait les valeurs sous-jacentes à la protection constitutionnelle. TransLink fait valoir que ses autobus devraient être considérés comme des biens *privés* appartenant aux pouvoirs publics et auxquels nul ne peut raisonnablement s'attendre à avoir accès. L'argument ne tient pas. Le fait même que le grand public a accès à l'espace publicitaire des autobus permet de conclure que les citoyens s'attendent à la protection constitutionnelle de leur expression dans cet espace appartenant à l'État. De

2009 SCC 31 (CanLII)

a private, space. Unlike the activities which occur in certain government buildings or offices, those which occur on a public bus do not require privacy and limited access. The bus is operated on city streets and forms an integral part of the public transportation system. The general public using the streets, including people who could become bus passengers, are therefore exposed to a message placed on the side of a bus in the same way as to a message on a utility pole or in any public space in the city. Like a city street, a city bus is a public place where individuals can openly interact with each other and their surroundings. Thus, rather than undermining the purposes of s. 2(*b*), expression on the sides of buses could enhance them by furthering democratic discourse, and perhaps even truth finding and self-fulfillment.

[44] The test crafted in *City of Montréal* was intended to be flexible enough to allow courts to take into consideration factors that might become relevant to the use of old or new places for public expression (at para. 77):

> Changes in society and technology may affect the spaces where expression should be protected having regard to the values that underlie the guarantee. The proposed test reflects this, by permitting factors other than historical or actual function to be considered where relevant.

Changes in society or technology, or even changes in policy, may affect both the primary and incidental functions of government property. Where the government allows its property to be used for certain expressive activities, it does not commit itself to that use indefinitely. However, if a change in the function of a public place affects fundamental *Charter* rights, any constitutional requirements which attach to the new function must be met.

[45] In sum, this is not a case in which the Court must decide whether to protect access to a space

plus, une caractéristique importante de l'autobus est qu'il constitue par nature un espace public, et non privé. Les activités qui s'y déroulent n'exigent pas confidentialité et limitation d'accès comme celles menées dans certains édifices ou bureaux gouvernementaux. L'autobus circule sur la voie publique et fait partie intégrante du réseau de transport en commun. Les usagers de la voie publique en général, y compris les passagers éventuels, sont donc exposés au message affiché sur le côté d'un autobus tout comme ils le sont au message affiché sur un poteau électrique ou dans un espace public urbain. De plus, dans une ville, l'autobus comme la voie publique constituent des lieux publics où les gens peuvent interagir ouvertement entre eux et avec l'environnement. Loin de miner les objectifs de l'al. 2*b*), l'expression sur les côtés des autobus favorise le débat démocratique, la recherche de la vérité et l'épanouissement personnel.

[44] Le test appliqué dans l'arrêt *Ville de Montréal* se voulait suffisamment souple pour permettre la prise en considération de facteurs susceptibles de devenir pertinents pour l'utilisation d'espaces existants ou nouveaux aux fins d'expression publique (par. 77) :

> Les changements sociaux et technologiques peuvent avoir une incidence sur les endroits où l'expression mérite d'être protégée eu égard aux valeurs qui sous-tendent cette garantie. Le critère proposé tient compte de cette éventualité en permettant que d'autres facteurs que celui de la fonction historique ou réelle soient pris en considération au besoin.

L'évolution sociale ou technique, voire les changements d'ordre politique, peuvent modifier les fonctions première et accessoire d'un bien public. Le gouvernement qui permet l'utilisation de ses biens pour l'exercice de certaines activités expressives n'est pas tenu de le faire indéfiniment. Cependant, lorsque la modification apportée à la fonction d'un espace ou d'un endroit public a une incidence sur un droit fondamental garanti par la *Charte*, toute exigence constitutionnelle se rattachant à la fonction nouvelle doit être respectée.

[45] En résumé, la Cour n'est pas appelée en l'espèce à déterminer si l'accès à un espace public

2009 SCC 31 (CanLII)

where the government entity has never before recognized a right to such access. Rather, the question is whether the side of a bus, as a public place where expressive activity is already occurring, is a location where constitutional protection for free expression would be expected.

[46] I do not see any aspect of the location that suggests that expression within it would undermine the values underlying free expression. On the contrary, the space allows for expression by a broad range of speakers to a large public audience and expression there could actually further the values underlying s. 2(*b*) of the *Charter*. I therefore conclude that the side of a bus is a location where expressive activity is protected by s. 2(*b*) of the *Charter*.

[47] Consequently, I conclude that since the transit authorities' policies limit the respondents' right to freedom of expression under s. 2(*b*), the government must justify that limit under s. 1 of the *Charter*.

3.3 *Is the Limit Justified Under Section 1 of the Charter?*

[48] In order to justify the infringement of the respondents' freedom of expression under s. 1 of the *Charter*, the transit authorities must show that their policies are "reasonable limits prescribed by law" that can be "demonstrably justified in a free and democratic society". I will first address the question whether the limits imposed by the impugned policies are "prescribed by law".

[49] Although the trial judge had found that the transit authorities' advertising policies did not infringe the respondents' freedom of expression, he nevertheless went on to consider s. 1 of the *Charter*. He concluded, *inter alia*, that the impugned policies were not "law" for the purposes of s. 1 and that the infringement of s. 2(*b*) was therefore not a limit "prescribed by law". He reached this conclusion on the basis that the policies "were not made or administered in the exercise of a 'governmental'

doit être protégé là où l'entité gouvernementale n'a jamais reconnu un tel droit. Elle doit plutôt déterminer si, en tant qu'espace public, le côté d'un autobus, où s'exerce déjà l'activité expressive, constitue un lieu où l'on s'attend à ce que la liberté d'expression bénéficie de la protection constitutionnelle.

[46] Je ne vois dans ce lieu aucune caractéristique laissant croire que l'expression y minerait les valeurs sous-jacentes à la liberté d'expression. Au contraire, il permet à un grand nombre d'annonceurs de s'adresser à un large auditoire et promeut ainsi en fait les valeurs qui sous-tendent l'al. 2*b*) de la *Charte*. J'arrive donc à la conclusion que l'activité expressive sur le côté d'un autobus bénéficie de la protection prévue à cet alinéa.

[47] En conséquence, comme les politiques des commissions de transport limitent la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*), je conclus que le gouvernement doit justifier cette limitation au regard de l'article premier de la *Charte*.

3.3 *La limitation est-elle justifiée au regard de l'article premier de la Charte?*

[48] Pour justifier l'atteinte à la liberté d'expression des intimées au regard de l'article premier de la *Charte*, les commissions de transport doivent prouver que les restrictions que prévoient leurs politiques sont apportées « par une règle de droit, dans des limites qui [sont] raisonnables et dont la justification [peut] se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». J'examine d'abord la question de savoir si les politiques en cause constituent des « règles de droit ».

[49] Le juge de première instance estime que les politiques publicitaires des commissions de transport ne portent pas atteinte à la liberté d'expression des intimées, mais il examine tout de même l'article premier de la *Charte*. Il conclut notamment que les politiques ne constituent pas des « règles de droit » au sens de l'article premier, de sorte que le droit garanti à l'al. 2*b*) n'est pas restreint « par une règle de droit ». Il arrive à cette conclusion parce que, selon lui, les politiques [TRADUCTION]

2009 SCC 31 (CanLII)

power or in the performance of a 'governmental' duty, and [that] the government had no involvement in the making or implementation of those policies" (trial judgment, at para. 140). Prowse J.A., writing for the majority of the Court of Appeal, declined to embark on her own analysis of the "prescribed by law" issue because the transit authorities had made no submissions on the matter. She neither accepted nor rejected the trial judge's conclusion on this issue. In this Court, the transit authorities made no submissions on the "prescribed by law" issue, while the respondents agreed with the trial judge's findings.

« n'ont été ni adoptées ni appliquées dans l'exercice d'un pouvoir "gouvernemental" ou dans l'exécution d'une obligation "gouvernementale" et que le gouvernement n'a participé d'aucune façon à leur formulation ou à leur mise en œuvre » (jugement de première instance, par. 140). Au nom des juges majoritaires de la Cour d'appel, la juge Prowse refuse de se livrer à sa propre analyse concernant la restriction « par une règle de droit » au motif que les commissions de transport n'ont pas présenté d'arguments à ce sujet. Elle ne se range pas à l'avis du juge de première instance sur ce point ni ne s'en dissocie. Devant notre Cour, les commissions de transport n'ont pas abordé la question de la restriction « par une règle de droit », alors que les intimées ont repris les conclusions du juge de première instance.

3.3.1 Case Law on the "Prescribed by Law" Requirement

[50] In its decisions on the "prescribed by law" requirement in s. 1, the Court has distinguished between challenges to government acts and challenges to "laws" (*Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Eldridge*, at para. 20). This case raises the latter type of claim: the policies are being challenged, not the decision made by the transit authorities pursuant to the policies. In assessing whether the impugned policies satisfy the "prescribed by law" requirement, it must first be determined whether the policies come within the meaning of the word "law" in s. 1 of the *Charter*. To do this, it must be asked whether the government entity was authorized to enact the impugned policies and whether the policies are binding rules of general application. If so, the policies can be "law" for the purposes of s. 1. At the second stage of the enquiry, to find that the limit is "prescribed" by law, it must be determined whether the policies are sufficiently precise and accessible. Professor Peter W. Hogg describes the rationale behind the "prescribed by law" requirement in *Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), vol. 2, at p. 122:

> The requirement that any limit on rights be prescribed by law reflects two values that are basic to

3.3.1 Jurisprudence relative à la restriction « par une règle de droit »

[50] La jurisprudence de notre Cour relative à la restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier établit une distinction entre la contestation de l'acte d'une entité gouvernementale et celle d'une règle de droit (*Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Eldridge*, par. 20). Dans la présente affaire, le second type de contestation est en cause : ce sont les politiques qui sont attaquées, non la décision prise sur leur fondement. Déterminer si la restriction découle d'une règle de droit exige d'abord que l'on établisse si la politique qui l'apporte constitue une « règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*. Il faut alors examiner si l'entité gouvernementale était autorisée à adopter la politique contestée et si cette dernière constitue une règle obligatoire d'application générale. Dans l'affirmative, la politique peut constituer une « règle de droit » aux fins de l'article premier. En second lieu, il faut déterminer si la politique est suffisamment précise et accessible pour que l'on puisse conclure qu'il s'agit d'une « règle de droit ». Dans *Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), vol. 2, le professeur Peter W. Hogg précise la raison d'être d'un tel examen (p. 122) :

> [TRADUCTION] L'exigence qu'un droit soit restreint par une règle de droit reflète deux valeurs

2009 SCC 31 (CanLII)

constitutionalism or the rule of law. First, in order to preclude arbitrary and discriminatory action by government officials, all official action in derogation of rights must be authorized by law. Secondly, citizens must have a reasonable opportunity to know what is prohibited so that they can act accordingly. Both these values are satisfied by a law that fulfils two requirements: (1) the law must be adequately accessible to the public, and (2) the law must be formulated with sufficient precision to enable people to regulate their conduct by it, and to provide guidance to those who apply the law.

[51] In *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, the Court emphasized that the "prescribed by law" requirement safeguards the public against arbitrary state limits on *Charter* rights. Le Dain J. set out the Court's initial interpretation of the expression "prescribed by law" in s. 1 of the *Charter* (at p. 645):

The requirement that the limit be prescribed by law is chiefly concerned with the distinction between a limit imposed by law and one that is arbitrary. The limit will be prescribed by law within the meaning of s. 1 if it is expressly provided for by statute or regulation, or results by necessary implication from the terms of a statute or regulation or from its operating requirements.

[52] Thus, the Court does not require that the limit be prescribed by a "law" in the narrow sense of the term; it may be prescribed by a regulation or by the common law. Moreover, it is sufficient that the limit simply result by necessary implication from either the terms or the operating requirements of the "law". (See also *Irwin Toy*; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; and *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3.)

[53] The Court has also implicitly recognized other forms of limits that were not originally identified in *Therens* as being prescribed by law, including limits contained in municipal by-laws (*Ramsden* and *City of Montréal*), provisions of a collective agreement involving a government entity (*Lavigne*) and rules of a regulatory body (*Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591). Such limits satisfy the "prescribed by law" requirement

fondamentales du constitutionnalisme ou de la primauté du droit. Premièrement, pour faire obstacle aux mesures arbitraires ou discriminatoires des représentants de l'État, toute mesure attentatoire à un droit doit être autorisée par une règle de droit. Deuxièmement, le citoyen doit être raisonnablement en mesure de savoir ce qui est interdit afin d'agir en conséquence. Une règle de droit respecte ces deux valeurs lorsqu'elle remplit deux conditions : (1) elle est suffisamment accessible au citoyen et (2) elle est formulée avec suffisamment de précision pour que le citoyen puisse se comporter en conséquence et elle offre des repères à celui qui l'applique.

[51] Dans l'arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, la Cour souligne que l'exigence de la restriction d'un droit constitutionnel « par une règle de droit » protège le citoyen contre l'arbitraire de l'État. Le juge Le Dain y interprète pour la première fois la notion de restriction « par une règle de droit » pour les besoins de l'article premier de la *Charte* (p. 645) :

L'exigence que la restriction soit prescrite par une règle de droit vise surtout à faire la distinction entre une restriction imposée par la loi et une restriction arbitraire. Une restriction est prescrite par une règle de droit au sens de l'art. 1 si elle est prévue expressément par une loi ou un règlement, ou si elle découle nécessairement des termes d'une loi ou d'un règlement, ou de ses conditions d'application.

[52] La Cour n'exige donc pas que le droit en cause soit restreint par une loi au sens strict du terme; il peut l'être également par un règlement ou par la common law. En outre, il suffit que la restriction découle nécessairement du libellé de la « loi » ou de ses conditions d'application. (Voir également les arrêts *Irwin Toy*; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; et *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3.)

[53] La Cour reconnaît aussi implicitement d'autres formes de restriction par une règle de droit qui n'ont pas été mentionnées au départ dans l'arrêt *Therens*, notamment celles issues d'un règlement municipal (*Ramsden* et *Ville de Montréal*), d'une convention collective liant une entité gouvernementale (*Lavigne*) et des règles d'un organisme de réglementation (*Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591). Ces textes constituent des

2009 SCC 31 (CanLII)

because, much like those resulting from regulations and other delegated legislation, their adoption is authorized by statute, they are binding rules of general application, and they are sufficiently accessible and precise to those to whom they apply. In these regards, they satisfy the concerns that underlie the "prescribed by law" requirement insofar as they preclude arbitrary state action and provide individuals and government entities with sufficient information on how they should conduct themselves.

[54] The Court has likewise taken a liberal approach to the precision requirement. The majority in *Irwin Toy* explained this as follows (at p. 983):

> Absolute precision in the law exists rarely, if at all. The question is whether the legislature has provided an intelligible standard according to which the judiciary must do its work. The task of interpreting how that standard applies in particular instances might always be characterized as having a discretionary element, because the standard can never specify all the instances in which it applies. On the other hand, where there is no intelligible standard and where the legislature has given a plenary discretion to do whatever seems best in a wide set of circumstances, there is no "limit prescribed by law".

The Court emphasized in *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69, at pp. 94-97, that the standard is not an onerous one. Unless the impugned law "is so obscure as to be incapable of interpretation with any degree of precision using the ordinary tools", it will be deemed to have met the "prescribed by law" requirement (p. 94).

[55] These cases show that the Court has chosen to take a flexible approach to the "prescribed by law" requirement as regards both the form (e.g., statute, regulation, municipal by-law, rule of a regulatory body or collective agreement provision) and articulation of a limit on a *Charter* right (i.e., a standard intelligible to the public and to those who apply the law). In the end, the Court has emphasized, as in *Therens*, the need to distinguish between limits which arise by law and limits which result from arbitrary state action; those resulting from arbitrary

« règles de droit » parce que, à l'instar des règlements et autres mesures législatives subordonnées, leur adoption est autorisée par une loi, ils sont obligatoires et d'application générale et ils sont suffisamment accessibles et précis pour ceux qui y sont assujettis. À cet égard, ils répondent aux préoccupations justifiant l'exigence de la restriction « par une règle de droit » dans la mesure où il s'agit de faire obstacle à l'arbitraire de l'État et d'offrir aux citoyens et aux entités gouvernementales suffisamment d'information sur la conduite à adopter.

[54] Dans l'arrêt *Irwin Toy*, la Cour interprète l'obligation de précision de manière libérale. Les juges majoritaires s'expliquent comme suit (p. 983) :

> En droit, la précision absolue est rare, voire inexistante. La question est de savoir si le législateur a formulé une norme intelligible sur laquelle le pouvoir judiciaire doit se fonder pour exécuter ses fonctions. L'interprétation de la manière d'appliquer une norme dans des cas particuliers comporte toujours un élément discrétionnaire parce que la norme ne peut jamais préciser tous les cas d'application. Par contre, s'il n'existe aucune norme intelligible et si le législateur a conféré le pouvoir discrétionnaire absolu de faire ce qui semble être le mieux dans une grande variété de cas, il n'y a pas de restriction prescrite « par une règle de droit ».

Dans l'arrêt *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69, p. 94-97, la Cour souligne que la norme n'est pas stricte. À moins qu'elle ne « soit [. . .] si obscur[e] que les méthodes ordinaires ne permettent pas de lui donner une interprétation le moindrement exacte », la loi contestée est réputée constituer « une règle de droit » (p. 94).

[55] Comme en font foi les arrêts susmentionnés, la Cour opte pour une interprétation souple de la « règle de droit » susceptible de restreindre un droit garanti par la *Charte*, et ce, tant sur le plan de la forme (loi, règlement, notamment municipal, règle d'un organisme de réglementation ou convention collective) que sur celui de la formulation (c'est-à-dire, une norme intelligible pour le public et celui qui l'applique). En fin de compte, la Cour insiste, comme dans l'arrêt *Therens*, sur la nécessité de distinguer entre la restriction issue de la loi et celle qui

2009 SCC 31 (CanLII)

state action continue to fail the "prescribed by law" requirement.

[56] This inclusive approach is based on a recognition that a narrow interpretation would lead to excessive rigidity in a parliamentary and legislative system that relies heavily on framework legislation and delegations of broad discretionary powers. McLachlin J. (as she then was) commented on this as follows in *Committee for the Commonwealth of Canada* (at p. 245):

> From a practical point of view, it would be wrong to limit the application of s. 1 to enacted laws or regulations. That would require the Crown to pass detailed regulations to deal with every contingency as a pre-condition of justifying its conduct under s. 1. In my view, such a technical approach does not accord with the spirit of the *Charter* and would make it unduly difficult to justify limits on rights and freedoms which may be reasonable and, indeed, necessary.

See also *Little Sisters Book and Art Emporium v. Canada (Minister of Justice)*, 2000 SCC 69, [2000] 2 S.C.R. 1120, at para. 137.

[57] Bearing in mind the broad interpretation given the "prescribed by law" requirement and the principles underlying the Court's approach, I must now consider whether limits resulting from policies of a government entity satisfy the "prescribed by law" requirement.

3.3.2 Government Policies and the "Prescribed by Law" Requirement

[58] Government policies come in many varieties. Oftentimes, even though they emanate from a government entity rather than from Parliament or a legislature, they are similar, in both form and substance, to statutes, regulations and other delegated legislation. Indeed, as a binding rule adopted pursuant to a government entity's statutory powers, a policy may have a legal effect similar to that of a municipal by-law or a law society's rules, both of which fall within the meaning of "law" for the purposes of s. 1. Other government policies

découle d'une mesure arbitraire de l'État, cette dernière ne satisfaisant toujours pas à l'exigence d'une restriction « par une règle de droit ».

[56] Cette approche généreuse est privilégiée parce qu'une interprétation étroite imposerait une trop grande rigidité à un système parlementaire et législatif qui s'en remet considérablement à des lois-cadres et à la délégation de larges pouvoirs discrétionnaires. Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, la juge McLachlin (maintenant Juge en chef) dit d'ailleurs à ce sujet (p. 245) :

> D'un point de vue pratique, il serait mal venu de limiter l'application de l'article premier aux lois et aux règlements adoptés par le législateur. L'État serait alors tenu d'adopter des règlements détaillés portant sur toutes les éventualités imaginables, avant de pouvoir justifier sa conduite en vertu de l'article premier. À mon avis, une approche aussi technique n'est pas conforme à l'esprit de la *Charte* et rendrait indûment difficile la justification des restrictions apportées aux droits et libertés qui peuvent être raisonnables et, de fait, nécessaires.

Voir également l'arrêt *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Ministre de la Justice)*, 2000 CSC 69, [2000] 2 R.C.S. 1120, par. 137.

[57] Au vu de l'interprétation libérale de la Cour et des principes invoqués à l'appui, il faut maintenant déterminer si la restriction résultant d'une politique d'une entité gouvernementale satisfait à l'exigence de la restriction « par une règle de droit ».

3.3.2 Application aux politiques gouvernementales de l'exigence de la restriction « par une règle de droit »

[58] Les politiques gouvernementales ont des profils très variés. Même si elles sont adoptées par des entités gouvernementales plutôt que par le Parlement ou une assemblée législative, elles s'apparentent souvent, sur la forme et le fond, à des lois, des règlements et d'autres mesures législatives subordonnées. À titre de règle obligatoire adoptée en vertu d'un pouvoir légal conféré à une entité gouvernementale, une politique peut avoir un effet juridique semblable à celui d'un règlement municipal ou d'une règle d'un barreau provincial, qui

2009 SCC 31 (CanLII)

are informal or strictly internal, and amount in substance merely to guidelines or interpretive aids as opposed to legal rules. The question that arises is this: Does a given policy or rule emanating from a government entity satisfy the "prescribed by law" requirement? It can be seen from the case law that a distinction must be drawn between rules that are legislative in nature and rules that are administrative in nature.

[59] In *Committee for the Commonwealth of Canada*, the Court was divided on the issue of whether the internal directives or policies applied by the airport managers in administering the regulatory scheme at issue in that case were "law". In addition to provincial legislation regulating the matter, the airport administration had "an enduring and intransigent policy prohibiting all forms of solicitation and advertising" (p. 185). The trial judge found that an airport manager had been acting in accordance with this established policy when he prohibited the claimants from disseminating political messages at the airport. Lamer C.J., writing for himself and Sopinka J., expressed the opinion that because of their informal and internal nature, including the fact that they were not known to the public, the internal directives or policies could not possibly qualify as "law" prescribing the government action (p. 164).

[60] McLachlin J. (La Forest J. concurring) was of the view that the internal directives or policies were "law" because they were made pursuant to the Crown's common law right to manage its property (at p. 244):

> . . . I would incline to the view that the act of the airport officials in preventing [the claimants] from handing out leaflets and soliciting members constitutes a limit prescribed by law because the officials were acting pursuant to the Crown's legal rights as owner of the premises.

constituent tous deux des « règles de droit » aux fins de l'article premier. Il peut cependant arriver qu'une politique revête un caractère informel ou purement interne et qu'elle ne constitue essentiellement qu'une ligne directrice ou un guide d'interprétation, et non une règle juridique. La question qui se pose alors est la suivante : quelle politique ou règle d'une entité gouvernementale satisfait à l'exigence de la restriction « par une règle de droit »? Il appert de la jurisprudence qu'il faut distinguer entre une règle de nature législative et une règle de nature administrative.

[59] Dans l'arrêt *Comité pour la République du Canada*, les juges de la Cour ne se sont pas entendus sur la question de savoir si la directive ou politique interne appliquée par le directeur d'aéroport dans l'administration du règlement en cause dans cette affaire constituait une règle de droit. Outre la disposition provinciale pertinente, la direction de l'aéroport appliquait « une politique intransigeante interdisant toute forme de sollicitation et de publicité » (p. 185). Le juge de première instance a conclu que le directeur de l'aéroport avait agi conformément à cette politique établie lorsqu'il avait interdit aux intimés de diffuser leurs messages politiques dans l'aérogare. S'exprimant également au nom du juge Sopinka, le juge en chef Lamer a estimé que la directive ou politique interne ne pouvait être considérée comme une « règle de droit » fondant la mesure gouvernementale à cause de son caractère informel et interne, y compris le fait qu'elle n'était pas connue du public (p. 164).

[60] La juge McLachlin (avec l'appui du juge La Forest) a été d'avis que la directive ou politique interne constituait une « règle de droit » puisqu'elle avait été adoptée en application du droit que la common law confère à l'État d'administrer ses biens (p. 244) :

> [J]e serais encline à croire que le geste des fonctionnaires de l'aéroport qui [. . .] ont empêch[é] [les intimés] de distribuer des dépliants et de solliciter des adhésions constitue une limite prescrite par une règle de droit parce que les fonctionnaires agissaient conformément aux droits dont jouit l'État en vertu de la loi, en sa qualité de propriétaire des lieux.

2009 SCC 31 (CanLII)

[61] The decision ultimately turned on the constitutional validity of the regulations, and the question whether internal directives or policies can be considered to be "law" within the meaning of s. 1 was left without a definitive answer.

[62] The issue was again addressed in *Little Sisters*, a case concerning the use of internal guidelines by custom officials in administering the *Customs Act*. The guidelines which were in the form of a memorandum, interpreted standards set out in the legislation. Binnie J., writing for the majority, stated (at para. 85):

> . . . the Memorandum . . . was nothing more than an internal administrative aid to Customs inspectors. It was not law. It could never have been relied upon by Customs in court to defend a challenged prohibition. . . . It is the statutory decision . . . not the manual, that constituted the denial [of the claimants' freedom of expression]. It is simply not feasible for the courts to review for *Charter* compliance the vast array of manuals and guides prepared by the public service for the internal guidance of officials. The courts are concerned with the legality of the decisions, not the quality of the guidebooks, although of course the fate of the two are not unrelated.

[63] What *Committee for the Commonwealth of Canada* and *Little Sisters* demonstrate is a concern about the administrative nature of the policies and guidelines of the government entities in question. Administrative rules relate to the implementation of laws contained in a statutory scheme and are created for the purpose of administrative efficiency. The key question is thus whether the policies are focussed on "indoor" management. In such a case, they are meant for internal use and are often informal in nature; express statutory authority is not required to make them. Such rules or policies act as interpretive aids in the application of a statute or regulation. They cannot in and of themselves be viewed as "law" that prescribes a limit on a *Charter* right. An interpretive guideline or policy is not intended to establish individuals' rights and obligations or to create entitlements. Moreover, such documents are usually accessible only within

[61] La décision de la Cour a finalement reposé sur la constitutionnalité du règlement, et la question de savoir si une directive ou politique interne peut être considérée comme « une règle de droit » au sens de l'article premier n'a pas été tranchée de manière définitive.

[62] La question s'est de nouveau posée dans l'affaire *Little Sisters*. Le litige portait sur des directives internes appliquées par les fonctionnaires des douanes dans le cadre de l'administration de la *Loi sur les douanes*. Sous forme de mémorandum, ces directives interprétaient les normes établies par la loi. Au nom des juges majoritaires, le juge Binnie affirme (par. 85) :

> . . . le Mémorandum [. . .] n'était rien de plus qu'un outil administratif interne à l'intention des inspecteurs des douanes. Il n'avait pas force de loi. Il n'aurait jamais pu être invoqué en cour par les Douanes pour défendre une prohibition contestée [. . .] C'est [. . .] la décision législative, et non le guide, qui a constitué la privation [de liberté d'expression pour les demandeurs]. Il est tout simplement impossible aux tribunaux de contrôler la conformité à la *Charte* de la multitude de guides et manuels internes préparés par la fonction publique pour assister les fonctionnaires dans leur travail. Les tribunaux s'attachent à la légalité des décisions et non à la qualité des guides, bien que le sort de l'un ne soit évidemment pas indépendant du sort de l'autre.

[63] Ce que démontrent les arrêts *Comité pour la République du Canada* et *Little Sisters* est une préoccupation concernant le caractère administratif des politiques et directives des entités gouvernementales en cause. La règle de nature administrative touche à l'application de lois formant un régime législatif; sa raison d'être est l'efficacité administrative. La question déterminante est donc celle de savoir si la politique s'attache à la régie interne. Dans un tel cas, elle est destinée à une application interne et elle est souvent de nature informelle; son adoption ne requiert pas l'autorisation expresse du législateur. Une telle règle ou politique sert à l'interprétation des dispositions d'une loi ou d'un règlement. Elle ne saurait être assimilée elle-même à une règle de droit qui restreint un droit constitutionnel. Ni un guide d'interprétation ni une politique n'ont pour objet d'établir les droits et les obligations d'une personne non plus que de créer des

2009 SCC 31 (CanLII)

the government entity and are therefore unhelpful to members of the public who are entitled to know what limits there are on their *Charter* rights. No matter how broadly the word "law" is defined for the purposes of s. 1, a policy that is administrative in nature does not fall within the definition, because it is not intended to be a legal basis for government action.

[64] Where a policy is not administrative in nature, it may be "law" provided that it meets certain requirements. In order to be legislative in nature, the policy must establish a norm or standard of general application that has been enacted by a government entity pursuant to a rule-making authority. A rule-making authority will exist if Parliament or a provincial legislature has delegated power to the government entity for the specific purpose of enacting binding rules of general application which establish the rights and obligations of the individuals to whom they apply (D. C. Holland and J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), at p. 103). For the purposes of s. 1 of the *Charter*, these rules need not take the form of statutory instruments. So long as the enabling legislation allows the entity to adopt binding rules, and so long as the rules establish rights and obligations of general rather than specific application and are sufficiently accessible and precise, they will qualify as "law" which prescribes a limit on a *Charter* right.

[65] Thus, where a government policy is authorized by statute and sets out a general norm or standard that is meant to be binding and is sufficiently accessible and precise, the policy is legislative in nature and constitutes a limit that is "prescribed by law".

[66] The question which now remains is whether the transit authorities' advertising policies meet the "prescribed by law" requirement under s. 1 of the *Charter.*

droits. En outre, ils ne sont habituellement accessibles qu'au sein de l'entité gouvernementale et sont donc sans utilité pour informer le citoyen qui doit être en mesure de connaître toute restriction apportée à ses droits constitutionnels. La politique de nature administrative, même entendue au sens le plus large, n'est pas une « règle de droit » pour les besoins de l'article premier, car sa raison d'être n'est pas d'offrir un fondement juridique à l'action gouvernementale.

[64] La politique qui n'est pas administrative par nature et qui satisfait à certaines exigences peut constituer une « règle de droit ». Pour qu'elle soit de nature législative, la politique doit établir une norme d'application générale adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. Un tel pouvoir existe lorsque le législateur fédéral ou provincial a délégué un pouvoir à l'entité gouvernementale aux fins précisément d'adopter des règles obligatoires d'application générale établissant les droits et les obligations des personnes qui y sont assujetties (D. C. Holland et J. P. McGowan, *Delegated Legislation in Canada* (1989), p. 103). Point n'est besoin, pour l'application de l'article premier de la *Charte*, que ces règles revêtent la forme de textes réglementaires. Dans la mesure où leurs lois habilitantes permettent aux entités d'adopter des règles obligatoires, où leurs politiques établissent des droits et des obligations d'application générale plutôt que particulière et où elles sont suffisamment accessibles et précises, alors ces politiques sont réputées constituer des « règles de droit » susceptibles de restreindre un droit garanti par la *Charte*.

[65] Ainsi, lorsqu'une politique gouvernementale est autorisée par la loi, qu'elle établit une norme générale se voulant obligatoire et qu'elle est suffisamment accessible et précise, il s'agit d'une règle de nature législative qui constitue une « règle de droit ».

[66] La question à trancher dès lors est de savoir si les politiques publicitaires des commissions de transport constituent « une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*.

2009 SCC 31 (CanLII)

3.3.3 Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies

[67] A review of the enabling legislation suggests that the transit authorities' policies were adopted pursuant to statutory powers conferred on BC Transit and TransLink.

[68] Section 3(1)(c) of the *British Columbia Transit Act* authorizes BC Transit's board of directors, with the Minister's approval, "to pursue commercial opportunities and undertake or enter into commercial ventures in respect of those systems and the authority's assets and resources". According to s. 4(4)(e) of the Act, the board of directors

> must supervise the management of the affairs of the [transit] authority and may . . . by resolution . . . establish rules for the conduct of their affairs . . . .

[69] A similar authority is conferred on TransLink's board under s. 2(4) of the *Greater Vancouver Transportation Authority Act*:

> **2**(4) The authority may carry on business, and, without limiting this, may enter into contracts or other arrangements, adopt bylaws, pass resolutions, issue or execute any other record or sue or be sued under a name prescribed by regulation of the Lieutenant Governor in Council, and any contract, bylaw, resolution or other arrangement or record entered into, adopted, passed, issued or executed, as the case may be, and any suit brought, by the authority under the prescribed name is as valid and binding as it would be were it entered into, adopted, passed, issued, executed or brought by the authority under its own name.

[70] The enabling statutes thus confer broad discretionary powers on each entity's board of directors to adopt rules regulating the conduct of its affairs, including the generation of revenue for the public transportation system through advertising sales. Further, according to documents filed in the record, the policies were "reviewed and adopted" by the boards of both entities (Appellants' Joint Record, at pp. 179 and 326). The policies

3.3.3 Application des principes aux politiques des commissions de transport

[67] Il appert des lois habilitantes que les politiques des commissions de transport ont été adoptées en vertu des pouvoirs légaux conférés à BC Transit et à TransLink.

[68] L'alinéa 3(1)c) de la *British Columbia Transit Act* autorise le conseil d'administration de BC Transit [TRADUCTION] « à saisir des occasions d'affaires et à participer à des entreprises commerciales à l'égard de ces réseaux, ainsi que des biens et des ressources de la commission », sous réserve de l'approbation du ministre. L'alinéa 4(4)e) de la Loi dispose que le conseil d'administration

> [TRADUCTION] surveille l'administration de la commission [de transport] et peut [. . .] par voie de résolution [. . .] établir des règles relatives à l'exercice de ses activités . . .

[69] Le conseil d'administration de TransLink est investi d'un pouvoir semblable au par. 2(4) de la *Greater Vancouver Transportation Authority Act* :

> [TRADUCTION]
>
> **2**(4) La commission peut exploiter une entreprise et, notamment, conclure des contrats ou d'autres arrangements, prendre des règlements, adopter des résolutions, établir d'autres documents ou ester en justice sous un nom prescrit par règlement du lieutenant-gouverneur en conseil, auquel cas la mesure est valable et lie la commission comme si elle l'avait prise sous son propre nom.

[70] Ainsi, les lois habilitantes confèrent au conseil d'administration de chacune des entités un pouvoir discrétionnaire étendu d'adopter des règles régissant l'exercice de ses activités, notamment la production de revenus pour le réseau de transport en commun grâce à la vente de publicité. En outre, suivant les documents versés au dossier, les politiques ont été [TRADUCTION] « adoptées après examen » par le conseil d'administration de chacune des deux

2009 SCC 31 (CanLII)

therefore appear to have been adopted in a formal manner.

[71] Where a legislature has empowered a government entity to make rules, it seems only logical, absent evidence to the contrary, that it also intended those rules to be binding. In this case, TransLink is empowered to "establish rules" and to "enter into contracts", "adopt bylaws" and "pass resolutions". Bylaws and contracts are intended to bind. In the context of the enabling provisions, it follows that resolutions have the same binding effect as the other enumerated instruments.

[72] The policies are not administrative in nature, as they are not meant for internal use as an interpretive aid for "rules" laid down in the legislative scheme. Rather, the policies are themselves rules that establish the rights of the individuals to whom they apply. Moreover, the policies can be said to be general in scope, since they establish standards which are applicable to all who want to take advantage of the advertising service rather than to a specific case. They therefore fall within the meaning of the word "law" for the purposes of s. 1 and will satisfy the "prescribed by law" requirement provided that they are sufficiently accessible and precise.

[73] In my view, the transit authorities' advertising policies are both accessible and precise. They are made available to members of the general public who wish to advertise on the transit authorities' buses, and they clearly outline the types of advertisements that will or will not be accepted. Thus, the limits on expression are accessible and are worded precisely enough to enable potential advertisers to understand what is prohibited. The limits resulting from the policies are therefore legislative in nature and are "limits prescribed by law" within the meaning of s. 1 of the *Charter*.

entités (dossier conjoint des appelantes, p. 179 et 326), de sorte qu'elles semblent avoir été adoptées de manière formelle.

[71] Il paraît logique que le législateur qui autorise l'adoption de règles par une entité gouvernementale veuille également, sauf indications contraires, que ces règles soient obligatoires. En l'espèce, TransLink peut [TRADUCTION] « établir des règles » et « conclure des contrats », « prendre des règlements » et « adopter des résolutions ». Règlements et contrats ont force obligatoire. Dans le contexte des dispositions habilitantes, on peut inférer que les résolutions ont la même force obligatoire que les autres instruments qui y sont énumérés.

[72] Les politiques ne sont pas de nature administrative puisqu'elles ne sont pas destinées à une application interne comme guide d'interprétation de « règles » établies par le régime législatif. Elles constituent elles-mêmes des règles établissant les droits des personnes qui y sont assujetties. De plus, on peut leur attribuer une portée générale en ce qu'elles fixent des normes qui s'appliquent à toute personne désireuse de se prévaloir du service publicitaire, et non dans certains cas particuliers. Elles sont donc assimilables à des « règles de droit » au sens de l'article premier et satisfont à l'exigence de la restriction « par une règle de droit » lorsqu'elles sont suffisamment accessibles et précises.

[73] À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport sont à la fois accessibles et précises. Elles peuvent être consultées par tout membre du grand public désireux de se servir des autobus des commissions de transport comme support publicitaire, et elles énoncent clairement quels genres de publicité sont acceptés ou non. Ainsi, les restrictions apportées à l'expression sont accessibles et formulées avec suffisamment de précision pour permettre aux annonceurs éventuels de comprendre ce qui est écarté. Par conséquent, les politiques publicitaires sont de nature législative et des droits y sont restreints « par une règle de droit » au sens de l'article premier de la *Charte*.

2009 SCC 31 (CanLII)

3.3.4 Are the Limits Justified in a Free and Democratic Society?

[74] The next step in the analysis is to determine whether the infringement is justified in a free and democratic society. The principles were set out in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. For ease of reference, I will now reproduce the text of the impugned policies once again:

POLICY:

. . .

2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

. . .

Standards and Limitations

. . .

7. No advertisement will be accepted which is likely, in the light of prevailing community standards, to cause offence to any person or group of persons or create controversy;

. . .

9. No advertisement will be accepted which advocates or opposes any ideology or political philosophy, point of view, policy or action, or which conveys information about a political meeting, gathering or event, a political party or the candidacy of any person for a political position or public office;

[75] The trial judge accepted, albeit with some hesitation, the transit authorities' submission that their policies had a sufficiently pressing and substantial objective of providing "a safe, welcoming public transit system" (para. 110). However, he went on to conclude that the policies were not rationally connected to the purported objective of ensuring safety, as it was doubtful that "the kind or extent of the controversy that might be provoked by such

3.3.4 Justification des restrictions dans une société libre et démocratique

[74] L'étape suivante consiste à déterminer si l'atteinte est justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique au regard des principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Pour faciliter leur consultation, je reproduis de nouveau le libellé des politiques attaquées :

[TRADUCTION]

POLITIQUE :

. . .

2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

. . .

Conditions et restrictions

. . .

7. Est exclue toute publicité susceptible, au regard des normes sociales reconnues, d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse.

. . .

9. Est exclue toute publicité qui promeut ou conteste une idéologie ou une philosophie politique, un point de vue, une politique ou une mesure, ou qui renseigne sur une assemblée, un rassemblement ou un événement politique, un parti politique ou la candidature d'une personne à une fonction politique ou à une charge publique.

[75] Le juge de première instance retient, quoique avec une certaine hésitation, la thèse des commissions de transport selon laquelle les politiques répondent à l'objectif suffisamment urgent et réel d'offrir [TRADUCTION] « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » (par. 110). Cependant, il conclut ensuite que les politiques des commissions de transport n'ont pas de lien rationnel avec le prétendu objectif de sûreté, puisqu'il est peu

2009 SCC 31 (CanLII)

advertisements could create a safety risk" (para. 114). He also found that the total ban on political and other advocacy advertising did not constitute a minimal impairment of freedom of expression and that the alleged benefits of the advertising restrictions did not outweigh their detrimental effects (paras. 122 and 131). The Court of Appeal did not address this issue.

[76] I accept that the policies were adopted for the purpose of providing "a safe, welcoming public transit system" and that this is a sufficiently important objective to warrant placing a limit on freedom of expression. However, like the trial judge, I am not convinced that the limits on political content imposed by articles 2, 7 and 9 are rationally connected to the objective. I have some difficulty seeing how an advertisement on the side of a bus that constitutes political speech might create a safety risk or an unwelcoming environment for transit users. It is not the political nature of an advertisement that creates a dangerous or hostile environment. Rather, it is only if the advertisement is offensive in that, for example, its content is discriminatory or it advocates violence or terrorism — regardless of whether it is commercial or political in nature — that the objective of providing a safe and welcoming transit system will be undermined.

[77] Had I found a rational connection between the objective and the limits imposed by articles 2, 7 and 9, I would nevertheless have concluded that the means chosen to implement the objective was neither reasonable nor proportionate to the respondents' interest in disseminating their messages pursuant to their right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression. The policies allow for commercial speech but prohibit all political advertising. In particular, article 2 of the policies limits the types of advertisements that will be accepted to "those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events", thereby excluding advertisements which communicate political messages. Article 7, on the other hand, refers

probable que [TRADUCTION] « la nature ou l'ampleur de la controverse susceptible d'être suscitée par les publicités présente un risque pour la sûreté » (par. 114). Il ajoute que l'exclusion totale de la publicité politique ou par ailleurs partisane ne porte pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression et que les avantages allégués de la restriction de la publicité ne l'emportent pas sur ses effets préjudiciables (par. 122 et 131). La Cour d'appel ne se prononce pas sur ce point.

[76] Je reconnais que les politiques ont été adoptées dans le but d'offrir « un réseau de transport en commun sûr et accueillant » et qu'il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la restriction de la liberté d'expression. Toutefois, à l'instar du juge de première instance, je ne suis pas convaincue que l'exclusion de tout contenu politique aux articles 2, 7 et 9 ait un lien rationnel avec l'objectif. J'ai du mal à concevoir que la présence d'un message politique sur le côté d'un autobus puisse rendre le transport en commun moins sûr ou moins accueillant pour les usagers. Le caractère politique d'une publicité ne saurait créer un environnement dangereux ou hostile. Ce serait plutôt le caractère offensant du message — lorsque, par exemple, son contenu est discriminatoire ou incite à la violence ou au terrorisme, peu importe qu'il s'agisse d'une publicité commerciale ou politique — qui irait à l'encontre de l'objectif d'offrir un réseau de transport en commun sûr et accueillant.

[77] Si j'avais vu un lien rationnel entre l'objectif et les restrictions prévues aux articles 2, 7 et 9, je serais néanmoins arrivée à la conclusion que le moyen choisi pour réaliser l'objectif n'est ni raisonnable ni proportionné au droit des intimées d'exercer leur liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte* en diffusant leurs messages. La publicité commerciale est autorisée, mais pas la publicité politique. Plus particulièrement, l'article 2 de chacune des politiques prévoit que seule est acceptée la publicité [TRADUCTION] « qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics », écartant de ce fait celle qui transmet un message politique. L'article 7 renvoie pour sa part aux normes sociales reconnues pour déterminer si une publicité

2009 SCC 31 (CanLII)

to prevailing community standards as a measuring stick for whether an advertisement is likely "to cause offence to any person or group of persons or create controversy". While a community standard of tolerance may constitute a reasonable limit on offensive advertisements, excluding advertisements which "create controversy" is unnecessarily broad. Citizens, including bus riders, are expected to put up with some controversy in a free and democratic society. Finally, article 9 represents the most overt restriction on political advertisements, as it bans all forms of political content regardless of whether the message actually contributes to an unsafe or unwelcoming transit environment. In sum, the policies amount to a blanket exclusion of a highly valued form of expression in a public location that serves as an important place for public discourse. They therefore do not constitute a minimal impairment of freedom of expression.

[78] The fact that the limits are overbroad in the instant case does not mean that the government cannot limit speech in bus advertisements. It is clear from this Court's s. 1 jurisprudence on freedom of expression that location matters, as does the audience. Thus, a limit which is not justified in one place may be justified in another. And the likelihood of children being present matters, as does the audience's ability to choose whether to be in the place. In *Canada (Attorney General) v. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 SCC 30, [2007] 2 S.C.R. 610, at paras. 93-94, one of the provisions at issue limited tobacco advertising that was appealing to young people or was published in places frequented or publications read by young people. This provision was held to be justified on the basis of the need to protect youths because of their vulnerability. In the criminal law context, this Court has held that the concept of indecency in the *Criminal Code* depends in part on location in that conduct that is indecent in one place may not be indecent in another more private place: *R. v. Labaye*, 2005 SCC 80, [2005] 3 S.C.R. 728, at paras. 42-43; *R. v. Tremblay*, [1993] 2 S.C.R. 932, at pp. 960-61.

[79] Thus, limits on advertising are contextual. Although we are not required to review the proposed

est susceptible [TRADUCTION] « d'offenser une personne ou un groupe de personnes ou de susciter la controverse ». La norme socialement reconnue de la tolérance peut constituer un rempart raisonnable contre la publicité offensante, mais l'exclusion de toute publicité pouvant « susciter la controverse » a une portée trop grande. Dans une société démocratique, on s'attend des citoyens, y compris des usagers du transport en commun, qu'ils tolèrent un certain degré de controverse. Enfin, l'article 9 est celui qui écarte le plus explicitement la publicité politique. Il prohibe toute forme de contenu politique, que celui-ci compromette ou non la sûreté du transport en commun ou son caractère accueillant. En somme, une forme d'expression à laquelle est attaché un grand prix est exclue totalement d'un espace public qui constitue un important lieu d'expression publique. Les politiques ne portent donc pas atteinte le moins possible à la liberté d'expression.

[78] La constatation du caractère excessif de la restriction en l'espèce ne signifie pas que le gouvernement ne peut pas limiter l'expression dans l'espace publicitaire d'un autobus. Il ressort de la jurisprudence de la Cour relative à l'article premier et à la liberté d'expression que le lieu importe, tout comme l'auditoire. La limite qui n'est pas justifiée à un endroit peut donc l'être dans un autre. La présence probable d'enfants ou le caractère volontaire ou non de la présence des gens comptent également. Dans l'affaire *Canada (Procureur général) c. JTI-Macdonald Corp.*, 2007 CSC 30, [2007] 2 R.C.S. 610, l'une des dispositions en cause limitait la publicité du tabac destinée aux jeunes ou celle faite dans les lieux qu'ils fréquentaient ou dans les publications qu'ils lisaient. La Cour a conclu que la disposition était justifiée par la nécessité de protéger les jeunes en raison de leur vulnérabilité (par. 93-94). Dans le contexte pénal, elle a considéré que l'indécence au sens du *Code criminel* tenait en partie au lieu, c'est-à-dire que certains actes sont indécents à certains endroits, mais pas à d'autres, plus privés : *R. c. Labaye*, 2005 CSC 80, [2005] 3 R.C.S. 728, par. 42-43; *R. c. Tremblay*, [1993] 2 R.C.S. 932, p. 960-961.

[79] La justification de limites apportées à la publicité tient donc au contexte. Nous ne sommes

2009 SCC 31 (CanLII)

standards, the Canadian Code of Advertising Standards, which is referred to in the transit authorities' advertising policies, could be used as a guide to establish reasonable limits, including limits on discriminatory content or on ads which incite or condone violence or other unlawful behaviour. Given that the transit authorities did not raise s. 1, however, the above comment is intended merely to provide guidance on what may be justified, but the determination of what is justified will depend on the facts in the particular case.

[80] In sum, advertising on buses has become a widespread and effective means for conveying messages to the general public. In exercising their control over such advertising, the transit authorities have failed to minimize the impairment of political speech, which is at the core of s. 2(*b*) protection. I conclude that, to the extent that articles 2, 7 and 9 prohibit political advertising on the sides of buses, they place an unjustifiable limit on the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression.

4. Remedy

[81] In light of the conclusion that the impugned policies violate the respondents' rights under s. 2(*b*) of the *Charter*, an appropriate remedy must be granted. The majority of the Court of Appeal declared that articles 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies were of "no force and effect". Prowse J.A. granted the declarations sought by the respondents either on the basis of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* if the policies are "law" within the meaning of that section, or on the basis of s. 24(1) of the *Charter* if they are not, as she was satisfied that the language of s. 24(1) is broad enough to encompass the remedy sought by the respondents. In this Court, BC Transit has not addressed the issue of remedy. As for TransLink, it briefly states, on the basis that the policies are not "law" for the purposes of s. 52(1) and that the respondents did not seek a declaration under

pas appelés à examiner les normes qu'il propose, mais le Code canadien des normes en publicité, auquel renvoient les politiques des commissions de transport, pourrait servir de guide pour établir des limites raisonnables, y compris en ce qui concerne le caractère discriminatoire d'une annonce publicitaire ou encore, la violence ou d'autres actes illégaux qui y sont encouragés ou tolérés. Cependant, comme les commissions de transport n'ont pas invoqué l'article premier, le commentaire qui précède ne vise qu'à offrir des repères pour déterminer ce qui est susceptible d'être justifié, toute décision à cet égard dépendant des faits de l'espèce.

[80] En somme, on recourt désormais couramment à l'espace publicitaire des autobus pour communiquer efficacement de l'information au grand public. Dans l'exercice de leur pouvoir sur l'utilisation de cet espace, les commissions de transport n'ont pas respecté le critère de l'atteinte minimale à la liberté d'expression politique, laquelle est au cœur de la protection prévue à l'al. 2*b*). J'arrive à la conclusion que dans la mesure où ils interdisent la publicité politique sur les côtés des autobus, les articles 2, 7 et 9 des politiques restreignent de manière injustifiée la liberté d'expression des intimées garantie à l'al. 2*b*).

4. Réparation

[81] Après avoir conclu que les politiques publicitaires des commissions de transport violent le droit des intimées garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*, il faut accorder la réparation qui s'impose. Les juges majoritaires de la Cour d'appel ont déclaré « inopérants » les articles 7 et 9 de ces politiques. La juge Prowse a rendu le jugement déclaratoire sollicité par les intimées sur le fondement soit du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, dans la mesure où chacune des politiques en cause constitue une « règle de droit » au sens de cet article, soit du par. 24(1) de la *Charte* dans le cas contraire, car elle était convaincue que le libellé de ce dernier paragraphe était assez général pour permettre l'octroi de la réparation demandée par les intimées. Devant notre Cour, BC Transit n'a pas abordé la question de la réparation. Pour sa part, TransLink indique brièvement qu'aucune réparation ne s'offre aux

2009 SCC 31 (CanLII)

s. 24(1) at trial, that no remedy is available to the respondents.

[82] McLachlin C.J., writing for a unanimous Court in *R. v. Ferguson*, 2008 SCC 6, [2008] 1 S.C.R. 96, stated that "[a] court which has found a violation of a *Charter* right has a duty to provide an effective remedy" (para. 34). The question is whether the declaration ought to be based on s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* or on s. 24(1) of the *Charter.*

4.1 *Choice Between Section 24(1) of the Charter and Section 52(1) of the Constitution Act, 1982*

[83] In *Ferguson*, McLachlin C.J. explained that remedies for *Charter* violations are governed by s. 24(1) of the *Charter* and s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, and that each of them serves different remedial purposes:

> Section 52(1) provides a remedy for *laws* that violate *Charter* rights either in purpose or in effect. Section 24(1), by contrast, provides a remedy for *government acts* that violate *Charter* rights. It provides a personal remedy against unconstitutional government action and so, unlike s. 52(1), can be invoked only by a party alleging a violation of that party's own constitutional rights: *Big M*; *R. v. Edwards*, [1996] 1 S.C.R. 128. Thus this Court has repeatedly affirmed that the validity of laws is determined by s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, while the validity of government action falls to be determined under s. 24 of the *Charter*: *Schachter*; *R. v. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 S.C.R. 575, 2001 SCC 81. [Emphasis in original; para. 61.]

[84] The respondents are challenging the constitutional validity of the impugned advertising policies. They do not seek a declaration that the transit authorities' decision to refuse to post their advertisements is of no force or effect. In other words, they are not challenging the validity of "government action" taken in administering a valid legislative

intimées parce que les politiques publicitaires ne sont pas des « règles de droit » au sens du par. 52(1) et, qu'au procès, les intimées n'ont pas sollicité de jugement déclaratoire en application du par. 24(1).

[82] Dans l'arrêt *R. c. Ferguson*, 2008 CSC 6, [2008] 1 R.C.S. 96, la juge en chef McLachlin, s'exprimant au nom de tous les juges de la Cour, affirme que « [l]e tribunal qui conclut à la violation d'un droit garanti par la *Charte* a l'obligation d'accorder une réparation efficace » (par. 34). Reste à savoir si le jugement déclaratoire doit s'appuyer sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ou sur le par. 24(1) de la *Charte.*

4.1 *Le choix entre le par. 24(1) de la Charte et le par. 52(1) de la Loi constitutionnelle de 1982*

[83] Dans l'arrêt *Ferguson*, la juge en chef McLachlin explique en outre que les réparations pouvant être accordées pour la violation d'un droit constitutionnel sont régies par les par. 24(1) de la *Charte* et 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que chacune de ces dispositions a un objectif réparateur différent :

> Le paragraphe 52(1) offre une réparation lorsque des *dispositions législatives* violent des droits garantis par la *Charte*, que ce soit par leur objet ou par leur effet, tandis que le par. 24(1) offre un recours pour les *actes gouvernementaux* qui violent des droits garantis par la *Charte*. Il permet un recours personnel contre les actes gouvernementaux inconstitutionnels et, contrairement au par. 52(1), seule peut s'en prévaloir la partie qui allègue une atteinte à ses propres droits constitutionnels : *Big M*; *R. c. Edwards*, [1996] 1 R.C.S. 128. Notre Cour a répété à maintes reprises que la validité des lois relève de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, tandis que la validité des actes du gouvernement relève de l'art. 24 de la *Charte* : *Schachter*; *R. c. 974649 Ontario Inc.*, [2001] 3 R.C.S. 575, 2001 CSC 81. [En italique dans l'original; par. 61.]

[84] Les intimées contestent la constitutionnalité des politiques publicitaires. Elles ne sollicitent pas un jugement déclarant inopérant le refus des commissions de transport de diffuser leurs publicités. En d'autres mots, elles ne contestent pas la constitutionnalité d'« actes gouvernementaux » accomplis dans l'administration d'un régime législatif

2009 SCC 31 (CanLII)

scheme. Rather, the respondents are challenging the validity of the policies upon which the refusal was based, and therefore seek a declaration that the impugned policies themselves are of "no force or effect". On the face of the approach proposed by McLachlin C.J. in *Ferguson*, the question is whether the policies are "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. If they are, the remedy will lie in s. 52(1), not s. 24(1).

[85] Section 52(1) reads:

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

[86] Section 52(1) guarantees the supremacy of the Constitution of Canada. In order to ensure that supremacy, this Court has consistently espoused a broad interpretation of the concept of "law" in this context. In *Dolphin Delivery*, the Court held that s. 52(1) applies to the common law. In *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, the majority held that an arbitrator had jurisdiction under s. 52(1) to remedy a *Charter* violation resulting from a provision of a collective agreement.

[87] The question, therefore, is whether binding policies of general application adopted by a government entity can be characterized as "law" for the purposes of s. 52(1). While the broad wording of s. 24(1) would appear to permit a declaration with an effect similar to that of one made under s. 52(1), it is more appropriate to deal with rules made by government entities under s. 52(1). There are two reasons for this. First, as this Court emphasized in *Ferguson*, it is important to deal with invalid "laws" under s. 52(1) and thereby ensure that inconsistent provisions are "not left on the books" (*Ferguson*, at paras. 65-66):

valide. Elles s'en prennent plutôt aux politiques qui fondent le refus et demandent donc qu'un jugement les déclare « inopérantes ». Selon l'approche proposée par la juge en chef McLachlin dans l'arrêt *Ferguson*, il faut se demander si chacune des politiques est une « règle de droit » pour les besoins du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Dans l'affirmative, la réparation reposera sur cette disposition, et non sur le par. 24(1).

[85] Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* est rédigé comme suit :

La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[86] Le paragraphe 52(1) garantit la suprématie de la Constitution du Canada, et afin d'assurer cette suprématie, la Cour a toujours interprété largement le terme « règle de droit » qui y est employé. Dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, la Cour a conclu que le libellé du par. 52(1) englobait la common law. Dans l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Assn.*, les juges majoritaires ont statué que le par. 52(1) conférait à l'arbitre le pouvoir d'accorder réparation pour la violation d'un droit constitutionnel par une convention collective.

[87] Il faut donc déterminer si la politique obligatoire d'application générale adoptée par une entité gouvernementale peut être qualifiée de « règle de droit » aux fins du par. 52(1). Bien que le libellé général du par. 24(1) semble également permettre le prononcé d'un jugement déclaratoire dont l'effet est semblable à celui fondé sur le par. 52(1), il convient davantage de statuer sur les règles adoptées par une entité gouvernementale en fonction du par. 52(1), et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme le souligne la Cour dans l'arrêt *Ferguson*, il est important de statuer sur une « règle de droit » invalide en application du par. 52(1) et de faire ainsi en sorte qu'une disposition incompatible ne demeure pas « en vigueur » (par. 65-66) :

2009 SCC 31 (CanLII)

The presence of s. 52(1) with its mandatory wording suggests an intention of the framers of the *Charter* that unconstitutional laws are deprived of effect to the extent of their inconsistency, not left on the books subject to discretionary case-by-case remedies . . . .

As pointed out in *Seaboyer*, if the unconstitutional effects of laws are remediable on a case-by-case basis under s. 24(1), in theory all *Charter* violations could be addressed in this manner, leaving no role for s. 52(1). . . . [T]he risk is that the role intended for s. 52(1) would be undermined and that laws that should be struck down — over-inclusive laws that pose a real risk of unconstitutional treatment of Canadians — would remain on the books, contrary to the intention of the framers of the *Charter*.

[88] Second, because the public law requirements for jurisdiction and standing under s. 52(1) are less strict, the possibility of someone seeking a declaration of constitutional invalidity of a law is stronger in terms both of the number of potential claimants and of the number of possible fora. A binding rule of general application is not an individualized form of government action like an adjudicator's decision or a decision by a government agency concerning a particular individual or a particular set of circumstances. Rules of general application can have wide-ranging effects, which means that the broader remedy is more appropriate than an individual remedy under s. 24(1).

[89] Ensuring the largest numbers of potential claimants and beneficiaries of a constitutional challenge is in keeping with the spirit of the supremacy of the *Charter*. I conclude, therefore, that the appropriate remedy for an invalid rule of general application is one under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, not s. 24(1) of the *Charter*.

La présence du par. 52(1) et de son libellé obligatoire permet de croire que les rédacteurs de la *Charte* voulaient que les dispositions législatives inconstitutionnelles soient inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité, et non qu'elles restent en vigueur sous réserve de l'octroi d'une réparation discrétionnaire accordée au cas par cas . . .

Comme la Cour l'a souligné dans *Seaboyer*, s'il est possible, en vertu du par. 24(1), de corriger au cas par cas les effets inconstitutionnels des dispositions législatives, on pourrait, en théorie, remédier ainsi à toutes les violations de la *Charte*, et le par. 52(1) n'aurait plus alors aucune raison d'être [. . .] [I]l y a risque que le rôle que devait jouer le par. 52(1) se trouve affaibli et que des dispositions législatives qui devraient être invalidées — parce que leur portée excessive crée un véritable risque que des Canadiens reçoivent un traitement inconstitutionnel — demeurent en vigueur, contrairement à ce que voulaient les rédacteurs de la *Charte*.

[88] Deuxièmement, au par. 52(1), les exigences moins strictes du droit public en ce qui concerne la compétence et la qualité pour agir accroissent la possibilité de faire invalider une règle de droit inconstitutionnelle eu égard au nombre de juridictions susceptibles d'être saisies et au nombre de personnes susceptibles d'intenter le recours. Une règle obligatoire d'application générale n'est pas un acte gouvernemental individualisé, comme la décision d'un arbitre ou d'un organisme gouvernemental visant une personne ou une situation en particulier. Une règle d'application générale peut avoir des répercussions à bien des égards, de sorte qu'une réparation de portée générale convient mieux qu'une réparation individuelle fondée sur le par. 24(1).

[89] L'élargissement du bassin des personnes susceptibles d'intenter un recours sur le fondement de la Constitution et des personnes susceptibles d'en bénéficier est conforme à l'esprit qui sous-tend la suprématie de la *Charte*. Par conséquent, je conclus que la réparation appropriée dans le cas d'une règle d'application générale invalide est celle qui prend appui sur le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et non sur le par. 24(1) de la *Charte*.

2009 SCC 31 (CanLII)

2009 SCC 31 (CanLII)

4.2 *Application of the Principles to the Transit Authorities' Policies*

[90] The transit authorities' policies clearly come within the meaning of "law" for the purposes of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. They were adopted by government entities pursuant to a rule-making power. On the facts of the case, the transit authorities used their delegated rule-making power to adopt policies which unjustifiably limited the respondents' freedom of expression. Those policies are binding rules of general application that establish the rights of members of the public who seek to advertise on the transit authorities' buses. In my view, the transit authorities' advertising policies are "law" within the meaning of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* and can therefore be declared of no force or effect to the extent of their inconsistency.

5. Conclusion

[91] I would dismiss the appeal with costs on the basis that the respondents' right under s. 2(*b*) of the *Charter* to freedom of expression was violated by articles 2, 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies. Accordingly, the Court of Appeal's order is varied by the addition of a declaration that article 2 is also inconsistent with the protection of freedom of expression guaranteed under the *Charter* and of no force and effect. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* apply, pursuant to section 32 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies?

Answer: Yes.

2. If so, do clause 2 and the Standards and Limitations numbered 7 and 9 of the transit authorities' advertising policies infringe section 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: Yes.

4.2 *L'application des principes aux politiques des commissions de transport*

[90] Chacune des politiques des commissions de transport constitue clairement une « règle de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Elle a été adoptée par une entité gouvernementale en vertu de son pouvoir de réglementation. En l'espèce, les commissions de transport ont exercé leur pouvoir de réglementation délégué pour adopter des politiques qui restreignent de façon injustifiée la liberté d'expression des intimées. Leurs politiques sont des règles obligatoires d'application générale qui établissent les droits des citoyens d'utiliser l'espace publicitaire des autobus. À mon avis, les politiques publicitaires des commissions de transport s'entendent de « règles de droit » au sens du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et peuvent par conséquent être déclarées inopérantes dans la mesure de leur incompatibilité.

5. Conclusion

[91] Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens au motif que le droit à la liberté d'expression des intimées garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte* a été violé par les articles 2, 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport. L'ordonnance de la Cour d'appel est donc modifiée de façon qu'il y soit déclaré que l'article 2 est également incompatible avec la protection de la liberté d'expression prévue par la *Charte* et inopérant. Il y a lieu de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante :

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* s'applique-t-elle, suivant son article 32, à l'article 2 et aux conditions et restrictions n^{os} 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport?

Réponse : Oui.

2. Dans l'affirmative, l'article 2 et les conditions et restrictions n^{os} 7 et 9 des politiques publicitaires des commissions de transport contreviennent-elles à l'alinéa 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Oui.

3. If so, is the infringement a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

The following are the reasons delivered by

FISH J. —

I

[92] In order to raise revenues, the appellants sold advertising space on the outside of the buses they control. Pursuant to their separate but virtually identical advertising policies, they rejected the respondents' proposed advertisements on the ground that they conveyed "political" messages.

[93] I agree with Justice Deschamps that the appellants (the "Transit Authorities") are both "government entities" and therefore subject to the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. I agree as well that their advertising policies infringed the respondents' freedom of expression and thereby contravened s. 2(*b*) of the *Charter*. And finally, on the record before us, I agree that this infringement cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

[94] With respect, however, I have followed a different and more direct route in concluding that the appellants' advertising policies contravene s. 2(*b*) of the *Charter*.

[95] My point of departure is this: In virtue of s. 2(*b*), freedom of expression enjoys broad but not unbounded constitutional protection in Canada. It is a freedom that extends to any activity that conveys or attempts to convey a meaning: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927, at p. 969. But the *Charter* cannot have been intended to protect all expression, so broadly defined, at all times in every "space" or "place" under governmental control. Freedom of expression under

3. Dans l'affirmative, la contravention constitue-t-elle une restriction raisonnable apportée par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique par application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse : Non.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE FISH —

I

[92] Pour produire des recettes, les appelantes exploitaient l'espace publicitaire sur la partie extérieure de leurs autobus. Invoquant leurs politiques distinctes (mais pratiquement identiques) en la matière, elles ont refusé les annonces des intimées au motif que des messages « politiques » y étaient transmis.

[93] Je conviens avec la juge Deschamps que les appelantes (les « commissions de transport ») sont toutes deux des « entités gouvernementales » et qu'elles sont donc assujetties à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Je conviens également que leurs politiques publicitaires ont porté atteinte à la liberté d'expression des intimées et ainsi contrevenu à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Enfin, au vu du dossier, j'estime aussi que l'atteinte ne peut être justifiée au regard de l'article premier.

[94] Avec égards, cependant, ma démarche est différente et se veut plus directe pour arriver à la conclusion que les politiques publicitaires des appelantes violent le droit garanti à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[95] Mon point de départ est le suivant. Au Canada, l'al. 2*b*) confère à la liberté d'expression une protection constitutionnelle étendue mais non illimitée. Cette liberté vaut pour toute activité par laquelle on transmet ou tente de transmettre une signification (*Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927, p. 969). Or, le législateur ne peut avoir voulu que la *Charte* protège toujours l'expression, aussi largement définie, dans tout « endroit » ou « espace » relevant de l'État.

2009 SCC 31 (CanLII)

s. 2(*b*) has therefore been made subject to limitation in two respects.

[96] The first can be conceptually characterized as "internal": Some forms of expression may be validly curtailed by government because they are inherently inconsistent with the object and purpose of s. 2(*b*) of the *Charter*. They are for that reason left unsheltered by its constitutional umbrella.

[97] This internal limit on freedom of expression consists in narrowly construed exceptions to the general rule of broad protection enshrined in s. 2(*b*). Two recognized exceptions, or exclusions, are relied on by the Transit Authorities. One concerns expressive activity that would impose a *significant burden* on the government entity concerned; the other, expressive activity that is *manifestly incompatible* with the space or place where it is sought to be exercised. I shall later deal more fully with these exclusions; for the moment, it will suffice to say that neither applies in this case.

[98] Second, freedom of expression is subject to an "external" limitation as well: Even if an expressive activity falls within the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter*, it may be validly curtailed in virtue of s. 1 pursuant "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society". In this regard, I agree with Justice Deschamps that the appellants' impugned advertising policies do not pass constitutional muster. They may be properly characterized as a limit "prescribed by law" within the meaning of s. 1. As mentioned earlier, however, they are not demonstrably justified in a free and democratic society like our own.

[99] In short, the appellants' impugned advertising policies prevented the respondents from exercising the freedom of expression guaranteed to them by s. 2(*b*) of the *Charter*. This rejection of the respondents' proposed advertisements, moreover,

La liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) fait donc l'objet de deux limitations.

[96] La première peut être qualifiée d'« interne » sur le plan conceptuel. L'État peut limiter à bon droit certaines formes d'expression parce qu'elles sont intrinsèquement incompatibles avec l'objet et la raison d'être de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Telle est la raison pour laquelle elles sont exclues du giron constitutionnel.

[97] Cette limitation interne de la liberté d'expression s'entend d'exceptions interprétées strictement à la règle générale de la protection étendue que consacre l'al. 2*b*). Les commissions de transport invoquent deux exceptions (ou exclusions) reconnues. L'une vise l'activité expressive qui impose une *obligation substantielle* à l'entité gouvernementale en cause, et l'autre l'activité expressive qui est *manifestement incompatible* avec l'espace ou le lieu dans lequel elle est projetée. Je reviendrai plus en détail sur ces exceptions, mais pour le moment, il suffit de dire qu'aucune ne s'applique en l'espèce.

[98] En second lieu, la liberté d'expression fait également l'objet d'une limitation « externe ». Ainsi, même lorsqu'elle bénéficie de la protection prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, l'activité expressive peut, suivant l'article premier, être légitimement restreinte « par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique ». Sur ce point, je conviens avec la juge Deschamps que les politiques publicitaires contestées ne résistent pas au contrôle constitutionnel. On peut à juste titre considérer qu'elles apportent une restriction établie « par une règle de droit » au sens de l'article premier. Toutefois, je le rappelle, la justification de cette restriction ne saurait se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[99] En somme, les politiques publicitaires des appelantes ont empêché les intimées d'exercer la liberté d'expression que leur garantissait l'al. 2*b*) de la *Charte*. Qui plus est, le refus opposé aux intimées n'a pas été qu'une *conséquence* des politiques

2009 SCC 31 (CanLII)

was not merely an *effect* of the restrictive advertising policies; rather, it was their very *purpose*.

[100] It is essentially on this basis that I would dismiss the appellants' appeal. And though it is apparent from what I have already said, I feel bound to state explicitly, from the outset, that I respectfully disagree with the analytical framework adopted by Justice Deschamps in circumscribing freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter*.

[101] More particularly, I am unable to share my colleague's application in this case of the Court's decisions in *Baier v. Alberta*, 2007 SCC 31, [2007] 2 S.C.R. 673, and *Montréal (City) v. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 SCC 62, [2005] 3 S.C.R. 141 ("*City of Montréal*"). In my view, *Baier* rests on its own factual foundation and was not intended to break fresh constitutional ground. Again with respect, I find that my colleague's application of *City of Montréal* adds undue complexity to the constitutional analysis required under s. 2(*b*) of the *Charter*. It unnecessarily introduces as well real risks of "overinclusion" *and* "underinclusion", which are both best avoided.

II

[102] I turn now to consider the two internal limits on free speech invoked by the Transit Authorities: First, they argue that acceptance of the respondents' advertisements would subject them to a *significant burden*; second, they submit, in effect, that the proposed advertisements are *manifestly incompatible* with the space where the respondents wish them to appear — the sides of buses used for public transportation. As mentioned earlier, I am satisfied that neither exception applies in this case.

[103] The first exception concerns freedom of expression that cannot be respected without imposing on the government *a significant burden of assistance*, in the form of expenditure of public funds, or the initiation of a complex legislative, regulatory, or administrative scheme or undertaking. This

publicitaires restrictives, mais bien la réalisation de leur *objet* même.

[100] C'est essentiellement sur ce fondement que je suis d'avis de rejeter le pourvoi des appelantes. Mais avant de poursuivre, bien que cela ressorte des propos qui précèdent, j'estime nécessaire d'exprimer formellement mon désaccord avec le cadre d'analyse utilisé par la juge Deschamps pour circonscrire la liberté d'expression que garantit l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[101] Plus particulièrement, je ne puis souscrire à l'application qu'elle fait en l'espèce des arrêts *Baier c. Alberta*, 2007 CSC 31, [2007] 2 R.C.S. 673, et *Montréal (Ville) c. 2952-1366 Québec Inc.*, 2005 CSC 62, [2005] 3 R.C.S. 141 (« *Ville de Montréal* »). À mon sens, le premier tient aux faits particuliers en cause et la Cour n'entendait pas y établir de nouveaux principes constitutionnels. Toujours avec égards, je trouve que l'application de l'arrêt *Ville de Montréal* par ma collègue complique indûment l'analyse constitutionnelle que commande l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elle crée inutilement un risque véritable de portée « trop large » *ou* « trop limitative », deux éventualités qu'il faut s'efforcer d'éviter.

II

[102] J'examine maintenant les deux limitations internes de la liberté d'expression invoquées par les commissions de transport. Premièrement, les appelantes font valoir que l'acceptation des annonces publicitaires des intimées leur aurait imposé une *obligation substantielle*. Deuxièmement, elles prétendent en effet que les publicités proposées sont *manifestement incompatibles* avec l'espace dans lequel les intimées veulent les insérer, à savoir les côtés de véhicules de transport en commun. Je le répète, je suis convaincu que ni l'une ni l'autre des exceptions ne s'appliquent dans la présente affaire.

[103] La première exception s'applique lorsque la liberté d'expression ne peut être respectée sans imposer à l'État *une obligation d'aide substantielle*, qu'il s'agisse de dépenser des fonds publics ou de mettre en branle un régime ou un projet complexe d'ordre législatif, réglementaire ou administratif.

2009 SCC 31 (CanLII)

internal limitation on constitutionally protected freedom of expression was recognized and applied by the Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336; *Haig v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 995, at p. 1035; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627; *Delisle v. Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 S.C.R. 989, at paras. 25-26; and *Baier.*

[104] The "significant burden" exception is itself subject, however, to an exception that has no application here, but should nonetheless be noted for the sake of completeness: A significant burden *can* be imposed on government where the claimant meets the exacting criteria set out in *Dunmore v. Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94, [2001] 3 S.C.R. 1016, and particularly well summarized by Rothstein J. in *Baier*, at para. 27.

[105] The significant burden exception is firmly rooted in Canada's constitutional terrain. Under our system of government, the judiciary cannot be seen to direct the legislative branch to expend scarce public resources in order to satisfy *Charter* claims in a particular manner. Clearly, government expenditures and initiatives may be undertaken to advance *Charter* rights and freedoms in innumerable ways, but given finite resources, it is generally considered to be a matter for the legislature and not the judiciary to determine which social priorities are to receive government assistance. The *Dunmore* exception to this general principle is limited, and essentially arises only where a fundamental right cannot otherwise be exercised.

[106] The significant burden exception responds as well to another important concern. Judges are ill-equipped to supervise the implementation of court orders that require complex and ongoing responses on the part of state actors. Any attempt to do so may well trench on the autonomy of the executive and legislative branches of government.

Cette limitation interne apportée au droit constitutionnel à la liberté d'expression a été reconnue et appliquée par la Cour dans les arrêts suivants : *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 336; *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, p. 1035; *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627; *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 25-26; *Baier.*

[104] Or, l'exception de l'« obligation substantielle » fait elle-même l'objet d'une exception qui ne s'applique pas en l'espèce, mais qui mérite néanmoins d'être signalée par souci d'exhaustivité. Une obligation substantielle *peut* être imposée à l'État lorsque l'intéressé satisfait aux critères stricts de l'arrêt *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, 2001 CSC 94, [2001] 3 R.C.S. 1016, que le juge Rothstein résume particulièrement bien dans l'arrêt *Baier*, au par. 27.

[105] L'exception de l'obligation substantielle est fermement enracinée dans le paysage constitutionnel canadien. Dans notre système de gouvernement, le pouvoir judiciaire ne peut enjoindre au pouvoir législatif de dépenser des fonds publics restreints pour donner suite d'une certaine manière à des demandes fondées sur la *Charte*. Certes, dépenses et mesures gouvernementales peuvent être entreprises d'innombrables façons pour promouvoir les droits et libertés constitutionnels, mais vu la limitation des ressources disponibles, on considère généralement qu'il appartient au législateur, et non aux tribunaux, de déterminer les priorités sociales justifiant l'appui de l'État. L'exception à ce principe général prévue dans l'arrêt *Dunmore* a une portée limitée et ne s'applique essentiellement que lorsqu'un droit fondamental ne peut être exercé sans un tel appui.

[106] L'exception de l'obligation substantielle tient également compte d'une autre préoccupation importante. Les tribunaux ne sont pas dotés des moyens nécessaires pour surveiller la mise en œuvre d'ordonnances judiciaires exigeant des mesures complexes et continues de la part d'acteurs gouvernementaux. Toute mesure prise néanmoins en ce sens pourrait bien entamer l'autonomie des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement.

2009 SCC 31 (CanLII)

[107] Justice Deschamps finds (at para. 30) that *Baier* established "the criteria for identifying the limited circumstances in which s. 2(*b*) requires the government to extend an underinclusive means of, or 'platform' for, expression to a particular group or individual". According to my colleague (at para. 32), the same concern is not present in this case, because here the policies in question exclude a particular kind of expressive *content*, not a particular *group* of individuals. Since the concern in this case is content discrimination, not group underinclusion, *Baier* does not apply.

[108] With respect, as mentioned earlier, I would hesitate to ascribe to *Baier* a constitutional significance unsupported by its particular factual foundation. *Baier* affords no principled basis for permitting group discrimination in the freedom of expression analysis. And *Baier* provides no authority for the proposition that transit authorities (or other government actors) can refuse to accept *all* advertisements from a particular group but cannot refuse to publish *some* of the group's advertisements *because of their political content*. On any view of the matter, a purposive reading of s. 2(*b*) of the *Charter* hardly favours the exclusion of a particular group over the suppression of a particular message.

[109] Indeed, except artificially, it seems difficult to divorce content discrimination from group discrimination, since many groups are bound together by the content of their shared convictions or concerns — that is, by the "message" they aspire to communicate. To still the messenger is to suppress the message.

[110] Accordingly, unlike my colleague, I do not believe that *Baier* required the Transit Authorities "to at least demonstrate that the respondents themselves were excluded from the particular means of expression" in issue here (reasons of Justice Deschamps, at para. 32 (emphasis added)). Nor do

[107] La juge Deschamps conclut au par. 30 de ses motifs que l'arrêt *Baier* établit « les critères permettant de déterminer les quelques circonstances dans lesquelles l'al. 2*b*) exige du gouvernement qu'il mette à la disposition d'une personne ou d'un groupe de personnes un mode d'expression ou une "tribune" dont l'accès est trop restreint ». Selon elle, le même souci n'est pas présent en l'espèce, car les politiques en cause excluent un type particulier de *contenu* expressif, et non un *groupe* de personnes (par. 32). Étant donné que la présente affaire porte sur la discrimination relative au contenu, et non sur l'exclusion d'un groupe, l'arrêt *Baier* ne s'applique pas.

[108] Avec égards, je le répète, j'hésite à attribuer à cet arrêt une importance constitutionnelle indépendante des faits particuliers qui le sous-tendent. La décision n'offre aucun fondement rationnel justifiant la discrimination à l'endroit d'un groupe de personnes dans le cadre de l'examen relatif à la liberté d'expression. Et on ne saurait l'invoquer à l'appui de la prétention selon laquelle les commissions de transport (ou d'autres acteurs gouvernementaux) peuvent refuser *toutes* les publicités d'un groupe en particulier, mais ne peuvent refuser *certaines* d'entre elles *en raison de leur teneur politique*. Peu importe le point de vue adopté, l'interprétation téléologique de l'al. 2*b*) de la *Charte* ne privilégie pas vraiment l'exclusion d'un groupe en particulier par rapport à la suppression d'un message donné.

[109] Il paraît en effet difficile, sauf de manière artificielle, de dissocier la discrimination relative à la teneur de celle visant un groupe, car de nombreux groupes sont liés entre eux par la teneur de leurs convictions ou de leurs préoccupations communes, c'est-à-dire par le « message » qu'ils aspirent à communiquer. Faire taire le messager c'est supprimer le message.

[110] Contrairement à ma collègue, je ne crois donc pas que, suivant l'arrêt *Baier,* les commissions de transport devaient « au moins prouver que les intimées n'avaient pas elles-mêmes accès au mode d'expression en cause » dans la présente affaire (motifs de la juge Deschamps, par. 32 (je souligne)).

2009 SCC 31 (CanLII)

I find a "positive rights analysis" helpful in this regard.

[111] Again with respect, I see no principled basis for restricting freedom of expression under the *Charter* according to whether the claim concerns a "means", a "platform" or a "statutory scheme". All three are equally subject to *Charter* scrutiny. Nor would I distinguish, in the present context, between "platforms", "forums", "spaces" and "places". Unless otherwise indicated, or the context otherwise requires, no one term is meant to exclude the others.

[112] Moreover, not every claim can be comfortably shoehorned into one preconceived slot or another: As this case demonstrates, it is not always apparent whether a particular claim seeks access to a "public space", to a government-created "platform", or to a "statutory scheme". Nor is it easy to draw explicit and conclusive distinctions between the "means", "form", or "content" of a disputed expressive activity: see Lamer J. in *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123, at pp. 1181-82.

[113] I think it preferable to ask instead whether the respondents' claim would impose on the Transit Authorities a significant burden of assistance, as earlier defined, or otherwise involves expression that is excluded by a recognized exception from the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter.*

[114] The "significant burden" criterion provides a pragmatic and functional standard that responds well to constitutional concerns regarding the scope of freedom of expression in s. 2(*b*) of the *Charter.* And it is firmly rooted in prior decisions of the Court.

[115] Here, the Transit Authorities complain of four "active steps" that the respondents' claim would compel them to take: The rewriting of their

Je n'estime pas non plus que l'analyse sous l'angle de la « revendication d'un droit positif » soit utile à cet égard.

[111] Par ailleurs, je ne vois pas de fondement rationnel au fait de moduler la protection constitutionnelle accordée à la liberté d'expression selon que la revendication vise un « mode » d'expression, une « tribune » ou un « régime législatif ». Tous trois sont assujettis aux exigences de la *Charte*. Dans le présent contexte, je ne fais pas non plus de distinction entre « tribune », « espace » et « lieu ». Sauf indication contraire ou lorsque le contexte commande qu'il en aille autrement, aucun de ces éléments n'est censé exclure les autres.

[112] De plus, toute demande ne s'insère pas aisément dans une catégorie préétablie. La présente affaire montre bien qu'il n'est pas toujours patent qu'une demande donnée vise l'accès à un « espace public », à une « tribune » créée par l'État ou à un « régime législatif ». Il n'est pas non plus facile de faire des distinctions explicites et décisives entre le « mode », la « forme » et la « teneur » de l'activité expressive en cause : se reporter aux motifs du juge Lamer dans *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123, p. 1181-1182.

[113] Je suis d'avis qu'il faut plutôt déterminer si acquiescer à la demande des intimées imposerait aux commissions de transport une obligation d'aide substantielle — au sens établi précédemment — ou si la demande met par ailleurs en cause une expression faisant jouer une exception reconnue à l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[114] Le critère de l'« obligation substantielle » constitue une norme pragmatique et fonctionnelle qui tient dûment compte des préoccupations constitutionnelles liées à l'étendue de la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Qui plus est, il est solidement ancré dans la jurisprudence de notre Cour.

[115] En l'espèce, les commissions de transport s'élèvent contre quatre « mesures concrètes » qu'il leur faudrait prendre pour donner suite à la

2009 SCC 31 (CanLII)

advertising policy; the negotiation of new advertising contracts; the production and installation of the advertisements; and the provision of space and maintenance. I am satisfied that these four "active steps", individually or cumulatively considered, do not impose on the Transit Authorities a *significant burden* within the meaning of that phrase in the context of a s. 2(*b*) claim under the *Charter*.

[116] This is a case where the appellants have denied the respondents access to a commercial advertising programme already in place. Little change is needed to remove the infringing restrictions complained of by the respondents. In any event, contrary to the appellants' submission, a claim under the *Charter* can hardly be defeated on the ground that the infringing law or policy would have to be modified in order to end the infringement.

[117] The three other "active steps" invoked by the Transit Authorities are all entirely routine tasks which they already perform (or delegate to a third-party media company) on a regular basis in the normal course of their advertising programmes. They require no meaningful expenditure of funds — on the contrary, removing the impugned restriction would *increase* the appellants' advertising revenues. They require no new operating initiatives of significance. And they involve no administrative reorganization, restructuring or expansion that can reasonably be characterized as "burdensome".

[118] I would therefore reject the appellants' submission that the respondents' claim would impose a significant burden on them and is therefore unprotected by the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*.

III

[119] The appellants rely as well on a second exception to the freedom of expression guaranteed

demande des intimées : la révision de leur politique publicitaire, la négociation de nouveaux contrats de publicité, la production et la mise en place des publicités et l'offre d'espace et d'entretien. Je suis convaincu que, considérées individuellement ou ensemble, ces quatre « mesures concrètes » n'imposent pas aux commissions de transport une *obligation substantielle* au sens indiqué précédemment pour les besoins de l'application de l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[116] En l'espèce, les appelantes ont refusé aux intimées l'accès à un programme de publicité commerciale déjà existant. La suppression des restrictions attentatoires contestées par les intimées requiert peu de modifications. Quoi qu'il en soit, contrairement à ce que prétendent les appelantes, une demande fondée sur la *Charte* ne saurait être rejetée au motif que la loi ou la politique contestée devrait être modifiée pour ne plus être attentatoire.

[117] Les trois autres « mesures concrètes » invoquées par les commissions de transport correspondent toutes à des tâches tout à fait banales qu'elles accomplissent déjà (ou qu'elles délèguent à une entreprise spécialisée) périodiquement dans le cours normal de leurs activités publicitaires. Elles n'exigent pas de dépenses importantes — au contraire, la suppression de la restriction ferait *s'accroître* les recettes publicitaires des appelantes. Elles ne nécessitent pas de changements importants sur le plan de l'exploitation. Et elles n'impliquent pas de réorganisation administrative, de restructuration ou d'expansion pouvant raisonnablement être qualifiée de « contraignante ».

[118] Je suis donc d'avis de rejeter la prétention des appelantes selon laquelle faire droit à la demande des intimées leur imposerait une obligation substantielle, de sorte que l'expression en cause ne bénéficierait pas de la protection prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*.

III

[119] Les appelantes invoquent en outre une seconde exception à la liberté d'expression garantie

2009 SCC 31 (CanLII)

by s. 2(*b*) of the *Charter*. Essentially, they submit that the rejected advertisements are manifestly incompatible, on account of their "political" messages, with the function or purpose of the appellants' programme permitting advertisements on the sides of their buses.

[120] One of the advertising policies adopted by both appellants states:

> 2. Advertisements, to be accepted, shall be limited to those which communicate information concerning goods, services, public service announcements and public events.

[121] The addition of political messages to these broad and diverse categories of permitted advertisements cannot reasonably be thought to undermine the function or purpose of the sides of buses made publicly accessible by the Transit Authorities for paid advertising. Advertisements conveying a political message are not incompatible — let alone *manifestly* incompatible — with a commercial and public service advertising facility of that sort. Having chosen to make the sides of buses available for expression on such a wide variety of matters, the Transit Authorities cannot, without infringing s. 2(*b*) of the *Charter*, arbitrarily exclude a particular kind or category of expression that is otherwise permitted by law.

[122] Moreover, the purpose or function of the "space", "place" or "platform" where freedom of expression has been restricted is for the courts to ascertain, and not for government entities to unilaterally and finally determine. Depending on the circumstances, the relevant purpose or function will be established by reference to its current or ordinary use, to historical and traditional practice, to reasonable public expectations, to clear government intent, and to other like considerations. In this case, the acknowledged purpose of the scheme for advertising on the sides of buses is to raise revenue. And the function of the buses themselves is safe, clean, and orderly transportation. But in neither respect

à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Elles font essentiellement valoir qu'en raison de leurs messages « politiques », les publicités qu'elles ont refusées étaient manifestement incompatibles avec la fonction ou la raison d'être de leur programme autorisant la réclame sur les côtés des autobus.

[120] Voici l'une des dispositions des politiques publicitaires des appelantes :

[TRADUCTION]

> 2. Seule est acceptée la publicité qui communique de l'information sur des biens, des services, des messages d'intérêt public et des événements publics.

[121] On ne saurait raisonnablement voir dans l'adjonction du message politique à ces catégories générales et variées de publicité autorisée une mise à mal de la fonction ou de la raison d'être des côtés d'autobus que les commissions de transport mettent généralement à la disposition des annonceurs payants. La publicité renfermant un message politique n'est pas incompatible — et encore moins *manifestement* incompatible — avec un service publicitaire à vocation commerciale et publique de ce genre. Après avoir permis que leurs véhicules servent de supports à l'expression sur une grande variété de sujets, les commissions de transport ne peuvent, sans violer la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte*, écarter arbitrairement une sorte ou une catégorie particulière d'expression par ailleurs légale.

[122] En outre, il appartient aux tribunaux de déterminer la raison d'être ou la fonction de l'« espace », du « lieu » ou de la « tribune » où la liberté d'expression fait l'objet d'une limitation; ce n'est pas aux entités gouvernementales de le faire unilatéralement et définitivement. Selon les circonstances, la raison d'être ou la fonction sera établie au regard de différentes considérations, dont l'utilisation actuelle ou habituelle, la pratique antérieure et traditionnelle, les attentes raisonnables du public et l'intention claire du gouvernement. En l'occurrence, la raison d'être reconnue de la publicité sur les côtés des autobus est la production de recettes. Et la fonction de l'autobus lui-même est le

2009 SCC 31 (CanLII)

is there an obvious incompatibility with political advertisements.

[123] On the contrary, permitting political advertising would serve *the very purpose for which the sides of buses were made generally and publicly accessible for a price* — to raise revenue. And there is no inherent conflict between political advertisements on the sides of buses and orderly transportation. If there is some other objective in limiting political advertisements that is not related to these functions and purposes of the transit system and the advertising scheme, it should fall to be considered at the s. 1 justification stage of a challenge under s. 2(*b*) of the *Charter.*

[124] Unlike Justice Deschamps (at paras. 37-47), I do not believe that *all* expressive activity attracts s. 2(*b*) protection in every government-controlled place or forum where one would expect "free expression" to be protected. In my respectful view, freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* cannot be characterized as an "all or nothing" proposition. The constitutional inquiry on a s. 2(*b*) challenge should instead focus on whether the *particular* expressive activity that has been restricted by a governmental entity enjoys protection in the space, place or forum concerned.

[125] This will preclude overinclusion in some cases and underinclusion in others. Expressive activity that is in form or content manifestly incompatible with the purpose or function of the space in question would otherwise be "piggy-backed" into the protected zone by expressive activity that is not manifestly incompatible. Conversely, a meritorious claim of infringement would be doomed by the exclusion of any expressive activity that lies outside the protected zone.

[126] For Justice Deschamps (at para. 40), "content is not relevant to the determination of the function of a place". My colleague's view may be

transport sûr, efficace et sans heurts. Aucun de ces éléments n'est manifestement incompatible avec la publicité à caractère politique.

[123] Au contraire, permettre la publicité politique serait dans le droit fil de *la raison même pour laquelle les côtés des autobus sont généralement mis à la disposition du public moyennant finances*, à savoir la production de recettes. Il n'y a pas non plus de conflit intrinsèque entre la publicité politique sur les côtés des autobus et le transport sans heurts. Tout autre objectif de l'exclusion de la publicité politique qui est étranger à ces fonctions et raisons d'être du système de transport et du service publicitaire doit être considéré à l'étape de la justification au regard de l'article premier pour les besoins d'une contestation fondée sur l'al. 2*b*) de la *Charte*.

[124] Contrairement à la juge Deschamps (par. 37-47), je ne crois pas que *toute* activité expressive bénéficie de la protection constitutionnelle en tout lieu ou à toute tribune relevant de l'État où l'on s'attendrait à la protection de la « liberté d'expression ». Avec égards, on ne peut considérer l'application de la garantie prévue à l'al. 2*b*) de la *Charte* dans une optique de « tout ou rien ». L'analyse constitutionnelle fondée sur cet alinéa doit plutôt s'attacher à la question de savoir si l'activité expressive *particulière* que l'entité gouvernementale a restreinte jouit d'une protection dans l'espace, le lieu ou la tribune en cause.

[125] Pareille démarche permet d'éviter que la portée accordée soit trop grande dans certains cas et trop restreinte dans d'autres. Sinon, l'activité expressive dont la forme ou la teneur est manifestement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en question réintégrerait le champ de la garantie grâce à l'activité expressive non manifestement incompatible. À l'inverse, une allégation de violation fondée serait vouée à l'échec par l'exclusion de toute activité expressive non comprise dans le champ de la garantie.

[126] Pour la juge Deschamps, « le contenu n'est pas pertinent pour la détermination de la fonction d'un lieu » (par. 40). On peut penser que son point

2009 SCC 31 (CanLII)

thought to rest on *Irwin Toy*, where the Court stated (at p. 969):

> We cannot . . . exclude human activity from the scope of guaranteed free expression on the basis of the content or meaning being conveyed. Indeed, if the activity conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope of the guarantee.

[127] The issue in *Irwin Toy*, however, was whether the expressive content in question (commercial advertising directed at children) could be restricted generally, *in any location*.

[128] Here, on the other hand, the question is whether the expression is required to be permitted in a particular space. And that question is best answered by determining whether the infringed expressive activity (advertisements with a political message) is manifestly incompatible with the purpose and function of the space in question (the sides of buses open to commercial and public service advertising generally). If it is, s. 2(*b*) protection will be denied, exactly as it would be under the test favoured by Justice Deschamps, but without any need to resort to a complex variation of the test adopted in another context in *City of Montréal*.

[129] The *manifestly incompatible* test is, moreover, entirely consistent with the Court's conclusions in prior public space expression cases, notably *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139, *Ramsden v. Peterborough (City)*, [1993] 2 S.C.R. 1084, and *City of Montréal*.

[130] I think it important to emphasize that expressive activity will fall outside the protected zone of s. 2(*b*) only if it is *manifestly* incompatible with the purpose or function of the space in question. Where the alleged incompatibility is not manifest, the infringed expressive activity falls within the freedom of expression guaranteed by s. 2(*b*) of the *Charter*. It would remain open to the government, of course, to establish that the infringement

de vue prend appui sur l'arrêt *Irwin Toy*, dans lequel notre Cour dit ce qui suit (p. 969) :

> Nous ne pouvons [. . .] écarter une activité humaine du champ de la garantie de la liberté d'expression en se basant sur le contenu ou la signification. En effet, si l'activité transmet ou tente de transmettre une signification, elle a un contenu expressif et relève à première vue du champ de la garantie.

[127] Or, dans cette affaire, la question était de savoir si le contenu expressif en cause (la publicité commerciale destinée aux enfants) pouvait être restreint généralement, *n'importe où*.

[128] En l'espèce, par contre, il faut déterminer si l'expression doit être autorisée dans un espace en particulier. La meilleure démarche pour le faire consiste à se demander si l'activité expressive à laquelle il est porté atteinte (la publicité comportant un message politique) est manifestement incompatible avec la raison d'être et la fonction de l'espace qui, sur le côté d'un autobus, est réservé à la publicité de nature commerciale ou publique en général. Dans l'affirmative, la protection prévue à l'al. 2*b*) sera refusée, précisément comme elle l'est en application du critère privilégié par la juge Deschamps, sans qu'il y ait besoin de recourir à une variante complexe du test retenu dans un autre contexte dans l'arrêt *Ville de Montréal*.

[129] De plus, le critère axé sur le caractère *manifestement incompatible* est en parfaite adéquation avec les conclusions tirées par la Cour dans d'autres affaires relatives à l'expression dans un endroit ou un espace publics, particulièrement dans les arrêts *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139, *Ramsden c. Peterborough (Ville)*, [1993] 2 R.C.S. 1084, et *Ville de Montréal*.

[130] Il me paraît important d'insister sur le fait que la protection de l'al. 2*b*) ne sera refusée à l'activité expressive que lorsque celle-ci sera *manifestement* incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace en cause. Lorsque l'incompatibilité alléguée n'est pas manifeste, l'activité expressive visée par l'atteinte bénéficie de la liberté d'expression garantie à l'al. 2*b*) de la *Charte*. Il demeure évidemment loisible à l'État de démontrer que

2009 SCC 31 (CanLII)

is constitutionally permissible, under s. 1 of the *Charter*, as a limitation that is imposed by law and demonstrably justified in a free and democratic society such as ours.

[131] But where the alleged incompatibility *is* manifest, the matter should be disposed of at the s. 2(*b*) stage of the analysis. Governments should not bear the burden of strictly prescribing by law and justifying limits on those kinds of expression that are so obviously incompatible with the purpose or function of the space provided, as the *Charter* cannot possibly have been intended to invite litigation in such obvious cases.

[132] As Peter W. Hogg suggests, "If the courts give to the guaranteed rights a broad interpretation that extends beyond their purpose, it is inevitable that the court will relax the standard of justification under s. 1 in order to uphold legislation limiting the extended right" (*Constitutional Law of Canada* (5th ed. 2007), at p. 116).

[133] By extending to manifestly incompatible expressive activity the freedom of expression guaranteed under s. 2(*b*) of the *Charter*, we would in this way lower the justification threshold under s. 1. And unnecessarily obliging the government to resort to s. 1 would unduly proliferate statutory and regulatory restrictions on freedom of expression, invite hopeless claims of infringement, and lengthen and complicate trials.

[134] Finally, I do not wish to be taken to suggest that the *significant burden* and the *manifest incompatibility* exceptions invoked by the appellants are the only expressive activities that fall outside the protected zone of s. 2(*b*) of the *Charter*. At least two other exceptions need to be noted.

[135] I have already alluded (at para. 121) to one: Expressive activity restricted by a government actor on the basis that it is prohibited under a statute that is not constitutionally challenged. Thus, for

l'atteinte est constitutionnelle au regard de l'article premier de la *Charte*, s'agissant d'une restriction par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique comme la nôtre.

[131] Mais lorsque l'incompatibilité alléguée *est* manifeste, il convient de trancher à l'étape de l'analyse fondée sur l'al. 2*b*). L'État ne devrait pas être strictement tenu d'apporter une restriction dans une règle de droit et de la justifier lorsqu'elle vise un type d'expression qui est si clairement incompatible avec la raison d'être ou la fonction de l'espace offert, car le législateur ne saurait avoir voulu que la *Charte* soit invoquée dans un cas aussi patent.

[132] Comme le laisse entendre Peter W. Hogg, [TRADUCTION] « s'ils reconnaissent à un droit garanti une portée qui va au-delà de sa raison d'être, les tribunaux assoupliront inévitablement la norme de justification au regard de l'article premier afin de valider la loi qui restreint le droit en question » (*Constitutional Law of Canada* (5e éd. 2007), p. 116).

[133] Accorder à l'activité expressive manifestement incompatible la protection que l'al. 2*b*) de la *Charte* prévoit à l'égard de la liberté d'expression abaisserait le degré de justification requis pour les besoins de l'article premier. Et obliger ainsi le gouvernement à invoquer inutilement l'article premier multiplierait indûment les mesures législatives et réglementaires restreignant la liberté d'expression, susciterait de vaines allégations d'atteinte et accroîtrait la durée et la complexité des procès.

[134] Enfin, je ne voudrais pas que l'on conclut de mes propos que les exceptions de l'*obligation substantielle* et de l'*incompatibilité manifeste* invoquées par les appelantes correspondent aux seules activités expressives ne bénéficiant pas de la protection de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Au moins deux autres exceptions méritent d'être signalées.

[135] J'ai déjà fait allusion à l'une d'elles au par. 121 : l'activité expressive qu'un acteur gouvernemental restreint au motif qu'elle est interdite par une loi dont la constitutionnalité n'est pas contestée.

2009 SCC 31 (CanLII)

example, the appellants could properly refuse to carry on the sides of their buses an advertisement seeking donations to a designated terrorist organization, in violation of s. 83.02 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46.

[136] Likewise, expression may be excluded from the scope of s. 2(*b*) protection solely because its form is unprotected, as in the case of expression by means of violence: see *Irwin Toy*, at p. 970; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at pp. 733 and 829; and *Suresh v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1, [2002] 1 S.C.R. 3, at para. 105. Beyond the example of violence, the majority in *Irwin Toy* did not delineate precisely what other forms of expression will be unprotected under this rubric. And it would be inappropriate to attempt to do so here, since this exception is not at issue in this case.

[137] I would also leave for another day the relevance, on a s. 2(*b*) challenge, of the American distinction between limitations on "subject matter" and limitations on "viewpoint": see, for example, *R. A. V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Our concern here is with a restriction on *all* political messages, and I have dealt with the issues in that light.

IV

[138] For all of these reasons, I agree with Justice Deschamps that the appellants' impugned advertising policies infringed the respondents' freedom of expression and thereby contravened s. 2(*b*) of the *Charter.*

[139] And I agree as well that the appellants' advertising policies constitute a limitation prescribed by "law" within the meaning of s. 1; that the appellants have not demonstrated that the infringing provisions of their advertising policies are demonstrably justified in a free and democratic society such as ours; and that the respondents are therefore entitled, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, to a declaration that

Ainsi, par exemple, les appelantes pourraient à juste titre refuser d'afficher sur les côtés de leurs autobus une annonce sollicitant des dons à une organisation terroriste reconnue comme telle, contrairement à l'art. 83.02 du *Code criminel*, L.R.C. 1985, ch. C-46.

[136] De même, une expression peut être exclue de la portée de l'al. 2*b*) uniquement parce qu'elle revêt une forme non protégée, notamment lorsqu'il y a recours à la violence : voir les arrêts *Irwin Toy*, p. 970; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 733 et 829; et *Suresh c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CSC 1, [2002] 1 R.C.S. 3, par. 105. Hormis l'expression violente, dans l'arrêt *Irwin Toy*, les juges majoritaires ne donnent pas d'exemples d'expression non protégée à cause de sa forme. Il serait inopportun de le faire dans la présente espèce puisque cette exception n'est pas invoquée.

[137] Le pourvoi ne se prête pas non plus à l'examen de la pertinence, dans le cadre d'une contestation prenant appui sur l'al. 2*b*), de la distinction américaine entre la restriction visant le « sujet » et celle visant le « point de vue » : voir, p. ex., *R. A. V. c. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). La restriction considérée dans la présente affaire vise *tout* message politique, et je me suis prononcé sur les questions en litige en conséquence.

IV

[138] Pour tous ces motifs, je conviens avec la juge Deschamps que par leurs politiques publicitaires, les appelantes ont porté atteinte à la liberté d'expression des intimées et contrevenu de ce fait à l'al. 2*b*) de la *Charte.*

[139] J'estime également que les politiques publicitaires constituent une restriction « par une règle de droit » au sens de l'article premier, que les appelantes n'ont pas établi que les dispositions attentatoires de leurs politiques pouvaient se justifier dans une société libre et démocratique comme la nôtre et que les intimées ont donc droit, en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, à un jugement déclarant inopérantes les politiques

2009 SCC 31 (CanLII)

the appellants' advertising policies, to the extent of their inconsistency with s. 2(*b*), are of no force or effect.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant the Greater Vancouver Transportation Authority: David F. Sutherland & Associates, Vancouver.

Solicitors for the appellant the British Columbia Transit: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of New Brunswick: Attorney General of New Brunswick, Fredericton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Ministry of the Attorney General of British Columbia, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Adbusters Media Foundation: Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: Lawson Lundell, Vancouver.

publicitaires des appelantes dans la mesure où elles sont incompatibles avec l'al. 2*b*).

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Greater Vancouver Transportation Authority : David F. Sutherland & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'appelante British Columbia Transit : Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimées : Underhill, Faulkner, Boies Parker Law Corporation, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick : Procureur général du Nouveau-Brunswick, Fredericton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Ministère du Procureur général de la Colombie-Britannique, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante Adbusters Media Foundation : Bull, Housser & Tupper, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : Lawson Lundell, Vancouver.

2009 SCC 31 (CanLII)

TAB 30

K.R.J. *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal, David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario) and British Columbia Civil Liberties Association *Interveners*

Indexed as: R. *v.* K.R.J.

2016 SCC 31

File No.: 36200.

2015: December 2; 2016: July 21.

Present: McLachlin C.J. and Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté and Brown JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Benefit of lesser punishment — Sentencing — Accused pleaded guilty to incest and making child pornography — Retrospective application of amendments to Criminal Code expanding scope of community supervision measures sentencing judge can impose on sexual offenders — Offences committed prior to amendments but accused sentenced after — Whether new prohibition measures contained in Criminal Code constitute punishment such that their retrospective operation limits right protected by s. 11(i) of Charter — If so, whether limit is justified — Reformulation of s. 11(i) test for punishment — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(i) — Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, s. 161(1)(c), (d).

K.R.J. *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de l'Ontario, Association des avocats de la défense de Montréal, David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario) et Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique *Intervenants*

Répertorié : R. *c.* K.R.J.

2016 CSC 31

N° du greffe : 36200.

2015 : 2 décembre; 2016 : 21 juillet.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Abella, Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon, Côté et Brown.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droit de bénéficier de la peine la moins sévère — Détermination de la peine — Plaidoyer de culpabilité inscrit par l'inculpé à l'égard d'accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile — Application rétrospective de modifications du Code criminel ayant pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine peut soumettre un délinquant sexuel — Modifications apportées après la perpétration des infractions, mais avant la détermination de la peine — Les nouvelles interdictions prévues par le Code criminel infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'art. 11i) de la Charte? — Dans l'affirmative, cette restriction est-elle justifiée? — Reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'art. 11i) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11i) — Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161(1)c), d).

2016 SCC 31 (CanLII)

Section 11(*i*) of the *Charter* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to "the benefit of the lesser punishment". When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code* gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)). In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended before the amendments came into force. In March 2013, the accused pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011. By virtue of the convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the accused.

The sentencing judge concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(*i*) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied retrospectively. He therefore imposed a prohibition order under s. 161, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the accused committed the offences. On the Crown appeal, the majority of the Court of Appeal concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders, and therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(*i*). The majority allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the accused.

Held (Abella and Brown JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed in part. The amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* qualify as punishment such that their retrospective operation limits the right protected by s. 11(*i*) of the *Charter*. Under s. 1 of

L'alinéa 11*i*) de la *Charte* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel* confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant d'interdire au délinquant de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité, sous réserve de certaines conditions ou exemptions. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d'interdire au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)). Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire qui lui permette de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications. En mars 2013, l'accusé a plaidé coupable à des accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions avaient été commises entre 2008 et 2011. Étant donné les déclarations de culpabilité et l'âge de la victime, le juge était tenu de se demander s'il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s'est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s'appliquer rétrospectivement de sorte que l'accusé y soit assujetti.

Le juge chargé de la détermination de la peine a conclu qu'une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les dispositions ne peuvent s'appliquer rétrospectivement. Il a donc interdit sur le fondement de l'art. 161 les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l'accusé avait commis les infractions. Dans le cadre de l'appel du ministère public, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont conclu que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visaient à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu'elles ne pouvaient être considérées comme une peine au sens de l'al. 11*i*). Ils ont accueilli l'appel et soumis l'accusé aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), appliquant ceux-ci rétrospectivement.

Arrêt (les juges Abella et Brown sont dissidents en partie) : Le pourvoi est accueilli en partie. Les dispositions issues des modifications apportées aux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* sont assimilées à une peine, de sorte que leur application rétrospective restreint le droit

2016 SCC 31 (CanLII)

the *Charter*, while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(*i*) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit. Accordingly, the appeal should be allowed with respect to s. 161(1)(c), but dismissed with respect to s. 161(1)(d).

Per McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ.: Section 11(*i*) of the *Charter* constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively. This constitutional aversion for retrospective criminal laws is primarily motivated by the desire to protect the fairness of criminal proceedings and safeguard the rule of law. Rules pertaining to criminal punishment should be clear and certain. To attract the protection of s. 11(*i*), the new prohibition measures must qualify as "punishment". In *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to punishment under s. 11(*i*): (1) the measure must be a consequence of a conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence; and (2) it must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing.

This test requires two clarifications. First, while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing and is therefore an insufficient litmus test for defining punishment. Thus, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(*i*) affords and may qualify as punishment. Second, the s. 11(*i*) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. Doing so enhances fairness and predictability in punishment and is consistent with this Court's jurisprudence.

Accordingly, the s. 11(*i*) test for punishment should be restated as follows: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it

garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*. À la lumière de l'article premier de la *Charte*, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11*i*), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, constitue une restriction raisonnable. Par conséquent, le pourvoi est accueilli quant à l'al. 161(1)c), mais rejeté quant à l'al. 161(1)d).

La juge en chef McLachlin et les juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté : L'alinéa 11*i*) de la *Charte* constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s'appliquer rétrospectivement. Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d'application rétrospective tient principalement à la volonté de protéger l'équité des procédures criminelles et de garantir la primauté du droit. Les règles applicables aux sanctions criminelles doivent être claires et certaines. Pour faire jouer la protection de l'al. 11*i*), les nouvelles interdictions doivent constituer une « peine ». Dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, la Cour a dégagé un critère à deux volets qui permet de décider si une conséquence équivaut ou non à une peine au sens de l'al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) elle doit être conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine.

Deux précisions s'imposent relativement à ce critère. Premièrement, même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l'objectif et des principes de la détermination de la peine et elle n'est donc pas une considération suffisante pour décider qu'une sanction constitue ou non une peine. Par conséquent, la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d'une exception générale à la protection qu'offre l'al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine. Deuxièmement, le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l'incidence de la sanction sur le contrevenant. Une telle prise en compte permet d'accroître le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction et elle est compatible avec la jurisprudence de la Cour.

Ainsi, il convient de reformuler comme suit le critère permettant d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*) : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un

2016 SCC 31 (CanLII)

is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests. To satisfy the third branch of this test, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public.

Applying this reformulated test, the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment. The prohibitions found in these amendments are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions. Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(*i*) right as it deprives the accused of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the lesser punishment.

To be justified under s. 1 of the *Charter*, a law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the accused who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis and is of sufficient importance to warrant further scrutiny.

There is clearly a rational connection between this objective and retrospectively giving sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect. Further, given

accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité. Pour satisfaire au troisième volet du critère, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis.

Au vu du critère ainsi reformulé, les nouvelles interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l'infliction d'une peine plus importante que les interdictions antérieures. Par conséquent, l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient restreint le droit garanti par l'al. 11*i*) puisqu'elle empêche l'accusé de faire l'objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l'art. 161, c'est-à-dire de la peine la moins sévère.

Pour être justifiée au regard de l'article premier de la *Charte*, la règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective des modifications de 2012 — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'accusé, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier et il s'agit d'un objectif suffisamment important pour justifier la poursuite de l'examen.

Il existe manifestement un lien rationnel entre cet objectif et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). La raison et la logique suffisent pour établir que

2016 SCC 31 (CanLII)

the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective application of the amendments would have compromised Parliament's full objective, the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(*i*) rights as little as reasonably possible.

Finally, the deleterious and salutary effects of the law must be assessed. This final stage of the proportionality inquiry is important because it allows courts to transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society in direct and explicit terms. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the heart of s. 1.

The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. The new s. 161(1)(c) goes much further and prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years in a public or private space. By impacting people like the accused with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. The Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. The benefits society stands to gain are marginal and speculative. The Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, yet, at its root, s. 11(*i*) is about the timing of changes to penal laws. The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) should apply only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force.

le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétrospectif. En outre, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire.

Enfin, il faut apprécier les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit. Cette dernière étape de l'examen de la proportionnalité est importante car le tribunal peut alors transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne d'une manière directe et explicite. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites, de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. Bien que, de nos jours, au Canada, l'atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours relatif à l'article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier.

Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) sont importants. Le nouvel al. 161(1)c) permet au tribunal d'aller beaucoup plus loin et d'interdire d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de 16 ans dans un lieu public ou privé. En condamnant un contrevenant comme l'accusé à une peine dont il ne se savait pas passible, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Les enfants sont malheureusement victimes d'infractions sexuelles depuis des siècles. Le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le degré de protection accrue offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l'interdiction. Les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Le ministère public n'a pas fait valoir l'existence d'une justification d'ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et, pourtant, l'al. 11*i*) s'intéresse foncièrement au moment où intervient la modification d'une disposition à caractère punitif. L'application rétrospective de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. Dès lors, l'alinéa ne devrait s'appliquer que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant dont l'acte criminel est postérieur à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

2016 SCC 31 (CanLII)

The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on using the Internet or other digital network is more intrusive than the previous ban on using a computer system for the purpose of communicating with young people. As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. However, s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete. The previous prohibition was insufficient to address the evolving risks. On balance, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. The harms at stake are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

In summary, the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits the right protected by s. 11(*i*) of the *Charter*. While the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is not a reasonable limit on the s. 11(*i*) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) is a reasonable limit.

Per Abella J. (dissenting in part): The *Charter* breach of s. 161(1)(d) cannot be justified. The wording of s. 11(*i*) is unequivocal. The absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications.

The Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through compelling evidence

Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L'interdiction totale d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique constitue un plus grand empiétement que l'interdiction antérieure d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec de jeunes personnes. Comme pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c), l'infliction d'une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l'équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. Toutefois, l'al. 161(1)d) s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le degré que la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque. Tout bien considéré, le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Les préjudices en jeu sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

Bref, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L'application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*. L'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, ne constitue pas une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11*i*), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, constitue une restriction raisonnable.

La juge Abella (dissidente en partie) : L'atteinte de l'al. 161(1)d) à la *Charte* ne saurait se justifier. Le libellé de l'al. 11*i*) est sans équivoque. La formulation absolue employée à l'art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l'analyse que commande l'article premier par l'exigence de la justification la plus stricte.

Le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit convaincre le tribunal

2016 SCC 31 (CanLII)

that the previous provisions so significantly undermined the government's objectives, that the retrospective application of the greater punishment was justified. The Crown's evidentiary record here was insufficient to justify the retrospective application of the impugned provisions. Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d), to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(*i*) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(*i*) is written out of the *Charter*. In this case, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former restrictions. As a result, while there is agreement with the majority that both s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* violate s. 11(*i*) of the *Charter* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1, neither can s. 161(1)(d) be justified.

Per Brown J. (dissenting in part): There is agreement with the majority that the conditions which a sentencing judge may impose under s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* constitute punishment within the meaning of s. 11(*i*) of the *Charter* and that their retrospective application infringes s. 11(*i*). There is also agreement that the Crown has met its burden of justifying the infringement of s. 11(*i*) in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d). However, the Crown has also done so in respect of the conditions imposable under s. 161(1)(c) relating to contact with children. The retrospective application of both conditions should therefore be upheld under s. 1 of the *Charter*.

The harm addressed by s. 11(*i*) is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. This means-based quality of the s. 11(*i*) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing effects resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The *Oakes* test is not, and should not be treated as, a technical inquiry. The majority's rigid and acontextual application of *Oakes* causes it to lose sight of the broader context and overall goals

que l'application des dispositions antérieures aurait si considérablement compromis les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée. Le dossier de preuve du ministère public en l'espèce est insuffisant pour justifier l'application rétrospective des dispositions contestées. Loin d'offrir une preuve de nature à convaincre, le ministère public n'a produit à l'appui de l'al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l'al. 11*i*), il suffit d'invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l'évolution technologique ou toute autre considération, l'État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l'application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l'al. 11*i*) de la *Charte*. En l'espèce, nul élément de la preuve n'indique comment l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettaient les anciennes interdictions. Par conséquent, il y accord avec les juges majoritaires que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* contreviennent tous deux à l'al. 11*i*) de la *Charte* et que l'al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. L'alinéa 161(1)d) ne peut cependant pas être justifié non plus.

Le juge Brown (dissident en partie) : Comme le concluent les juges majoritaires, chacune des interdictions que le juge qui détermine la peine peut prononcer en vertu des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* constitue une peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte* et l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l'al. 11*i*). Le ministère public s'est certes acquitté de son obligation de justifier l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*) en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d). Toutefois, il s'en est également acquitté quant à l'interdiction prévue à l'al. 161(1)c), à savoir celle d'avoir des contacts avec des enfants. L'application rétrospective des deux interdictions devrait donc être jugée conforme à l'article premier de la *Charte*.

Le préjudice que vise à contrer l'al. 11*i*) n'est donc pas la peine comme telle, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. Cette caractéristique de la protection de l'al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l'analyse que commande l'article premier, étant donné que, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'objectif législatif et des effets attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l'atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L'application du critère de l'arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas

2016 SCC 31 (CanLII)

sought by Parliament. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

A broad examination of Parliament's purpose is necessary in order to anchor a useful proportionality analysis because of the unique means-based quality of s. 11(*i*)'s protection. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, the majority's characterization of the objective should be accepted: the objective is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by sexual offenders. The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to reoffend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there are no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

The final stage of the proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. Insisting upon too strict an evidentiary burden must be carefully avoided. However, the majority does precisely that by demanding empiricism where none can exist. Given the complex social context in which Parliament develops policy, it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefits its measure will achieve.

The majority errs by overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation while understating its salutary effects. Section 161(1)(c) prohibits

être tenue pour telle. En appliquant l'arrêt *Oakes* avec rigidité et sans tenir compte du contexte, les juges majoritaires perdent de vue le tableau général et l'objectif global du législateur. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s'acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu'il s'agit de s'attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur en raison de la caractéristique propre à l'al. 11*i*), soit la protection fondée sur le moyen. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. La caractérisation par les juges majoritaires de l'objectif de cette mesure, à savoir accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles, doit être retenue. L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'acte criminel a été commis avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par le par. 161(1) dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Il faut bien se garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict. Or, c'est précisément ce que font les juges majoritaires en exigeant une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune. Compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l'État d'avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d'une mesure.

Les juges majoritaires font erreur en exagérant les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques.

2016 SCC 31 (CanLII)

only unsupervised contact with children, and is subject to any other exemptions that the sentencing judge sees fit to impose. The majority's interpretation of the restriction on liberty worked by s. 161(1)(c) is over-expansive and is at odds with the well-established principle that the criminal law's prohibitions on conduct should be construed strictly. Further, the majority's insistence on a compelling temporal justification for the retrospective operation of s. 161(1)(c) when assessing the deleterious impact of its retrospective operation on the rule of law is inappropriate. The majority is, in substance questioning whether Parliament's objective in enacting a retrospective increase in punishment was truly pressing and substantial. Temporal considerations are not relevant when assessing the deleterious effect of a retrospective punishment on the rule of law because all retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament's reasons for enacting them.

As to the salutary effects, the risk posed to children by offenders like the accused simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The evidence before Parliament showed that a majority of sexual offences against children were committed by family members or acquaintances. The previous version of s. 161(1) could not be used to restrict an offender's ability to interact with children in private, even if that is where the offender poses the greatest risk to reoffend sexually against children. The salutary effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation seem manifest.

All the reasons identified by the majority in support of the conclusion that the limit imposed on the s. 11(*i*) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). The condition in s. 161(1)(c) is also highly tailored and discretionary, since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. If the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender's s. 11(*i*) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

Cette disposition n'interdit que les contacts non supervisés avec des enfants, et l'ordonnance rendue sur son fondement peut être assortie de toute exemption que le juge chargé de déterminer la peine estime indiquée. L'interprétation par les juges majoritaires de la restriction du droit à la liberté opérée par l'al. 161(1)c) est indûment libérale et va directement à l'encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l'interdiction d'une conduite doive être interprétée restrictivement. En outre, l'accent mis par les juges majoritaires sur l'existence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) dans leur appréciation de l'effet préjudiciable de l'application rétrospective n'est pas opportun. Ils remettent essentiellement en cause l'objectif poursuivi par le législateur par l'augmentation rétrospective de la peine lorsqu'ils se demandent s'il était véritablement urgent et réel. Les considérations d'ordre temporel ne sont pas pertinentes pour apprécier l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective sur la primauté du droit, car toute modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur.

En ce qui a trait aux effets bénéfiques, le risque que fait courir aux enfants un contrevenant comme l'accusé ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). Selon la preuve dont disposait le législateur, la plupart des infractions sexuelles perpétrées contre des enfants le sont par des membres de la famille ou par des connaissances. La version antérieure du par. 161(1) ne pouvait empêcher le délinquant d'interagir avec des enfants dans un lieu privé, alors que c'est précisément le contexte dans lequel le délinquant présente le risque le plus grand de récidive sexuelle contre des enfants. Les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) paraissent manifestes.

Les raisons invoquées par les juges majoritaires à l'appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit garanti par l'al. 11*i*), du fait de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), valent également toutes pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c). L'interdiction que prévoit l'al. 161(1)c) est elle aussi très bien circonscrite et relève du pouvoir discrétionnaire puisqu'elle n'est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu'elle est nécessaire et, en outre, qu'elle fait l'objet de toute exemption que le juge indique. Si l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l'al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c).

2016 SCC 31 (CanLII)

Balancing the salutary and deleterious effects of a *Charter*-infringing law is not an objective calculation because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders. However, despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. The salutary effects pursued in this case are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament's efforts in the criminal law realm. The provisions are sufficiently tailored so that no offender's s. 11(*i*) rights will be unduly limited. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

Cases Cited

By Karakatsanis J.

Discussed: *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554; **referred to:** *R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272; *R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541; *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170; *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089; *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, aff'd [1994] 3 S.C.R. 761; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2,

La mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques d'une règle de droit attentatoire ne constitue pas un calcul utilitaire objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l'occurrence l'effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l'effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels. Cependant, malgré l'impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Les effets bénéfiques escomptés en l'espèce justifient la restriction des droits : les préjudices que l'on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ni l'al. 161(1)c) ni l'al. 161(1)d) n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des alinéas en cause qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis une infraction énumérée, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

Jurisprudence

Citée par la juge Karakatsanis

Arrêt analysé : *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554; **arrêts mentionnés :** *R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272; *R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541; *Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591; *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170; *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288; *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089; *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81; *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, conf. par [1994] 3 R.C.S. 761; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369; *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106; *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290; *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674; *R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61; *Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R.*

2016 SCC 31 (CanLII)

[2001] 1 S.C.R. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721; *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485; *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229.

By Abella J. (dissenting in part)

Canada (Attorney General) v. Whaling, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392; *Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

By Brown J. (dissenting in part)

R. v. Oakes, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199; *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1 S.C.R. 44; *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3; *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3; *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527; *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686; *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187; *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act, S.C. 1993, c. 45, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, ss. 161, 258(1)(d.1), 718 et seq., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Safe Streets and Communities Act, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1).

Authors Cited

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. "Integrating the Internet" (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

c. Sharpe, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721; *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485; *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

Citée par la juge Abella (dissidente en partie)

Canada (Procureur général) c. Whaling, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392; *Liang c. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 311 C.C.C. (3d) 159.

Citée par le juge Brown (dissident en partie)

R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199; *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567; *Public School Boards' Assn. of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44; *M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3; *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3; *Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877; *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45; *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527; *R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686; *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187; *New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985).

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11.
Code criminel, L.R.C. 1985, c. C-46, art. 161, 258(1) d.1), 718 et suiv., 718.1, 718.2, 810, 810.1, 810.2.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants, L.C. 1993, c. 45, art. 1.
Loi sur la sécurité des rues et des communautés, L.C. 2012, c. 1, art. 16(1).

Doctrine et autres documents cités

Areheart, Bradley Allan, and Michael Ashley Stein. « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449.

2016 SCC 31 (CanLII)

Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.

Barak, Aharon. "Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.

Barak, Aharon. "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.

Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2004.

Cameron, Jamie. "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, p. 6787.

Canada. House of Commons. *House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, p. 8967.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, pp. 5-6.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, pp. 5-6.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, p. 7.

Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and Human Rights. *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, p. 4.

Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. Karl Hanson and Kelly Morton-Bourgon, February 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-rcdvsm-pdtd/index-en.aspx).

Canada. Public Safety and Emergency Preparedness. "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by Andrew J. R. Harris and R. Karl Hanson, March 2004 (online: www.publicsafety.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/sx-ffndr-rcdvsm/index-en.aspx).

Choudhry, Sujit. "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed. New Haven, Conn.: Yale University Press, 1969.

Gardner, John. "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2008, xiii.

Babchishin, Kelly M., R. Karl Hanson and Heather VanZuylen. « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45.

Barak, Aharon. « Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369.

Barak, Aharon. « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1.

Beatty, David M. *The Ultimate Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

Cameron, Jamie. « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, nº 44, 3e sess., 40e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, nº 46, 3e sess., 40e lég., 7 février 2011, p. 5-6.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, nº 49, 3e sess., 40e lég., 16 février 2011, p. 7.

Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et des droits de la personne. *Témoignages*, nº 50, 3e sess., 40e lég., 28 février 2011, p. 4.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 110, 3e sess., 40e lég., 3 décembre 2010, p. 6787.

Canada. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 144, 3e sess., 40e lég., 11 mars 2011, p. 8967.

Canada. Sécurité publique et Protection civile. « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par Andrew J. R. Harris et R. Karl Hanson, mars 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/sx-ffndr-rcdvsm/index-fr.aspx).

Canada. Sécurité publique et Protection civile. « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. Karl Hanson et Kelly Morton-Bourgon, février 2004 (en ligne : www.securitepublique.gc.ca/cnt/rsrcs/pblctns/2004-02-prdctrs-sxl-rcdvsm-pdtd/index-fr.aspx).

Choudhry, Sujit. « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501.

Fuller, Lon L. *The Morality of Law*, rev. ed., New Haven (Conn.), Yale University Press, 1969.

Gardner, John. « Introduction », in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law*, 2nd ed., Oxford, Oxford University Press, 2008, xiii.

2016 SCC 31 (CanLII)

Grimm, Dieter. "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.
Lyons, David. *Ethics and the rule of law*. Cambridge: Cambridge University Press, 1984.
Pound, Roscoe. "Mechanical Jurisprudence" (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.
Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
Schauer, Frederick. "Proportionality and the Question of Weight", in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*. New York: Cambridge University Press, 2014, 173.
Stewart, Hamish. "Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.
Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed. Toronto: Carswell, 2014.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed. Markham, Ont.: LexisNexis, 2014.
Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
Zion, Mark. "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Restaged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Kirkpatrick and Groberman JJ.A.), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), setting aside in part a sentencing decision. Appeal allowed in part, Abella and Brown JJ. dissenting in part.

Eric Purtzki and *Garth Barriere*, for the appellant.

Lesley A. Ruzicka, for the respondent.

Richard Kramer and *Marc Ribeiro*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Stacey D. Young and *Jennifer A. Crawford*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

Grimm, Dieter. « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383.
Lyons, David. *Ethics and the rule of law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1984.
Pound, Roscoe. « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605.
Sampford, Charles, with the assistance of Jennie Louise, Sophie Blencowe and Tom Round. *Retrospectivity and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
Schauer, Frederick. « Proportionality and the Question of Weight », in Grant Huscroft, Bradley W. Miller and Grégoire Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning*, New York, Cambridge University Press, 2014, 173.
Stewart, Hamish. « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* » (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263.
Stuart, Don. *Charter Justice in Canadian Criminal Law*, 6th ed., Toronto, Carswell, 2014.
Sullivan, Ruth. *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed., Markham (Ont.), LexisNexis, 2014.
Webber, Grégoire C. N. *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
Zion, Mark. « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012-2013), 43 *R.D. Ottawa* 431.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Kirkpatrick et Groberman), 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540, 14 C.R. (7th) 30, 321 C.R.R. (2d) 75, 362 B.C.A.C. 86, 622 W.A.C. 86, [2014] B.C.J. No. 2495 (QL), 2014 CarswellBC 2955 (WL Can.), qui a infirmé en partie une décision relative à la détermination de la peine. Pourvoi accueilli en partie, les juges Abella et Brown sont dissidents en partie.

Eric Purtzki et *Garth Barriere*, pour l'appelant.

Lesley A. Ruzicka, pour l'intimée.

Richard Kramer et *Marc Ribeiro*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Stacey D. Young et *Jennifer A. Crawford*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

2016 SCC 31 (CanLII)

Nicholas St-Jacques and *Lida Sara Nouraie*, for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris and *Cheryl Milne*, for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon and *Michael A. Feder*, for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association.

The judgment of McLachlin C.J. and Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon and Côté JJ. was delivered by

Karakatsanis J. —

I. Introduction

[1] People's conduct and the legal consequences that flow from it should be judged on the basis of the law in force at the time. This is a basic tenet of our legal system.

[2] In recognition of this principle, s. 11(*i*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* provides that, if the punishment for an offence is varied after a person commits the offence, but before sentencing, the person is entitled to "the benefit of the lesser punishment". Like the other legal rights enshrined in s. 11 of the *Charter*, s. 11(*i*) is fundamentally important to our justice system because it protects the fairness of criminal proceedings and safeguards the rule of law.

[3] When offenders are convicted of certain sexual offences against a person under the age of 16 years, s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, gives sentencing judges the discretion to prohibit them from engaging in a variety of everyday conduct upon their release into the community, subject to any conditions or exemptions the judge considers appropriate. In 2012, Parliament expanded

Nicholas St-Jacques et *Lida Sara Nouraie*, pour l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal.

John Norris et *Cheryl Milne*, pour l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights.

Matthew R. Gourlay, pour l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario).

Emily MacKinnon et *Michael A. Feder*, pour l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique.

Version française du jugement de la juge en chef McLachlin et des juges Cromwell, Moldaver, Karakatsanis, Wagner, Gascon et Côté rendu par

La juge Karakatsanis —

I. Introduction

[1] Un tribunal devrait se prononcer sur la conduite d'une personne et sur les conséquences juridiques qui en découlent en fonction du droit qui s'appliquait au moment de la conduite reprochée. C'est là un précepte fondamental de notre système juridique.

[2] Conformément à ce principe, l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* prévoit, lorsque la peine qui sanctionne une infraction est modifiée après la perpétration de celle-ci, mais avant la détermination de la peine, que le contrevenant a le droit « de bénéficier de la peine la moins sévère ». Comme les autres droits consacrés par l'art. 11 de la *Charte*, celui conféré à l'al. 11*i*) revêt une importance fondamentale pour notre système de justice, car il assure l'équité des procédures criminelles et garantit la primauté du droit.

[3] Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans, le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, confère au juge qui détermine la peine un pouvoir discrétionnaire lui permettant de lui interdire de se livrer à différentes activités quotidiennes après sa libération et une fois de retour dans la collectivité,

2016 SCC 31 (CanLII)

the scope of s. 161(1), empowering sentencing judges to prohibit sexual offenders from having any contact with a person under 16 years of age (s. 161(1)(c)) or from using the Internet or other digital network (s. 161(1)(d)).

[4] In doing so, Parliament intended to give sentencing judges the discretion to impose the expanded prohibition measures on all offenders, even those who offended *before* the amendments came into force. In other words, Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively.

[5] The issue in this appeal is whether the *retrospective* operation of the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) of the *Criminal Code* is constitutional. This issue engages two subsidiary questions. First, do the prohibition measures contained in s. 161(1)(c) and (d) constitute "punishment" such that their retrospective operation limits s. 11(*i*) of the *Charter*? Second, if so, is the limit a reasonable one as can be demonstrably justified under s. 1 of the *Charter*? The application of these expanded prohibition measures to offenders who committed their offences *after* the amendments came into force is not at issue.

[6] I conclude that the 2012 amendments to s. 161(1)(c) and (d) qualify as punishment based on both the objective and impact of the prohibitions. The retrospective imposition of these prohibitions therefore limits s. 11(*i*) of the *Charter*.

[7] Turning to s. 1 of the *Charter*, I reach opposite conclusions with respect to s. 161(1)(c) and (d): while the retrospective operation of the no contact provision in s. 161(1)(c) is *not* a reasonable limit on the s. 11(*i*) right, the retrospective operation of the Internet prohibition in s. 161(1)(d) *is* a reasonable limit. My conclusion with respect to s. 161(1)(d) is chiefly due to the fact that Parliament enacted

sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique. En 2012, le législateur a étendu la portée du par. 161(1) en conférant au juge le pouvoir d'interdire au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans (al. 161(1)c)) ou d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique (al. 161(1)d)).

[4] Le législateur entendait ainsi investir le juge qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre aux nouvelles interdictions tout contrevenant, y compris celui qui a commis l'infraction *avant* l'entrée en vigueur des modifications. Autrement dit, l'intention du législateur était que les modifications de 2012 s'appliquent de manière rétrospective.

[5] Nous devons décider si l'application *rétrospective* des dispositions issues des modifications de 2012 (les nouveaux al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*) est constitutionnelle. Deux questions subsidiaires se posent alors. Premièrement, les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) constituent-elles une « peine », de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*? Deuxièmement, dans l'affirmative, s'agit-il d'une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer au regard de l'article premier de la *Charte*? L'application des nouvelles interdictions au contrevenant dont les actes criminels sont *ultérieurs* à l'entrée en vigueur des modifications n'est pas en cause.

[6] Je conclus que les interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d) depuis les modifications apportées en 2012 peuvent être assimilées à une peine en raison tant de leur objectif que de leurs répercussions. L'application rétrospective de ces interdictions restreint donc le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*.

[7] En ce qui concerne l'article premier de la *Charte*, je tire des conclusions opposées à l'égard des al. 161(1)c) et d). L'application rétrospective de l'al. 161(1)c), qui permet d'interdire tout contact, *ne* constitue *pas* une restriction raisonnable du droit garanti par l'al. 11*i*), mais celle de l'al. 161(1)d), qui permet d'interdire l'utilisation d'Internet, *constitue* une restriction raisonnable. Ma conclusion relative à

2016 SCC 31 (CanLII)

the provision within a rapidly evolving social and technological context, which changed both the degree and nature of the risk of sexual violence facing young persons. Accordingly, I would allow the appeal in part.

II. Facts and Legislative History

[8] On March 6, 2013, the appellant pleaded guilty to incest and the creation of child pornography. The offences were committed between 2008 and 2011, and involved the appellant's preschool-aged daughter.

[9] When the appellant committed the offences, s. 161(1) of the *Criminal Code* read as follows:

> **161.** (1) When an offender is convicted, or is discharged on the conditions prescribed in a probation order under section 730, of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender or directs that the accused be discharged, as the case may be, in addition to any other punishment that may be imposed for that offence or any other condition prescribed in the order of discharge, shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from
>
> (*a*) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;
>
> (*b*) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or
>
> (*c*) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[10] After the appellant committed the offences, but before he was sentenced, s. 161(1) was amended

l'al. 161(1)d) s'appuie principalement sur le fait que le législateur a adopté la disposition dans un contexte sociotechnologique en constante évolution, un contexte qui a modifié à la fois le degré et la nature du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en partie.

II. Faits et historique législatif

[8] Le 6 mars 2013, l'appelant a plaidé coupable à des accusations d'inceste et de production de pornographie juvénile. Les infractions ont été commises entre 2008 et 2011, et la victime est la fillette de l'appelant.

[9] Lors de la perpétration des infractions, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

> **161.** (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable, ou absous en vertu de l'article 730 aux conditions prévues dans une ordonnance de probation, d'une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l'égard d'une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine ou ordonne son absolution, en plus de toute autre peine ou de toute autre condition de l'ordonnance d'absolution applicables en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant :
>
> *a*) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner s'il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait, une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;
>
> *b*) de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;
>
> *c*) d'utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[10] Après que l'appelant eut commis les infractions, mais avant la détermination de sa peine,

2016 SCC 31 (CanLII)

by the *Safe Streets and Communities Act*, S.C. 2012, c. 1, s. 16(1), which came into force on August 9, 2012. Section 161(1)(a) and (b) remained unchanged. But the Act modified s. 161(1)(c) to include prohibiting all contact with young persons, no matter the means, and introduced a new Internet prohibition through s. 161(1)(d). These amendments had the effect of expanding the scope of the community supervision measures a sentencing judge can impose on sexual offenders. Section 161(1)(c) and (d) now provide that a sentencing judge can prohibit an offender from:

> **(c)** having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or
>
> **(d)** using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

[11] After the 2012 amendments came into force, the appellant was sentenced to nine years' imprisonment. By virtue of the appellant's convictions and the age of the victim, the sentencing judge was required to consider whether to impose a prohibition order under s. 161(1). The question arose as to whether the 2012 amendments could operate retrospectively such that they could be imposed on the appellant.

III. Decisions Below

A. *British Columbia Provincial Court — Klinger Prov. Ct. J.*

[12] The sentencing judge found that an order under s. 161 would be appropriate because "there is a serious risk to the safety of children under the age of 16 after [the appellant] is released". However, on the basis of the test for punishment set out by this Court in *R. v. Rodgers*, 2006 SCC 15, [2006] 1 S.C.R. 554, at para. 63, he concluded that an order under the new s. 161(1)(c) and (d) constitutes punishment within the meaning of s. 11(*i*) of the *Charter*, such that the provisions cannot be applied

le par. 161(1) a été modifié par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*, L.C. 2012, c. 1, par. 16(1), entrée en vigueur le 9 août 2012. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés. Par contre, l'al. 161(1)c) interdisait désormais tout contact avec de jeunes personnes, peu importe le moyen, et un nouvel alinéa — 161(1)d) — interdisait l'utilisation d'Internet. Ces modifications ont eu pour effet d'accroître la portée des mesures de surveillance dans la collectivité auxquelles le juge qui détermine la peine pouvait soumettre un délinquant sexuel. Les alinéas 161(1)c) et d) prévoient aujourd'hui que ce juge peut interdire au contrevenant :

> **c)** d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;
>
> **d)** d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

[11] Après l'entrée en vigueur des modifications de 2012, l'appelant a été condamné à neuf ans d'emprisonnement. Étant donné les déclarations de culpabilité et l'âge de la victime, le juge était tenu de se demander s'il y avait lieu de prononcer une interdiction fondée sur le par. 161(1). La question s'est alors posée de savoir si les dispositions issues des modifications de 2012 pouvaient s'appliquer rétrospectivement de sorte que l'appelant y soit assujetti.

III. Décisions des juridictions inférieures

A. *Cour provinciale de la Colombie-Britannique (le juge Klinger)*

[12] Le juge qui détermine la peine conclut qu'une ordonnance fondée sur l'art. 161 est indiquée, car [TRADUCTION] « la sécurité des enfants âgés de moins de seize ans sera exposée à un risque sérieux une fois [l'appelant] libéré ». Compte tenu du critère établi par la Cour en la matière dans *R. c. Rodgers*, 2006 CSC 15, [2006] 1 R.C.S. 554, par. 63, il estime toutefois qu'une ordonnance fondée sur les nouveaux al. 161(1)c) et d) constitue une peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte*, de sorte que les

2016 SCC 31 (CanLII)

retrospectively. Since no formal constitutional challenge was brought and the sentencing judge merely used s. 11(*i*) as a tool of statutory interpretation, no consideration was given to s. 1 of the *Charter*.

[13] In the result, the sentencing judge imposed a prohibition order under s. 161 for a period of seven years, but limited the prohibited activities to those described in the version of s. 161(1) that existed when the appellant committed the offences.

B. *British Columbia Court of Appeal — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] On the Crown appeal, the appellant filed a formal constitutional challenge to the retrospective operation of the 2012 amendments. The Court of Appeal split over whether a violation of s. 11(*i*) had been established. Writing for the majority, Newbury J.A. concluded that the 2012 amendments were enacted to protect the public, rather than to punish offenders; therefore, they do not qualify as punishment within the meaning of s. 11(*i*). Newbury J.A. allowed the appeal and imposed the conditions in s. 161(1)(c) and (d) retrospectively on the appellant for a period of seven years.

[15] Groberman J.A., dissenting in part, concluded that the retrospective application of the 2012 amendments infringes s. 11(*i*). Applying *Rodgers*, Groberman J.A. concluded that s. 161 orders are consequences of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and thus qualify as "punishment".

[16] Because the majority found that s. 11(*i*) was not engaged, the parties and the Court of Appeal did not address s. 1 of the *Charter*.

dispositions ne peuvent s'appliquer rétrospectivement. Vu l'absence de contestation constitutionnelle formelle et le fait qu'il ne recourt à l'al. 11*i*) qu'aux fins d'interprétation législative, le juge omet de considérer l'application de l'article premier de la *Charte*.

[13] Le juge interdit donc sur le fondement de l'art. 161, pour une période de sept ans, les seules activités mentionnées dans la version du par. 161(1) qui était en vigueur lorsque l'appelant a commis les infractions.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique — 2014 BCCA 382, 316 C.C.C. (3d) 540*

[14] Dans le cadre de l'appel du ministère public, l'appelant a contesté formellement la constitutionnalité de l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. La Cour d'appel est partagée quant à savoir si l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*) est établie ou non. Au nom des juges majoritaires, la juge Newbury conclut que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 visent à protéger le public, non à punir les contrevenants, de sorte qu'elles ne peuvent être considérées comme une peine au sens de l'al. 11*i*). Elle accueille l'appel et soumet l'appelant aux interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d), rétrospectivement, pour une période de sept ans.

[15] Dissident en partie, le juge Groberman opine que l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012 contrevient à l'al. 11*i*). Il s'appuie sur l'arrêt *Rodgers* pour conclure que les ordonnances fondées sur l'art. 161 sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, que les interdictions qu'elles prévoient sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et qu'il s'agit donc d'une « peine ».

[16] Vu la conclusion des juges majoritaires selon laquelle le droit garanti par l'al. 11*i*) n'est pas en jeu, ni les parties ni la Cour d'appel ne se sont exprimées sur l'application de l'article premier de la *Charte*.

2016 SCC 31 (CanLII)

IV. Issues

[17] This case raises two constitutional questions:

(1) Does the retrospective operation of s. 161(c) and (d) of the *Criminal Code* limit s. 11(*i*) of the *Charter*?

(2) If so, is the limitation a reasonable one prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Charter*?

V. Analysis

[18] As a preliminary matter, I observe that although there is a presumption against the retrospective application of legislation that affects substantive rights (*R. v. Dineley*, 2012 SCC 58, [2012] 3 S.C.R. 272, at para. 10), the parties do not dispute the Court of Appeal's finding that the presumption has been rebutted in this case because Parliament intended the 2012 amendments to operate retrospectively. I agree.

[19] This appeal thus turns on whether such retrospective application complies with constitutional standards.

A. *Do the 2012 Amendments Constitute Punishment Such That Their Retrospective Operation Limits Section 11(i) of the Charter?*

(1) The Purpose of Section 11(*i*) of the *Charter* and the Interests It Protects

[20] Section 11 of the *Charter* protects the legal rights of accused persons when they are charged with an offence. Section 11 encompasses "crucial fundamental rights" (*R. v. Wigglesworth*, [1987] 2 S.C.R. 541, per Wilson J., at p. 558), including the right to be tried within a reasonable time (s. 11(*b*)); the right to be presumed innocent (s. 11(*d*)); and the right against double jeopardy or punishment (s. 11(*h*)).

IV. Questions en litige

[17] Le dossier soulève deux questions constitutionnelles :

(1) L'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) du *Code criminel* restreint-elle le droit garanti par l'al. 11*i*) de la *Charte*?

(2) Dans l'affirmative, s'agit-il d'une restriction apportée par une règle de droit dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans une société libre et démocratique au regard de l'article premier de la *Charte*?

V. Analyse

[18] Je remarque au préalable que, bien qu'il existe une présomption à l'encontre de l'application rétrospective d'une disposition législative qui porte atteinte à un droit substantiel (*R. c. Dineley*, 2012 CSC 58, [2012] 3 R.C.S. 272, par. 10), les parties ne contestent pas la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle la présomption est réfutée en l'espèce, le législateur ayant voulu que les dispositions issues des modifications de 2012 s'appliquent de manière rétrospective. Je suis d'accord.

[19] L'issue du pourvoi tient donc à ce que cette application rétrospective est conforme ou non aux normes constitutionnelles.

A. *Les dispositions issues des modifications de 2012 infligent-elles une peine, de sorte que leur application rétrospective restreigne le droit garanti par l'al. 11i) de la Charte?*

(1) L'objet de l'al. 11*i*) de la *Charte* et les droits que celui-ci garantit

[20] L'article 11 de la *Charte* protège les droits de la personne inculpée, des « droits fondamentaux très importants » (*R. c. Wigglesworth*, [1987] 2 R.C.S. 541, la juge Wilson, p. 558), dont celui d'être jugé dans un délai raisonnable (al. 11*b*)), celui d'être présumé innocent (al. 11*d*)) et celui à la protection contre le double péril ou la double peine (al. 11*h*)).

2016 SCC 31 (CanLII)

[21] Section 11(*i*) is another such right:

> **11.** Any person charged with an offence has the right
>
> . . .
>
> (*i*) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[22] Along with s. 11(*g*) — which protects an accused's right "not to be found guilty on account of any act or omission unless, at the time of the act or omission, it constituted an offence" — s. 11(*i*) constitutionally enshrines the fundamental notion that criminal laws should generally not operate retrospectively.

[23] This constitutional aversion to retrospective criminal laws is in part motivated by the desire to safeguard the rule of law. As Lord Diplock put it, "acceptance of the rule of law as a constitutional principle requires that a citizen, before committing himself to any course of action, should be able to know in advance what are the legal consequences that will flow from it" (*Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), at p. 638). One author expressed the rule of law implications of retrospective laws in these terms:

> According to the ideal of the rule of law, the law must be such that those subject to it can reliably be guided by it, either to avoid violating it or to build the legal consequences of having violated it into their thinking about what future actions may be open to them. People must be able to find out what the law is and to factor it into their practical deliberations. The law must avoid taking people by surprise, ambushing them, putting them into conflict with its requirements in such a way as to defeat their expectations and frustrate their plans.
>
> (J. Gardner, "Introduction", in H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law* (2nd ed. 2008), xiii, at p. xxxvi)

[21] L'alinéa 11*i*) protège un autre de ces droits très importants :

> **11.** Tout inculpé a le droit :
>
> . . .
>
> *i*) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

[22] De pair avec l'al. 11*g*) — qui protège le droit de l'accusé « de ne pas être déclaré coupable en raison d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle est survenue, ne constituait pas une infraction » —, l'al. 11*i*) constitutionnalise la notion fondamentale voulant que, en matière pénale, une disposition ne doive généralement pas s'appliquer rétrospectivement.

[23] Cette aversion de la Constitution pour les dispositions pénales d'application rétrospective tient en partie à la volonté de garantir la primauté du droit. Comme le dit lord Diplock, [TRADUCTION] « l'acceptation de la primauté du droit en tant que principe constitutionnel exige qu'un citoyen, avant d'adopter une ligne de conduite, puisse connaître à l'avance les conséquences qui en découleront sur le plan juridique » (*Black-Clawson International Ltd. c. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg A.G.*, [1975] A.C. 591 (H.L.), p. 638). Un auteur formule comme suit les répercussions d'une disposition d'application rétrospective sur la primauté du droit :

> [TRADUCTION] L'idéal de la primauté du droit veut que la loi permette à celui qui y est assujetti de s'y fier afin de pouvoir éviter d'y contrevenir ou de pouvoir se représenter les conséquences juridiques d'une contravention au moment d'envisager quelque action. Les gens doivent pouvoir connaître la teneur de la loi et en tenir effectivement compte dans leur réflexion. La loi doit éviter de prendre les gens au dépourvu, de leur tendre un piège, de les mettre en opposition avec ses exigences de manière à tromper leurs attentes et à contrecarrer leurs plans.
>
> (J. Gardner, « Introduction », dans H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility : Essays in the Philosophy of Law* (2e éd. 2008), xiii, p. xxxvi)

2016 SCC 31 (CanLII)

[24] Retrospective laws threaten the rule of law in another way, by undercutting the integrity of laws currently in effect, "since it puts them under the threat of retrospective change" (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at p. 39).

[25] Relatedly, retrospective laws implicate fairness. "It is unfair to establish rules, invite people to rely on them, then change them in mid-stream, especially if the change results in negative consequences" (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6th ed. 2014), at p. 754). For example, an accused who declines to consider a plea and is prepared to take the risk of going to trial should not be subsequently ambushed by an increase in the minimum or maximum penalty for the offence. A retrospective law such as this could not only cause unfairness in specific cases, but could also undermine public confidence in the criminal justice system. Instead, fairness in criminal punishment requires rules that are clear and certain. As McLachlin J. wrote in *R. v. Kelly*, [1992] 2 S.C.R. 170:

> It is a fundamental proposition of the criminal law that the law be certain and definitive. This is essential, given the fact that what is at stake is the potential deprivation of a person of his or her liberty and his or her subjection to the sanction and opprobrium of criminal conviction. This principle has been enshrined in the common law for centuries, encapsulated in the maxim *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — there must be no crime or punishment except in accordance with law which is fixed and certain. [p. 203]

[26] Clearly, the concerns with retrospective laws are particularly potent in proceedings that are criminal, *quasi*-criminal, or in which a "true penal consequence" is at stake — the context to which s. 11 applies (*Wigglesworth*, at p. 559).

[27] In sum, s. 11(*i*) is rooted in values fundamental to our legal system, including respect for the rule

[24] La disposition d'application rétrospective compromet aussi la primauté du droit en compromettant l'intégrité des dispositions actuellement en vigueur [TRADUCTION] « parce qu'elle expose ces dernières au risque d'une modification rétrospective » (L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 39).

[25] Dans le même ordre d'idées, la disposition d'application rétrospective met en cause l'équité. [TRADUCTION] « Il est injuste de fixer des règles, d'inviter les gens à s'y fier puis de les modifier en cours de route, surtout lorsqu'il en résulte des conséquences négatives » (R. Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes* (6e éd. 2014), p. 754). Par exemple, l'accusé qui refuse d'inscrire un plaidoyer de culpabilité et qui est disposé à courir le risque de subir un procès ne devrait pas ensuite se trouver pris au piège par l'accroissement de la peine minimale ou maximale dont est passible l'auteur de l'infraction. Un tel effet rétrospectif pourrait non seulement causer une injustice dans certains cas, mais aussi miner la confiance du public dans le système de justice criminelle. L'équité de la sanction pénale commande plutôt que les règles soient claires et certaines. Comme l'écrit la juge McLachlin dans *R. c. Kelly*, [1992] 2 R.C.S. 170 :

> C'est un concept fondamental du droit pénal que les règles de droit doivent être précises et définitives. C'est là un concept essentiel puisqu'une personne risque d'être privée de sa liberté et de subir la sanction et l'opprobre que jette une déclaration de culpabilité criminelle. Ce principe est inscrit dans la common law depuis des siècles, et formulé dans la maxime *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* — il ne saurait exister de crimes ou de sanctions sauf en conformité avec des règles de droit bien établies et précises. [p. 203]

[26] Manifestement, les inquiétudes que suscite une disposition d'application rétrospective sont particulièrement grandes en matière de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou lorsqu'une « véritable conséquence pénale » est en jeu, ce qui correspond au contexte dans lequel s'applique l'art. 11 (*Wigglesworth*, p. 559).

[27] Bref, l'al. 11*i*) prend appui sur des valeurs fondamentales de notre système juridique, y compris

2016 SCC 31 (CanLII)

of law and ensuring fairness in criminal proceedings.

(2) The Framework for Defining Punishment in Section 11(*i*) of the *Charter*

[28] In *Rodgers*, this Court developed a two-part test for determining whether a consequence amounts to "punishment" under s. 11(*i*): (1) the measure must be a consequence of a conviction that "forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence"; and (2) it must be "imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing" (para. 63).

[29] In the course of articulating this test, Charron J. observed that a "liberal and purposive approach" must be taken to defining punishment (para. 61), but also cautioned that "punishment" does not "encompas[s] every potential consequence of being convicted of a criminal offence" (para. 63). For example, if a consequence advances a legitimate non-punitive state interest, such as solving future crimes, it will likely not constitute punishment, even if it indirectly furthers a sentencing objective like deterrence (*Rodgers*, at para. 64). Applying this test, Charron J. concluded that post-conviction DNA databank orders do not constitute punishment because they are imposed to assist in the *investigation* of future crimes, not in furtherance of the purpose and principles of sentencing. The fact that a DNA profile may deter offenders is merely a "residual benefit" (para. 64, quoting *R. v. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), at para. 102).

[30] While the first branch of the s. 11(*i*) test for punishment (consequence of conviction) has proven to be relatively straightforward, the second branch (imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing) has given rise to two key ambiguities. First, do laws that are primarily aimed at protecting the public necessarily fail to satisfy the second branch of the *Rodgers* test? Second, what

le respect de la primauté du droit et la garantie de l'équité des procédures criminelles.

(2) Le cadre dans lequel définir la peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte*

[28] Dans *Rodgers*, la Cour dégage un critère à deux volets pour décider si une conséquence équivaut ou non à une « peine » au sens de l'al. 11*i*) : (1) la mesure doit être une conséquence de la déclaration de culpabilité et faire partie des « sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée » et (2) elle doit être « conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine » (par. 63).

[29] Tout en formulant ce critère, la juge Charron fait remarquer que « l'interprétation libérale et téléologique » s'impose pour définir la peine (par. 61), mais elle fait aussi une mise en garde : « . . . la "peine" [n'englobe pas] toute conséquence pouvant découler du fait d'être déclaré coupable d'une infraction criminelle » (par. 63). Par exemple, lorsqu'une conséquence sert un intérêt non punitif et légitime de l'État, comme la résolution de crimes ultérieurs, elle ne constitue vraisemblablement pas une peine même si, indirectement, elle est conforme à un objectif de la détermination de la peine, telle la dissuasion (*Rodgers*, par. 64). Au vu de ce critère, la juge Charron conclut que l'autorisation de prélever un échantillon d'ADN qui fait suite à la déclaration de culpabilité ne constitue pas une peine, car elle intervient pour faciliter la tenue d'*enquêtes* sur de futurs crimes, non pour se conformer à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. La possibilité que l'existence d'un profil d'identification génétique décourage la récidive ne représente qu'un [TRADUCTION] « avantage secondaire » (par. 64, citant *R. c. Murrins*, 2002 NSCA 12, 201 N.S.R. (2d) 288 (C.A.), par. 102).

[30] Bien que l'application du premier volet du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*) (être la conséquence d'une déclaration de culpabilité) se révèle relativement simple, celle de son deuxième volet (la conformité à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine) soulève deux ambiguïtés fondamentales. Premièrement, la disposition qui vise

2016 SCC 31 (CanLII)

role does the impact a sanction can have on an offender play in the analysis? I address each question in turn.

(a) *Do Laws Primarily Aimed at Public Protection Necessarily Fail to Satisfy the Second Branch of the Rodgers Test?*

[31] In this case, the Court of Appeal interpreted *Rodgers* as indicating that sanctions principally aimed at public protection necessarily fall outside the ambit of punishment. The Crown echoes this position before this Court. As I will explain, this position overreaches: while not all measures imposed to protect the public constitute punishment, public protection is at the core of the purpose and principles of sentencing. Public protection is therefore an insufficient litmus test for defining punishment.

[32] The purpose and principles of sentencing have been the subject of extensive jurisprudence and are reflected, at least in part, in ss. 718 et seq. of the *Criminal Code*: see *R. v. Lacasse*, 2015 SCC 64, [2015] 3 S.C.R. 1089, at para. 1; see also *R. v. Ipeelee*, 2012 SCC 13, [2012] 1 S.C.R. 433, at para. 35. Section 718 provides that the "fundamental purpose of sentencing is to protect society" and to contribute "to respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society". This overarching purpose is accomplished by "imposing just sanctions" (s. 718) that reflect one or more of the traditional sentencing objectives: denunciation, deterrence, separation of offenders from society, rehabilitation, reparation, and promoting a sense of responsibility in offenders. Sections 718.1 and 718.2 go on to list a number of sentencing principles, including the fundamental principle of proportionality, that guide sentencing judges in crafting a fit sentence.

principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l'arrêt *Rodgers*? Deuxièmement, quel rôle joue dans l'analyse l'incidence de la sanction sur le contrevenant? J'examine successivement ces questions ci-après.

a) *La disposition qui vise principalement la protection du public omet-elle nécessairement de satisfaire au second volet du critère de l'arrêt Rodgers?*

[31] En l'espèce, la Cour d'appel conclut de *Rodgers* que la sanction dont la vocation principale est de protéger le public n'est forcément pas une peine. Le ministère public en convient devant notre Cour. Comme je l'expliquerai, c'est aller trop loin. Même si toute mesure imposée pour protéger le public ne constitue pas une peine, la protection du public est au cœur de l'objectif et des principes de la détermination de la peine. La protection du public n'est donc pas une considération suffisante pour décider qu'une sanction constitue ou non une peine.

[32] L'objectif et les principes de la détermination de la peine font l'objet d'une jurisprudence abondante et se retrouvent, du moins en partie, aux art. 718 et suiv. du *Code criminel* (voir *R. c. Lacasse*, 2015 CSC 64, [2015] 3 R.C.S. 1089, par. 1; voir également *R. c. Ipeelee*, 2012 CSC 13, [2012] 1 R.C.S. 433, par. 35). L'article 718 dispose que le « prononcé des peines a pour objectif essentiel de protéger la société et de contribuer [. . .] au respect de la loi et au maintien d'une société juste, paisible et sûre ». Cet objectif général est atteint par « l'infliction de sanctions justes » (art. 718) qui tiennent compte d'un ou de plusieurs des objectifs traditionnels de la détermination de la peine, à savoir la dénonciation, la dissuasion, l'isolement des délinquants du reste de la société, la réinsertion sociale, la réparation et le fait de susciter la conscience de leurs responsabilités chez les délinquants. Les articles 718.1 et 718.2 énoncent en outre un certain nombre de principes de la détermination de la peine, y compris le principe fondamental de la proportionnalité, lequel guide le tribunal dans la détermination d'une peine juste.

2016 SCC 31 (CanLII)

[33] It is clear from the plain language of s. 718 that public protection is part of the very essence of the purpose and principles governing the sentencing process, a point emphasized by this Court in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, per La Forest J., at p. 329: ". . . the fundamental purpose of the criminal law generally, and of sentencing in particular, [is] the protection of society". It is therefore difficult to distinguish between sanctions intended to protect the public and sanctions intended to punish offenders. Doherty J.A. highlighted this difficulty in the recent case of *R. v. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Although his comments were made in the context of defining the common law presumption against retrospectivity, they are apposite here:

> The distinction between sanctions intended to protect the public and those intended to punish offenders is difficult to make in the context of sentencing for criminal offences. Many criminal sanctions are designed to both protect the public and punish the accused. In fact, some sanctions protect the public by punishing the accused. The objectives of public protection and punishment often cannot realistically be separated and treated as individual and competing purposes in the sentencing context. [para. 42]

For these reasons, sanctions intended to advance public safety do not constitute a broad exception to the protection s. 11(*i*) affords and may qualify as punishment.

[34] To be clear, while measures imposed at sentencing for the purpose of protecting the public may constitute punishment under s. 11(*i*), a public-protection purpose is not, on its own, determinative. To satisfy the second branch of the *Rodgers* test, a consequence of conviction must be imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing. As discussed, the purpose of sentencing is to "protect society" or advance "respect for the law and the maintenance of a just, peaceful and safe society" (s. 718 of the *Criminal Code*) by fulfilling one or more of the traditional sentencing objectives (s. 718(a) through (f)) in accordance with the

[33] Suivant le sens ordinaire des termes employés à l'art. 718, la protection du public relève nettement de l'essence même de l'objectif et des principes qui régissent le processus de détermination de la peine, ce que souligne la Cour dans *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest, p. 329 : « . . . l'objet fondamental du droit criminel en général et de l'imposition des peines en particulier [est] la protection de la société ». Il est par conséquent difficile de distinguer la sanction qui vise à protéger le public de celle dont le but est de punir le contrevenant. Le juge Doherty signale la difficulté dans le récent arrêt *R. c. Hooyer*, 2016 ONCA 44, 129 O.R. (3d) 81. Ses remarques sont formulées dans le contexte de la définition de la présomption de non-rétrospectivité en common law, mais elles demeurent pertinentes en l'espèce :

> [TRADUCTION] Il est difficile de distinguer entre la sanction qui vise à protéger le public et celle dont le but est de punir le contrevenant lorsqu'il s'agit de déterminer la peine à infliger à l'auteur d'une infraction criminelle. De nombreuses sanctions criminelles sont conçues à la fois pour protéger le public et pour punir l'accusé. En fait, certaines protègent le public en punissant l'accusé. Souvent, on ne peut pas vraiment dissocier l'objectif de protéger le public et celui de punir, ni les considérer comme des objectifs individuels et concurrents dans le contexte de la détermination de la peine. [par. 42]

C'est pourquoi la sanction qui vise à promouvoir la sécurité du public ne bénéficie pas d'une exception générale à la protection qu'offre l'al. 11*i*) et elle peut être considérée comme une peine.

[34] Précisons que, lors de la détermination de la peine, une mesure prise pour protéger le public peut constituer une peine au sens de l'al. 11*i*), mais que l'objectif de la protection du public n'est pas décisif en soi. Pour satisfaire au second volet du critère de l'arrêt *Rodgers*, la conséquence de la déclaration de culpabilité doit être conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine. Rappelons que la détermination de la peine vise à « protéger la société » ou à promouvoir le « respect de la loi et [le] maintien d'une société juste, paisible et sûre » (art. 718 du *Code criminel*) grâce à la réalisation de l'un ou de plusieurs des objectifs traditionnels

2016 SCC 31 (CanLII)

principles of sentencing reflected in ss. 718.1 and 718.2.

(b) *What Role Does the Impact of a Sanction Play in the Analysis?*

[35] Citing *R. v. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, at paras. 45-46, the Crown submits that the impact of a sanction on an offender is only relevant if it is out of proportion to the sanction's legislative purpose. That is, "if the impact of the sanction aligns with its legislative purpose and is not of such magnitude that it reveals, instead, a punitive intent, it is not 'punishment'" (*Cross*, at para. 45).

[36] As I shall explain, I conclude that the impact of a sanction has broader significance. While a sanction's impact was to some extent implicit in the *Rodgers* analysis, in my view, the s. 11(*i*) test for punishment must embody a clearer, more meaningful consideration of the impact a sanction can have on an offender. This is important for a variety of reasons.

[37] First, it accords with "the liberal and purposive approach" that must be taken in interpreting *Charter* rights, including s. 11(*i*) (*Rodgers*, at para. 61). The purposes of s. 11(*i*), which are centred on the rule of law and fairness in criminal proceedings, are compromised if the right is incapable of protecting offenders from the retrospective imposition of sanctions that have a significant impact on their liberty or security — regardless of the sanction's objective. As the interveners the David Asper Centre for Constitutional Rights, the Criminal Lawyers' Association (Ontario), the British Columbia Civil Liberties Association, and the Association des avocats de la défense de Montréal all submit, fairness and predictability in punishment are enhanced when there is a pragmatic consideration of the impact of an impugned sanction.

énumérés aux al. 718a) à f), et ce, conformément aux principes de détermination de la peine qui se retrouvent aux art. 718.1 et 718.2.

b) *Quel rôle joue dans l'analyse l'incidence de la sanction sur le contrevenant?*

[35] Prenant appui sur l'arrêt *R. c. Cross*, 2006 NSCA 30, 138 C.R.R. (2d) 163, par. 45-46, le ministère public fait valoir que l'incidence de la sanction sur le contrevenant n'est à considérer que lorsqu'elle est sans commune mesure avec l'objectif législatif qui sous-tend la sanction. Autrement dit, [TRADUCTION] « lorsque l'incidence de la sanction est dans le droit fil de l'objectif législatif et n'est pas considérable au point de révéler plutôt l'intention de punir, il ne s'agit pas d'une "peine" » (*Cross*, par. 45).

[36] Comme je l'explique plus loin, j'estime que l'incidence de la sanction revêt une importance plus grande. Elle est jusqu'à un certain point prise tacitement en compte dans l'arrêt *Rodgers* et dans l'analyse que la Cour y effectue mais, à mon sens, le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*) de la *Charte* doit englober une prise en compte plus claire et plus soutenue de l'incidence de la sanction sur le contrevenant. Cela importe pour diverses raisons.

[37] Premièrement, une telle démarche est compatible avec « l'interprétation libérale et téléologique » qui s'impose à l'égard des droits garantis par la *Charte*, y compris à l'al. 11*i*) (*Rodgers*, par. 61). Les objectifs de l'al. 11*i*), qui sont axés sur la primauté du droit et l'équité dans les procédures criminelles, sont compromis si le droit garanti ne peut protéger le contrevenant contre l'application rétrospective d'une sanction ayant une grande incidence sur sa liberté et sa sécurité, indépendamment de l'objectif de la sanction. Comme le soutiennent les intervenants David Asper Centre for Constitutional Rights, Criminal Lawyers' Association (Ontario), Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique et Association des avocats de la défense de Montréal, le caractère équitable de la peine et la prévisibilité de son infliction s'accroissent lorsque l'incidence de la sanction en cause est prise en compte avec pragmatisme.

2016 SCC 31 (CanLII)

[38] A "liberal and purposive approach" to punishment is appropriate because s. 11(*i*) is engaged only within a narrow sphere. As mentioned, in *Wigglesworth*, this Court held that s. 11 of the *Charter* applies only to proceedings that are criminal or *quasi*-criminal, or, regardless of the nature of the proceeding, if a "true penal consequence" such as imprisonment is at stake (p. 559). The Court in *Wigglesworth* gave s. 11 a narrow ambit so that "[t]he content of [the s. 11] rights [does not] suffer from a lack of predictability or a lack of clarity because of a universal application of the section" (p. 558). Although the "true penal consequence" test sets an indisputably high bar, it was developed to determine whether a person is nonetheless "charged with an offence" even if he or she is the subject of proceedings *outside* the criminal context. Within the criminal law context, the concerns motivating a narrow construction of "penal consequences" or "punishment" largely fall away.

[39] Second, a consideration of the impact of a sanction is consistent with this Court's jurisprudence. Since the early days of the *Charter*, this Court has always looked to both purposes and effects when considering the constitutionality of laws: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 331. And in the recent decision of *Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392, this Court adopted "a functional rather than a formalistic perspective" (para. 52), observing that, "[i]t is the retrospective frustration of an expectation of liberty that constitutes punishment" (para. 60). The Court went on to conclude that the elimination of accelerated parole review violated s. 11(*h*) as it had a sufficiently significant impact on "an offender's settled expectation of liberty" (para. 60). In doing so, the Court focused on the impact the retrospective law had on the offender, rather than the purpose animating the law: see H. Stewart, "Punitive in Effect: Reflections on *Canada v. Whaling*" (2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, at p. 269. Although *Whaling* was concerned with the definition of punishment in the context of s. 11(*h*) of the *Charter*,

[38] Une « interprétation libérale et téléologique » est indiquée à l'égard de la peine car l'al. 11*i*) ne s'applique que dans un contexte bien délimité. Rappelons que, dans *Wigglesworth*, la Cour statue que l'art. 11 de la *Charte* s'applique seulement dans le cadre de procédures criminelles ou quasi criminelles, ou bien, quelle que soit la nature de l'instance, lorsqu'une « véritable conséquence pénale » est en jeu (p. 559). Elle ajoute que l'art. 11 a une portée étroite, de sorte que « [l]e contenu [des droits qu'il confère] ne devrait pas connaître un manque de prévisibilité ou de clarté en raison d'une application universelle de l'article » (p. 558). Même si le critère de la « véritable conséquence pénale » établit un seuil indéniablement élevé, il a été conçu pour permettre au tribunal de décider si une personne est un « inculpé » même si elle fait l'objet d'une procédure *autre* que criminelle. En matière criminelle, ce qui justifie une interprétation étroite de la « conséquence pénale » ou de la « peine » disparaît pour l'essentiel.

[39] Deuxièmement, la prise en compte de l'incidence de la sanction est compatible avec la jurisprudence de la Cour. Depuis les premiers jours de l'application de la *Charte*, la Cour s'est toujours penchée tant sur les objectifs que sur les effets d'une règle de droit pour se prononcer sur sa constitutionnalité (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, p. 331). Et, dans le récent arrêt *Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392, la Cour adopte « [un] plan, sinon formel, du moins fonctionnel » (par. 52) et fait alors observer que « [l]a peine se cristallise par l'effet rétrospectif de l'atteinte aux attentes légitimes de liberté » (par. 60). Elle conclut que la suppression de la procédure d'examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) contrevient à l'al. 11*h*) puisqu'elle a une incidence suffisamment importante sur « l'attente légitime en matière de liberté » du contrevenant (par. 60). La Cour s'attache alors principalement à l'incidence de la loi d'application rétrospective sur le contrevenant, plutôt qu'à son objectif sous-jacent (voir H. Stewart, « Punitive in Effect : Reflections on *Canada v. Whaling* »

2016 SCC 31 (CanLII)

harmony between s. 11(*i*) and (*h*) is desirable as fairness in punishment underlies both provisions.

[40] Third, an approach that accounts for a sanction's impact will assist in identifying the "lesser punishment" to which an accused is entitled. The punishment with the less severe impact on the liberty or security of an offender will be deemed to be the "lesser punishment" for the purposes of s. 11(*i*). A definition of punishment that focuses heavily on the objective of the sanction obscures this inquiry.

[41] Thus, I would restate the test for punishment as follows in order to carve out a clearer and more meaningful role for the consideration of the impact of a sanction: a measure constitutes punishment if (1) it is a consequence of conviction that forms part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence, and either (2) it is imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, or (3) it has a significant impact on an offender's liberty or security interests.[1]

[42] As this Court wrote in *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143: "The *Charter* does not protect against insignificant or 'trivial' limitations of rights . . . . The [state action] must be significant enough to warrant constitutional protection" (p. 151). That is why, if a consequence of conviction is not imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, it must have a *significant* impact on an offender's constitutionally protected *liberty* or *security* interests before it will qualify as punishment for the purposes of s. 11(*i*). To satisfy this requirement, a consequence of conviction must significantly constrain a person's ability to engage

[1] In articulating this test, I do not decide whether s. 11(*i*) would be infringed in circumstances akin to those in *Whaling*, in which accelerated parole review was retrospectively eliminated, thereby impacting the length of incarceration that was imposed as a sanction consequent to conviction.

(2015), 71 *S.C.L.R.* (2d) 263, p. 269). Bien que *Whaling* porte sur la définition de la peine pour les besoins de l'al. 11*h*) de la *Charte*, il convient d'harmoniser l'application des al. 11*i*) et *h*) puisque le caractère équitable de la peine sous-tend les deux dispositions.

[40] Troisièmement, une approche qui tient compte de l'incidence de la sanction est utile pour déterminer la « peine la moins sévère » susceptible d'être infligée à l'accusé. La peine dont l'incidence est la moins grande sur la liberté ou la sécurité du contrevenant devient la « peine la moins sévère » pour l'application de l'al. 11*i*). Définir la peine en s'attachant lourdement à l'objectif de la sanction nuit à la démarche.

[41] C'est pourquoi j'incline à reformuler comme suit le critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine afin de conférer un rôle plus clair et plus important à la prise en compte de l'incidence de la sanction : une mesure constitue une peine si (1) elle est une conséquence d'une déclaration de culpabilité qui fait partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée et (2) soit elle est conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, (3) soit elle a une grande incidence sur le droit du contrevenant à la liberté ou à la sécurité[1].

[42] Dans l'arrêt *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, la Cour affirme que « [l]a *Charte* n'assure pas une protection contre les restrictions insignifiantes ou "négligeables" [. . .] La [mesure de l'État] doit être suffisamment importante pour justifier une protection constitutionnelle » (p. 151). C'est pourquoi lorsqu'une conséquence de la déclaration de culpabilité n'est pas conforme à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine, elle doit avoir une *grande* incidence sur le droit constitutionnel du contrevenant *à la liberté* ou *à la sécurité* pour constituer une peine au sens de l'al. 11*i*). Pour satisfaire à cette exigence, la conséquence de la

[1] En proposant ce critère, je ne me prononce pas quant à savoir s'il y aurait atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*) dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Whaling*, dans laquelle la procédure d'examen expéditif avait été supprimée rétrospectivement, ce qui avait eu une incidence sur la durée de la peine d'emprisonnement infligée comme sanction consécutive à la déclaration de culpabilité.

2016 SCC 31 (CanLII)

in otherwise lawful conduct or impose significant burdens not imposed on other members of the public. Again, Doherty J.A.'s comments in *Hooyer* are helpful: ". . . a prohibition that significantly limits the lawful activities in which an accused can engage, where an accused can go, or with whom an accused can communicate or associate, would sufficiently impair the liberty and security of the accused to warrant characterizing the prohibition as punishment" (para. 45).

[43] Having reformulated the s. 11(*i*) test for punishment, I now turn to the sanctions at issue in this appeal. I first discuss s. 161 of the *Criminal Code* in more detail before applying the test for punishment to the 2012 amendments.

(3) History and Operation of Section 161 of the *Criminal Code*

[44] The legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the section has an overarching protective function: to shield children from sexual violence.

[45] Section 161 was enacted in 1993 in response to the decision in *R. v. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, in which the British Columbia Court of Appeal struck down under s. 7 of the *Charter* the offence of loitering: see *An Act to amend the Criminal Code and the Young Offenders Act*, S.C. 1993, c. 45, s. 1. After 1993, s. 161 continued to evolve and, in 2012, the impugned amendments were introduced through the *Safe Streets and Communities Act*. The protective function of s. 161 generally, and the 2012 amendments specifically, was repeatedly emphasized throughout the legislative debates. For example, at the Bill's third reading, the Minister of Justice stated that the proposed amendments are "an important step forward in the protection of children in this country" (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 144, 3rd Sess., 40th Parl., March 11, 2011, at p. 8967).

déclaration de culpabilité doit restreindre sensiblement la faculté qu'a une personne de se livrer à une activité par ailleurs licite ou soumettre une personne à des contraintes substantielles auxquelles les autres citoyens ne sont pas soumis. Les propos du juge Doherty dans *Hooyer* valent encore une fois d'être cités : [TRADUCTION] « . . . l'interdiction qui restreint sensiblement l'activité licite à laquelle peut se livrer l'accusé, ses allées et venues, les personnes avec lesquelles il peut communiquer ou qu'il peut fréquenter, porte suffisamment atteinte à la liberté et la sécurité de l'accusé pour que l'on puisse l'assimiler à une peine » (par. 45).

[43] Après la reformulation du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine pour les besoins de l'al. 11*i*), je passe aux sanctions visées par le pourvoi. J'examine d'abord plus en détail l'art. 161 du *Code criminel*, puis j'applique le critère aux dispositions issues des modifications de 2012.

(3) Historique et application de l'art. 161 du *Code criminel*

[44] Son historique législatif et son interprétation judiciaire, ainsi que la manière dont il est conçu, confirment que l'art. 161 a une fonction protectrice prépondérante, à savoir protéger les enfants contre la violence sexuelle.

[45] L'article 161 a vu le jour en 1993 pour donner suite à l'arrêt *R. c. Heywood* (1992), 20 B.C.A.C. 166, dans lequel la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait invalidé l'infraction de flânerie par application de l'art. 7 de la *Charte* (voir la *Loi modifiant le Code criminel et la Loi sur les jeunes contrevenants*, L.C. 1993, c. 45, art. 1). La disposition a par la suite évolué et, en 2012, les modifications visées en l'espèce ont été apportées par la *Loi sur la sécurité des rues et des communautés*. Tout au long des débats législatifs, on a maintes fois souligné la fonction protectrice de l'art. 161 en général et des dispositions issues des modifications de 2012 en particulier. Par exemple, lors de la troisième lecture du projet de loi, le ministre de la Justice a déclaré que les modifications proposées « fai[saient] beaucoup pour protéger nos enfants » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 144, 3e sess., 40e lég., 11 mars 2011, p. 8967).

2016 SCC 31 (CanLII)

[46] The jurisprudence interpreting and applying s. 161 confirms the provision's protective purpose: see, e.g., *R. v. Heywood*, [1994] 3 S.C.R. 761, at p. 803; *R. v. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, at para. 20; *R. v. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, at para. 13.

[47] As well, the design of s. 161 is consistent with its purpose of protecting children from sexual violence. Section 161 orders are discretionary and "subject to the conditions or exemptions that the court directs" (s. 161(1)). They can therefore be carefully tailored to the circumstances of a particular offender. The discretionary and flexible nature of s. 161 demonstrates that it was designed to empower courts to craft tailored orders to address the nature and degree of risk that a sexual offender poses to children once released into the community. Failure to comply with the order can lead to a term of imprisonment of up to four years (s. 161(4)).

[48] Further, I agree with the line of cases holding that s. 161 orders can be imposed only when there is an evidentiary basis upon which to conclude that the particular offender poses a risk to children and the judge is satisfied that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk: see *A. (R.K.)*, at para. 32; see also *R. v. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, at paras. 32-34. These orders are not available as a matter of course. In addition, the content of the order must carefully respond to an offender's specific circumstances.[2]

[46] Les décisions dans lesquelles les tribunaux ont interprété et appliqué l'art. 161 confirment la vocation protectrice de la disposition (voir p. ex. *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761, p. 803; *R. c. A. (R.K.)*, 2006 ABCA 82, 208 C.C.C. (3d) 74, par. 20; *R. c. Perron*, 2009 ONCA 498, 244 C.C.C. (3d) 369, par. 13).

[47] De même, la manière dont est conçu l'art. 161 se concilie avec son objectif de protéger les enfants contre la violence sexuelle. L'ordonnance est rendue sur le fondement d'un pouvoir discrétionnaire et elle s'applique « sous réserve des conditions ou exemptions [que le tribunal] indique » (par. 161(1)). Elle peut être soigneusement adaptée à la situation du contrevenant. Le caractère discrétionnaire et souple du pouvoir conféré à l'art. 161 montre que le législateur a voulu permettre au tribunal de concevoir une ordonnance adaptée qui tient compte de la nature et de l'importance du risque que représente pour les enfants le délinquant sexuel libéré et rendu à la collectivité. L'inobservation de l'ordonnance peut entraîner un emprisonnement maximal de quatre ans (par. 161(4)).

[48] En outre, je m'inscris dans le courant jurisprudentiel selon lequel l'ordonnance fondée sur l'art. 161 ne peut être rendue que lorsque la preuve permet de conclure que le contrevenant représente un risque pour les enfants et que le juge est convaincu que les conditions dont elle est assortie visent raisonnablement à réduire ce risque (voir *A. (R.K.)*, par. 32; voir également *R. c. R.R.B.*, 2013 BCCA 224, 338 B.C.A.C. 106, par. 32-34). Il ne s'agit pas d'une ordonnance rendue automatiquement. De plus, elle doit être soigneusement adaptée à la situation particulière du contrevenant[2].

[2] For example, the order imposed by McArthur J. in *R. v. Levin*, 2015 ONCJ 290, at para. 113 (CanLII), illustrates how the Internet prohibition in s. 161(1)(d) can be crafted to fulfill the protective goals of the legislation while enhancing the offender's rehabilitation process. See also the order imposed in *R. v. Schledermann*, 2014 ONSC 674, at para. 13 (CanLII).

[2] Par exemple, l'ordonnance de la juge McArthur dans *R. c. Levin*, 2015 ONCJ 290, par. 113 (CanLII), montre comment l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d) peut être rédigée pour atteindre les objectifs de protection de la loi tout en favorisant la réadaptation du contrevenant. Voir également l'ordonnance en cause dans *R. c. Schledermann*, 2014 ONSC 674, par. 13 (CanLII).

2016 SCC 31 (CanLII)

(4) Application of the Test for Punishment to the 2012 Amendments to Section 161 of the *Criminal Code*

[49] Applying the reformulated test, I conclude that the 2012 amendments constitute punishment.

[50] First, the 2012 amendments form part of the arsenal of sanctions to which an accused may be liable in respect of a particular offence. Section 161(1) directs sentencing judges to consider whether to exercise their discretion to impose the community supervision measures once an offender is convicted of an enumerated sexual offence involving a person under the age of 16. Section 161 orders are therefore a consequence of conviction, a fact that the Crown does not dispute.

[51] Second, the sanctions contained in the 2012 amendments are imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing and can have a significant impact on an offender's *Charter*-protected interests — although, to be clear, both are not required to satisfy the test.

[52] As to the objective, the 2012 amendments are intended to protect children by separating offenders from society, assisting in rehabilitation, and deterring sexual violence, sentencing goals that all find expression in s. 718 of the *Criminal Code*. In addition, the discretionary and flexible process through which s. 161 orders are imposed aligns with the principles of sentencing articulated in ss. 718.1 and 718.2. As noted above, the fact that such orders are imposed to protect children, on its own, is not determinative.

[53] These prohibitions are to be distinguished from DNA orders, which have been found not to constitute punishment under s. 11(*i*): see *Rodgers*, at para. 65. As discussed, the objective of DNA orders

(4) Application du critère qui permet d'assimiler une mesure à une peine aux dispositions qui sont issues des modifications apportées en 2012 à l'art. 161 du *Code criminel*

[49] Au vu du critère reformulé, je conclus que les nouvelles interdictions issues des modifications de 2012 constituent une peine.

[50] Premièrement, elles font partie des sanctions dont est passible un accusé pour une infraction donnée. Le paragraphe 161(1) exige du juge qui détermine la peine qu'il se demande s'il convient ou non d'exercer le pouvoir discrétionnaire qui lui permet de soumettre à des mesures de surveillance dans la collectivité le contrevenant qui est déclaré coupable d'une infraction sexuelle énumérée à l'égard d'une personne âgée de moins de 16 ans. L'ordonnance fondée sur l'art. 161 est donc une conséquence de la déclaration de culpabilité, et le ministère public ne le conteste pas.

[51] Deuxièmement, les sanctions prévues par les dispositions issues des modifications de 2012 sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et peuvent avoir une grande incidence sur les droits constitutionnels du contrevenant, même si, je le précise, les deux ne sont pas nécessaires pour satisfaire au critère.

[52] En ce qui a trait à l'objectif, les dispositions issues des modifications de 2012 sont censées protéger les enfants en isolant le contrevenant du reste de la société, en favorisant la réinsertion sociale et en décourageant la violence sexuelle, des objectifs de la détermination de la peine qui figurent tous à l'art. 718 du *Code criminel*. De plus, le processus discrétionnaire et souple à l'issue duquel est rendue l'ordonnance prévue à l'art. 161 respecte les principes de détermination de la peine énoncés aux art. 718.1 et 718.2. Je le répète, le fait qu'une telle ordonnance est rendue pour protéger les enfants n'est pas décisif en soi.

[53] Il y a lieu de distinguer l'ordonnance portant interdiction de celle qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN, cette dernière n'étant pas assimilée à une peine au sens de l'al. 11*i*) (voir

2016 SCC 31 (CanLII)

is primarily to facilitate the *investigation* of future crimes, rather than to achieve deterrence, denunciation, separation, or rehabilitation in connection with a past offence: see *Rodgers*, at para. 64.

[54] Turning to the impact of the amendments, both s. 161(1)(c) and (d) can have a significant impact on the liberty and security of offenders — potentially for the rest of their lives. This Court has recognized that living in the community under restrictions can attract a considerable degree of stigma (*R. v. Proulx*, 2000 SCC 5, [2000] 1 S.C.R. 61, at para. 105). Further, a prohibition under s. 161(1)(c) on having any contact with persons under the age of 16 could potentially curtail the types of employment an offender can pursue, and an offender's ability to interact with people (including adults in the company of children) in public and private spaces. And depriving an offender under s. 161(1)(d) of access to the Internet is tantamount to severing that person from an increasingly indispensable component of everyday life:

> The Internet has become a hub for every kind of human activity, from education to recreation to commerce. It is no longer merely a window to the world. For a growing number of people, the Internet *is* their world — a place where one can do nearly everything one needs or wants to do. The Web provides virtual opportunities for people to shop, meet new people, converse with friends and family, transact business, network and find jobs, bank, read the newspaper, watch movies, and attend classes. [Emphasis in original; footnotes omitted.]
>
> (B. A. Areheart and M. A. Stein, "Integrating the Internet" (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, at p. 456)

For many Canadians, membership in online communities is an integral component of citizenship and personhood. In my view, retrospectively excluding offenders from these virtual communal

Rodgers, par. 65). Rappelons que l'objectif de l'ordonnance qui autorise le prélèvement d'un échantillon d'ADN est principalement de faciliter l'*enquête* relative à de futurs crimes, plutôt que de dissuader, de dénoncer, d'isoler ou de réinsérer socialement en lien avec une infraction antérieure (voir *Rodgers*, par. 64).

[54] En ce qui concerne l'incidence des modifications, les al. 161(1)c) et d) peuvent tous deux avoir une grande incidence sur la liberté et la sécurité du contrevenant, peut-être même pour le reste de ses jours. La Cour reconnaît que le fait de vivre dans la collectivité en étant soumis à des conditions strictes peut engendrer une stigmatisation non négligeable (*R. c. Proulx*, 2000 CSC 5, [2000] 1 R.C.S. 61, par. 105). En outre, l'interdiction fondée sur l'al. 161(1)c) d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans est susceptible de réduire les domaines d'emploi qui s'offrent au contrevenant et la possibilité qu'il a d'interagir avec autrui (y compris les adultes accompagnés d'enfants) dans les lieux publics et privés. Empêcher le contrevenant d'avoir accès à Internet sur le fondement de l'al. 161(1)d) équivaut à le tenir à l'écart d'un élément de plus en plus essentiel à la vie quotidienne :

> [TRADUCTION] Internet est désormais au centre de l'activité humaine dans tous les domaines, qu'il s'agisse de l'éducation ou du commerce, voire des loisirs. Ce n'est plus une simple fenêtre sur le monde. Pour un nombre croissant de personnes, Internet *est* leur monde, un endroit où l'on peut faire presque tout ce que l'on a besoin de faire ou que l'on souhaite faire. La toile offre la possibilité virtuelle de magasiner, de faire des rencontres, d'échanger avec les amis et la famille, de mener ses activités, de réseauter et de trouver un emploi, d'effectuer des opérations bancaires, de lire le journal, de regarder des films et de suivre des cours. [En italique dans l'original; notes en bas de page omises.]
>
> (B. A. Areheart et M. A. Stein, « Integrating the Internet » (2015), 83 *Geo. Wash. L. Rev.* 449, p. 456)

Pour de nombreux Canadiens, l'appartenance à des communautés en ligne fait partie intégrante de la citoyenneté et de l'identité individuelle. À mon avis, l'exclusion d'un contrevenant de tels espaces

2016 SCC 31 (CanLII)

spaces is a substantial consequence that implicates the fairness and rule of law concerns underlying the s. 11(*i*) right.

[55] The significant impact the 2012 amendments can have on the liberty and security of offenders is another way in which these sanctions are distinguishable from DNA orders. I agree with Doherty J.A. that "a sentencing provision requiring an accused to provide a DNA sample upon conviction . . . does not meaningfully impair the accused's liberty or security of the person and would not be regarded as punishment" (*Hooyer*, at para. 45).

[56] I also note that the text of s. 161(1) ("in addition to any other punishment" or "*en plus de toute autre peine*"), while certainly not determinative, is nonetheless informative. As Groberman J.A. observed in dissent at the Court of Appeal, "Parliament itself appears to have considered that the sanctions set out in s. 161(1) come within the ordinary meaning of the word 'punishment'" (para. 78) or "*peine*".[3]

[57] In sum, the prohibitions found in the 2012 amendments to s. 161(1) constitute punishment for the purposes of s. 11(*i*) of the *Charter*. They are a consequence of conviction, imposed in furtherance of the purpose and principles of sentencing, and they can have a significant impact on the liberty and security of offenders. Clearly, the 2012 amendments constitute greater punishment than the previous prohibitions: under the new s. 161(1)(c), a judge can prohibit all contact with children, no matter the means (not just contact involving a computer system); and under the new s. 161(1)(d), a judge can prohibit an offender from using the Internet or

communs virtuels par l'application rétrospective de la nouvelle disposition constitue une conséquence importante qui met en cause l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux notions qui sous-tendent l'al. 11*i*).

[55] La grande incidence des modifications de 2012 sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant offre un autre moyen de distinguer les nouvelles sanctions de l'autorisation de prélever un échantillon d'ADN. Je conviens avec le juge Doherty que [TRADUCTION] « la disposition sur la peine qui exige de l'accusé qu'il fournisse un échantillon d'ADN une fois déclaré coupable [. . .] ne porte pas sensiblement atteinte au droit à la liberté ou à la sécurité de la personne et [qu']on ne saurait voir dans son application l'infliction d'une peine » (*Hooyer*, par. 45).

[56] Je remarque aussi que le libellé du par. 161(1) (« en plus de toute autre peine » ou, en anglais, « *in addition to any other punishment* ») est instructif même s'il n'est assurément pas décisif. Comme le fait observer le juge dissident Groberman de la Cour d'appel, [TRADUCTION] « le législateur semble lui-même considérer que chacune des sanctions énoncées au par. 161(1) constitue une "peine" (ou, en anglais, "*punishment*") au sens ordinaire du mot » (par. 78)[3].

[57] En résumé, les interdictions issues des modifications apportées au par. 161(1) en 2012 constituent une peine pour l'application de l'al. 11*i*) de la *Charte*. Elles sont une conséquence de la déclaration de culpabilité, elles sont conformes à l'objectif et aux principes de la détermination de la peine et elles peuvent avoir une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. De toute évidence, elles emportent l'infliction d'une peine plus importante que les interdictions antérieures : le nouvel al. 161(1)c) permet au juge d'interdire tout contact avec un enfant, quel que soit le moyen utilisé (pas seulement l'ordinateur),

[3] The French text of s. 11(i) reads as follows: "*Tout inculpé a le droit . . . i) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.*"

[3] Voici le libellé anglais de l'al. 11*i*) : « *Any person charged with an offence has the right [. . .] i) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.* »

2016 SCC 31 (CanLII)

other digital network for any purpose (not just for the purpose of contacting children). Accordingly, the retrospective operation of these provisions limits the s. 11(*i*) right as it deprives the appellant of the benefit of the less restrictive community supervision measures captured in the previous version of s. 161 — that is, the "lesser punishment".

et le nouvel al. 161(1)d) confère au juge le pouvoir d'interdire au contrevenant d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique à quelque fin (pas seulement pour entrer en contact avec des enfants). Par conséquent, l'application rétrospective des dispositions qui prévoient ces interdictions restreint le droit garanti par l'al. 11*i*) puisqu'elle empêche l'appelant de faire l'objet des mesures de surveillance dans la collectivité moins restrictives qui figuraient dans la version antérieure de l'art. 161, c'est-à-dire de la « peine la moins sévère ».

B. *Is the Limitation of Section 11(i) Justified Under Section 1 of the Charter?*

B. *La restriction du droit garanti par l'al. 11i) se justifie-t-elle au regard de l'article premier de la Charte?*

[58] Section 1 of the *Charter* provides as follows:

[58] L'article premier de la *Charte* est libellé comme suit :

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

To establish that the limitation on the appellant's s. 11(*i*) right is reasonable and demonstrably justified, the government must show that the 2012 amendments have a sufficiently important objective "and that the means chosen are proportional to that object[ive]" (*Carter v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5, [2015] 1 S.C.R. 331, at para. 94). A law is proportionate if (1) there is a rational connection between the means adopted and the objective; (2) it is minimally impairing in that there are no alternative means that may achieve the same objective with a lesser degree of rights limitation; and (3) there is proportionality between the deleterious and salutary effects of the law (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Carter*, at para. 94). The proportionality inquiry is a normative and contextual one, which requires courts to examine the broader picture by "balanc[ing] the interests of society with those of individuals and groups" (*Oakes*, at p. 139).

Pour établir que la restriction du droit de l'appelant garanti par l'al. 11*i*) est raisonnable et que sa justification peut se démontrer, l'État doit montrer que les modifications de 2012 ont un objectif suffisamment important « et que les moyens choisis sont proportionnels à cet obje[ctif] » (*Carter c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 5, [2015] 1 R.C.S. 331, par. 94). Une règle de droit est proportionnée à son objectif lorsque (1) le moyen retenu est rationnellement lié à cet objectif, (2) qu'elle est minimalement attentatoire en ce qu'il n'existe aucun autre moyen d'atteindre le même objectif en restreignant moins le droit en cause et (3) qu'il y a proportionnalité entre ses effets préjudiciables et ses effets bénéfiques (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Carter*, par. 94). L'examen de la proportionnalité se veut à la fois normatif et contextuel et exige du tribunal qu'il considère le tableau tout entier en « soupes[ant] les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes » (*Oakes*, p. 139).

2016 SCC 31 (CanLII)

[59] Unfortunately, s. 1 was not dealt with in the courts below. This means we do not have the benefit of a full record, including expert testimony. But the parties urged us to consider s. 1 on the record before us. This Court therefore deals with this issue, on consent, as a court of first instance.

[60] The Crown adduced fresh evidence attached to two affidavits, consisting of statistics and social science articles relating to the issue of the recidivism of sexual offenders. The appellant did not oppose the admission of this evidence and I am satisfied it would be appropriate to receive it. Accordingly, in assessing whether the Crown has discharged its justificatory burden, I will consider the Crown's fresh evidence as "supplemented by common sense and inferential reasoning", in addition to the jurisprudence and legislative debates proffered by the parties (*R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at para. 78).

(1) Do the 2012 Amendments Have a Sufficiently Important Objective?

[61] A law that limits a constitutional right must do so in pursuit of a sufficiently important objective that is consistent with the values of a free and democratic society. This examination is a threshold requirement that is undertaken without considering the scope of the right infringement, the means employed, or the relationship between the positive and negative effects of the law.

[62] The appellant correctly submits that the relevant objective is that of the infringing measure: see *Toronto Star Newspapers Ltd. v. Canada*, 2010 SCC 21, [2010] 1 S.C.R. 721, at para. 20. Here, the infringing measure is the *retrospective operation* of the impugned law. However, the more general purpose behind the enactment of the 2012 amendments informs the specific rationale for applying the amendments retrospectively.

[59] Malheureusement, les juridictions inférieures ne se penchent pas en l'espèce sur l'application de l'article premier. Nous ne disposons donc pas d'un dossier complet constitué notamment de témoignages d'experts. Les parties nous exhortent néanmoins à nous prononcer sur l'application de l'article premier à partir du dossier existant. La Cour le fait donc sur consentement, comme le ferait un tribunal de première instance.

[60] Le ministère public a produit une preuve nouvelle jointe en annexe à deux affidavits. Il s'agit de statistiques et d'articles relevant des sciences sociales et portant sur la récidive en matière d'infractions sexuelles. L'appelant ne s'est pas opposé à l'admission de ces éléments de preuve, et je suis convaincue qu'il convient de les recevoir. Par conséquent, pour décider si le ministère public s'est acquitté de son obligation de justification, j'examinerai la preuve nouvelle de l'intimée en la « complét[ant] par le bon sens et le raisonnement par déduction », ce à quoi s'ajouteront la jurisprudence et le compte rendu des débats législatifs soumis par les parties (*R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 78).

(1) Les dispositions issues des modifications de 2012 ont-elles un objectif suffisamment important?

[61] La règle de droit qui restreint un droit constitutionnel doit le faire conformément à un objectif suffisamment important qui se concilie avec les valeurs d'une société libre et démocratique. L'examen du respect de cette condition s'effectue sans tenir compte de la portée de l'atteinte au droit, du moyen retenu ou du lien entre les répercussions positives et négatives de la règle de droit.

[62] L'appelant soutient à bon droit que l'objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire (voir *Toronto Star Newspapers Ltd. c. Canada*, 2010 CSC 21, [2010] 1 R.C.S. 721, par. 20). En l'espèce, la mesure attentatoire réside dans l'*application rétrospective* de la règle de droit en cause. Toutefois, l'objectif général des dispositions issues des modifications de 2012 joue dans la raison d'être particulière de leur application rétrospective.

2016 SCC 31 (CanLII)

[63] The appellant argues that the objective of the retrospective operation of the 2012 amendments is to increase the punishment imposed on offenders who committed their offences prior to 2012 so as to more effectively further the purpose and principles of sentencing. In my view, this articulation of the law's purpose is not sufficiently precise and is essentially a description of the means the legislature has chosen to achieve its purpose: see *Carter*, at para. 76; see also *R. v. Moriarity*, 2015 SCC 55, [2015] 3 S.C.R. 485, at para. 28.

[64] As discussed above, the legislative history, judicial interpretation, and design of s. 161 all confirm that the overarching goal of the section is to protect children from sexual violence perpetrated by recidivists. And there is ample evidence in the legislative record surrounding the enactment of the new s. 161(1)(c) and (d) to show that enhancing child protection motivated the impugned amendments as well. To highlight but one example, at the debate accompanying the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said the amendments "see[k] to prevent . . . child sex offenders from having the opportunity to facilitate their offending. Finding access to a child or the opportunity to be alone with a child is a key for many child sex offenders" (*House of Commons Debates*, vol. 145, No. 110, 3rd Sess., 40th Parl., December 3, 2010, at p. 6787).

[65] Accordingly, the overarching objective of the prospective operation of the 2012 amendments is to enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders. It follows naturally that the objective of the retrospective operation of these amendments — the infringing measure — is to better protect children from the risks posed by offenders like the appellant who committed their offences before, but were sentenced after, the amendments came into force. This latter objective anchors the s. 1 analysis.

[63] L'appelant fait valoir que l'objectif de l'application rétrospective des nouvelles dispositions est d'accroître la peine infligée au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012, et ce, afin de favoriser davantage la réalisation de l'objectif de la détermination de la peine et l'application des principes de celle-ci. À mon avis, cette formulation n'est pas suffisamment précise et revient essentiellement à décrire le moyen que le législateur a choisi pour parvenir à ses fins (voir *Carter*, par. 76; voir également *R. c. Moriarity*, 2015 CSC 55, [2015] 3 R.C.S. 485, par. 28).

[64] Rappelons-le, l'historique législatif de l'art. 161, son interprétation judiciaire et la manière dont il est conçu confirment que l'objectif prépondérant de l'article est de protéger les enfants contre la violence sexuelle aux mains de récidivistes. Le dossier législatif des nouveaux al. 161(1)c) et d) renferme maints indices selon lesquels l'accroissement de la protection des enfants motivait tout autant les modifications en cause. Un seul exemple suffit à le montrer. Lors du débat en deuxième lecture, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit que les modifications « vis[aient] [. . .] à ce que les personnes susceptibles de commettre une infraction sexuelle [. . .] ne puissent pas faciliter la perpétration de l'infraction. L'occasion d'être seul avec un enfant ou l'accès à un enfant est déterminant pour bon nombre de personnes qui commettent des infractions d'ordre sexuel contre un enfant » (*Débats de la Chambre des communes*, vol. 145, nº 110, 3e sess., 40e lég., 3 décembre 2010, p. 6787).

[65] Par conséquent, l'objectif prépondérant de l'application prospective des dispositions issues des modifications de 2012 est d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles. Il s'ensuit naturellement que l'objectif de l'application rétrospective — la mesure attentatoire — est de mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant qui, comme l'appelant, a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications, mais a été condamné après celle-ci. C'est en fonction de cet objectif que s'effectue l'analyse au regard de l'article premier.

2016 SCC 31 (CanLII)

[66] Obviously, this objective is sufficiently important to warrant further scrutiny. As Laskin J.A. wrote in *R. v. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), "Children are among the most vulnerable groups in our society. The sexual abuse of young children is a serious societal problem, a statement that needs no elaboration" (para. 37). Providing enhanced protection to children from becoming victims of sexual offences is vital in a free and democratic society.

(2) Are the Means Adopted Proportional to the Law's Objective?

[67] In assessing the proportionality of a law, a degree of deference is required. As this Court recently wrote in *Carter*:

> At this stage of the analysis, the courts must accord the legislature a measure of deference. Proportionality does not require perfection: *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Whatcott*, 2013 SCC 11, [2013] 1 S.C.R. 467, at para. 78. Section 1 only requires that the limits be "reasonable". [para. 97]

(a) *Rational Connection*

[68] At this first step of the proportionality inquiry, the government must demonstrate that the means used by the limiting law are rationally connected to the purpose the law was designed to achieve. "To establish a rational connection, the government need only show that there is a causal connection between the infringement and the benefit sought 'on the basis of reason or logic'" (*Carter*, at para. 99, citing *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199, at para. 153).

[69] As the appellant concedes, there is clearly a rational connection between providing enhanced protection to children from the risks of sexual violence presented by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force (the objective) and retrospectively giving

[66] De toute évidence, cet objectif est suffisamment important pour justifier la poursuite de l'examen. Comme l'écrit le juge Laskin dans *R. c. Budreo* (2000), 46 O.R. (3d) 481 (C.A.), [TRADUCTION] « [l]es enfants font partie des groupes les plus vulnérables de notre société. La violence sexuelle dont sont victimes de jeunes enfants constitue un sérieux problème social, point n'est besoin de le démontrer » (par. 37). Offrir aux enfants une protection accrue afin qu'ils ne soient pas victimes d'infractions sexuelles est vital dans une société libre et démocratique.

(2) Le moyen retenu par le législateur est-il proportionné à l'objectif de la règle de droit?

[67] Une certaine déférence s'impose lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité d'une règle de droit. Comme l'écrit la Cour dans le récent arrêt *Carter* :

> À ce stade de l'analyse, les tribunaux doivent faire preuve d'une certaine déférence à l'endroit du législateur. La proportionnalité ne nécessite pas la perfection : *Saskatchewan (Human Rights Commission) c. Whatcott*, 2013 CSC 11, [2013] 1 R.C.S. 467, par. 78. L'article premier exige seulement que les limites soient « raisonnables ». [par. 97]

a) *Lien rationnel*

[68] À cette première étape de l'examen de la proportionnalité, l'État doit démontrer que le législateur restreint le droit d'une manière qui a un lien rationnel avec l'objectif de la règle de droit. « Pour prouver l'existence d'un lien rationnel, le gouvernement n'a qu'à démontrer l'existence d'un lien causal, "fondé sur la raison ou la logique", entre la violation et l'avantage recherché » (*Carter*, par. 99, citant *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199, par. 153).

[69] Comme le concède l'appelant, il existe manifestement un lien rationnel entre la protection accrue des enfants contre le risque de violence sexuelle que représente le délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des dispositions issues des modifications de 2012

2016 SCC 31 (CanLII)

sentencing judges the discretionary power to limit those offenders who pose a continuing risk to children in contacting children in person or online, and in engaging with online child pornography (the means chosen). Although the Crown's fresh evidence, which I discuss below, assists in solidifying this causal link, at this stage, I am satisfied that reason and logic suffice to establish that Parliament proceeded rationally in opting to give s. 161(1)(c) and (d) retrospective effect in order to better protect children from recidivism risks posed by offenders who committed their offences before the 2012 amendments came into force.

(b) *Minimal Impairment*

[70] The question at this second stage is whether the 2012 amendments are minimally impairing, in the sense that "the limit on the right is reasonably tailored to the objective" (*Carter*, at para. 102). It is only when there are alternative, less harmful means of achieving the government's objective "in a real and substantial manner" that a law should fail the minimal impairment test (*Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 55).

[71] I am satisfied that the retrospective operation of the prohibitions contained in the 2012 amendments is minimally impairing of s. 11(*i*).

[72] The amendments were enacted within the context of a highly discretionary provision that is tailored to its objective. Prohibitions listed in s. 161(1) are to be imposed only when a judge is satisfied that the specific offender poses a continued risk to children upon his release into the community *and* that the specific terms of the order are a reasonable attempt to minimize the risk. The law is therefore not "drafted in a way that unnecessarily catches

(l'objectif) et l'octroi rétrospectif au tribunal qui détermine la peine d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de soumettre à des contraintes le contrevenant qui représente toujours un risque pour les enfants du fait qu'il peut communiquer en personne ou en ligne avec eux et accéder à de la pornographie juvénile en ligne (le moyen choisi). Bien que la preuve nouvelle du ministère public — sur laquelle je reviens plus loin — étoffe ce lien causal, je suis convaincue à ce stade que la raison et la logique suffisent pour établir que le législateur a agi de manière rationnelle en conférant aux al. 161(1)c) et d) un effet rétrospectif afin de mieux protéger les enfants contre le risque de récidive chez le délinquant sexuel dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

b) *Atteinte minimale*

[70] La question à trancher à cette deuxième étape est celle de savoir si les nouvelles dispositions portent atteinte le moins possible au droit constitutionnel, c'est-à-dire si « la restriction du droit est raisonnablement adaptée à l'objectif » (*Carter*, par. 102). Ce n'est que lorsqu'il existe d'autres moyens moins préjudiciables de réaliser l'objectif de l'État « de façon réelle et substantielle » qu'une loi ne satisfait pas à l'exigence de l'atteinte minimale (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 55).

[71] Je suis convaincue que l'application rétrospective des interdictions issues des modifications de 2012 porte atteinte le moins possible à l'al. 11*i*).

[72] Les modifications ont été apportées à une disposition qui confère un pouvoir hautement discrétionnaire et qui est adaptée à son objectif. Les interdictions du par. 161(1) ne doivent être prononcées que si le tribunal est convaincu que le contrevenant exposera toujours les enfants à un risque une fois libéré et rendu à la collectivité *et* que les conditions dont est assortie l'ordonnance visent raisonnablement à réduire le risque. La disposition

2016 SCC 31 (CanLII)

[conduct] that has little or nothing to do with the prevention of harm to children" (*Sharpe*, at para. 95). In other words, the retrospective use of s. 161(1)(c) and (d) is *available only* when a judge is satisfied that the prohibitions will advance the enhanced child-protection goal of the amendments. No risk, no retrospective order.

[73] Further, s. 161(1) permits a sentencing judge to impose any conditions or exemptions that correspond to the circumstances of a particular offender. Section 161(1)(c) provides that offenders may have contact with persons under the age of 16 if "the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate". Similarly, s. 161(1)(d) permits offenders to use the Internet if "the offender does so in accordance with conditions set by the court". Finally, the prohibition order can be limited in duration (s. 161(2)) and reviewed periodically to ensure it continues to correspond to an offender's circumstances (s. 161(3)).

[74] Despite the highly discretionary and tailored nature of s. 161, the appellant argues that the impugned amendments are not minimally impairing because the Crown has failed to demonstrate that a purely prospective application of the amendments would undermine its objective.[4] Although I will discuss the potential gaps in the evidentiary record more fully below when I weigh the deleterious and salutary effects of the law, I would not give effect to this submission at the minimal impairment stage, for a few reasons.

n'est donc pas « rédigée de manière à englober inutilement [une conduite] qui n'a que peu ou [qui n'a] rien à voir avec la prévention du préjudice causé aux enfants » (*Sharpe*, par. 95). En d'autres mots, le recours rétrospectif aux nouveaux al. 161(1)c) et d) peut *seulement intervenir* lorsque le tribunal est convaincu que les interdictions favoriseront l'objectif des modifications, à savoir la protection accrue des enfants. Pas de risque, pas d'application rétrospective.

[73] En outre, le par. 161(1) permet au tribunal qui détermine la peine de prévoir toute condition ou exemption que commande la situation du contrevenant. L'alinéa 161(1)c) dispose que le contrevenant peut communiquer avec une personne âgée de moins de 16 ans s'il le fait « sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence ». Dans la même veine, l'al. 161(1)d) permet au contrevenant d'utiliser Internet s'il le fait « en conformité avec les conditions imposées par le tribunal ». Enfin, l'interdiction peut avoir une durée limitée (par. 161(2)) et être révisée périodiquement pour s'assurer qu'elle est toujours adaptée à la situation du contrevenant (par. 161(3)).

[74] L'appelant fait valoir que même si l'art. 161 confère un pouvoir hautement discrétionnaire et est adapté à son objectif, les dispositions en cause ne portent pas atteinte le moins possible au droit garanti, car le ministère public n'a pas démontré que si elles ne s'appliquaient que prospectivement la réalisation de leur objectif serait compromise[4]. Je reviendrai plus en détail sur les lacunes possibles du dossier de preuve lorsque je soupèserai les effets préjudiciables et les effets bénéfiques de la règle de droit, mais je ne retiens pas l'argument au regard du volet de l'atteinte minimale, et ce, pour plusieurs raisons.

[4] It was not argued that other prohibition regimes in the *Criminal Code* (such as those found in ss. 810, 810.1, or 810.2) could have achieved the government's objective in a real and substantial manner.

[4] Nul n'a fait valoir que d'autres régimes d'interdiction du *Code criminel* (dont ceux correspondant aux art. 810, 810.1 et 810.2) auraient pu permettre à l'État d'atteindre son objectif de façon réelle et substantielle.

2016 SCC 31 (CanLII)

[75] It is widely accepted (and the record confirms) that a non-trivial percentage of sex offenders will reoffend. If the amendments operated only prospectively, a sentencing judge would be unable to impose the prohibitions in s. 161(1)(c) and (d) on offenders who committed their crimes before 2012 *even if* the judge were satisfied that the prohibitions were required to minimize the risk to a child that a sex offender will recidivate. I therefore accept that a purely prospective application of the amendments would have prevented Parliament from fully realizing its objective of enhancing the protection s. 161 affords to children from offenders who committed their offences before the coming into force of the 2012 amendments. Further, accepting the appellant's argument would fail to accord sufficient deference, at this stage of the analysis, to the government's choice of legislative means. And questions pertaining to the extent of the efficacy of the retrospective operation of the 2012 amendments are best left to the next step of the analysis: proportionality of effects.

[76] In sum, given the discretionary and tailored nature of s. 161 and the fact that a purely prospective operation of the amendments would have compromised Parliament's full objective, I conclude that the retrospective operation of s. 161(1)(c) and (d) impairs the s. 11(*i*) right as little as reasonably possible.[5] The more difficult issue is whether the benefits achieved from imposing the 2012 amendments retrospectively outweigh the deleterious effects.

[75] On reconnaît généralement (et le dossier confirme) qu'un pourcentage non négligeable de délinquants sexuels récidive. Si les nouvelles dispositions ne s'appliquaient que prospectivement, le tribunal qui détermine la peine ne pourrait soumettre aux interdictions prévues par les nouveaux al. 161(1)c) et d) le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à 2012 *même s'*il était convaincu qu'elles sont nécessaires à la réduction du risque qu'un enfant soit victime de la récidive d'un délinquant sexuel. Par conséquent, je conviens qu'une application strictement prospective n'aurait pas permis au législateur de réaliser pleinement son objectif d'accroître la protection que l'art. 161 offre aux enfants contre un délinquant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012. En outre, faire droit à la prétention de l'appelant reviendrait à déférer insuffisamment, à ce stade de l'analyse, à la décision de l'État d'opter pour une mesure législative plutôt qu'une autre. Il vaut mieux reporter l'examen des questions liées au degré d'efficacité de l'application rétrospective à l'étape suivante de l'analyse, celle de la proportionnalité des effets.

[76] En résumé, puisque l'art. 161 confère un pouvoir discrétionnaire et qu'il est adapté à son objectif, et comme l'application strictement prospective aurait compromis la réalisation intégrale de l'objectif du législateur, je conclus que l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) porte atteinte au droit protégé par l'al. 11*i*) aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire[5]. Il est plus difficile de savoir si les effets bénéfiques de leur application rétrospective l'emportent sur ses effets préjudiciables.

[5] It should be obvious from the above analysis that, had Parliament adopted a less tailored and discretionary regime, the 2012 amendments may very well have failed the minimal impairment test. It is accordingly unclear how my articulation of the purpose of the impugned amendments has rendered the minimal impairment analysis "redundant", as my colleague Brown J. alleges (para. 138). On the contrary, the minimal impairment test remains an important part of assessing whether Parliament has discharged its burden under s. 1.

[5] Il devrait apparaître clairement de l'analyse qui précède que si le législateur avait opté pour un régime moins adapté et de nature moins discrétionnaire, les dispositions issues des modifications de 2012 auraient fort bien pu ne pas satisfaire au critère de l'atteinte minimale. Je m'explique donc mal comment ma formulation de l'objectif des modifications en cause a pu rendre « superfl[u] » l'examen de l'atteinte minimale comme le prétend mon collègue le juge Brown (par. 138). Au contraire, ce critère demeure un rouage important de la démarche qui consiste à se demander si le législateur s'est acquitté de son obligation pour les besoins de l'article premier.

2016 SCC 31 (CanLII)

(c) *Proportionality of Effects*

[77] At this final stage of the proportionality analysis, the Court must "weig[h] the impact of the law on protected rights against the beneficial effect of the law in terms of the greater public good" (*Carter*, at para. 122).[6] This final stage is an important one because it performs a fundamentally distinct role. As a majority of this Court observed in *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877:

> The focus of the first and second steps of the proportionality analysis is not the relationship between the measures and the *Charter* right in question, but rather the relationship between the ends of the legislation and the means employed. . . . The third stage of the proportionality analysis provides an opportunity to assess, in light of the practical and contextual details which are elucidated in the first and second stages, whether the benefits which accrue from the limitation are proportional to its deleterious effects as measured by the values underlying the *Charter*. [para. 125]

[78] It is for this reason that Aharon Barak, former President of the Supreme Court of Israel, has described this final step as "the very heart of proportionality" ("Proportional Effect: The Israeli Experience" (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, at p. 380). And in *Hutterian Brethren*, Abella J. wrote: ". . . most of the heavy conceptual lifting and balancing ought to be done at the final step — proportionality. Proportionality is, after all, what s. 1 is about" (para. 149).

[79] I agree. While the minimal impairment test has come to dominate much of the s. 1 discourse in Canada, this final step permits courts to address the essence of the proportionality enquiry at the

[6] In *Oakes*, this final stage of the proportionality analysis was initially conceived as a comparison between the deleterious effects of the limiting measure and the law's objective. However, in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, Lamer C.J. reformulated the test to account for the "proportionality between the deleterious and the salutary effects of the measur[e]" because characterizing the final step "as being concerned solely with the balance between the objective and the deleterious effects of a measure rests on too narrow a conception of proportionality" (p. 889 (emphasis deleted)).

c) *Proportionnalité des effets*

[77] À cette dernière étape de l'examen de la proportionnalité, la Cour doit « mettre en balance l'incidence de la loi sur les droits protégés et l'effet bénéfique de la loi au plan de l'intérêt supérieur du public » (*Carter*, par. 122)[6]. Il s'agit d'une étape importante, car son rôle est fondamentalement distinct. Comme le font observer les juges majoritaires de la Cour dans *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877 :

> Les première et deuxième étapes de l'analyse de la proportionnalité ne portent pas sur le rapport entre les mesures et le droit en question garanti par la *Charte*, mais plutôt sur le rapport entre les objectifs de la loi et les moyens employés. [. . .] La troisième étape de l'analyse de la proportionnalité donne l'occasion d'apprécier, à la lumière des détails d'ordre pratique et contextuel qui ont été dégagés aux première et deuxième étapes, si les avantages découlant de la limitation sont proportionnels aux effets préjudiciables, mesurés au regard des valeurs consacrées par la *Charte*. [par. 125]

[78] C'est la raison pour laquelle l'ancien président de la Cour suprême d'Israël, Aharon Barak, voit dans cette dernière étape [TRADUCTION] « le cœur même de la proportionnalité » (« Proportional Effect : The Israeli Experience » (2007), 57 *U.T.L.J.* 369, p. 380). Et, dans l'arrêt *Hutterian Brethren*, la juge Abella écrit que « la majeure partie de l'analyse conceptuelle doit être faite à l'étape finale — celle de la proportionnalité. Après tout, c'est de la proportionnalité dont il est censé être question à l'article premier » (par. 149).

[79] Je suis d'accord. Bien que, de nos jours, au Canada, l'atteinte minimale occupe la place la plus grande dans le discours sur l'article premier, le tribunal peut, à cette dernière étape, se pencher sur

[6] Initialement, dans l'arrêt *Oakes*, cette dernière étape visait à comparer les effets préjudiciables de la mesure restrictive et l'objectif de la loi. Toutefois, dans *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, le juge en chef Lamer a reformulé le critère afin de tenir compte de la « proportionnalité entre les effets préjudiciables des mesures et leurs effets bénéfiques » parce que la qualification de la dernière étape « comme concernant uniquement l'équilibre entre l'objectif et les effets préjudiciables d'une mesure repose sur une conception trop étroite de la proportionnalité » (p. 889 (soulignement omis)).

2016 SCC 31 (CanLII)

heart of s. 1.[7] It is only at this final stage that courts can transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society "in direct and explicit terms" (J. Cameron, "The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter*" (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, at p. 66). In other words, this final step allows courts to stand back to determine on a normative basis whether a rights infringement is justified in a free and democratic society. Although this examination entails difficult value judgments, it is preferable to make these judgments explicit, as doing so enhances the transparency and intelligibility of the ultimate decision. Further, as mentioned, proceeding to this final stage permits appropriate deference to Parliament's choice of means, as well as its full legislative objective.

[80] In this case, there are important differences between the effects of the two impugned amendments. I will therefore consider the two provisions separately.

(i) Balancing the Deleterious and Salutary Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(c) of the *Criminal Code*

[81] The deleterious effects flowing from the retrospective operation of s. 161(1)(c) are substantial. At the individual level, in depriving offenders of the benefit of the lesser punishment, s. 161(1)(c) prevents the appellant and other offenders from freely participating in society following their release into the community. Before the new s. 161(1)(c) was introduced, outside the digital realm, judges could prohibit offenders only from attending public parks, public swimming pools, daycare centres,

[7] See D. Grimm, "Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence" (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, at pp. 393-97; M. Zion, "Effecting Balance: *Oakes* Analysis Restaged" (2012-2013), 43 *Ottawa L. Rev.* 431; Barak, at pp. 380-82; F. Schauer, "Proportionality and the Question of Weight", in G. Huscroft, B. W. Miller and G. Webber, eds., *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, at pp. 181-85.

l'essence de l'examen de la proportionnalité qui est au cœur de l'application de l'article premier[7]. Ce n'est qu'à la dernière étape que le tribunal peut transcender l'objectif de la règle de droit et se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne [TRADUCTION] « d'une manière directe et explicite » (J. Cameron, « The Past, Present, and Future of Expressive Freedom Under the *Charter* » (1997), 35 *Osgoode Hall L.J.* 1, p. 66). Autrement dit, cette dernière étape permet au tribunal de prendre du recul pour décider, sous l'angle normatif, si l'atteinte au droit est justifiée dans une société libre et démocratique. Même si l'examen suppose des jugements de valeur difficiles, il vaut mieux faire en sorte que ces jugements soient explicites de manière à accroître la transparence et l'intelligibilité de la décision ultime. En outre, je le rappelle, cette dernière étape donne au tribunal l'occasion de faire preuve de la déférence qui s'impose envers le législateur quant au moyen retenu et à l'objectif global poursuivi.

[80] En l'espèce, il existe des différences importantes entre les effets des deux dispositions issues des modifications. Je les examine donc séparément.

(i) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) du *Code criminel*

[81] Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) sont importants. À l'échelle individuelle, en privant l'appelant de son droit de bénéficier de la peine la moins sévère, l'alinéa l'empêche — ainsi que d'autres contrevenants — de participer librement à la société une fois libéré et rendu à la collectivité. Avant l'adoption du nouvel al. 161(1)c), le tribunal pouvait seulement, à l'extérieur du domaine numérique, interdire au contrevenant de fréquenter un parc public, une piscine, une

[7] Voir D. Grimm, « Proportionality in Canadian and German Constitutional Jurisprudence » (2007), 57 *U.T.L.J.* 383, p. 393-397; M. Zion, « Effecting Balance : *Oakes* Analysis Restaged » (2012-2013), 43 *R.O. Ottawa* 431; Barak, p. 380-382; F. Schauer, « Proportionality and the Question of Weight », dans G. Huscroft, B. W. Miller et G. Webber, dir., *Proportionality and the Rule of Law : Rights, Justification, Reasoning* (2014), 173, p. 181-185.

2016 SCC 31 (CanLII)

schoolgrounds, playgrounds, and community centres, or from seeking employment or volunteer opportunities involving children. The new s. 161(1)(c) potentially goes much further and prohibits "any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years" in a public or private space. For example, offenders might be prohibited from conversing with younger members of their family, or from freely moving about certain private and public spaces where children are present. This expanded prohibition, relative to the more limited prohibitions that existed previously, constitutes a substantial intrusion on the liberty and security of certain offenders.

garderie, le terrain d'une école, un terrain de jeu ou un centre communautaire, ou de rechercher un emploi ou d'offrir ses services comme bénévole dans un domaine lié aux enfants. Le nouvel al. 161(1)c) pourrait permettre au tribunal d'aller beaucoup plus loin et de lui interdire d'avoir « des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé. Par exemple, le tribunal pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants. Par rapport aux interdictions de portée plus restreinte qui existaient auparavant, il s'agit d'un empiétement substantiel sur le droit à la liberté et à la sécurité de certains contrevenants.

[82] The deleterious effects experienced by specific offenders translate into broader societal harms. By impacting people like the appellant with a punishment of which they had no notice, the retrospective operation of s. 161(1)(c) undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law. These are core tenets of our justice system.

[82] Les effets préjudiciables subis par les contrevenants individuels se traduisent par un préjudice plus large infligé à la société. En condamnant un contrevenant comme l'appelant à une peine dont il ne se savait pas passible, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit, deux préceptes fondamentaux de notre système de justice.

[83] The adverse impact the retrospective operation of s. 161(1)(c) has on fairness and the rule of law is particularly acute because, in broadening the scope of prohibited conduct, Parliament does not appear to have been responding to an emerging threat, or an evolving social context. Unfortunately, sexual offences against children have persisted for centuries. Setting aside for the moment the use of technology to contact young people, which is captured by s. 161(1)(d), why was additional protection required in 2012? In terms of sexual offences resulting from physical proximity, on this record, there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended. The dearth of a compelling temporal justification for imposing s. 161(1)(c) retrospectively enhances the damage the provision does to fairness and the rule of law, and thus

[83] L'incidence préjudiciable de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) sur l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit est particulièrement grave, car en élargissant la portée de l'interdiction, le législateur ne paraît pas donner ainsi suite à une menace nouvelle ou à quelque évolution du contexte social. Les enfants sont malheureusement victimes d'infractions sexuelles depuis des siècles. On peut se demander, en faisant momentanément abstraction de l'utilisation de la technologie pour entrer en contact avec de jeunes personnes, laquelle fait l'objet de l'al. 161(1)d), pour quelle raison une protection supplémentaire s'imposait en 2012. En ce qui concerne les infractions sexuelles résultant d'une proximité physique, au vu du dossier, la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du

2016 SCC 31 (CanLII)

undermines public confidence in the criminal justice system.

[84] The Crown submits that the benefit of retrospectively applying s. 161(1)(c) is that more children will be protected from sexual violence. In advancing this claim, the Crown chiefly relies on social science articles and statistics relating to recidivism of sexual offenders in order to clarify the risk children face when sexual offenders are released into the community.

[85] The Crown's social science articles endeavour to quantify rates of recidivism of sexual offenders. One article pegged the recidivism rates for "child molesters" at 13% 5 years following the commission of the offence, 18% after 10 years, and 23% after 15 years.[8] The authors found that the recidivism rate for sexual offenders who victimize extra familial young boys (35% after 15 years) is significantly higher than the average recidivism rate for all sexual offenders (24% after 15 years) (p. 8). These recidivism rates were confirmed by another article adduced by the Crown, which asserts that "[s]exual interest in children was a significant predictor of sexual recidivism".[9] That is, "[t]hose individuals with identifiable interests in deviant sexual activities were among those most likely to continue sexual offending. The evidence was strongest for sexual interest in children" (p. 15). The authors further observed that these figures "should be considered to underestimate the real recidivism rates"

par. 161(1). L'inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) accroît l'atteinte à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit et mine par conséquent la confiance du public dans le système de justice criminelle.

[84] Le ministère public soutient que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) permet de protéger plus d'enfants contre la violence sexuelle. Il invoque principalement à l'appui de sa prétention des articles et des statistiques relevant des sciences sociales et portant sur la récidive sexuelle afin de préciser le risque que courent les enfants lorsqu'un délinquant sexuel est libéré et rendu à la collectivité.

[85] Les auteurs des articles en question tentent de déterminer le taux de récidive en matière d'infractions sexuelles. Dans le cas des « agresseurs d'enfants », l'un d'eux fixe ce taux à 13 p. 100 cinq ans après la perpétration de l'infraction, à 18 p. 100 dix ans après et à 23 p. 100 quinze ans après[8]. Les auteurs concluent que le taux de récidive des délinquants sexuels qui s'en prennent à de jeunes garçons qui ne font pas partie de leur famille (35 p. 100 quinze ans après l'infraction) est de beaucoup supérieur à la moyenne pour l'ensemble des délinquants sexuels (24 p. 100 quinze ans après) (p. 10). Un autre article confirme ces données, et son auteur ajoute que « [l'existence chez ces délinquants d']intérêts sexuels à l'égard des enfants constitu[e] un prédicateur significatif de la récidive sexuelle »[9]. Autrement dit, « [l]es délinquants qui manifest[ent] des intérêts identifiables à l'égard d'activités sexuelles déviantes [sont] parmi les plus susceptibles de continuer à commettre des

[8] Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Sex Offender Recidivism: A Simple Question", by A. J. R. Harris and R. K. Hanson, March 2004 (online), at p. 7. This study used data from 10 follow-up studies of adult male sexual offenders with a combined sample of 4,724 offenders.

[9] Public Safety and Emergency Preparedness Canada, "Predictors of Sexual Recidivism: An Updated Meta-Analysis", by R. K. Hanson and K. Morton-Bourgon, February 2004 (online), at p. 9. This article examined the research evidence of 95 different studies, involving more than 31,000 sexual offenders.

[8] Sécurité publique et Protection civile Canada, « La récidive sexuelle : d'une simplicité trompeuse », par A. J. R. Harris et R. K. Hanson, mars 2004 (en ligne), p. 9. Cette étude s'appuie sur les données de 10 études de suivi visant des délinquants sexuels adultes de sexe masculin et comportant un échantillon combiné de 4 724 contrevenants.

[9] Sécurité publique et Protection civile Canada, « Les prédicteurs de la récidive sexuelle : une méta-analyse à jour », par R. K. Hanson et K. Morton Bourgon, février 2004 (en ligne), p. 11. L'article examine les éléments de preuve issus de 95 études visant plus de 31 000 délinquants sexuels.

2016 SCC 31 (CanLII)

because sexual crimes are significantly underreported (p. 8).

[86] These recidivism rates are significant. I accept that a non-trivial number of sexual offenders commit further sexual crimes after being released into the community. And the odds of this occurring appear to increase in the context of sexual offences against children. This is the harm the 2012 amendments are aimed at mitigating.

[87] The Crown also seeks to demonstrate the beneficial effects of making these enhanced prohibitions available retrospectively through statistics relating to the number of offenders potentially impacted by the 2012 amendments. Since the amendments came into force and as of May 14, 2015, 157 s. 161 orders have been imposed in British Columbia on offenders who committed their offences prior to August 9, 2012. And as of that same date there were 239 accused persons in British Columbia charged with offences captured by s. 161 that were committed prior to the coming into force of the 2012 amendments. On a national scale, these numbers would clearly be much higher. These statistics suggest that if the 2012 amendments cannot operate retrospectively, sentencing judges will be unable to consider imposing the enhanced prohibitions found in s. 161(1)(c) and (d) on many hundreds of sex offenders across the nation.

[88] I accept that the Crown's fresh evidence assists in identifying recidivism rates and the number of offenders who stand to be impacted by the retrospective operation of the 2012 amendments. Real risks to children are certainly present. And I accept that a provision prohibiting contact between sexual offenders and children will, to some extent, assist in mitigating these risks.

infractions sexuelles. La preuve [est] particulièrement solide pour l'intérêt sexuel à l'égard des enfants » (p. 18). Les auteurs font aussi observer que ces chiffres « doivent être considérés comme une sous-estimation des taux de récidive réels », étant donné que les crimes sexuels sont nettement sous-signalés (p. 10).

[86] Ces taux de récidive sont élevés. Je conviens qu'un nombre non négligeable de délinquants sexuels commettent d'autres crimes sexuels après leur libération et leur retour dans la collectivité. Et le risque de récidive sexuelle semble augmenter lorsque leurs victimes sont des enfants. Tel est le préjudice que les modifications de 2012 visaient à réduire.

[87] Le ministère public cherche aussi à démontrer les effets bénéfiques de l'application rétrospective des interdictions de portée accrue au moyen de statistiques sur le nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par les modifications de 2012. Entre l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions et le 14 mai 2015, 157 ordonnances ont été rendues en Colombie-Britannique sur le fondement de l'art. 161 à l'endroit de contrevenants dont les actes criminels étaient antérieurs au 9 août 2012. En date du 14 mai 2015 et dans la même province, 239 personnes avaient été accusées d'infractions visées à l'art. 161 et commises avant l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions. À l'échelle nationale, les chiffres sont assurément beaucoup plus élevés. Ces statistiques donnent à penser que si les nouvelles dispositions ne peuvent être appliquées rétrospectivement, les juges qui déterminent la peine ne pourront envisager de soumettre des centaines de délinquants sexuels partout au pays aux nouvelles interdictions prévues aux al. 161(1)c) et d).

[88] Je conviens que la preuve nouvelle du ministère public contribue à l'établissement des taux de récidive ainsi que du nombre de contrevenants susceptibles d'être touchés par l'application rétrospective des dispositions issues des modifications de 2012. Il existe assurément un risque réel pour les enfants. Je reconnais également qu'une disposition interdisant au délinquant sexuel d'avoir des contacts avec des enfants contribuera jusqu'à un certain point à réduire ce risque.

2016 SCC 31 (CanLII)

[89] However, the appellant correctly points out that the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree* of *enhanced* protection s. 161(1)(c) provides in comparison to the previous version of the prohibition. It is therefore unclear what effect the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) would have on the recidivism rates identified by the Crown. And there is no evidence demonstrating that the risks s. 161(1)(c) are directed at have changed quantitatively or qualitatively, such that the fundamental fairness and rule of law concerns would be mitigated. Even in the passages of the legislative record that the Crown put before this Court, it is striking that there was almost no discussion of why the amendments to s. 161(1)(c) were required to better protect children.

[90] Put simply, the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear. It can be difficult to prove a negative, which is why reason and logic are important complements to tangible evidence. And, to some extent, these evidentiary difficulties may be unavoidable. After all:

> Public policy is often based on approximations and extrapolations from the available evidence, inferences from comparative data, and, on occasion, even educated guesses. Absent a large-scale policy experiment, this is all the evidence that is likely to be available. Justice La Forest offered an observation in *McKinney* which rings true: "[d]ecisions on such matters must inevitably be the product of a mix of conjecture, fragmentary knowledge, general experience and knowledge of the needs, aspirations and resources of society".
>
> (S. Choudhry, "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524, quoting *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 304.)

[89] Or, l'appelant souligne à juste titre que le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert par le nouvel al. 161(1)c) comparativement au libellé antérieur de l'interdiction. L'effet de l'application *rétrospective* de l'al. 161(1)c) sur les taux de récidive avancés par le ministère public demeure donc indéterminé. Et aucune preuve ne démontre que le risque auquel cet alinéa est censé s'attaquer a changé sur les plans quantitatif ou qualitatif de manière à atténuer les craintes liées à l'équité fondamentale et à la primauté du droit. Même les extraits du dossier législatif déposés devant la Cour par le ministère public montrent de manière frappante que l'opportunité de modifier l'al. 161(1)c) afin de mieux protéger les enfants n'a pratiquement fait l'objet d'aucun débat.

[90] Dit simplement, les effets bénéfiques précis de l'application *rétrospective* de l'al. 161(1)c) demeurent indéterminés. Il peut se révéler difficile de prouver l'inexistence de quelque chose. C'est pourquoi la raison et la logique constituent des compléments importants à la preuve matérielle. Et jusqu'à un certain point, ces difficultés de preuve peuvent être inéluctables. Après tout :

> [TRADUCTION] Les politiques gouvernementales sont souvent élaborées à partir d'approximations et d'extrapolations découlant de la preuve disponible, d'inférences tirées de données comparatives et même, à l'occasion, d'hypothèses émises en connaissance de cause. En l'absence de recherches politiques de grande envergure, cette preuve est vraisemblablement la seule dont on peut disposer. Dans *McKinney*, le juge La Forest a fait une observation très juste : « [d]ans ces domaines, les décisions découlent inévitablement de la combinaison d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société ».
>
> (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524, citant *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, p. 304-305.)

2016 SCC 31 (CanLII)

[91] Nonetheless, s. 1 mandates that the limitation on the right be *demonstrably* justified. As Dickson C.J. wrote in *Oakes*, this is a "stringent standard of justification" (p. 136). The retrospective operation of the impugned measure adversely impacts the liberty and security of offenders (relative to the previous version of s. 161), and, importantly, the fairness of criminal proceedings and the rule of law. Although this adverse impact will be experienced only when a judge concludes it is necessary to alleviate the risk the offender poses to children, it remains the case that the deleterious effects of the impugned measure are significant and tangible.

[92] In comparison, the benefits society stands to gain are marginal and speculative. While the Crown's evidence regarding recidivism of sexual offenders begins to paint the picture (particularly since it shows that sex offenders who victimize children are more likely to reoffend), the rendering remains largely incomplete. In particular, the Crown has provided no temporal justification for the retrospective limitation, nor much evidence to establish the degree of enhanced protection s. 161(1)(c) provides. For example, the record suggests that many sexual assaults committed against children are perpetrated by family members or acquaintances. But surely this reality did not just recently come to Parliament's attention. In the context of a s. 11(*i*) infringement, one expects the Crown to better explain why *retrospective* penal laws were required.

[93] Temporal considerations are relevant in this content because, at its root, s. 11(*i*) is about the *timing* of changes to penal laws. In this case, it is not Parliament's decision to increase the punishment for sexual offenders that has, by itself, triggered *Charter* scrutiny — rather, it is Parliament's decision to reach back in time to impose these enhanced

[91] Néanmoins, l'article premier exige que la justification de la restriction du droit *puisse se démontrer*. Comme le dit le juge en chef Dickson dans *Oakes*, il s'agit d'une « norme sévère en matière de justification » (p. 136). L'application rétrospective de la mesure en cause a une incidence préjudiciable sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant (comparativement au libellé antérieur de l'art. 161) et, fait important, sur l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Certes, cette incidence préjudiciable n'existe que lorsqu'un juge conclut à la nécessité d'atténuer le risque que le contrevenant représente pour les enfants, mais il demeure que les effets préjudiciables de la mesure en cause sont importants et tangibles.

[92] En comparaison, les effets bénéfiques éventuels pour la société sont négligeables et hypothétiques. Bien que la preuve du ministère public concernant la récidive chez les délinquants sexuels esquisse le tableau de la situation (surtout en montrant que les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels), le tableau demeure largement incomplet. En particulier, le ministère public n'a pas fait valoir l'existence d'une justification d'ordre temporel de la restriction rétrospective du droit et a avancé bien peu d'éléments pour établir le degré de protection accrue offert par l'al. 161(1)c). À titre d'exemple, le dossier indique que de nombreuses agressions sexuelles d'enfants sont perpétrées par des membres de la famille ou par des connaissances. Or, le législateur ne vient assurément pas tout juste de l'apprendre. Face à une allégation d'atteinte au droit que garantit l'al. 11*i*), on s'attendrait à ce que le ministère public en fasse davantage pour convaincre le tribunal de la nécessité qu'une disposition pénale s'applique *rétrospectivement*.

[93] Les considérations d'ordre temporel importent dans ce contexte, car l'al. 11*i*) s'intéresse foncièrement au *moment où intervient* la modification d'une disposition à caractère punitif. Dans la présente affaire, ce qui porte atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*), ce n'est pas le choix du législateur d'accroître la peine infligée au délinquant sexuel

2016 SCC 31 (CanLII)

prohibitions on offenders who had no notice of them that offends s. 11(*i*). Thus, temporal factors that may help explain Parliament's rationale for circumventing a basic tenet of our criminal law are relevant to the s. 11(*i*) inquiry. When it comes to s. 11(*i*), timing can be everything.

[94] Evidence related to the risks of recidivism is generally insufficient, on its own, to discharge the Crown's justificatory burden. To hold otherwise would be to potentially eviscerate the s. 11(*i*) right for the simple reason that retrospectively increasing punishment in order to curtail the risk of recidivism is a rationale that could apply to a broad range of crimes.

[95] It may be tempting to conclude that mitigating the risk of sexual violence to even one child is worth the costs. However, there can be no broad exception to the protection of s. 11(*i*) whenever the victim is a child. Such an approach ascribes almost no value to the right. Section 11(*i*) protects fundamental interests that can be overridden only in demonstrably compelling circumstances. In my view, the Crown has failed to show that the largely speculative salutary effects of the retrospective operation of s. 161(1)(c) outweigh its tangible and substantial drawbacks.

[96] The retrospective operation of s. 161(1)(c) therefore cannot be justified under s. 1. As a result, s. 161(1)(c) applies only prospectively — that is, only to offenders who committed their offences after the 2012 amendments came into force (s. 52(1), *Constitution Act, 1982*).

[97] I note that there are other prohibition orders under the *Criminal Code* that may assist the Crown

et qui est à l'origine de l'examen au regard de la *Charte*, mais plutôt sa décision de remonter dans le temps pour rendre le contrevenant passible, sans que ce dernier ne l'ait su au moment de perpétrer l'infraction, de nouvelles interdictions dont la portée est accrue. Dès lors, les considérations d'ordre temporel qui sont susceptibles d'expliquer la décision du législateur de contourner un précepte fondamental du droit criminel sont pertinentes dans le cadre de l'examen que commande l'al. 11*i*). S'agissant de cette disposition de la *Charte*, la situation dans le temps peut primer toute autre considération.

[94] La preuve liée au risque de récidive est généralement insuffisante à elle seule pour permettre au ministère public de s'acquitter de son obligation de justification. Conclure le contraire pourrait vider de sa substance le droit garanti par l'al. 11*i*) pour la simple raison que l'accroissement rétrospectif de la peine dans le but de réduire le risque de récidive relève d'une logique susceptible de s'appliquer à une grande variété de crimes.

[95] On pourrait être tenté de conclure que la réduction du risque qu'un seul enfant soit victime de violence sexuelle en vaut le coût. Toutefois, il ne saurait y avoir d'exception générale à la protection de l'al. 11*i*) chaque fois que la victime est un enfant, sinon le droit protégé serait presque dénué de toute valeur. L'alinéa 11*i*) protège des droits fondamentaux qu'on ne peut écarter que dans des circonstances dont le caractère impérieux peut être démontré. À mon avis, le ministère public n'a pas établi que les effets bénéfiques largement conjecturaux de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) l'emportent sur ses inconvénients tangibles et substantiels.

[96] L'application rétrospective de l'al. 161(1)c) ne saurait donc pas se justifier au regard de l'article premier. En conséquence, l'alinéa ne s'applique que prospectivement, c'est-à-dire seulement au contrevenant qui a commis l'infraction après l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012 (par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*).

[97] Je constate que le *Code criminel* — notamment aux art. 810, 810.1 et 810.2 — prévoit d'autres

2016 SCC 31 (CanLII)

to some extent in filling the gap left by the lack of any retrospective application of s. 161(1)(c), such as those that can be imposed pursuant to ss. 810, 810.1, and 810.2. However, I make no further comment on those provisions since they were not meaningfully raised or argued by any of the parties before us.

(ii) Balancing the Deleterious and Salutary Effects of the Retrospective Operation of Section 161(1)(d) of the *Criminal Code*

[98] The deleterious effects resulting from the retrospective operation of s. 161(1)(d) are also significant. A complete ban on "using the Internet or other digital network" — an indispensable tool of modern life and an avenue of democratic participation — is more intrusive than the previous ban on "using a computer system . . . for the purpose of communicating" with young people. This constitutes a significant deprivation of liberty. Therefore, the retrospective operation of s. 161(1)(d) can erect massive barriers to an offender's full participation in society, which may result in substantial consequences both socially and economically.

[99] As with the retrospective operation of s. 161(1)(c), the imposition of punishment without notice translates into broader societal harms, including compromising the fairness of criminal proceedings and challenging the rule of law. Clarity and predictability are central to the proper functioning of the criminal justice system, and are at the core of s. 11(*i*)'s purpose. Respect for the law and public confidence in the administration of justice are threatened when laws are changed retrospectively, without notice.

[100] Turning to the salutary effects, the Crown's evidence relating to the risk of harm from recidivism of sexual offenders, discussed above, applies equally here; however, when it comes to s. 161(1)(d),

ordonnances portant interdiction grâce auxquelles le ministère public pourrait, dans une certaine mesure, combler le vide occasionné par l'application non rétrospective de l'al. 161(1)c). Je m'abstiens cependant de toute remarque supplémentaire sur ces dispositions puisque leur application n'a pas été soulevée ou plaidée devant nous par l'une ou l'autre des parties.

(ii) Mise en balance des effets préjudiciables et des effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) du *Code criminel*

[98] Les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) sont eux aussi importants. L'interdiction totale « d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique » — un outil indispensable de la vie moderne, de même qu'une voie de participation à la démocratie — constitue un plus grand empiétement que l'interdiction antérieure « d'utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer » avec de jeunes personnes. Il en résulte une atteinte importante au droit à la liberté. Dès lors, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) peut faire considérablement obstacle à la pleine participation du contrevenant à la société, ce qui est susceptible d'avoir de grandes conséquences socio-économiques.

[99] Comme pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c), l'infliction d'une peine dont le contrevenant ne pouvait se savoir passible cause un préjudice général à la société, notamment en compromettant l'équité des procédures criminelles et en remettant en question la primauté du droit. La clarté et la prévisibilité sont essentielles au bon fonctionnement du système de justice criminelle et elles sont au cœur de la raison d'être de l'al. 11*i*). Le respect de la loi et la confiance du public dans l'administration de la justice sont mis en péril lorsqu'une règle de droit est modifiée rétrospectivement sans que l'intéressé n'ait pu connaître la nouvelle version au moment de commettre l'acte criminel.

[100] En ce qui concerne les effets bénéfiques, la preuve susmentionnée offerte par le ministère public sur le risque de préjudice lié à la récidive propre aux délinquants sexuels vaut également pour

2016 SCC 31 (CanLII)

this evidence is buttressed by other important considerations.

[101] As I shall explain, in brief, the record before this Court demonstrates that s. 161(1)(d) is directed at grave, emerging harms precipitated by a rapidly evolving social and technological context. This evolving context has changed both the *degree* and *nature* of the risk of sexual violence facing young persons. As a result, the previous iteration of s. 161 became insufficient to respond to the modern risks children face. By closing this legislative gap and mitigating these new risks, the benefits of the retrospective operation of s. 161(1)(d) are significant and fairly concrete.

[102] The rate of technological change over the past decade has fundamentally altered the social context in which sexual crimes can occur. Social media websites (like Facebook and Twitter), dating applications (like Tinder), and photo-sharing services (like Instagram and Snapchat) were all founded *after* 2002, the last time prior to the 2012 amendments that substantial revisions to s. 161(1) were made. These new online services have given young people — who are often early adopters of new technologies — unprecedented access to digital communities. At the same time, sexual offenders have been given unprecedented access to potential victims and avenues to facilitate sexual offending.

[103] The legislative record before this Court speaks to this rapid evolution and shows that, in enacting s. 161(1)(d) and giving it retrospective effect, Parliament was attempting to keep pace with technological changes that have substantially altered the degree and nature of the risks facing children. For example, at the second reading of the Bill, the Parliamentary Secretary to the Minister of Justice said, "An increasing number of child sex offenders also use the Internet and other new technologies to facilitate the grooming of victims or to commit other child sex offences" (p. 6787). At a Committee debate, the Acting

l'al. 161(1)d), mais d'autres considérations d'importance viennent l'étayer.

[101] En bref, comme je l'explique plus loin, il appert du dossier de la Cour que l'al. 161(1)d) s'attaque aux nouveaux préjudices graves dont l'infliction est précipitée par l'évolution rapide du contexte sociotechnologique. Ce contexte en constante évolution a modifié tant le *degré* que la *nature* du risque de violence sexuelle auquel sont exposées les jeunes personnes. Par conséquent, la version antérieure de l'art. 161 ne permettait plus de contrer le risque que courent les enfants de nos jours. Du fait qu'elle comble cette lacune législative et réduit les risques nouveaux, l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) comporte des effets bénéfiques importants assez concrets.

[102] La vitesse à laquelle la technologie a évolué au cours de la dernière décennie a fondamentalement modifié le contexte social dans lequel peuvent survenir les crimes sexuels. Les médias sociaux (comme Facebook et Twitter), les applications de rencontres (comme Tinder), de même que les services de partage de photos (comme Instagram et Snapchat) ont tous vu le jour *après* 2002, soit l'année où le par. 161(1) avait été modifié la fois précédente. Ces nouveaux services en ligne ont donné aux jeunes — qui sont souvent les premiers à adopter les nouvelles technologies — un accès sans précédent aux communautés numériques. Parallèlement, les délinquants sexuels ont obtenu un accès inédit à des victimes potentielles et à des moyens qui facilitent la commission d'infractions sexuelles.

[103] Le dossier législatif dont dispose la Cour fait état de cette évolution rapide et montre que, par l'édiction de l'al. 161(1)d) et son application rétrospective, le législateur entendait se mettre au diapason de la technologie dont l'évolution avait substantiellement modifié le degré et la nature du risque auquel étaient exposés les enfants. Par exemple, lors de la deuxième lecture du projet de loi, le secrétaire parlementaire du ministre de la Justice a dit : « De plus en plus de délinquants sexuels dont les victimes sont des enfants utilisent aussi Internet et les nouvelles technologies pour

2016 SCC 31 (CanLII)

2016 SCC 31 (CanLII)

General Counsel, Criminal Law Policy Section, Department of Justice testified:

> . . . what Bill C-54 recognizes is that offenders use the Internet computer systems for all sorts of reasons. Yes, they use it to communicate directly with a young person, and we catch that already, but they use it also to offend, in their offending pattern, whether it's to access child pornography, for example . . . .
>
> So the idea with Bill C-54 is to require a court to turn its mind to this each time it is sentencing a person who is convicted of one of these child sex offences and to consider whether in that instance, with the offender before them, given the nature of the offending pattern and the conduct before the court, there should be a restriction on that individual's access to the Internet or other technology that would otherwise facilitate his or her reoffending.

(Standing Committee on Justice and Human Rights, *Evidence*, No. 50, 3rd Sess., 40th Parl., February 28, 2011, at p. 4)

[104] As well, a Statistics Canada Director (who was testifying before the Committee) said, "What we can say based on those data is that the number of charges of child luring via the Internet is increasing" (*Evidence*, No. 49, 3rd Sess., 40th Parl., February 16, 2011, at p. 7). The legislative record contains other similar passages.

[105] In addition to this testimony concerning the evolving risks children face, others testified that controlling an offender's access to the Internet is an effective means of curbing these risks. For example, during other Committee debates, the Executive Director of BOOST Child Abuse Prevention and Intervention testified that "[t]he emerging research connecting online offences to hands-on sexual offences emphasizes the importance of the court's ability . . . to permit the offender use of the Internet

faciliter la "préparation" des victimes ou pour commettre d'autres infractions de nature sexuelle à l'endroit d'un enfant » (p. 6787). Lors du débat en comité, l'avocate générale intérimaire, Section de la politique en matière de droit pénal du ministère de la Justice, a témoigné :

> . . . ce que le projet de loi C-54 reconnaît, c'est que les délinquants peuvent utiliser des ordinateurs reliés à Internet à toutes sortes de fins. Oui, ils les utilisent pour communiquer directement avec une jeune personne — et la loi couvre déjà cet aspect —, mais aussi pour commettre d'autres délits, selon leur comportement délinquant, qu'il s'agisse par exemple d'accéder à de la pornographie infantile . . .
>
> Donc, l'idée, avec ce projet de loi C-54, est d'obliger un tribunal à en tenir compte chaque fois qu'il impose une peine à une personne reconnue coupable d'une de ces infractions de nature sexuelle à l'égard d'enfants, et à examiner si, en l'espèce, compte tenu du délinquant qu'il a devant lui, de la nature de son comportement criminel ou de sa conduite devant le tribunal, il y a lieu de restreindre l'accès de cette personne à Internet ou à d'autres technologies qui pourraient autrement faciliter une récidive de sa part.

(Comité permanent de la justice et des droits de la personne, *Témoignages*, nº 50, 3e sess., 40e lég., 28 février 2011, p. 4)

[104] Par ailleurs, une directrice de Statistique Canada appelée à témoigner devant le comité a déclaré : « Ce que nous pouvons dire, sur la base de ces données, est que le nombre d'accusations de leurre d'enfants par Internet est en hausse » (*Témoignages*, nº 49, 3e sess., 40e lég., 16 février 2011, p. 7). D'autres passages du dossier législatif vont dans le même sens.

[105] Outre ces témoignages sur l'évolution du risque auquel sont exposés les enfants, d'autres ont porté sur le fait que contrôler l'accès d'un contrevenant à Internet constitue un moyen efficace de réduire ce risque. Par exemple, à une autre séance du comité, la directrice générale de BOOST Child Abuse Prevention and Intervention a déclaré que « [l]es nouvelles recherches qui établissent un lien entre les cyberprédateurs et les infractions réelles font état de l'importance que les tribunaux interdisent à un

only when supervised" (*Evidence*, No. 46, 3rd Sess., 40th Parl., February 7, 2011, at p. 6).[10]

[106] The Crown's social science literature also addresses the unique role the Internet plays in facilitating sexual crimes against children. For example:

The number of detected online sex offenders has drastically increased since the early 2000s . . . .

. . .

. . . Indeed, the rates of online sexual crimes, and child pornography offences in particular, have increased substantially with the increasing use of the internet . . . .

. . .

. . . Specifically, the ease of access to online child pornography may contribute to a new group of offenders who succumb to temptations that they would have otherwise controlled.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson and H. VanZuylen, "Online Child Pornography Offenders are Different: A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children" (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, at p. 46)

délinquant [. . .] d'utiliser Internet à moins d'être supervisé » (*Témoignages*, nº 46, 3e sess., 40e lég., 7 février 2011, p. 6)[10].

[106] La documentation de sciences sociales produite par l'intimée fait également état du rôle unique d'Internet dans la facilitation de la commission d'infractions sexuelles contre des enfants. Par exemple :

[TRADUCTION] La détection de délinquants sexuels en ligne a radicalement augmenté depuis le début des années 2000 . . .

. . .

. . . En fait, le taux de criminalité sexuelle en ligne, la pornographie juvénile en particulier, a substantiellement augmenté du fait du recours accru à Internet . . .

. . .

. . . Plus particulièrement, la facilité d'accès à la pornographie juvénile en ligne peut contribuer à l'émergence d'un nouveau type de contrevenant qui succombe à une tentation à laquelle il aurait résisté autrement.

(K. M. Babchishin, R. K. Hanson et H. VanZuylen, « Online Child Pornography Offenders are Different : A Meta-analysis of the Characteristics of Online and Offline Sex Offenders Against Children » (2015), 44 *Arch. Sex. Behav.* 45, p. 46)

[10] Another individual, who had been involved with police training, testified as follows:

> In 2010, I completed a pan-Canadian research project that examined the exponential increase of crimes of exploitation committed on or facilitated by the Internet against children in Canada and globally. Accessing images of child abuse — somewhat understated by the use of the term "child pornography" — child luring, trafficking, and travelling for the purpose of sexual offending are crimes increasingly facilitated by modern, ubiquitous technologies, especially the Internet, around the globe. . . .
>
> . . .
>
> . . . To prevent the ever-increasing numbers of crime, offenders must be disconnected from social networking sites through which they lurk and stalk.

(*Evidence*, No. 44, 3rd Sess., 40th Parl., January 31, 2011, at pp. 5-6)

[10] Une autre personne qui avait participé à la formation de policiers a offert le témoignage suivant :

> En 2010, j'ai mené un projet de recherche pancanadien qui consistait à examiner la hausse exponentielle des crimes d'exploitation commis sur Internet, ou grâce à Internet, contre des enfants au Canada et ailleurs. Accéder à des images d'enfants exploités sexuellement — sous-évaluées en quelque sorte par l'utilisation du terme « pornographie juvénile » — leurrer des enfants, faire la traite des enfants et voyager dans le but de les agresser sexuellement sont des crimes de plus en plus faciles à commettre en raison des technologies modernes et omniprésentes partout sur la planète, surtout Internet. . .
>
> . . .
>
> . . . Pour empêcher l'augmentation constante du nombre de crimes, on doit débrancher les agresseurs qui rôdent sur Internet et qui suivent des enfants.

(*Témoignages*, nº 44, 3e sess., 40e lég., 31 janvier 2011, p. 5-6)

2016 SCC 31 (CanLII)

[107] New and qualitatively different opportunities to harm young people exist. The Internet is a portal to accessing and distributing child pornography, a crime that itself victimizes children. As this Court observed in *Sharpe*:

> . . . possession of child pornography contributes to the market for child pornography, a market which in turn drives production involving the exploitation of children. Possession of child pornography may facilitate the seduction and grooming of victims and may break down inhibitions or incite potential offences. [para. 28]

Further, the Internet can be used to contact other adults for the purposes of planning and facilitating criminal behaviour — pursuits not captured by the previous version of s. 161.[11]

[108] What emerges from the Crown's materials is that the proliferation of new technologies has altered the nature and degree of risk facing children, which, in turn, created a legislative gap in s. 161. The previous iteration of s. 161 — which allowed sentencing judges to prohibit offenders only from using computer systems to contact children directly — was incapable of precluding sexual offenders from participating in other kinds of harmful behaviour. And, as the record and common sense suggest, monitoring an offender's use of the Internet can limit an offender's opportunities to offend and prevent this harmful behaviour.

[109] This unique social and technological context leads me to the conclusion that the benefits occasioned by retrospectively imposing the Internet

[107] De nouvelles avenues intrinsèquement différentes s'offrent pour s'en prendre aux jeunes. Internet est un portail qui permet d'accéder à la pornographie juvénile et d'en faire la distribution, un crime dont sont en soi victimes les enfants. Comme le fait observer la Cour dans l'arrêt *Sharpe* :

> . . . la possession de pornographie juvénile contribue au marché de cette forme de pornographie, lequel marché stimule à son tour la production qui implique l'exploitation d'enfants. La possession de pornographie juvénile peut faciliter la séduction et l'initiation des victimes, vaincre leurs inhibitions et inciter à la perpétration éventuelle d'infractions. [par. 28]

En outre, Internet peut permettre à un adulte de communiquer avec un autre pour planifier et faciliter un comportement criminel, ce que n'envisageait pas la version antérieure de l'art. 161[11].

[108] Il appert donc des documents déposés par le ministère public que la prolifération des technologies nouvelles a modifié la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants, d'où la lacune législative de l'art. 161. La précédente mouture de cet article qui permettait au juge appelé à déterminer la peine d'interdire seulement au contrevenant d'utiliser un système informatique pour communiquer directement avec un enfant n'était pas de nature à empêcher un délinquant sexuel de se livrer à d'autres activités préjudiciables. Et, comme le donnent à penser le dossier et le sens commun, surveiller l'utilisation d'Internet par un contrevenant peut restreindre les possibilités qui s'offrent à ce dernier de commettre une infraction et peut prévenir un tel comportement préjudiciable.

[109] Ce contexte sociotechnologique unique m'amène à conclure que les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'interdiction d'utiliser

[11] In one disturbing case summarized by an expert witness who testified before the parliamentary committee studying the Bill, two adults were chatting with each other in an online forum to set up an 'exchange' of children (*Evidence*, No. 46, at p. 5, testimony of Lianna McDonald).

[11] Dans une affaire troublante résumée par un témoin expert devant le comité parlementaire étudiant le projet de loi, deux adultes clavardaient l'un avec l'autre dans un forum en ligne pour organiser un « échange » d'enfants (*Témoignages*, nº 46, p. 5, Lianna McDonald).

2016 SCC 31 (CanLII)

prohibition contained in s. 161(1)(d) are greater and more certain than those stemming from s. 161(1)(c).

[110] The fact that Parliament enacted s. 161(1)(d) as a means of closing a legislative gap created by rapid social and technological change does not just enhance the salutary effects of the law: it mitigates the provision's deleterious effects, too. From the perspective of public confidence in the criminal justice system, the retrospective operation of a law that was enacted to respond to a swiftly changing social context and emerging threats seems less unfair and less inconsistent with the rule of law than the retrospective operation of a law that was not enacted for a compelling temporal reason. As Professor C. Sampford writes in his book, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), "Retrospective laws which close 'loopholes' and 'unexpected interpretations and consequences' reinforce the guidance of primary laws" and can therefore advance the fairness of the legal system as a whole (p. 81).

[111] Thus, while fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, these broader societal harms are mitigated by Parliament's compelling temporal justification for giving s. 161(1)(d) retrospective effect.

[112] I now must balance the deleterious and salutary effects of the law. As discussed, s. 161(1)(d) constitutes a significant impact on an offender's liberty and security. The impugned measure also has negative ramifications for society as a whole. Fairness and the rule of law are compromised by laws that retrospectively undermine a citizen's liberty and security, although these broader societal harms are less acute given the context in which the government legislated. In addition, the adverse impact the provision has on offenders will be experienced

Internet prévue à l'al. 161(1)d) sont plus grands et plus certains que ceux de l'application rétrospective de la nouvelle interdiction prévue à l'al. 161(1)c).

[110] Le fait que le législateur a édicté l'al. 161(1)d) afin de combler la lacune législative résultant de l'évolution rapide de la société et de la technologie ne fait pas qu'accroître les effets bénéfiques de la règle de droit, mais atténue également ses effets préjudiciables. En ce qui concerne la confiance du public dans le système de justice criminelle, l'application rétrospective d'une règle de droit visant à adapter la loi à un contexte social qui évolue rapidement et à des menaces nouvelles paraît moins contraire à l'équité des procédures criminelles et à la primauté du droit que l'application rétrospective d'une règle de droit qui n'a pas été édictée pour une raison d'ordre temporel convaincante. Comme l'écrit le Professeur C. Sampford dans son ouvrage intitulé *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), [TRADUCTION] « la disposition d'application rétrospective qui comble une "lacune" et remédie à "une interprétation ou une conséquence inattendues" renforce le message de la loi principale » et peut donc favoriser l'équité du système juridique dans son ensemble (p. 81).

[111] Par conséquent, bien que l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit soient compromises par une disposition qui porte rétrospectivement atteinte au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, ce préjudice général causé à la société est atténué par l'existence de la justification d'ordre temporel convaincante invoquée par le législateur pour donner un effet rétrospectif à l'al. 161(1)d).

[112] Je dois maintenant soupeser les effets préjudiciables de la règle de droit et ses effets bénéfiques. Je le répète, l'al. 161(1)d) a une grande incidence sur le droit à la liberté et à la sécurité du contrevenant. La mesure considérée a aussi des répercussions défavorables sur l'ensemble de la société. L'équité des procédures criminelles et la primauté du droit sont compromises par une disposition qui porte atteinte rétrospectivement au droit à la liberté et à la sécurité d'un citoyen, même si ce préjudice social général est moins grave en raison

2016 SCC 31 (CanLII)

only when there is good reason: in circumstances where a judge finds that doing so will mitigate the risk an offender poses to children.

[113] As for the salutary effects, the record demonstrates that the Internet is increasingly being used to sexually offend against young people and that sex offenders who target children are more likely to reoffend. This is not simply about changing technology or general risks associated with recidivism, broad factors that can relate to many offences. Rather, the *nature and degree* of the risks facing some of the most vulnerable members of our society have changed drastically since 2002, the last time s. 161(1) was substantially amended. Technology and the proliferation of social media cyber communities have increased the degree of risk facing young persons. This has created new triggers, and new avenues for offenders to pursue in committing further offences. The previous prohibition was insufficient to address these evolving risks. But the enhanced prohibition in s. 161(1)(d) can restrict the viability of these routes. While it remains difficult to quantify the precise benefits the retrospective operation of s. 161(1)(d) may create, it seems to me that the salutary effects associated with s. 161(1)(d) are quite tangible and compelling.

[114] On balance, in my view, Parliament was justified in giving s. 161(1)(d) retrospective effect in the unique context within which it was legislating. A variety of factors support this conclusion. The harms at stake (sexual offending against young people) are particularly powerful. The statutory regime is highly tailored and discretionary. An Internet prohibition, while invasive, is not among the most onerous punishments, such as increased incarceration. And, significantly, the rapidly evolving technological and social context surrounding the enactment of s. 161(1)(d) has created new and emerging risks that make the law's salutary effects more concrete

du contexte dans lequel le gouvernement légifère. De plus, l'effet préjudiciable de la disposition sur le contrevenant ne se manifeste que lorsque son application est fondée, soit dans le cas où le juge conclut que, s'il applique la disposition, le risque auquel le contrevenant expose les enfants sera atténué.

[113] En ce qui concerne les effets bénéfiques, le dossier indique qu'Internet est de plus en plus utilisé pour commettre des infractions sexuelles contre des jeunes et que les délinquants sexuels qui s'en prennent à des enfants sont plus susceptibles de récidiver que les autres délinquants sexuels. L'évolution de la technologie ou les risques généraux liés à la récidive — des facteurs au large spectre susceptibles d'être associés à de nombreuses infractions — ne sont pas seuls en cause. En fait, *la nature et le degré* du risque auquel s'exposent certains des membres les plus vulnérables de notre société ont radicalement changé depuis 2002, l'année de la modification précédente du par. 161(1). La technologie et la prolifération des cybercollectivités de médias sociaux ont accru le degré du risque auquel sont exposés les jeunes personnes, de sorte que de nouvelles incitations et de nouvelles avenues amènent le contrevenant à persister dans son comportement criminel. L'interdiction antérieure n'était plus adaptée à l'évolution du risque, alors que la nouvelle — correspondant à l'al. 161(1)d) et dont la portée est accrue — peut réduire la viabilité de ces avenues. Bien qu'il demeure difficile de quantifier les effets bénéfiques précis de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), ses effets bénéfiques me paraissent tout à fait tangibles et convaincants.

[114] Tout bien considéré, j'estime que le législateur était justifié, vu le contexte unique dans lequel il intervenait, de conférer à l'al. 161(1)d) un effet rétrospectif. Diverses considérations appuient ma conclusion. Les préjudices en jeu (les infractions sexuelles commises à l'endroit de jeunes personnes) sont particulièrement convaincants. Le régime législatif a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire. L'interdiction d'utiliser Internet, même si elle est attentatoire, ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue. Et surtout, l'évolution rapide de la technologie et le contexte

2016 SCC 31 (CanLII)

— while mitigating the adverse impact the law has on fairness and the rule of law. Although any one of these factors may have been insufficient in isolation, taken together, they create a compelling case. The benefits of the law outweigh its deleterious effects.

VI. Disposition

[115] I find that the retrospective operation of s. 161(1)(c) of the *Criminal Code* limits the right protected by s. 11(*i*) of the *Charter* and that this limit is *not* justified under s. 1. Accordingly, I would allow the appeal with respect to s. 161(1)(c). As a result, the provision does not apply retrospectively to offenders who committed their offences prior to the coming into force of the 2012 amendments.

[116] I also find that the retrospective operation of s. 161(1)(d) of the *Criminal Code* limits the s. 11(*i*) right. However, I conclude that this *is* a reasonable constitutional compromise under s. 1. I would therefore dismiss the appeal with respect to s. 161(1)(d).

The following are the reasons delivered by

[117] Abella J. (dissenting in part) — I agree with Justice Karakatsanis that both ss. 161(1)(c) and 161(1)(d) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, violate s. 11(*i*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 161(1)(c) cannot be justified under s. 1. With great respect, however, I do not share the view that s. 161(1)(d) is justified.

[118] From 2008 to 2011, when K.R.J. committed the offences for which he was eventually convicted, s. 161(1) of the *Criminal Code* stated:

social de l'adoption de l'al. 161(1)d) ont fait naître des risques nouveaux qui rendent plus tangibles les effets bénéfiques de la règle de droit tout en atténuant son incidence préjudiciable sur l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit. Aucune de ces considérations prise isolément n'est suffisante mais, ensemble, elles justifient la mesure contestée. Les effets bénéfiques de la règle de droit l'emportent sur ses effets préjudiciables.

VI. Dispositif

[115] Je conclus que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11*i*) de la *Charte* et que cette restriction *ne* se justifie *pas* par application de l'article premier. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)c). La disposition ne s'applique donc pas rétrospectivement au contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions en 2012.

[116] Je conclus également que l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) du *Code criminel* restreint le droit protégé par l'al. 11*i*). Toutefois, cette restriction *constitue* une atteinte constitutionnelle raisonnable au regard de l'article premier. Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi en ce qui a trait à l'al. 161(1)d).

Version française des motifs rendus par

[117] La juge Abella (dissidente en partie) — Je conviens avec la juge Karakatsanis que les al. 161(1)c) et d) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, contreviennent tous deux à l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et que l'al. 161(1)c) ne peut être justifié au regard de l'article premier. Soit dit en tout respect, je ne partage toutefois pas son point de vue selon lequel l'al. 161(1)d) est justifié.

[118] De 2008 à 2011, période pendant laquelle K.R.J. a commis les infractions dont il a par la suite été reconnu coupable, le par. 161(1) du *Code criminel* était libellé comme suit :

2016 SCC 31 (CanLII)

161. (1) When an offender is convicted . . . of an offence referred to in subsection (1.1) in respect of a person who is under the age of 16 years, the court that sentences the offender . . . in addition to any other punishment that may be imposed for that offence . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

(*a*) attending a public park or public swimming area where persons under the age of 16 years are present or can reasonably be expected to be present, or a day-care centre, schoolground, playground or community centre;

(*b*) seeking, obtaining or continuing any employment, whether or not the employment is remunerated, or becoming or being a volunteer in a capacity, that involves being in a position of trust or authority towards persons under the age of 16 years; or

(*c*) using a computer system within the meaning of subsection 342.1(2) for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years.

[119] Under this scheme, K.R.J. could be subjected to geographic, work-related, and "virtual" restrictions. He could be prohibited from attending a wide variety of venues such as pools and schools, and from using a computer for the purpose of communicating with anyone *under 16 years of age*. He would still, however, have been entitled to engage in online activities with adults.

[120] By the time K.R.J. was sentenced, Parliament amended the provision. While s. 161(1)(a) and (b) were left unchanged, s. 161(1)(c) was amended and s. 161(1)(d) was added, giving sentencing judges authority to prohibit offenders from:

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

161. (1) Dans le cas où un contrevenant est déclaré coupable [. . .] d'une infraction mentionnée au paragraphe (1.1) à l'égard d'une personne âgée de moins de seize ans, le tribunal qui lui inflige une peine [. . .], en plus de toute autre peine [. . .] applicabl[e] en l'espèce, sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant :

a) de se trouver dans un parc public ou une zone publique où l'on peut se baigner s'il y a des personnes âgées de moins de seize ans ou s'il est raisonnable de s'attendre à ce qu'il y en ait, une garderie, un terrain d'école, un terrain de jeu ou un centre communautaire;

b) de chercher, d'accepter ou de garder un emploi — rémunéré ou non — ou un travail bénévole qui le placerait en relation de confiance ou d'autorité vis-à-vis de personnes âgées de moins de seize ans;

c) d'utiliser un ordinateur au sens du paragraphe 342.1(2) dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans.

[119] Suivant ce régime, K.R.J. pouvait être soumis à des restrictions d'ordre géographique, professionnel et « virtuel ». Il pouvait lui être interdit de se trouver dans une multitude de lieux, telle une piscine ou une école, et d'utiliser un ordinateur dans le but de communiquer avec une personne *âgée de moins de 16 ans*, auquel cas il lui demeurait toutefois possible de participer à des activités en ligne avec des adultes.

[120] Avant la détermination de la peine de K.R.J., le législateur a modifié la disposition en cause. Les alinéas 161(1)a) et b) sont demeurés inchangés, mais l'al. 161(1)c) a été modifié et l'al. 161(1)d) s'est ajouté, de sorte que le juge appelé à déterminer la peine pouvait désormais interdire au contrevenant :

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;

d) d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

2016 SCC 31 (CanLII)

[121] The amendments expanded the restrictions K.R.J. could be placed under. Rather than being banned from certain venues, s. 161(1)(c) could be used to prohibit him from attending *any* place where children are present. And rather than being prohibited from using the internet *for the purpose of communicating with children*, s. 161(1)(d) could be used to prohibit him from using the internet for *any* purpose.

[122] I agree with the majority that these potential restrictions would significantly affect K.R.J.'s liberty and security interests, and would, as a result, constitute punishment under s. 11(*i*) of the *Charter*, which states:

> **11.** Any person charged with an offence has the right
>
> . . .
>
> (*i*) if found guilty of the offence and if the punishment for the offence has been varied between the time of commission and the time of sentencing, to the benefit of the lesser punishment.

[123] The wording in this provision is unequivocal. As noted by Prof. Don Stuart, the intention behind this text is "crystal clear": *Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6th ed. 2014), at p. 523.

[124] In my view, the absolutist language used by the drafters of the *Charter* in s. 11 must colour the s. 1 analysis by demanding the most stringent of justifications. That was the approach taken by this Court in *Canada (Attorney General) v. Whaling*, [2014] 1 S.C.R. 392. The issue was the retrospective repeal of the accelerated parole review under s. 11(*h*) of the *Charter*, which protects individuals from being punished twice for the same offence. Because the Crown had failed to adduce "compelling evidence" demonstrating that its objectives would be "significantly undermined" unless the repeal was applied on a retrospective as well as prospective basis, this Court concluded that the infringement was not justified under s. 1.

[121] Les modifications ont élargi les restrictions auxquelles pouvait être assujetti K.R.J. L'alinéa 161(1)c) permettait de lui interdire de se trouver, non plus dans certains lieux, mais à *tout* endroit où il y a des enfants et l'al. 161(1)d), d'utiliser Internet, non pas *dans le but de communiquer avec des enfants*, mais à *quelque fin que ce soit*.

[122] Je conviens avec les juges majoritaires que ces interdictions potentielles restreindraient sensiblement le droit de K.R.J. à la liberté et à la sécurité et constituent donc une peine au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte*, dont voici le libellé :

> **11.** Tout inculpé a le droit :
>
> . . .
>
> *i*) de bénéficier de la peine la moins sévère, lorsque la peine qui sanctionne l'infraction dont il est déclaré coupable est modifiée entre le moment de la perpétration de l'infraction et celui de la sentence.

[123] Le libellé de la disposition est sans équivoque. Comme le fait observer le professeur Don Stuart, l'intention sous-jacente est [TRADUCTION] « claire comme du cristal » (*Charter Justice in Canadian Criminal Law* (6e éd. 2014), p. 523).

[124] À mon avis, la formulation absolue employée à l'art. 11 par les rédacteurs de la *Charte* doit influer sur l'analyse que commande l'article premier par l'exigence de la justification la plus stricte. Telle est l'approche de la Cour dans *Canada (Procureur général) c. Whaling*, [2014] 1 R.C.S. 392. Dans cette affaire, la suppression rétrospective d'une procédure d'examen expéditif (en matière de libération conditionnelle) était contestée sur le fondement de l'al. 11*h*) de la *Charte*, lequel garantit qu'une personne ne sera pas punie deux fois pour la même infraction. Le ministère public ne l'ayant pas « convaincu[e] » que ses objectifs seraient « considérablement compromis » si la suppression n'était pas appliquée de manières rétrospective et prospective, la Cour conclut que l'atteinte n'est pas justifiée au regard de l'article premier.

2016 SCC 31 (CanLII)

[125] The repeal of the accelerated parole review was subsequently also found to be unconstitutional by the British Columbia Court of Appeal, but from the perspective of s. 11(*i*), the provision at issue in this appeal. In *Liang v. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, the British Columbia Court of Appeal concluded that the Crown's concern that it could take years to phase out the program if it could not be applied retrospectively, did not justify overriding the right:

> . . . the *Charter* specifically requires that if punishment has changed between offence commission and sentencing, the offender is entitled to the lesser punishment. . . . *[T]he fact the offender will receive a lesser punishment, and perhaps one that does not meet the objectives of the present sentencing regime, is exactly what s. 11(i) contemplates. . . .*
>
> . . .
>
> *. . . to meet the burden under s. 1 in this case, something more must be asserted than that the objective of the increased punishment is important, and therefore those who are constitutionally entitled to the lesser punishment must forego their rights.* [Emphasis added; paras. 59 and 61.]

[126] Both *Whaling* and *Liang* are clear that s. 11 imposes a singularly onerous evidentiary burden on the Crown to justify a violation under s. 1. To apply a lesser burden transforms s. 11(*i*) from being practically an air-tight right into a porous one. In this case, that means that the Crown has the highest possible evidentiary burden, namely, to demonstrate through "compelling evidence" that the previous provisions so "significantly undermined" the government's objectives, that the retrospective application of greater punishment was justified.

[127] As the majority notes, the Crown's evidentiary record consisted largely of statistics about s. 161(1) orders in British Columbia, and studies on recidivism rates pertaining to sexual offenders in

[125] La suppression de la procédure d'examen expéditif a par la suite été jugée inconstitutionnelle par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, mais en fonction de l'al. 11*i*), soit la disposition en cause dans le présent pourvoi. Dans *Liang c. Canada (Attorney General)* (2014), 311 C.C.C. (3d) 159, cette même cour conclut que la crainte du ministère public qu'il puisse falloir des années pour mettre fin progressivement au programme si sa suppression ne pouvait s'appliquer rétrospectivement ne justifiait pas que l'on bafoue le droit en question :

> [TRADUCTION] . . . la *Charte* exige expressément, lorsque la peine est modifiée entre la perpétration de l'infraction et la sentence, que le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère. [. . .] *[Q]ue le contrevenant bénéficie de la peine la moins sévère et, peut-être, d'une peine non conforme aux objectifs du régime actuel de détermination de la peine, telle est précisément la raison d'être de l'al. 11i). . .*
>
> . . .
>
> *. . . satisfaire au fardeau de preuve qu'impose en l'espèce l'article premier exige davantage que l'affirmation selon laquelle l'objectif de l'accroissement de la peine est important, de sorte que les personnes auxquelles la Constitution garantit le droit à la peine la moins sévère doivent y renoncer.* [Je souligne; par. 59 et 61.]

[126] Les arrêts *Whaling* et *Liang* indiquent tous deux clairement que l'art. 11 impose au ministère public un fardeau de preuve particulièrement strict pour justifier l'atteinte au regard de l'article premier. S'il en allait autrement, la protection du droit garanti à l'al. 11*i*) ne serait plus pour ainsi dire étanche, mais deviendrait poreuse. Dès lors, en l'espèce, le ministère public a le fardeau de preuve le plus strict qui soit, de sorte qu'il doit « convainc[re] » le tribunal que l'application des dispositions antérieures aurait si « considérablement compromis » les objectifs de l'État que l'application rétrospective d'une peine plus sévère était justifiée.

[127] Comme le signalent les juges majoritaires, le dossier de preuve du ministère public est constitué en grande partie de statistiques sur les ordonnances rendues en Colombie-Britannique en application du

2016 SCC 31 (CanLII)

general, including two that suggested a link between recidivism and online activities. The Crown also argued that the language shift from "computer system" to "Internet and digital network" in s. 161(1)(d) was designed to reflect advancements in technology. I agree with the majority that this evidence is insufficient to justify s. 161(1)(c) because "the Crown has failed to lead much, if any, evidence to establish the *degree* of *enhanced* protection . . . in comparison to the previous version of the prohibition" such that "the precise benefits of the *retrospective* operation of s. 161(1)(c) remain unclear": paras. 89-90 (emphasis in original).

[128] But unlike my colleagues, I find that this same reasoning is fatal to s. 161(1)(d). Far from offering compelling evidence, the Crown offered no evidence in the context of s. 161(1)(d) to show that the former provisions so significantly undermined its objectives, that the retroactive application of greater restrictions was justified. If all that is needed to justify a breach of s. 11(*i*) is the suggestion of a possible reduction in recidivism rates, whether based on changes in technology or otherwise, the state could, in theory, justify the retrospective application of more stringent punishments so routinely that s. 11(*i*) is written out of the *Charter*.

[129] In fact, there was no evidence about how the retrospective application of s. 161(1)(d) was expected to, or would, reduce recidivism rates any more than those under the former s. 161(1)(c) "computer" restrictions. I see no reason to bridge the significant empirical gaps in the evidence with inferences, particularly in the context of s. 11.

[130] I would therefore allow the appeal in connection with both ss. 161(1)(c) *and* 161(1)(d).

par. 161(1) et d'études sur les taux de récidive chez les délinquants sexuels en général, dont deux indiquent un lien entre la récidive et l'activité en ligne. Le ministère public fait également valoir que le renvoi, à l'al. 161d), non plus à un « ordinateur » mais à « Internet [et au] réseau numérique » vise à emboîter le pas aux progrès technologiques. Je conviens avec les juges majoritaires que cette preuve est insuffisante pour justifier l'al. 161(1)c), car « le ministère public n'a présenté que peu d'éléments ou n'en a pas présenté du tout pour établir le *degré* de protection *accrue* offert [. . .] comparativement au libellé antérieur de l'interdiction », de telle sorte que « les effets bénéfiques précis de l'application *rétrospective* de l'al. 161(1)c) demeurent indéterminés » (par. 89-90 (en italique dans l'original)).

[128] Mais, contrairement à mes collègues, j'estime que le même raisonnement porte un coup fatal à l'al. 161(1)d). Loin d'offrir une preuve de nature à convaincre, l'État n'a produit à l'appui de l'al. 161(1)d) aucun élément selon lequel les dispositions antérieures compromettaient si considérablement ses objectifs que l'application rétrospective d'interdictions de plus grande portée était justifiée. Si, pour justifier la restriction du droit garanti à l'al. 11*i*), il suffit d'invoquer la réduction possible des taux de récidive, de pair avec l'évolution technologique ou toute autre considération, l'État pourrait en théorie justifier dans tous les cas l'application rétrospective de peines accrues, au point de réduire à néant l'al. 11*i*) de la *Charte*.

[129] En fait, nul élément de la preuve n'indique comment l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) devait réduire ou aurait réduit les taux de récidive davantage que ne le permettait l'interdiction d'utiliser un « ordinateur » que prévoyait l'ancien al. 161(1)c). Je ne vois aucune raison de combler par des inférences les lacunes empiriques importantes de la preuve, en particulier pour l'application l'art. 11.

[130] Je serais donc d'avis d'accueillir le pourvoi en ce qui concerne les al. 161(1)c) *et* d).

2016 SCC 31 (CanLII)

The following are the reasons delivered by

BROWN J. (dissenting in part) —

I. Introduction

[131] As my colleague Karakatsanis J. aptly notes for the majority, sexual offences against children have "persisted for centuries" (para. 83). Their legacy is toxic. They are notorious for their devastating impact, often ruining the lives of their victims, and of those whose lives intersect with those victims as they move into adulthood. Trauma from childhood sexual abuse may reverberate for generations, creating pernicious cycles of abuse.

[132] My colleague recounts how, in response to this persistent grave misconduct and its consequent social harms, Parliament amended s. 161(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1985, c. C-46, in 2012, augmenting the conditions which a sentencing judge may, in his or her discretion, impose upon an offender convicted of designated sexual offences, where the sentencing judge considers such conditions appropriate to prevent the offender from committing sexual offences against children in the future. Specifically, the sentencing judge's discretion was expanded from prohibiting offenders from "using a computer system . . . for the purpose of communicating with a person under the age of 16 years" to the following:

161 (1) . . .

. . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate; or

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BROWN (dissident en partie) —

I. Introduction

[131] Comme le fait remarquer à juste titre ma collègue la juge Karakatsanis au nom des juges majoritaires, les enfants sont victimes d'infractions sexuelles « depuis des siècles » (par. 83). Il s'agit d'un héritage toxique. Nul ne conteste les effets dévastateurs de ces actes qui ruinent souvent la vie des victimes et celle des personnes qui côtoient les victimes une fois qu'elles sont devenues adultes. Le traumatisme de la violence sexuelle subie pendant l'enfance peut se répercuter sur plusieurs générations et enclencher des cycles de violence pernicieux.

[132] Ma collègue fait état de la manière dont le législateur, pour contrer ces actes graves et persistants et les problèmes sociaux qui en découlent, a modifié en 2012 le par. 161(1) du *Code criminel*, L.R.C. 1985, c. C-46, en accroissant la portée des interdictions que le juge qui détermine la peine peut, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, prononcer à l'endroit de la personne déclarée coupable d'une infraction sexuelle énumérée lorsqu'il estime que l'une ou l'autre de ces interdictions s'impose pour empêcher le contrevenant de récidiver et de s'en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Plus particulièrement, le pouvoir discrétionnaire qui permettait au juge d'interdire au contrevenant « d'utiliser un ordinateur [. . .] dans le but de communiquer avec une personne âgée de moins de seize ans » s'est accru de manière à lui permettre d'interdire ce qui suit au contrevenant :

161 (1) . . .

. . .

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence;

2016 SCC 31 (CanLII)

(d) using the Internet or other digital network, unless the offender does so in accordance with conditions set by the court.

Significantly, these amendments apply to all offenders being sentenced for a designated offence, irrespective of when the offender committed that offence.

[133] I agree with Karakatsanis J. that these conditions constitute "punishment" within the meaning of s. 11(*i*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and I endorse the test by which she makes that determination. I also agree that their retrospective application infringes s. 11(*i*). My point of departure is at the s. 1 stage of the analysis. Whereas my colleague concludes that the Crown has met its burden of justifying its infringement of s. 11(*i*) only in respect of the conditions relating to Internet use contained in s. 161(1)(d), in my view the Crown has also done so in respect of the conditions imposable under s. 161(1)(c) relating to contact with children. I would therefore uphold both conditions, dismiss the appeal, and affirm the s. 161 order made by the Court of Appeal.

II. Section 1

[134] It is worth bearing in mind that s. 11(*i*) of the *Charter* deals with the retrospective application of laws which are punitive in nature. At issue under s. 11(*i*), then, is not the punishment itself, but rather the means by which it is imposed. In my view, this means-based quality of the s. 11(*i*) protection affects the analysis to be applied under s. 1, since the *Oakes* analysis considers the proportionality between a legislative objective and the *Charter*-infringing *effects* resulting from its pursuit, not the choice of means that, by itself, constitutes a *Charter* infringement. The s. 1 analysis should be sensitive to this, in keeping with Dickson C.J.'s direction in *Oakes*: ". . . the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances" (*R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at p. 139). The *Oakes*

d) d'utiliser Internet ou tout autre réseau numérique, à moins de le faire en conformité avec les conditions imposées par le tribunal.

Il importe de signaler que ces nouvelles dispositions s'appliquent à toute personne qui se voit infliger une peine pour avoir commis, peu importe le moment, une infraction énumérée.

[133] Je conviens avec la juge Karakatsanis que chacune de ces interdictions constitue une « peine » au sens de l'al. 11*i*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et je fais mien le critère qu'elle applique pour arriver à cette conclusion. Je conviens également que l'application rétrospective des dispositions qui les prévoient contrevient à l'al. 11*i*). C'est à l'étape de l'analyse au regard de l'article premier que je diffère d'opinion. Alors que ma collègue conclut que le ministère public s'est acquitté de son obligation de justifier l'atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*) seulement en ce qui concerne l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d), j'estime qu'il s'en est également acquitté quant à l'interdiction prévue à l'al. 161(1)c), à savoir celle d'avoir des contacts avec des enfants. En conséquence, je serais d'avis de confirmer la validité des deux interdictions, de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel fondée sur l'art. 161.

II. Article premier

[134] Il faut se rappeler que l'al. 11*i*) de la *Charte* vise l'application rétrospective d'une disposition à caractère punitif. Ce n'est donc pas la peine comme telle qui est en cause pour les besoins de son application, mais plutôt le moyen par lequel elle est infligée. J'estime que cette caractéristique de la protection de l'al. 11*i*) fondée sur le moyen entre en jeu dans l'analyse que commande l'article premier, étant donné que, dans l'arrêt *Oakes*, la Cour se penche sur la proportionnalité de l'objectif législatif et des *effets* attentatoires à la *Charte* qui découlent des mesures prises pour l'atteindre, et non sur le choix du moyen qui équivaut en soi à une atteinte constitutionnelle. L'analyse au regard de l'article premier doit en tenir compte pour se conformer aux directives du juge en chef Dickson dans ce même arrêt : « . . . la nature

2016 SCC 31 (CanLII)

test is not, and should not be treated as, a technical inquiry, as it is "dangerously misleading to conceive of s. 1 as a rigid and technical provision": *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697, at p. 735, per Dickson C.J. As La Forest J. (dissenting, but not on this point) stated in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1995] 3 S.C.R. 199:

In *Oakes*, this Court established a set of principles, or guidelines, intended to serve as a framework for making this determination. However, these guidelines should not be interpreted as a substitute for s. 1 itself. It is implicit in the wording of s. 1 that the courts must, in every application of that provision, strike a delicate balance between individual rights and community needs. Such a balance cannot be achieved in the abstract, with reference solely to a formalistic "test" uniformly applicable in all circumstances. The s. 1 inquiry is an unavoidably normative inquiry, requiring the courts to take into account both the nature of the infringed right and the specific values and principles upon which the state seeks to justify the infringement. [Emphasis added; para. 62.]

[135] In other words, a technical and inflexible application of the *Oakes* test risks reducing what ought to be a rich, contextual inquiry under s. 1 into a form of "mechanical jurisprudence", where "[c]onceptions are fixed", "[t]he premises are no longer to be examined", and "[p]rinciples cease to have importance": R. Pound, "Mechanical Jurisprudence" (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, at p. 612. The moral nuances inherent in the question of justifiable limits on fundamental rights cannot be reduced to "technical questions of weight and balance": G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution: On the Limitation of Rights* (2009), at p. 104. Yet, and despite its statements to the contrary, the majority in this case has in my respectful view done precisely that. Its rigid and acontextual application of *Oakes* and its subsequent jurisprudence causes it to lose sight of the broader context and overall goal sought by Parliament. It reads the purpose of

du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances » (*R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, p. 139). L'application du critère de l'arrêt *Oakes* ne se veut pas formaliste, et elle ne devrait pas être tenue pour telle, puisqu'« on s'induit dangereusement en erreur si l'on voit dans l'article premier une disposition rigide et empreinte de formalisme » (*R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735 (le juge en chef Dickson)). Voici ce que dit le juge La Forest (dissident, mais non sur ce point) dans l'arrêt *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 :

Dans l'arrêt *Oakes*, notre Cour a établi une série de principes ou directives destinés à servir de cadre analytique à cette fin. Toutefois, ces directives ne devraient pas être interprétées comme si elles remplaçaient l'article premier. Le libellé de l'article premier indique implicitement que les tribunaux doivent, chaque fois qu'ils l'appliquent, établir un équilibre délicat entre les droits individuels et les besoins de la collectivité. Un tel équilibre ne peut être établi dans l'abstrait, à partir seulement d'un « critère » formaliste qui s'appliquerait de façon uniforme dans toutes les circonstances. L'examen fondé sur l'article premier est un examen inévitablement normatif qui exige des tribunaux qu'ils tiennent compte de la nature du droit violé ainsi que des valeurs et des principes spécifiques à partir desquels le ministère public tente de justifier la violation. [Je souligne; par. 62.]

[135] En d'autres termes, l'application formaliste et rigide du critère de l'arrêt *Oakes* risque de réduire ce qui devrait constituer un examen contextuel étoffé au regard de l'article premier à une sorte de [TRADUCTION] « processus décisionnel mécanique » où les « notions sont figées », où « l'examen des postulats n'est plus nécessaire » et où « les principes n'ont plus d'importance » (R. Pound, « Mechanical Jurisprudence » (1908), 8 *Colum. L. Rev.* 605, p. 612). On ne saurait ramener les nuances morales inhérentes au caractère justifiable de la restriction d'un droit fondamental à une [TRADUCTION] « entreprise formaliste de pondération et de mise en balance » (G. C. N. Webber, *The Negotiable Constitution : On the Limitation of Rights* (2009), p. 104). Or, soit dit en tout respect, c'est précisément ce que font selon moi les juges majoritaires en l'espèce, même s'ils affirment le contraire. En appliquant l'arrêt *Oakes* et les décisions rendues dans sa foulée avec rigidité

2016 SCC 31 (CanLII)

the legislation in an excessively narrow fashion, which results in an application of the *Oakes* test in a way that is ill-suited to deal with punitive laws which apply retrospectively. It holds Parliament to an exacting standard of proof, thereby denying Parliament the room necessary to perform its legislative policy-development role when addressing a chronic social problem. And it also insists on direct evidence of anticipated benefits which, given that chronic nature of the harm, is likely impossible to obtain.

et sans tenir compte du contexte, ils perdent de vue le tableau général et l'objectif global du législateur. Ils interprètent trop étroitement l'objet de la disposition législative, de sorte qu'ils appliquent le critère de l'arrêt *Oakes* d'une manière qui ne convient pas dans le cas d'une disposition à caractère punitif qui s'applique rétrospectivement. Ils soumettent le législateur à une norme de preuve très stricte et lui refusent ainsi la marge de manœuvre dont il a besoin pour s'acquitter de sa fonction de mise en œuvre de politiques en matière législative lorsqu'il s'agit de s'attaquer à un problème social chronique. Ils exigent en outre une preuve directe des effets bénéfiques escomptés, mais étant donné la nature chronique du problème, il est impossible de produire une telle preuve.

[136] The insight of Dickson C.J. and La Forest J. in our jurisprudence is that the s. 1 analysis must account for the broader picture. The issue is not, as La Forest J. put it, whether a particular "formalistic 'test'" has been satisfied. The "unavoidably normative inquiry" must remain focussed on the broader picture: has the state demonstrated that the impugned law prescribes a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society? To be clear, I do not suggest that *Oakes* is incorrect. Rather, I echo Dickson C.J.'s and La Forest J.'s warnings about its rigid, acontextual application. We should not lose the proportionality forest for the *Oakes* trees.

[136] Les nuances apportées par le juge en chef Dickson et le juge La Forest veulent que l'analyse au regard de l'article premier tienne compte du tableau général. Comme l'indique le juge La Forest, il ne s'agit pas de savoir si le « "critère" formaliste » précis est rempli. L'« examen inévitablement normatif » doit s'attacher au tableau général : l'État a-t-il établi que la règle de droit contestée emporte une restriction raisonnable dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique? Bien évidemment, je ne laisse pas entendre que la Cour a fait erreur dans l'arrêt *Oakes*. Je rappelle plutôt la mise en garde du juge en chef Dickson et du juge La Forest contre l'application rigide et non contextuelle. Il ne faut pas perdre de vue la forêt de la proportionnalité derrière l'arbre d'*Oakes*.

A. *Objective of the Measure*

A. *Objectif de la mesure*

[137] The means-based quality of s. 11(*i*)'s protection should therefore inform the characterization of the objective anchoring the s. 1 proportionality analysis. The majority says that the relevant objective for the purpose of a proportionality analysis is that of the *Charter*-infringing measure — which, in this case, is the retrospective operation of the amendments to s. 161(1). I agree, but only to a point. The relevant objective for this purpose is indeed the objective of the measure. However, as I will explain, the measure to be considered here

[137] La caractéristique de la protection de l'al. 11*i*) fondée sur le moyen devrait donc jouer dans la détermination de l'objectif en fonction duquel il convient d'effectuer l'examen de la proportionnalité dans le cadre de l'analyse au regard de l'article premier. Les juges majoritaires affirment que l'objectif à considérer est celui de la mesure attentatoire, soit, en l'occurrence, l'application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1). J'en conviens, mais seulement jusqu'à un certain point. L'objectif à considérer est

2016 SCC 31 (CanLII)

comprises the amendments as a whole, and not merely their retrospectivity.

[138] Considering retrospectivity in isolation from the broader provision of which it forms a part skews the *Oakes* analysis by making several of its elements largely redundant. If, as the majority says, Parliament's objective was to "better protect children from the risks posed by offenders like the appellant" (para. 65) — i.e., offenders who committed a designated offence before, but were sentenced after, the amendments came into force and who pose a risk to reoffend sexually against children — then the application of such orders to offenders like the appellant is obviously rationally connected to this objective. And, there would be no possible less-impairing means of achieving this objective: simply put, the only way Parliament can apply the protective aspect of s. 161(1) orders to such offenders retrospectively is to apply s. 161(1) orders to such offenders retrospectively. Indeed, under the majority's approach, the minimal impairment inquiry becomes otiose. Of course, were such orders to be applied retrospectively as to offenders *unlike* the appellant (i.e., those who do not pose a risk to reoffend sexually against children), the rational connection and minimal impairment steps would then have some work to do under the *Oakes* analysis. By narrowly construing Parliament's purpose as the majority has, however, considerations of the rational connection and minimal impairment elements of the proportionality analysis are limited to determining whether the *Charter*-infringing measure captures the individuals which it targets, not whether the measure is rationally connected to the objective and minimally impairing of the *Charter* rights of those who legitimately fall within its ambit.

effectivement celui de la mesure, mais comme je l'explique plus loin, la mesure à examiner en l'espèce s'entend des modifications dans leur totalité, et non seulement de l'application rétrospective des dispositions qui en sont issues.

[138] L'examen de la rétrospectivité sans égard à la disposition dans laquelle elle s'inscrit fausse l'analyse préconisée dans l'arrêt *Oakes* en rendant en grande partie superflus plusieurs des éléments de celle-ci. Si, comme le soutiennent les juges majoritaires, le législateur a voulu « mieux protéger les enfants contre le risque que présente un contrevenant [. . .] comme l'appelant » (par. 65), c'est-à-dire un contrevenant qui a commis une infraction énumérée avant l'entrée en vigueur des modifications, mais qui a été condamné après celle-ci, et qui présente le risque de s'en prendre à nouveau sexuellement à des enfants, l'application d'une ordonnance fondée sur l'art. 161 à un contrevenant comme l'appelant a manifestement un lien rationnel avec cet objectif. Qui plus est, aucun autre moyen moins attentatoire ne permettrait d'atteindre cet objectif : en somme, le législateur ne peut faire en sorte que la vocation protectrice d'une telle ordonnance s'applique rétrospectivement à un tel contrevenant autrement qu'en prévoyant l'application rétrospective de l'ordonnance à un tel contrevenant. Suivant l'approche restrictive des juges majoritaires, l'examen du caractère minimal de l'atteinte devient en effet inutile. Évidemment, si une telle ordonnance s'appliquait à un contrevenant *différent* de l'appelant (c.-à-d. qui ne présenterait pas le risque de s'en prendre à nouveau sexuellement à des enfants), les volets du lien rationnel et de l'atteinte minimale joueraient leur rôle jusqu'à un certain point dans l'analyse établie par l'arrêt *Oakes*. L'interprétation étroite de l'intention du législateur à laquelle se livrent les juges majoritaires fait en sorte que l'examen du lien rationnel et de l'atteinte minimale que comporte l'analyse de la proportionnalité se limite à se demander si la mesure attentatoire atteint les personnes qu'elle vise, à l'exclusion de la question de savoir si la mesure a un lien rationnel avec l'objectif et si l'atteinte aux droits que la *Charte* garantit aux personnes auxquelles la mesure s'applique légitimement est minimale.

2016 SCC 31 (CanLII)

[139] A broader examination of Parliament's purpose is therefore necessary in order to anchor a useful proportionality analysis. The measure that gave rise to the *Charter* infringement, and which should anchor the proportionality analysis, comprises the amendments to s. 161 as a whole. And, as to that measure, I agree with the majority's characterization of its objective as being to "enhance the protection s. 161 affords to children against the risk of harm posed by convicted sexual offenders" (para. 65). The retrospective application of these amendments is rationally connected to that protective purpose, since the risk an offender poses to reoffend sexually against children is not affected by whether the offence occurred before or after the measure's enactment. And, given Parliament's objective of enhancing the protections that s. 161 affords to children, there is no less-impairing alternate measure that would allow for s. 161(1)'s protections to be realized in respect of an offender who committed his or her offence before the amendments came into force and who poses a risk to reoffend.

B. *Balancing Salutary and Deleterious Effects*

[140] I agree with the majority that the final stage of the s. 1 analysis allows courts to "transcend the law's purpose and engage in a robust examination of the law's impact on Canada's free and democratic society" (para. 79). But a robust examination of this impact takes us only so far because, after all, the impact of a provision on a free and democratic society is hardly a measurable thing. The question we are trying to answer is whether "the deleterious effects are out of proportion to the public good achieved by the infringing measure": *Alberta v. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37, [2009] 2 S.C.R. 567, at para. 78. Neither criterion is amenable to demonstrative proof. The final proportionality analysis is tied to the practical impacts and benefits of the law, but what is ultimately being weighed is much more abstract and philosophical: the detriment to *Charter*-protected rights against the public benefit sought. We must therefore

[139] Pour se prononcer utilement sur la proportionnalité, il faut donc rechercher plus largement l'intention du législateur. La mesure attentatoire qui doit être soumise à l'examen consiste dans la totalité des modifications apportées à l'art. 161. Je conviens avec les juges majoritaires que l'objectif de cette mesure est « d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161 contre le risque de préjudice que représentent les personnes déclarées coupables d'infractions sexuelles » (par. 65). L'application rétrospective des dispositions issues des modifications a un lien rationnel avec cette vocation protectrice, car le risque que le contrevenant s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants n'a rien à voir avec le fait que l'infraction a été commise avant ou après l'adoption de la mesure. Et vu l'objectif du législateur d'accroître la protection qu'offre aux enfants l'art. 161, aucune autre mesure moins attentatoire ne ferait jouer la protection offerte par l'art. 161 dans le cas du contrevenant qui a commis l'acte criminel avant l'entrée en vigueur des modifications et qui présente un risque de récidive.

B. *Mise en balance des effets bénéfiques et des effets préjudiciables*

[140] Je conviens avec les juges majoritaires que la dernière étape de l'analyse au regard de l'article premier permet au tribunal de « transcender l'objectif de la règle de droit et [de] se livrer à un examen rigoureux de l'incidence de la règle de droit sur la société libre et démocratique canadienne » (par. 79). Cet examen rigoureux est toutefois limité puisque, après tout, on peut difficilement mesurer l'incidence d'une règle de droit sur une société libre et démocratique. La question à laquelle nous tentons de répondre est celle de savoir si « [l]es effets préjudiciables sont disproportionnés [. . .] aux avantages que l'ensemble de la population en tirera » (*Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 CSC 37, [2009] 2 R.C.S. 567, par. 78). Le respect de l'un ou l'autre de ces critères ne peut être concrètement démontré. La dernière étape de l'examen de la proportionnalité se rattache à l'incidence réelle et aux effets bénéfiques de la règle de droit, mais l'objet de

2016 SCC 31 (CanLII)

be careful to avoid insisting upon too strict an evidentiary burden.

[141] With these general comments in mind, I turn to the majority's proportionality analysis. It suffers, in my respectful view, from several flaws. First, it imposes an evidentiary burden on the state that is impossible to satisfy, especially in the murky area of recidivism risks and criminal law policy. Second, it overstates the deleterious effects of s. 161(1)(c) while understating its salutary effects. Further, the majority's reasons for upholding the retrospective application of s. 161(1)(d) are, in principle, equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c). In other words, if the majority's reasoning on s. 161(1)(d) is accepted, then the retrospective application of s. 161(1)(c) must also be a proportionate limit on the appellant's s. 11(*i*) right.

(1) The Evidentiary Burden

[142] The majority stresses — almost to a determinative extent — shortcomings it sees in the Crown's social science evidence, concluding that while it sufficiently demonstrates that the sought-after "degree of enhanced protection" for children will be achieved by the retrospective operation of s. 161(1)(d), "the rendering remains largely incomplete" in respect of s. 161(1)(c) (para. 92).

[143] This reasoning is troubling in several respects. First, it departs significantly from this Court's approach to social science evidence and the evidentiary burden borne by the state under s. 1. Social science evidence used to establish legislative facts should ordinarily be adduced through expert witnesses in order to allow its truth to be tested: *Public School Boards' Assn. of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, 2000 SCC 2, [2000] 1

la mise en balance est somme toute de nature beaucoup plus abstraite et philosophique : l'effet préjudiciable sur le droit garanti par la *Charte* comparé à l'effet bénéfique recherché pour la société. Nous devons donc nous garder d'imposer un fardeau de preuve trop strict.

[141] Au vu de ces remarques générales, je passe à l'examen de la proportionnalité par les juges majoritaires, lequel, à mon humble avis, comporte plusieurs lacunes. Premièrement, les juges majoritaires imposent à l'État un fardeau de preuve dont il ne pourra jamais s'acquitter, en particulier pour ce qui concerne le monde nébuleux des risques de récidive et des politiques en matière de droit criminel. Deuxièmement, ils exagèrent les effets préjudiciables de l'al. 161(1)c) tout en sous-estimant ses effets bénéfiques. En outre, les raisons qu'ils invoquent pour valider l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) valent en principe tout autant pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c). En d'autres mots, si on fait droit à leur raisonnement concernant l'al. 161(1)d), l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) doit équivaloir elle aussi à une restriction proportionnée du droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant.

(1) Le fardeau de preuve

[142] Les juges majoritaires signalent — et ce, de manière presque déterminante dans leurs motifs — les faiblesses de la preuve relevant des sciences sociales produite par le ministère public et concluent que même si cette preuve suffit à démontrer que l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) permet d'atteindre le « degré de protection accrue » à offrir aux enfants, « le tableau demeure largement incomplet » pour ce qui est de l'al. 161(1)c) (par. 92).

[143] Ce raisonnement est déroutant sous plusieurs rapports. Premièrement, il rompt sensiblement avec l'approche de la Cour à l'égard de la preuve relevant des sciences sociales et du fardeau de preuve que l'article premier impose à l'État. La preuve relevant des sciences sociales censée établir un fait législatif doit normalement être présentée par un témoin expert de façon à permettre la contestation de sa véracité (*Public School Boards' Assn. of*

2016 SCC 31 (CanLII)

S.C.R. 44, at paras. 4-5, per Binnie J. This social science evidence, however, was adduced through a "Brandeis brief", and is untested by the ordinary truth-seeking processes of a trial. Considerable care should therefore be taken in examining this evidence and drawing inferences — whether favourable or adverse from the state's standpoint — from it: *M. v. H.*, [1999] 2 S.C.R. 3, at para. 296, per Bastarache J., writing separate but concurring reasons.

[144] Further, given the complex social context in which Parliament often develops policy — of which the prevention of recidivism in cases of sexual offences against children is clearly an instance — it will sometimes be difficult, if not impossible, for the state to provide reliable and direct evidence of the benefit its measures will achieve. Recidivism rates are derived from statistical extrapolation, psychology, and other elements of social science, which will not always translate easily into proof to the standard of demonstrable justification. As this Court has recognized, "social claims are not always amenable to proof by empirical evidence": *Mounted Police Association of Ontario v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1, [2015] 1 S.C.R. 3, at para. 144. As a result, "public policy is often made on the basis of incomplete knowledge": S. Choudhry, "So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1" (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, at p. 524. The proportionality analysis should therefore be sensitive to policy-makers' need for a measure of latitude to consider and try previously untried alternatives, particularly when confronting persistent and complex public policy concerns.

[145] This is not to say that these evidentiary difficulties compel acceptance of the Crown's claims. This Court has held that a rigorous s. 1 analysis may also be accomplished by employing "logic [and] reason" in assessing justifiable limits on *Charter*

Alberta c. Alberta (Procureur général), 2000 CSC 2, [2000] 1 R.C.S. 44, par. 4-5, le juge Binnie). Or, dans la présente affaire, la preuve relevant des sciences sociales a été présentée au moyen d'un « mémoire de Brandeis » et sa véracité n'a pas été contestée dans le cadre du processus habituel de recherche de la vérité qu'est le procès. Une grande prudence est donc de mise lorsqu'il s'agit de considérer une telle preuve et d'en tirer des inférences, qu'elles soient favorables ou non à la thèse de l'État (*M. c. H.*, [1999] 2 R.C.S. 3, par. 296 (le juge Bastarache, motifs concordants)).

[144] Par ailleurs, compte tenu du contexte social complexe dans lequel les politiques du législateur voient souvent le jour — et dont un exemple manifeste est la prévention de la récidive en matière d'infractions sexuelles contre des enfants —, il sera parfois difficile, voire impossible, pour l'État d'avancer une preuve fiable et directe des effets bénéfiques d'une mesure. Les taux de récidive sont établis à partir d'extrapolations statistiques, de données psychologiques et d'autres éléments relevant des sciences sociales qui ne pourront pas toujours se transformer d'emblée en éléments de preuve susceptibles de satisfaire à la norme de la justification démontrable. La Cour reconnaît que « [l]es revendications de nature [. . .] sociale ne se prêtent pas toujours à une preuve empirique » (*Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 1, [2015] 1 R.C.S. 3, par. 144). Il s'ensuit que [TRADUCTION] « les politiques publiques voient souvent le jour à partir de données incomplètes » (S. Choudhry, « So What Is the Real Legacy of *Oakes*? Two Decades of Proportionality Analysis under the Canadian *Charter*'s Section 1 » (2006), 34 *S.C.L.R.* (2d) 501, p. 524). L'examen de la proportionnalité devrait donc tenir compte de la nécessité qu'un décideur jouisse d'une certaine latitude pour envisager une solution inédite et la mettre à l'essai, surtout lorsqu'il s'attaque à un problème d'intérêt public à la fois persistant et complexe.

[145] Pour autant, de telles difficultés au chapitre de la preuve n'obligent pas le tribunal à faire droit aux prétentions du ministère public. La Cour a statué qu'on pouvait aussi se livrer à une analyse rigoureuse au regard de l'article premier en recourant

2016 SCC 31 (CanLII)

rights: *Harper v. Canada (Attorney General)*, 2004 SCC 33, [2004] 1 S.C.R. 827, at para. 78; see also *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, at p. 503-4, per Sopinka J.; *Keegstra*, at p. 776, per Dickson C.J.; *Thomson Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1998] 1 S.C.R. 877, at para. 107, per Bastarache J.; *R. v. Sharpe*, 2001 SCC 2, [2001] 1 S.C.R. 45, at paras. 85-94, per McLachlin C.J.; *R. v. Bryan*, 2007 SCC 12, [2007] 1 S.C.R. 527, at para. 20, per Bastarache J., and paras. 100-103, per Abella J., dissenting. By applying this approach here (instead of demanding empiricism where none can exist), the salutary effects of s. 161(1)(c) become clear, as does the true scope of its deleterious effects.

« à la logique [et] à la raison » pour décider si la restriction d'un droit garanti par la *Charte* est justifiable ou non (*Harper c. Canada (Procureur général)*, 2004 CSC 33, [2004] 1 R.C.S. 827, par. 78; voir également *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, p. 503-504 (le juge Sopinka); *Keegstra*, p. 776 (le juge en chef Dickson); *Thomson Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1998] 1 R.C.S. 877, par. 107 (le juge Bastarache); *R. c. Sharpe*, 2001 CSC 2, [2001] 1 R.C.S. 45, par. 85-94 (la juge en chef McLachlin); *R. c. Bryan*, 2007 CSC 12, [2007] 1 R.C.S. 527, par. 20 (le juge Bastarache) et par. 100-103 (la juge Abella, dissidente)). Si la Cour appliquait cette démarche en l'espèce (au lieu d'exiger une preuve empirique alors qu'il n'en existe aucune), les effets bénéfiques de l'al. 161(1)c) apparaîtraient clairement, et l'étendue véritable de ses effets préjudiciables aussi.

(2) Salutary and Deleterious Effects of Section 161(1)(c)

(2) Les effets bénéfiques de l'al. 161(1)c) et ses effets préjudiciables

[146] The majority says that the retrospective operation of s. 161(1)(c) creates serious deleterious effects at an individual and societal level. At an individual level, it views s. 161(1)(c) as going much further in its potential restrictions of an offender's liberty than did its predecessor, since it "prohibits any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years" (para. 81 (emphasis in original)). It warns that this provision could have the effect of prohibiting offenders from conversing with younger members of his or her family, or that it could prohibit offenders from "freely moving about certain private and public spaces where children are present" (para. 81). At a societal level, the majority says that the retrospective operation of a punitive law "undermines fairness in criminal proceedings and compromises the rule of law" (para. 82) (although this can, of course, be said of any measure which infringes s. 11(*i*)).

[146] Les juges majoritaires estiment que l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) a de sérieux effets préjudiciables sur les plans individuel et social. Sur le plan individuel, ils sont d'avis que l'al. 161(1)c) va beaucoup plus loin que la disposition qu'il remplace dans la restriction éventuelle du droit du contrevenant à la liberté en ce qu'il « interdi[t] d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans » dans un lieu public ou privé (par. 81 (souligné dans l'original)). Ils préviennent que la disposition pourrait interdire au contrevenant de parler avec les jeunes membres de sa famille ou « de se trouver dans un endroit privé ou public où il y a des enfants » (par. 81). Sur le plan social, ils font valoir que l'application rétrospective d'une disposition à caractère punitif « compromet l'équité des procédures criminelles et la primauté du droit » (par. 82) (bien que l'on puisse évidemment dire la même chose de toute mesure qui contrevient à l'al. 11*i*)).

[147] The general restriction on liberty or security of the person which results from retrospectively applied punishment is not, however, relevant to the inquiry under s. 11(*i*) of the *Charter*. What is

[147] La restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle d'une peine appliquée rétrospectivement n'a cependant pas à être considérée dans l'analyse que commande

2016 SCC 31 (CanLII)

relevant when assessing the deleterious impact upon the offender of a retrospectively applied punitive law is *the degree by which it increases punishment* relative to the original law. For example, a retrospective increase in a mandatory minimum term of incarceration from one year to 14 years would have a greater deleterious impact on offenders and on the rule of law than would a retrospective increase in a fine from $100 to $101. But, again, this is because of the relative differences in the degree of increased punishment wrought by such measures, and not because of the general restrictions on liberty or security of the person that they impose. Again, s. 11(*i*) is not concerned with the nature of the punishment, but with its retrospective increase.

[148] Further, the majority's conclusion regarding the deleterious impact upon the offender's liberty interests is, in my view, overstated.

[149] It is useful to return to the text of s. 161(1)(c):

161 (1) . . . the court that sentences the offender . . . shall consider making and may make, subject to the conditions or exemptions that the court directs, an order prohibiting the offender from

. . .

(c) having any contact — including communicating by any means — with a person who is under the age of 16 years, unless the offender does so under the supervision of a person whom the court considers appropriate . . . .

[150] Section 161(1)(c) contains two crucial qualifications which circumscribe its deleterious impact upon an offender's liberty interest. First, the matter is left to the sentencing judge's discretion, both as to whether to impose conditions ("shall consider making and may make"), and as to the tailoring of the conditions themselves ("subject to the conditions or exemptions that the court directs"). Second, a s. 161(1)(c) order — even when imposed without

l'al. 11*i*) de la *Charte*. Ce qui doit être pris en compte pour apprécier l'effet préjudiciable sur le contrevenant d'une disposition à caractère punitif appliquée rétrospectivement c'est *le degré d'accroissement de la peine* par rapport à la disposition antérieure. À titre d'exemple, l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une peine d'emprisonnement minimale obligatoire d'un an à 14 ans aurait un effet préjudiciable plus grand sur le contrevenant et sur la primauté du droit que l'accroissement rétrospectif qui ferait passer une amende de 100 $ à 101 $. Or, je le répète, il en est ainsi en raison des différents degrés d'accroissement de la peine qui correspondent à ces mesures, et non de la restriction générale du droit à la liberté ou à la sécurité de la personne qui découle de celles-ci. Rappelons que l'analyse au regard de l'al. 11*i*) ne s'intéresse pas à la nature de la peine, mais bien à son accroissement rétrospectif.

[148] Par ailleurs, la conclusion des juges majoritaires concernant l'effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant est à mon sens exagérée.

[149] Considérons à nouveau le texte de l'al. 161(1)c) :

161 (1) . . . le tribunal qui [. . .] inflige une peine [au contrevenant] [. . .], sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique, peut interdire au contrevenant

. . .

c) d'avoir des contacts — notamment communiquer par quelque moyen que ce soit — avec une personne âgée de moins de seize ans, à moins de le faire sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence.

[150] L'alinéa 161(1)c) renferme deux éléments cruciaux qui circonscrivent son effet préjudiciable sur le droit à la liberté du contrevenant. D'abord, le juge se voit conférer un pouvoir discrétionnaire lui permettant à la fois de prononcer une interdiction (« peut interdire au contrevenant ») et d'adapter celle-ci (« sous réserve des conditions ou exemptions qu'il indique »). Ensuite, l'interdiction prononcée sur le fondement de l'al. 161(1)c) —

2016 SCC 31 (CanLII)

other conditions or exemptions — still contains the internal qualification that the prohibition of contact with a person under the age of 16 years only applies to such contact which occurs without the "supervision of a person whom the court considers appropriate".

[151] In other words, an offender who seeks to interact with, for example, younger members of his or her family, may do so either by seeking an exemption or under the supervision of a person the court considers appropriate. Similarly — and assuming that, as the majority suggests, freely moving about in a public space where children are present is sufficient to constitute "contact" or to risk "contact" (a suggestion to which I return below) — were an offender to provide a legitimate reason for being in a public space where children are present, that offender may obtain an exemption for that particular place, or may be in that place under the supervision of a person the court considers appropriate. In determining whether such exemptions are appropriate, the sentencing court must of course consider the danger the offender poses to re-offend sexually against children. But the point is that s. 161(1)(c) gives a sentencing judge the tools to ensure that the offender's liberty is not restricted more than is necessary to mitigate that offender's risk.

[152] As to the meaning of "contact", the majority's assessment of the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective application largely rests on an overly expansive interpretation of the meaning of "contact" in s. 161(1)(c). More to the point, the majority's suggestion that merely "moving about" in a public space where children are present constitutes or risks "contact" represents a strained interpretation of the scope of the restriction on contact, and is directly at odds with the well-established principle that the criminal law's prohibitions on conduct should be construed strictly: *R. v. McIntosh*, [1995] 1 S.C.R. 686, at paras. 38-39, per Lamer C.J. To the extent, therefore, that the meaning of "contact" is ambiguous, it "must be interpreted in

assortie ou non de conditions ou d'exemptions — renferme toujours un élément intrinsèque qui fait en sorte que l'interdiction d'avoir des contacts avec une personne âgée de moins de 16 ans ne vaut que pour les contacts qui ont lieu sans la « supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence ».

[151] Autrement dit, le contrevenant qui souhaite interagir avec, par exemple, un jeune membre de sa famille peut le faire moyennant une exemption ou sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence. De même — et à supposer, comme le laissent entendre les juges majoritaires, que le fait de se trouver dans un lieu privé ou public où il y des enfants suffise pour qu'il y ait « contacts » ou risque de « contacts » (ce sur quoi je reviendrai) —, le contrevenant qui avancerait un motif légitime de se trouver dans un lieu public où il y a des enfants pourrait obtenir une exemption pour ce lieu en particulier ou pourrait s'y trouver sous la supervision d'une personne que le tribunal estime convenir en l'occurrence. Pour décider de l'opportunité d'une telle exemption, le juge qui détermine la peine doit bien sûr tenir compte du risque que le contrevenant récidive et s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L'alinéa 161(1)c) lui offre donc des avenues pour faire en sorte que le droit à la liberté du contrevenant ne soit pas restreint plus qu'il ne le faut pour atténuer le risque qu'il représente.

[152] En ce qui a trait au sens du mot « contacts » employé à l'al. 161(1)c), l'appréciation par les juges majoritaires des effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'alinéa repose en grande partie sur une interprétation indûment libérale de ce mot. Plus précisément, leur affirmation selon laquelle le simple fait de « se trouver » dans un lieu public où il y a des enfants équivaut à « avoir des contacts » ou présente un risque d'« avoir des contacts » revient à forcer l'interprétation de la portée de l'interdiction des contacts et va directement à l'encontre du principe bien établi en droit criminel voulant que l'interdiction d'une conduite doive être interprétée restrictivement (*R. c. McIntosh*, [1995] 1 R.C.S. 686, par. 38-39, le juge en chef Lamer).

2016 SCC 31 (CanLII)

the manner most favourable to accused persons": *McIntosh*, at para. 39.

[153] While overstating the deleterious effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation, the majority also understates its salutary effects. The risk that some offenders pose to reoffend sexually against children simply cannot be mitigated by the original version of s. 161(1). The appellant presents an example of this. Having committed several designated offences against his infant daughter, he was found by the sentencing judge to pose a "substantial" risk to reoffend sexually against children. While s. 161(1)(a) would have allowed the sentencing judge to restrict the offender's presence in specified public places such as public parks and public swimming areas in which children are present or could reasonably be expected to be present, the sentencing judge could not tailor a s. 161(1) order to restrict the appellant's ability to interact with children in private. But this is, of course, precisely where the appellant and other similar offenders pose the greatest risk to children. The evidence before Parliament showed that (1) of the children of the age of five years and less who were the victims of sexual offences in 2009, approximately 60% of boys and 70% of girls were victimized by family members; and (2) most victims under the age of 16 were victimized by family members or acquaintances. Far from "speculative" (para. 95), then, the salutary effects of s. 161(1)(c)'s retrospective operation seem manifest. It restricts an offender whose offences predate the amendments to s. 161(1)(c) from having unsupervised access to children, both in private and in public, where the sentencing judge determines that such a condition is necessary to address a risk that the offender will commit further sexual offences against children.

Dès lors, dans la mesure où le mot « contacts» n'a pas un sens clair, il « faut [l']interpréter [. . .] de la façon qui favorisera le plus l'accusé » (*McIntosh*, par. 39).

[153] S'ils exagèrent les effets préjudiciables de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c), les juges majoritaires sous-estiment ses effets bénéfiques. Le risque que certains contrevenants récidivent et s'en prennent à nouveau sexuellement à des enfants ne peut tout simplement pas être réduit en appliquant la version antérieure du par. 161(1). L'appelant en est un bon exemple. Comme il avait perpétré plusieurs infractions énumérées à l'encontre de sa propre fillette, le juge a estimé qu'il existait un risque [TRADUCTION] « important » qu'il récidive et s'en prenne à nouveau sexuellement à des enfants. L'alinéa 161(1)a) aurait certes permis au juge de lui interdire de se rendre dans certains lieux publics, tel un parc ou un lieu de baignade fréquenté par des enfants ou dont on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il soit fréquenté par des enfants, mais il n'aurait pu adapter l'interdiction fondée sur le par. 161(1) de manière à l'empêcher d'interagir avec des enfants dans un lieu privé. Or, c'est précisément là où l'appelant et d'autres délinquants du même acabit présentent le risque le plus grand pour les enfants. Selon la preuve dont disposait le législateur, (1) parmi les enfants de cinq ans et moins qui ont été victimes d'infractions sexuelles en 2009, environ 60 p. 100 des garçons et 70 p. 100 des filles l'ont été aux mains de membres de leur famille et (2) la plupart des victimes de moins de 16 ans ont subi leur triste sort aux mains de membres de leur famille ou de connaissances. Ainsi, loin d'être « conjecturaux » (par. 95), les effets bénéfiques de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) paraissent manifestes. Cette dernière empêche le contrevenant dont les actes criminels sont antérieurs à la modification de l'al. 161(1)c) d'avoir accès sans supervision à des enfants, que ce soit dans un lieu privé ou public, lorsque le juge qui détermine la peine estime qu'une interdiction en ce sens est nécessaire pour contrer le risque que le contrevenant commette à nouveau des infractions sexuelles contre des enfants.

2016 SCC 31 (CanLII)

[154] The majority's consideration of the deleterious effects of the retrospective operation of this provision also views as significant the "dearth of a compelling temporal justification" for s. 161(1)(c)'s retrospective operation, in the sense that "there appears to have been little change in the nature and degree of risk facing children since the last time s. 161(1) was amended" (para. 83). But with respect, and even assuming this concern could fairly be characterized as "temporal" in nature, this is not the sort of temporal concern that s. 11(*i*) engages, being the retrospective application of punishment. The majority, is, in substance, questioning whether Parliament's objective — which the majority has already found to have met the "pressing and substantial" objective requirement of *Oakes* — was pressing and substantial. Further, even if this "temporal justification" were an appropriate consideration at this stage of the analysis, it should not be virtually determinative when assessing the deleterious impact of a retrospective punishment. Bearing in mind that the record indicates that Parliament was responding to what it believed to be a grave social harm — which harm the majority acknowledges as persistent — it is worth recalling this Court's statement in *Keegstra* (at p. 776, per Dickson C.J.) that it is "well accepted that Parliament can use the criminal law to prevent the risk of serious harms". It does not matter whether that risk has remained constant or increased, or whether it is longstanding or emerging. This Court has never, for example, required the Crown to advance a compelling "temporal" justification to uphold *Charter*-infringing impaired driving legislation by showing that the persistent social harm of impaired driving has taken a turn for the worse: see, e.g., *R. v. Orbanski*, 2005 SCC 37, [2005] 2 S.C.R. 3; *R. v. St-Onge Lamoureux*, 2012 SCC 57, [2012] 3 S.C.R. 187 (upholding the presumption of identity in s. 258(1)(d.1) of the *Criminal Code*). Parliament should be entitled, within constitutional limits, to innovate in finding a solution to chronic harms, irrespective of whether the incidence of such harms has remained stable, increased, or even declined.

[154] Dans leur examen des effets préjudiciables, les juges majoritaires tiennent également pour importante « [l]'inexistence d'une justification d'ordre temporel convaincante » de l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) en ce sens que « la nature et le degré du risque auquel sont exposés les enfants semblaient avoir peu changé depuis la modification précédente du par. 161(1) » (par. 83). Mais, soit dit en tout respect, à supposer même que cette préoccupation puisse être « d'ordre temporel », il ne s'agit pas du genre de préoccupation « d'ordre temporel » qui intéresse l'al. 11*i*), à savoir l'application rétrospective d'une peine. Les juges majoritaires remettent essentiellement en cause l'objectif du législateur, dont ils estiment pourtant qu'il est « urgent et réel » suivant le critère de l'arrêt *Oakes*. En outre, même s'il convenait à ce stade de l'analyse de se pencher sur l'existence d'une « justification d'ordre temporel », cette considération ne devrait pas être déterminante, pour ainsi dire, dans l'appréciation de l'effet préjudiciable d'une peine d'application rétrospective. Gardant présent à l'esprit que, selon le dossier, le législateur s'attaquait à ce qui constituait selon lui un grave préjudice social — un préjudice que les juges majoritaires tiennent pour persistant —, il vaut la peine de rappeler les propos de la Cour dans l'arrêt *Keegstra* (p. 776, le juge en chef Dickson) selon lesquels il est « généralement reconnu que le Parlement peut se servir du droit criminel pour prévenir le risque de préjudices graves ». Peu importe que le risque soit demeuré constant ou se soit accru, ou qu'il existe de longue date ou depuis peu. Par exemple, la Cour n'a jamais exigé, pour valider une disposition sur la conduite en état d'ébriété qui contrevenait à la *Charte*, que le ministère public établisse l'existence d'une justification « d'ordre temporel » convaincante et démontre l'aggravation du préjudice persistant causé par la conduite en état d'ébriété (voir p. ex. *R. c. Orbanski*, 2005 CSC 37, [2005] 2 R.C.S. 3; *R. c. St-Onge Lamoureux*, 2012 CSC 57, [2012] 3 R.C.S. 187 (confirmant la présomption d'identité prévue à l'al. 258(1)d.1) du *Code criminel*). Le législateur devrait pouvoir, à l'intérieur des limites fixées par la Constitution, faire preuve d'innovation dans la recherche d'une solution à un préjudice chronique, peu importe que l'incidence de ce préjudice soit demeurée stable, ait augmenté ou ait même diminué.

2016 SCC 31 (CanLII)

[155] To be clear, nobody doubts that s. 11(*i*) deals with temporal considerations, because, as the majority says, it is "about the *timing* of changes to penal laws" (para. 93 (emphasis in original)). But the "temporal" concern identified by the majority speaks more (if not exclusively) to the pressing and substantial nature of Parliament's objective than it does to the deleterious effects of retrospective punishment on the rule of law (e.g. para. 93: ". . . temporal factors that may help explain Parliament's rationale . . ."). *All* retrospective changes to the law derogate from the rule of law, irrespective of Parliament's reasons for enacting them. *All* retrospective punishment is imposed without fair warning, denying a person "the opportunity to know what is expected of her and to decide what to do in light of that knowledge": D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), at p. 75. In every such case, and even where the majority's concern about whether there has been "change in the nature and degree of risk" (para. 83) is assuaged, the rule of law is harmed: see L. L. Fuller, *The Morality of Law* (rev. ed. 1969), at pp. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), at p. 81. The relevance of this concern driving the majority's assessment of the deleterious impacts on the rule of law in this case is therefore far from evident.

[155] Précisons que nul ne doute que les considérations d'ordre temporel importent pour les besoins de l'al. 11*i*) puisque, comme le disent les juges majoritaires, celui-ci « s'intéresse [. . .] au *moment où intervient* la modification d'une disposition à caractère punitif » (par. 93 (en italique dans l'original)). Or, cette préoccupation que relèvent mes collègues a plus (sinon seulement) à voir avec la nature urgente et réelle de l'objectif du législateur qu'avec les effets préjudiciables d'une peine d'application rétrospective sur la primauté du droit (p. ex. au par. 93 : « . . . les considérations d'ordre temporel qui sont susceptibles d'expliquer la décision du législateur . . . »). *Toute* modification apportée rétrospectivement à une règle de droit porte atteinte à la primauté du droit, quelle que soit la motivation du législateur. *Toute* peine d'application rétrospective est infligée sans que le contrevenant n'ait pu vraiment savoir qu'il en était passible et a privé ce dernier de [TRADUCTION] « la possibilité de savoir ce qu'on attendait de lui et d'agir en conséquence » (D. Lyons, *Ethics and the rule of law* (1984), p. 75). Chaque fois alors, même lorsque les juges majoritaires se soucient moins de savoir si « la nature et le degré du risque [ont] changé » (par. 83), la primauté du droit est compromise (voir L. L. Fuller, *The Morality of Law* (éd. rév. 1969), p. 53-54; C. Sampford, *Retrospectivity and the Rule of Law* (2006), p. 81). La pertinence de cette préoccupation qui sous-tend l'appréciation, par les juges majoritaires, des effets préjudiciables de la mesure sur la primauté du droit en l'espèce est donc loin d'aller de soi.

(3) Inconsistent Treatment of Paragraphs (c) and (d)

(3) Analyse différente des al. c) et d)

[156] I also observe that, apart from the matter of "temporal" justifications which I have just addressed, all the reasons identified by the majority in support of its conclusion that the limit imposed on the appellant's s. 11(*i*) right by the retrospective application of s. 161(1)(d) is justified are equally applicable to the retrospective application of s. 161(1)(c).

[156] Outre la question de l'existence d'une justification « d'ordre temporel », examinée précédemment, je remarque aussi que toutes les raisons invoquées par les juges majoritaires à l'appui de leur conclusion selon laquelle est justifiée la restriction du droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant, du fait de l'application rétrospective de l'al. 161(1)d), valent également pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c).

[157] In this regard, the majority observes in respect of s. 161(1)(d) that the harms at stake are

[157] Les juges majoritaires signalent que, pour ce qui concerne l'al. 161(1)d), les préjudices en jeu

2016 SCC 31 (CanLII)

"particularly powerful"; that the statutory regime "is highly tailored and discretionary"; and that the Internet prohibition is "not among the most onerous punishments, such as increased incarceration" (para. 114). But each of these reasons support the conclusion that the retrospective operation of s. 161(1)(c) is justified as well. Section 161(1)(c) addresses precisely the same "particularly powerful" concern as does s. 161(1)(d), being sexual offences against children. The condition in s. 161(1)(c), as I have explained, is also "highly tailored and discretionary", since it is imposed only where the sentencing judge deems it necessary, and also since it is subject to such exemptions as the sentencing judge sees fit to allow. And the punishment imposed by s. 161(1)(c) is "not among the most onerous punishments, such as increased incarceration", since it prohibits an offender only from having unsupervised contact with a child. It therefore follows that, if the retrospective operation of s. 161(1)(d) is a proportional and justified limit on an offender's s. 11(*i*) right, the retrospective operation of s. 161(1)(c) must be as well.

(4) The Proper Balancing

[158] I accept that the retrospective operation of the amendments to s. 161(1) works a relative increase in punishment that is not trivial. Section 161(1)(c)'s conditions on unsupervised contact with children regardless of location is more restrictive than the conditions imposable under the original provision. And s. 161(1)(d)'s restriction on Internet access goes much further in restricting an offender's use of computers than did the original provision. I also accept that, like any other s. 11(*i*) infringement, the retrospective operation of each has a deleterious impact on the rule of law and fairness in the criminal justice system, as each signifies an increase in possible punishment without notice to the individual.

sont « particulièrement convaincants », le régime législatif « a une portée très bien circonscrite et confère un pouvoir discrétionnaire » et l'interdiction d'utiliser Internet « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue » (par. 114). Pourtant, chacune de ces raisons appuie la conclusion selon laquelle l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) est elle aussi justifiée. L'alinéa 161(1)c) s'attaque précisément au même préjudice « particulièrement convaincant » que l'al. 161(1)d), à savoir les infractions sexuelles contre les enfants. Comme je l'explique précédemment, l'interdiction que prévoit l'al. 161(1)c) est elle aussi « très bien circonscrite et [relève du] pouvoir discrétionnaire », puisqu'elle n'est prononcée que lorsque le juge qui détermine la peine conclut qu'elle est nécessaire et, également, qu'elle fait l'objet de toute exemption que le juge indique. Et la peine infligée par l'al. 161(1)c) « ne fait pas partie des sanctions les plus lourdes, telle la peine d'emprisonnement accrue », car elle interdit seulement au contrevenant d'avoir des contacts non supervisés avec un enfant. Dès lors, si l'application rétrospective de l'al. 161(1)d) constitue une restriction proportionnée et justifiée du droit que l'al. 11*i*) garantit au contrevenant, il doit en aller de même pour l'application rétrospective de l'al. 161(1)c).

(4) La mise en balance qui s'impose

[158] Je reconnais que l'application rétrospective des dispositions issues des modifications apportées au par. 161(1) entraîne un accroissement relatif de la peine qui n'est pas négligeable. L'interdiction que l'al. 161(1)c) fait au contrevenant d'avoir des contacts non supervisés avec un enfant, peu importe le lieu, est plus restrictive que celle qui pouvait résulter de l'application de la disposition antérieure. Et l'interdiction d'utiliser Internet prévue à l'al. 161(1)d) a une bien plus grande portée que celle d'utiliser un ordinateur que prévoyait la disposition antérieure. Je reconnais également que, comme n'importe quelle atteinte au droit garanti par l'al. 11*i*), l'application rétrospective de chacune des dispositions a un effet préjudiciable sur la primauté du droit et sur l'équité du système de justice criminelle, chacune d'elle emportant l'infliction éventuelle d'une peine accrue dont l'intéressé ne se savait pas passible.

2016 SCC 31 (CanLII)

[159] As for salutary effects, the evidence before Parliament and before this Court shows that a significant number of offenders convicted of designated sexual offences pose a risk to reoffend sexually against children. It also shows that most child victims are known to sexual offenders — they are not strangers taken from a public place, the victims of random chance. And it shows that Internet-based offending is rapidly increasing, which could realistically result in contact-based offences being committed against a child. Finally, it shows that the previous version of s. 161(1) could not address either of these issues — unsupervised contact with a child whether the child is known to the offender or not, and unsupervised access to the Internet for offenders who are likely to use the Internet to facilitate sexual offending.

[159] Quant aux effets bénéfiques, il appert de la preuve dont disposait le législateur et qui figure au dossier de la Cour qu'un nombre élevé d'auteurs d'infractions sexuelles énumérées sont susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau sexuellement à des enfants. Elle montre par ailleurs que la plupart des jeunes victimes sont connues des délinquants sexuels, qu'elles ne sont pas choisies au hasard dans un lieu public. Elle nous apprend en outre que la criminalité liée à Internet s'accroît rapidement, ce qui pourrait effectivement mener à la perpétration d'infractions liées aux contacts. Enfin, selon la preuve, la version antérieure du par. 161(1) ne pouvait réprimer aucun de ces actes, soit les contacts non supervisés avec des enfants, connus ou non du contrevenant, et l'accès non supervisé à Internet par un contrevenant susceptible d'utiliser la toile pour faciliter la commission d'une infraction sexuelle.

[160] Balancing these deleterious and salutary effects at the proportionality stage of the s. 1 analysis entails, as the majority recognizes, "difficult value judgments" (para. 79). This is never a "neutral utilitarian calculus": *New Jersey v. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), at p. 369, per Brennan J., dissenting in part. Despite claims to the contrary (see D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), at pp. 166-69; A. Barak, "Proportionality and Principled Balancing" (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (abstract)), undertaking a proportionality analysis does not entail making a truly objective calculation, because it requires the court to weigh incommensurables — in this case, to weigh the deleterious impact on the sexual offender and on the rule of law against the possible benefit of protecting children from sexual offenders.

[160] La mise en balance de ces effets préjudiciables et de ces effets bénéfiques à l'étape de l'examen de la proportionnalité que comporte l'analyse au regard de l'article premier suppose, comme le reconnaissent les juges majoritaires, « des jugements de valeur difficiles » (par. 79). Il ne s'agit jamais d'un [TRADUCTION] « calcul utilitaire objectif » (*New Jersey c. T.L.O.*, 469 U.S. 325 (1985), p. 369, le juge Brennan, dissident en partie). Malgré les prétentions qui vont dans le sens contraire (voir D. M. Beatty, *The Ultimate Rule of Law* (2004), p. 166-169; A. Barak, « Proportionality and Principled Balancing » (2010), 4 *L. & Ethics Hum. Rts.* 1 (résumé)), l'examen de la proportionnalité ne comporte pas de véritable calcul objectif, car le tribunal doit soupeser des choses non mesurables, en l'occurrence l'effet préjudiciable sur le délinquant sexuel et sur la primauté du droit par rapport à l'effet bénéfique possible de la protection des enfants contre les délinquants sexuels.

[161] Despite the impossibility of weighing incommensurables objectively, a reviewing court must nevertheless come to a reasoned conclusion. In my view, the salutary effects pursued are worth the cost in rights limitation: the harms sought to be addressed are grave, persistent, and worthy of Parliament's efforts in the criminal law realm. The

[161] Malgré l'impossibilité de soupeser objectivement des choses non mesurables, le tribunal de révision doit néanmoins arriver à une conclusion raisonnée. Selon moi, les effets bénéfiques escomptés justifient la restriction du droit: les préjudices que l'on cherche à contrer sont graves et persistants et justifient la prise de mesures législatives

2016 SCC 31 (CanLII)

provisions are sufficiently tailored so that no offenders' s. 11(*i*) rights will be unduly limited — it is only those offenders who pose a risk to reoffend against children who will be subject to a s. 161(1) order, and it is only those offenders who pose a risk to reoffend either through unsupervised access to children or unsupervised use of the Internet who will be retrospectively subject to the impugned provisions. Neither of the impugned provisions works a drastic increase in the punishment imposed. On balance, the potential salutary effect of the retrospective operation of s. 161(1)(c) and s. 161(1)(d) of better protecting children from all sexual offenders who pose a risk to reoffend sexually against them, regardless of when the offender committed a designated offence, outweighs the modest impact on fairness and the rule of law.

III. Conclusion

[162] In my view, the retrospective operation of s. 161(1)(c) is a justified infringement on the appellant's s. 11(*i*) right. I would therefore dismiss the appeal and affirm the s. 161(1) order imposed by the majority of the Court of Appeal.

Appeal allowed in part, ABELLA *and* BROWN JJ. *dissenting in part.*

Solicitors for the appellant: Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Attorney General of Canada, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.

relevant du droit criminel. La portée des dispositions est suffisamment circonscrite pour que les droits du contrevenant garantis par l'al. 11*i*) ne soient pas indûment restreints. Ce ne sont en effet que les contrevenants susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à des enfants qui font l'objet d'une interdiction fondée sur le par. 161(1) et ce ne sont que les contrevenants susceptibles de récidiver soit par l'accès non supervisé à des enfants, soit par l'utilisation non supervisée d'Internet qui feront l'objet de l'application rétrospective des dispositions en cause. Ni l'une ni l'autre de ces dernières n'emportent un accroissement draconien de la peine infligée. Tout bien considéré, l'effet bénéfique potentiel de l'application rétrospective des al. 161(1)c) et d) qui réside dans la protection accrue des enfants contre tous les délinquants sexuels susceptibles de récidiver et de s'en prendre à nouveau à eux, peu importe le moment où le contrevenant a commis l'acte criminel, prime l'effet modéré qui en résulte sur l'équité des procédures criminelles et sur la primauté du droit.

III. Conclusion

[162] À mon sens, l'application rétrospective de l'al. 161(1)c) constitue une atteinte justifiée au droit que l'al. 11*i*) garantit à l'appelant. Je serais donc d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance des juges majoritaires de la Cour d'appel fondée sur le par. 161(1).

Pourvoi accueilli en partie, les juges ABELLA *et* BROWN *sont dissidents en partie.*

Procureurs de l'appelant : Eric Purtzki, Vancouver; Garth Barriere, Vancouver.

Procureur de l'intimée : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Procureur général du Canada, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.

2016 SCC 31 (CanLII)

Solicitors for the intervener Association des avocats de la défense de Montréal: Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Solicitors for the intervener the David Asper Centre for Constitutional Rights: John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers' Association (Ontario): Henein Hutchison, Toronto.

Solicitors for the intervener the British Columbia Civil Liberties Association: McCarthy Tétrault, Vancouver.

Procureurs de l'intervenante l'Association des avocats de la défense de Montréal : Desrosiers, Joncas, Nouraie, Massicotte, Montréal.

Procureurs de l'intervenant David Asper Centre for Constitutional Rights : John Norris, Toronto; University of Toronto Faculty of Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenante Criminal Lawyers' Association (Ontario) : Henein Hutchison, Toronto.

Procureurs de l'intervenante l'Association des libertés civiles de la Colombie-Britannique : McCarthy Tétrault, Vancouver.

2016 SCC 31 (CanLII)

TAB 31

Her Majesty The Queen *Appellant*;

and

David Edwin Oakes *Respondent.*

File No.: 17550.

1985: March 12; 1986: February 28.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence (s. 11(d)) — Reverse onus clause — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not reverse onus in violation of s. 11(d) of the Charter — Whether or not reverse onus a reasonable limit to s. 11(d) and justified in a free and democratic society — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(d) — Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Criminal law — Presumption of innocence — Reverse onus — Accused presumed to be trafficker on finding of possession of illicit drug — Onus on accused to rebut presumption — Whether or not constitutional guarantee of presumption of innocence (s. 11(d) of the Charter) violated.

Respondent was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*, but was convicted only of unlawful possession. After the trial judge made a finding that it was beyond a reasonable doubt that respondent was in possession of a narcotic, respondent brought a motion challenging the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. That section provides that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, the accused is presumed to be in possession for the purpose of trafficking and that, absent the accused's establishing the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal, on an appeal brought by the Crown, found that this provision constituted a "reverse onus" clause and held it to be unconstitutional because it violated the presumption of innocence now entrenched in s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown appealed and a constitutional question was stated as to whether

Sa Majesté La Reine *Appelante*;

et

David Edwin Oakes *Intimé.*

N° du greffe: 17550.

1985: 12 mars; 1986: 28 février.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d'innocence (al. 11d)) — Disposition portant inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — L'inversion de la charge de la preuve est-elle contraire à l'al. 11d) de la Charte? — L'inversion de la charge de la preuve apporte-t-elle à l'al. 11d) une limite qui soit raisonnable et justifiée dans une société libre et démocratique? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11d) — Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.

Droit criminel — Présomption d'innocence — Inversion de la charge de la preuve — L'accusé est présumé être un trafiquant dès lors qu'il est constaté qu'il était en possession d'une drogue illicite — Il incombe à l'accusé de réfuter cette présomption — Y a-t-il eu violation du droit constitutionnel d'être présumé innocent (al. 11d) de la Charte)?

L'intimé a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Toutefois, il a été reconnu coupable seulement de possession. Après que le juge du procès eut conclu que, hors de tout doute raisonnable, l'intimé était en possession d'un stupéfiant, ce dernier a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cet article prévoit que si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic et qu'à moins qu'il ne prouve le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel de l'Ontario qui a conclu qu'il s'agissait d'une disposition portant «inversion de la charge de la preuve» qui est inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole la présomption d'innocence maintenant enchâssée dans l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un

1986 CanLII 46 (SCC)

s. 8 of the *Narcotic Control Act* violated s. 11(*d*) of the *Charter* and was therefore of no force and effect. Inherent in this question, given a finding that s. 11(*d*) of the *Charter* had been violated, was the issue of whether or not s. 8 of the *Narcotic Control Act* was a reasonable limit prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed and the constitutional question answered in the affirmative.

Per Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ.: Pursuant to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the accused, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. On proof of possession, a mandatory presumption arises against the accused that he intended to traffic and the accused will be found guilty unless he can rebut this presumption on a balance of probabilities.

The presumption of innocence lies at the very heart of the criminal law and is protected expressly by s. 11(*d*) of the *Charter* and inferentially by the s. 7 right to life, liberty and security of the person. This presumption has enjoyed longstanding recognition at common law and has gained widespread acceptance as evidenced from its inclusion in major international human rights documents. In light of these sources, the right to be presumed innocent until proven guilty requires, at a minimum, that: (1) an individual be proven guilty beyond a reasonable doubt; (2) the State must bear the burden of proof; and (3) criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness.

A provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(*d*). The fact that the standard required on rebuttal is only a balance of probabilities does not render a reverse onus clause constitutional.

Section 8 of the *Narcotic Control Act* infringes the presumption of innocence in s. 11(*d*) of the *Charter* by

pourvoi dans le cadre duquel on a formulé la question constitutionnelle de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est contraire à l'al. 11*d*) de la *Charte* et, par conséquent, inopérant. À supposer que l'on conclue qu'il y a eu violation de l'al. 11*d*) de la *Charte*, cette question constitutionnelle soulève alors la question de savoir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté et la question constitutionnelle reçoit une réponse affirmative.

Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain: Aux termes de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic et il sera reconnu coupable, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption.

La présomption d'innocence est au cœur même du droit criminel; elle est garantie expressément par l'al. 11*d*) de la *Charte* et implicitement par l'art. 7 qui garantit le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne. Cette présomption a depuis fort longtemps droit de cité en *common law* et son acceptation générale ressort de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Compte tenu de ces documents, le droit d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins (1) que la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable, (2) que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve et (3) que les poursuites criminelles se déroulent d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité.

Une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*). Ce n'est pas parce que la norme requise pour réfuter la présomption est la preuve selon la prépondérance des probabilités qu'une disposition portant inversion de la preuve est constitutionnelle.

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*) de la *Charte*

1986 CanLII 46 (SCC)

requiring the accused to prove he is not guilty of trafficking once the basic fact of possession is proven.

The rational connection test — the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision — does not apply to the interpretation of s. 11(*d*). A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but still not prove its existence beyond a reasonable doubt, which is an important aspect of the presumption of innocence. The appropriate stage for invoking the rational connection test is under s. 1 of the *Charter*.

Section 1 of the *Charter* has two functions: First, it guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow it; and second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitutional Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms may be measured.

The onus of proving that a limitation on any *Charter* right is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. Limits on constitutionally guaranteed rights are clearly exceptions to the general guarantee. The presumption is that *Charter* rights are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria justifying their being limited.

The standard of proof under s. 1 is a preponderance of probabilities. Proof beyond a reasonable doubt would be unduly onerous on the party seeking to limit the right because concepts such as "reasonableness", "justifiability", and "free and democratic society" are not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously.

Two central criteria must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the objective to be served by the measures limiting a *Charter* right must be sufficiently important to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom. The standard must be high to ensure that trivial objectives or those discordant with the principles of a free and democratic society do not gain protection. At a minimum, an objective must relate to societal concerns which are pressing and substantial in a free and democratic society before it can be

en obligeant l'accusé à prouver qu'il n'est pas coupable de trafic, une fois la possession établie.

Le critère du lien rationnel—le fait qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve puisse se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé—ne s'applique pas à l'interprétation de l'al. 11*d*). Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable, un aspect important de la présomption d'innocence. C'est dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel.

L'article premier de la *Charte* remplit deux fonctions: premièrement, il garantit les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés.

La charge de prouver qu'une restriction à un droit garanti par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Les restrictions apportées à des droits garantis par la Constitution constituent nettement des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits énoncés dans la *Charte* sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction.

La norme de preuve applicable aux fins de l'article premier est la preuve selon la prépondérance des probabilités. La preuve hors de tout doute raisonnable imposerait une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter une restriction à un droit, puisque des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que doivent servir les mesures qui apportent une restriction à un droit garanti par la *Charte*, doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas d'une protection. Il faut à tout le

1986 CanLII 46 (SCC)

characterized as sufficiently important. Second, the party invoking s. 1 must show the means to be reasonable and demonstrably justified. This involves a form of proportionality test involving three important components. To begin, the measures must be fair and not arbitrary, carefully designed to achieve the objective in question and rationally connected to that objective. In addition, the means should impair the right in question as little as possible. Lastly, there must be a proportionality between the effects of the limiting measure and the objective — the more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be.

Parliament's concern that drug trafficking be decreased was substantial and pressing. Its objective of protecting society from the grave ills of drug trafficking was self-evident, for the purposes of s. 1, and could potentially in certain cases warrant the overriding of a constitutionally protected right. There was, however, no rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. The possession of a small or negligible quantity of narcotics would not support the inference of trafficking.

Per Estey and McIntyre JJ.: Concurred in the reasons of Dickson C.J. with respect to the relationship between s. 11(*d*) and s. 1 of the *Charter* but the reasons of Martin J.A. in the court below were adopted for the disposition of all other issues.

Cases Cited

R. v. Shelley, [1981] 2 S.C.R. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462, considered; *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648, distinguished; *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. v. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Ontario County Court, unreported, June 23, 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *Manchuk v.*

moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations sociales, urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important. En deuxième lieu, la partie qui invoque l'article premier doit démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'une sorte de critère de proportionnalité qui comporte trois éléments importants. D'abord, les mesures doivent être équitables et non arbitraires, être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question et avoir un lien rationnel avec cet objectif. De plus, le moyen choisi doit être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question. Enfin, il doit y avoir proportionnalité entre les effets de la mesure restrictive et l'objectif poursuivi — plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important.

Le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants est réel et urgent. Son objectif, qui est de protéger la société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est évident en soi aux fins de l'article premier, et peut justifier dans certains cas l'atteinte à un droit garanti par la Constitution. Il n'existe toutefois pas de lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de possession à des fins de trafic. La possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic.

Les juges Estey et McIntyre: Les motifs du juge en chef Dickson sont adoptés en ce qui concerne le lien entre l'al. 11*d*) et l'article premier de la *Charte*. Cependant, il y a adoption des motifs du juge Martin de la Cour d'appel pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196; *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92; *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419; *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337; *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303; *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462; distinction faite d'avec l'arrêt: *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648; arrêts mentionnés: *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235; *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227; *R. c. Landry*, [1983] C.A. 408, 7 C.C.C. (3d) 555; *R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31; *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488; *R. v. Kupczyniski*, Cour de comté de l'Ontario, décision inédite en date du 23 juin 1982; *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75; *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1; *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216; *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Renvoi: Motor*

1986 CanLII 46 (SCC)

The King, [1938] S.C.R. 341; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299; *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Pfunders Case (Austria v. Italy)* (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740; *X against the United Kingdom*, Appl'n No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, referred to.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 2(*f*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 11(*d*).
Constitution Act, 1982, s. 33.
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 224A(1)(*a*) (now s. 237(1)(*a*)).
Food and Drugs Act, R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35 (formerly s. 33 en. by 1960-61 (Can.), c. 37, s. 1).
International Covenant on Civil and Political Rights, 1966, art. 14(2).
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), c. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), No. 116.
Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1, ss. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Opium and Narcotic Drug Act, R.S.C. 1952, c. 201.
Protocol for Limiting and Regulating the Cultivation of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium.
Single Convention on Narcotic Drugs, 1961.
Universal Declaration of Human Rights, art. 11(I).

Authors Cited

Canada. Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs. *Final Report of the Commission of Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299; *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319; *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661; *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250; *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539; *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125; *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25; *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34; *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713; *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943); *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969); *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979); *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970); *Affaire Pfunders (Autriche c. Italie)* (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741; *X contre le Royaume-Uni*, demande nº 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458; *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154; *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 11*d*).
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 224A(1)*a*) (actuel art. 237(1)*a*)).
Constitution of the United States of America, 5th and 14th Amendments.
Convention unique sur les stupéfiants de 1961.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 2*f*).
Déclaration universelle des droits de l'homme, art. 11(I).
Loi constitutionnelle de 1982, art. 33.
Loi des aliments et drogues, S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35 (anciennement art. 33 promulgué par 1960-61 (Can.), chap. 37, art. 1).
Loi sur l'opium et les drogues narcotiques, S.R.C. 1952, chap. 201.
Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1, art. 3(1), (2), 4(1), (2), (3), 8.
Misuse of Drugs Act 1971, 1971 (U.K.), chap. 38.
Misuse of Drugs Act 1975, 1975 (N.Z.), nº 116.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, art. 14(2).
Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium.

Doctrine citée

Canada. Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales. *Rapport final, Commission*

1986 CanLII 46 (SCC)

Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs, Ottawa, Information Canada, 1973.
Canada. *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, 1955 Session.
Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.
Cross, Sir Rupert. "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof," delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.
Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, dismissing an appeal of the Crown from a judgment of Walker Prov. Ct. J. convicting the accused of simple possession on a charge of possessing narcotics for the purposes of trafficking contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. Appeal dismissed.

Julius Isaac, Q.C., Michael R. Dambrot and *Donna C. McGillis*, for the appellant.

Geoffrey A. Beasley, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard, Lamer, Wilson and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, R.S.C. 1970, c. N-1. The section provides, in brief, that if the Court finds the accused in possession of a narcotic, he is presumed to be in possession for the purpose of trafficking. Unless the accused can establish the contrary, he must be convicted of trafficking. The Ontario Court of Appeal held that this provision constitutes a "reverse onus" clause and is unconstitutional because it violates one of the core values of our criminal justice system, the presumption of innocence, now entrenched in s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown has appealed.

d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales, Ottawa, Information Canada, 1973.
Canada. *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955.
Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed., London, Butterworths, 1979.
Cross, Sir Rupert. «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof,» delivered in the *Rede Lectures*, University of Toronto, Toronto, 1976.
Jacobs, Francis. *The European Convention on Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
MacKay, A. Wayne and T. A. Cromwell. «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, 221-235.
Sopinka, John and Sidney N. Lederman. *The Law of Evidence in Civil Cases*, Toronto, Butterworths, 1974.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 145 D.L.R. (3d) 123, 2 C.C.C. (3d) 339, qui a rejeté un appel formé par le ministère public contre une décision dans laquelle le juge Walker de la Cour provinciale a reconnu l'accusé coupable de simple possession alors qu'il était inculpé de possession de stupéfiants pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Pourvoi rejeté.

Julius Isaac, c.r., Michael R. Dambrot et *Donna C. McGillis*, pour l'appelante.

Geoffrey A. Beasley, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard, Lamer, Wilson et Le Dain rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi porte sur la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, S.R.C. 1970, chap. N-1. L'article 8 prévoit en bref que, si la cour constate que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, il est présumé l'avoir été pour en faire le trafic. À moins que l'accusé ne puisse établir le contraire, il doit être déclaré coupable de trafic. La Cour d'appel de l'Ontario a conclu que cet article constitue une disposition portant «inversion de la charge de la preuve», qui est en conséquence inconstitutionnelle pour le motif qu'elle viole l'un des principes fondamentaux de notre système de justice criminelle, savoir la présomption d'innocence qui est maintenant enchâssée dans l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public a formé un pourvoi.

1986 CanLII 46 (SCC)

I

Statutory and Constitutional Provisions

Before reviewing the factual context, I will set out the relevant legislative and constitutional provisions:

Narcotic Control Act, R.S.C. 1970, c. N-1.

3. (1) Except as authorized by this Act or the regulations, no person shall have a narcotic in his possession.

(2) Every person who violates subsection (1) is guilty of an indictable offence and is liable

(*a*) upon summary conviction for a first offence, to a fine of one thousand dollars or to imprisonment for six months or to both fine and imprisonment, and for a subsequent offence, to a fine of two thousand dollars or to imprisonment for one year or to both fine and imprisonment; or

(*b*) upon conviction on indictment, to imprisonment for seven years.

4. (1) No person shall traffic in a narcotic or any substance represented or held out by him to be a narcotic.

(2) No person shall have in his possession a narcotic for the purpose of trafficking.

(3) Every person who violates subsection (1) or (2) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for life.

. . .

8. In any prosecution for a violation of subsection 4(2), if the accused does not plead guilty, the trial shall proceed as if it were a prosecution for an offence under section 3, and after the close of the case for the prosecution and after the accused has had an opportunity to make full answer and defence, the court shall make a finding as to whether or not the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3; if the court finds that the accused was not in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be acquitted but if the court finds that the accused was in possession of the narcotic contrary to section 3, he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, and thereafter the prosecutor shall be given an opportunity of adducing evidence to establish that the accused was in possession of the narcotic for the purpose of trafficking; if the accused establishes that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be acquitted of the offence as charged but he shall be

I

Les dispositions législatives et constitutionnelles

Avant de passer à l'examen des faits, reproduisons les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes:

Loi sur les stupéfiants, S.R.C. 1970, chap. N-1.

3. (1) Sauf ainsi que l'autorisent la présente loi ou les règlements, nul ne peut avoir un stupéfiant en sa possession.

(2) Quiconque enfreint le paragraphe (1) est coupable d'une infraction et passible,

a) sur déclaration sommaire de culpabilité, pour une première infraction, d'une amende de mille dollars ou d'un emprisonnement de six mois ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement, et pour infraction subséquente, d'une amende de deux mille dollars ou d'un emprisonnement d'un an ou à la fois de l'amende et de l'emprisonnement; ou

b) sur déclaration de culpabilité sur acte d'accusation, d'un emprisonnement de sept ans.

4. (1) Nul ne peut faire le trafic d'un stupéfiant ou d'une substance quelconque qu'il prétend être ou estime être un stupéfiant.

(2) Nul ne peut avoir en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic.

(3) Quiconque enfreint le paragraphe (1) ou (2) est coupable d'un acte criminel et encourt l'emprisonnement à perpétuité.

. . .

8. Dans toutes poursuites pour une violation du paragraphe 4(2), si l'accusé n'avoue pas sa culpabilité, le procès doit s'instruire comme s'il s'agissait d'une poursuite pour une infraction prévue par l'article 3, et après que le poursuivant a terminé son exposé et qu'il a été fourni à l'accusé une occasion de présenter une réplique et une défense complètes, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était ou non en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; si la cour constate que l'accusé n'était pas en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3; elle doit l'acquitter, mais si elle constate qu'il était en possession du stupéfiant contrairement aux dispositions de l'article 3, il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, et, par la suite, il doit être fourni au poursuivant une occasion d'établir la preuve que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic; si celui-ci démontre qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il

1986 CanLII 46 (SCC)

convicted of an offence under section 3 and sentenced accordingly; and if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged and sentenced accordingly.

(Emphasis added.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms

11. Any person charged with an offence has the right

. . . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

II

Facts

The respondent, David Edwin Oakes, was charged with unlawful possession of a narcotic for the purpose of trafficking, contrary to s. 4(2) of the *Narcotic Control Act*. He elected trial by magistrate without a jury. At trial, the Crown adduced evidence to establish that Mr. Oakes was found in possession of eight one gram vials of *cannabis* resin in the form of hashish oil. Upon a further search conducted at the police station, $619.45 was located. Mr. Oakes told the police that he had bought ten vials of hashish oil for $150 for his own use, and that the $619.45 was from a workers' compensation cheque. He elected not to call evidence as to possession of the narcotic. Pursuant to the procedural provisions of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the trial judge proceeded to make a finding that it was beyond a reasonable doubt that Mr. Oakes was in possession of the narcotic.

doit être acquitté de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation, mais il doit être déclaré coupable d'une infraction aux termes de l'article 3 et condamné en conséquence; et si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation et condamné en conséquence.

(C'est moi qui souligne.)

Charte canadienne des droits et libertés

11. Tout inculpé a le droit:

. . . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

1. La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

II

Les faits

L'intimé, David Edwin Oakes, a été accusé d'avoir eu illégalement en sa possession un stupéfiant pour en faire le trafic, contrairement au par. 4(2) de la *Loi sur les stupéfiants*. Il a choisi de subir son procès devant un magistrat siégeant sans jury. Au cours du procès, la poursuite a produit des éléments de preuve en vue d'établir que M. Oakes avait été trouvé en possession de huit fioles d'une capacité d'un gramme contenant de la résine de cannabis sous forme d'huile de haschisch. Une fouille effectuée au poste de police a permis de découvrir la somme de 619,45 $. Monsieur Oakes a dit à la police qu'il avait acheté au prix de 150 $ dix fioles d'huile de haschisch pour son propre usage et que les 619,45 $ provenaient d'un chèque d'indemnisation pour un accident de travail. Il a choisi de ne pas présenter de preuve relativement à la possession d'un stupéfiant. Conformément aux dispositions en matière de procédure de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge du procès a conclu que, hors de tout doute raisonnable, M. Oakes était en possession du stupéfiant.

1986 CanLII 46 (SCC)

Following this finding, Mr. Oakes brought a motion to challenge the constitutional validity of s. 8 of the *Narcotic Control Act*, which he maintained imposes a burden on an accused to prove that he or she was not in possession for the purpose of trafficking. He argued that s. 8 violates the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*.

III

Judgments

(a) Ontario Provincial Court (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

At trial, Walker Prov. Ct. J. borrowed the words of Laskin C.J. in *R. v. Shelley*, [1981] 2 S.C.R. 196, at p. 202, and found there was no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.*, possession of the drug, and the conclusion asked to be drawn, namely, possession for the purpose of trafficking. Walker Prov. Ct. J. held that, to the extent that s. 8 of the *Narcotic Control Act* requires this presumption and the resultant conviction, it is inoperative as a violation of the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*.

Walker Prov. Ct. J. added that the reverse onus in s. 8 would not be invalid if the Crown had adduced evidence of possession as well as evidence from which it could be inferred beyond a reasonable doubt that the possession was for the purpose of trafficking. If this were done, there would be a sufficient rational connection between the fact of possession and the presumed fact of trafficking.

(b) Ontario Court of Appeal (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

Martin J.A., writing for a unanimous court, dismissed the appeal and held the reverse onus provision in s. 8 of the *Narcotic Control Act* unconstitutional.

Martin J.A. stated that, as a general rule, a reverse onus clause which places a burden on the

À la suite de cette conclusion, M. Oakes a présenté une requête en contestation de la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, qui, selon lui, impose à un accusé l'obligation de prouver qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic et constitue de ce fait une violation de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*.

III

Les jugements

a) Cour provinciale de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1982), 38 O.R. (2d) 598)

Au procès, le juge Walker de la Cour provinciale a emprunté les termes utilisés par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *R. c. Shelley*, [1981] 2 R.C.S. 196, à la p. 202, et a conclu qu'il n'y avait aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, c.-à-d. la possession du stupéfiant, et la conclusion qu'on lui demandait de tirer, savoir qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Le juge Walker a conclu que, dans la mesure où l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* requiert cette présomption et la déclaration de culpabilité qui en résulte, il va à l'encontre de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte* et est en conséquence inopérant.

Le juge Walker a ajouté que l'inversion de la charge de la preuve effectuée par l'art. 8 n'aurait pas été entachée d'invalidité si le ministère public avait produit une preuve de possession ainsi que des éléments de preuve permettant de conclure hors de tout doute raisonnable qu'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Si cela était fait, il y aurait un lien rationnel suffisant entre le fait de la possession et le fait présumé, c.-à-d. le trafic.

b) Cour d'appel de l'Ontario (*R. v. Oakes* (1983), 145 D.L.R. (3d) 123)

La Cour d'appel, s'exprimant par l'intermédiaire du juge Martin, a rejeté à l'unanimité l'appel et déclaré inconstitutionnelle la disposition de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* portant inversion de la charge de la preuve.

Le juge Martin a affirmé qu'en règle générale une disposition qui inverse la charge de la preuve

1986 CanLII 46 (SCC)

accused to disprove on a balance of probabilities an essential element of an offence contravenes the right to be presumed innocent. Nevertheless, he held that some reverse onus provisions may be constitutionally valid provided they constitute reasonable limitations on the right to be presumed innocent and are demonstrably justified in a free and democratic society.

To determine whether a particular reverse onus provision is legitimate, Martin J.A. outlined a two-pronged inquiry. First, it is necessary to pass a threshold test which he explained as follows, at p. 146:

> The threshold question in determining the legitimacy of a particular reverse onus provision is whether the reverse onus clause is justifiable in the sense that it is reasonable for Parliament to place the burden of proof on the accused in relation to an ingredient of the offence in question. In determining the threshold question consideration should be given to a number of factors, including such factors as: (a) the magnitude of the evil sought to be suppressed, which may be measured by the gravity of the harm resulting from the offence or by the frequency of the occurrence of the offence or by both criteria; (b) the difficulty of the prosecution making proof of the presumed fact, and (c) the relative ease with which the accused may prove or disprove the presumed fact. Manifestly, a reverse onus provision placing the burden of proof on the accused with respect to a fact which it is not rationally open to him to prove or disprove cannot be justified.

If the reverse onus provision meets these criteria, due regard having been given to Parliament's assessment of the need for the provision, a second test must then be satisfied. This second test was described by Martin J.A. as the "rational connection test". According to it, to be reasonable, the proven fact (*e.g.*, possession) must rationally tend to prove the presumed fact (*e.g.*, an intention to traffic). In other words, the proven fact must raise a probability that the presumed fact exists.

de manière à obliger l'accusé à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un élément essentiel d'une infraction contrevient au droit d'être présumé innocent. Néanmoins, il a conclu que certaines dispositions portant inversion de la charge de la preuve peuvent être constitutionnelles pour peu qu'elles constituent des restrictions raisonnables au droit d'être présumé innocent et que la justification de ces restrictions puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Le juge Martin a énoncé une question à deux volets qu'il faut se poser pour déterminer si, dans un cas donné, une disposition portant inversion de la charge de la preuve est légitime. Ainsi, il faut d'abord satisfaire à un critère préliminaire que le juge Martin explique de la façon suivante à la p. 146:

> [TRADUCTION] Pour décider de la légitimité d'une disposition particulière portant inversion de la charge de la preuve, il faut d'abord et avant tout se demander si cette disposition est justifiable en ce sens qu'il est raisonnable que le législateur impose à l'accusé la charge de la preuve relativement à un élément de l'infraction en cause. Pour répondre à cette question préliminaire il faut prendre en considération un certain nombre de facteurs dont: a) l'ampleur du mal à réprimer, qui peut être mesurée par la gravité du préjudice résultant de l'infraction ou par la fréquence de la perpétration de l'infraction, ou par les deux critères, b) la difficulté que peut éprouver la poursuite à établir le fait présumé, et c) la facilité relative avec laquelle l'accusé pourra prouver l'existence ou l'inexistence du fait présumé. Manifestement, une disposition imposant à l'accusé la charge de la preuve à l'égard d'un fait dont, logiquement, il n'est pas à même de prouver l'existence ou l'inexistence n'est guère justifiable.

Si, après qu'on a dûment tenu compte de la détermination par le législateur de la nécessité d'une telle disposition, la disposition portant inversion de la charge de la preuve répond à ces critères, elle doit alors satisfaire à un autre. Il s'agit de ce que le juge Martin a décrit comme le [TRADUCTION] «critère du lien rationnel». Suivant ce critère, pour être raisonnable, le fait prouvé (par ex., la possession) doit logiquement tendre à établir le fait présumé (par ex., l'intention de faire le trafic). En d'autres termes, le fait prouvé doit soulever la probabilité de l'existence du fait présumé.

1986 CanLII 46 (SCC)

In considering s. 8 of the *Narcotic Control Act*, Martin J.A. focused primarily on the second test at p. 147:

> I have reached the conclusion that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutionally invalid because of the lack of a rational connection between the proved fact (possession) and the presumed fact (an intention to traffic) .... Mere possession of a small quantity of a narcotic drug does not support an inference of possession for the purpose of trafficking or even tend to prove an intent to traffic. Moreover, upon proof of possession, s. 8 casts upon the accused the burden of disproving not some formal element of the offence but the burden of disproving the very essence of the offence.

Martin J.A. added that it is not for courts to attempt to rewrite s. 8 by applying it on a case by case basis. Furthermore, where a rational connection does exist between possession and the presumed intention to traffic, such as "where the possession of a narcotic drug is of such a nature as to be indicative of trafficking, the common sense of a jury can ordinarily be relied upon to arrive at a proper conclusion". There would not, therefore, be any need for a statutory presumption.

One final note should be made regarding Martin J.A.'s judgment. In assessing whether or not s. 8 was a reasonable limitation on the constitutional protection of the presumption of innocence, Martin J.A. combined the analysis of s. 11(*d*) with s. 1. He held that the requirements of s. 1, that a limitation be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, provided the standard for interpreting the phrase "according to law" in s. 11(*d*).

IV

The Issues

The constitutional question in this appeal is stated as follows:

> Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Dans son analyse de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le juge Martin s'est arrêté principalement au second critère à la p. 147:

> [TRADUCTION] J'en suis venu à la conclusion que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est inconstitutionnel en raison de l'absence d'un lien rationnel entre le fait prouvé (la possession) et le fait présumé (l'intention de faire le trafic) ... La simple possession d'une faible quantité d'un stupéfiant ne permet pas de conclure à la possession à des fins de trafic ou encore ne tend même pas à prouver une intention de se livrer au trafic. En outre, du moment que la possession est prouvée, l'art. 8 impose à l'accusé la charge de prouver l'inexistence non pas de quelque élément formel de l'infraction mais de l'essence même de celle-ci.

Le juge Martin ajoute qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'essayer de reformuler l'art. 8 en l'appliquant cas par cas. De plus, lorsqu'il existe un lien rationnel entre la possession et l'intention présumée de faire le trafic, comme [TRADUCTION] «dans le cas où la possession d'un stupéfiant est de nature à constituer une indication du trafic de celui-ci, on peut ordinairement compter sur le bon sens du jury pour que celui-ci tire la bonne conclusion». Aucune présomption légale ne serait alors nécessaire.

Une dernière observation s'impose relativement aux motifs du juge Martin. Dans son étude de la question de savoir si l'art. 8 constitue une restriction raisonnable de la protection constitutionnelle accordée à la présomption d'innocence, le juge Martin a rapproché l'al. 11*d*) de l'article premier. Il a conclu que l'exigence de l'article premier qu'une restriction soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique constitue la norme applicable à l'interprétation de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11*d*).

IV

Les questions en litige

La question constitutionnelle formulée dans le présent pourvoi est la suivante:

> L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

1986 CanLII 46 (SCC)

Two specific questions are raised by this general question: (1) does s. 8 of the *Narcotic Control Act* violate s. 11(*d*) of the *Charter*; and, (2) if it does, is s. 8 a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1 of the *Charter*? If the answer to (1) is affirmative and the answer to (2) negative, then the constitutional question must be answered in the affirmative.

V

Does s. 8 of the *Narcotic Control Act* Violate s. 11(*d*) of the *Charter*?

(a) The Meaning of s. 8

Before examining the presumption of innocence contained in s. 11(*d*) of the *Charter*, it is necessary to clarify the meaning of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. The procedural steps contemplated by s. 8 were clearly outlined by Branca J.A. in *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (B.C.C.A.), at p. 247:

(A) The accused is charged with possession of a forbidden drug for the purpose of trafficking.

(B) The trial of the accused on this charge then proceeds as if it was a prosecution against the accused on a simple charge of possession of the forbidden drug . . . .

(C) When the Crown has adduced its evidence on the basis that the charge was a prosecution for simple possession, the accused is then given the statutory right or opportunity of making a full answer and defence to the charge of simple possession . . . .

(D) When this has been done the Court must make a finding as to whether the accused was in possession of narcotics contrary to s. 3 of the new Act. (Unlawful possession of a forbidden narcotic drug).

(E) Assuming that the Court so finds, it is then that an onus is placed upon the accused in the sense that an opportunity must be given to the accused of establishing that he was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking.

(F) When the accused has been given this opportunity the prosecutor may then establish that the possession of the accused was for the purpose of trafficking . . . .

Cette question générale soulève deux questions précises: (1) l'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11*d*) de la *Charte*? et (2) dans l'affirmative, l'art. 8 constitue-t-il une limite raisonnable imposée par une règle de droit et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'art. 1 de la *Charte*? Dans l'hypothèse d'une réponse affirmative à la première question et d'une réponse négative à la seconde, la question constitutionnelle doit alors recevoir une réponse affirmative.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient-il à l'al. 11*d*) de la *Charte*?

a) Le sens de l'art. 8

Avant d'examiner la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte*, il est nécessaire de préciser le sens de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Dans l'arrêt *R. v. Babcock and Auld*, [1967] 2 C.C.C. 235 (C.A.C.-B.), à la p. 247, le juge Branca expose clairement les étapes de la procédure prévue par l'art. 8:

[TRADUCTION] A) L'accusé est inculpé de possession d'un stupéfiant prohibé en vue d'en faire le trafic.

B) Le procès de l'accusé relativement à cette accusation est alors instruit comme s'il s'agissait d'une poursuite relativement à une simple accusation de possession du stupéfiant prohibé . . .

C) Lorsque le ministère public a administré sa preuve comme s'il s'agissait d'une poursuite pour simple possession, la loi accorde à l'accusé le droit ou la possibilité de présenter une défense complète relativement à l'accusation de simple possession . . .

D) Ceci fait, la cour doit statuer sur la question de savoir si l'accusé était en possession d'un stupéfiant contrairement à l'art. 3 de la nouvelle Loi. (Possession d'un stupéfiant prohibé).

E) Si la cour conclut à la possession, c'est alors à ce moment que la charge de la preuve est imposée à l'accusé en ce sens qu'on doit lui fournir l'occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic.

F) Quand l'accusé a eu cette possibilité, la poursuite peut alors tenter d'établir que l'accusé était en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . .

1986 CanLII 46 (SCC)

(G) It is then that the Court must find whether or not the accused has discharged the onus placed upon him under and by the said section.

(H) If the Court so finds, the accused must be acquitted of the offence as charged, namely, possession for the purpose of trafficking, but in that event the accused must be convicted of the simple charge of unlawful possession of a forbidden narcotic . . . .

(I) If the accused does not so establish he must then be convicted of the full offence as charged.

Mr. Justice Branca then added at pp. 247-48:

It is quite clear to me that under s. 8 of the new Act the trial must be divided into two phases. In the first phase the sole issue to be determined is whether or not the accused is guilty of simple possession of a narcotic. This issue is to be determined upon evidence relevant only to the issue of possession. In the second phase the question to be resolved is whether or not the possession charged is for the purpose of trafficking.

Against the backdrop of these procedural steps, we must consider the nature of the statutory presumption contained in s. 8 and the type of burden it places on an accused. The relevant portions of s. 8 read:

8. . . . if the court finds that the accused was in possession of the narcotic . . . he shall be given an opportunity of establishing that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking . . . if the accused fails to establish that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged . . . .

In determining the meaning of these words, it is helpful to consider in a general sense the nature of presumptions. Presumptions can be classified into two general categories: presumptions without basic facts and presumptions with basic facts. A presumption without a basic fact is simply a conclusion which is to be drawn until the contrary is proved. A presumption with a basic fact entails a conclusion to be drawn upon proof of the basic fact (see *Cross on Evidence*, 5th ed., at pp. 122-23).

Basic fact presumptions can be further categorized into permissive and mandatory presumptions.

G) C'est alors que la cour doit décider si l'accusé s'est acquitté de l'obligation que lui impose ledit article.

H) Si la cour conclut par l'affirmative, l'accusé doit être acquitté de l'infraction imputée, savoir la possession en vue de faire le trafic, mais, dans ce cas-là, il doit être déclaré coupable de l'infraction de simple possession d'un stupéfiant prohibé . . .

I) Si l'accusé ne réussit pas à démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit alors être reconnu coupable de l'infraction imputée.

Le juge Branca ajoute ensuite, aux pp. 247 et 248:

[TRADUCTION] Il est très clair dans mon esprit que l'art. 8 de la nouvelle Loi exige un procès en deux étapes. À la première étape, la seule question qu'il faut résoudre est de savoir si l'accusé est coupable de simple possession d'un stupéfiant. Cette question doit être tranchée en fonction des éléments de preuve qui se rapportent uniquement à la possession. À la seconde étape, la question à trancher est de savoir si la possession imputée était pour des fins de trafic.

Compte tenu de ces étapes de la procédure, nous devons étudier la nature de la présomption légale établie par l'art. 8 ainsi que le genre de charge qu'elle impose à un accusé. Voici les parties pertinentes de l'art. 8:

8. . . . si elle [la cour] constate qu'il était en possession du stupéfiant . . . il doit être fourni à l'accusé une occasion de démontrer qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic . . . si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation . . .

Pour déterminer le sens de ces mots, il est utile de procéder à un examen général de la nature des présomptions. Les présomptions peuvent être rangées dans deux catégories générales: les présomptions non fondées sur des faits établis et les présomptions fondées sur des faits établis. Une présomption non fondée sur un fait établi est simplement une conclusion qui doit être tirée tant qu'on n'a pas prouvé le contraire. Une présomption fondée sur un fait établi consiste en une conclusion qui repose sur la preuve de ce fait (voir *Cross on Evidence*, 5th ed., aux pp. 122 et 123).

Quant aux présomptions fondées sur des faits établis, elles peuvent créer une faculté ou être

1986 CanLII 46 (SCC)

A permissive presumption leaves it optional as to whether the inference of the presumed fact is drawn following proof of the basic fact. A mandatory presumption requires that the inference be made.

Presumptions may also be either rebuttable or irrebuttable. If a presumption is rebuttable, there are three potential ways the presumed fact can be rebutted. First, the accused may be required merely to raise a reasonable doubt as to its existence. Secondly, the accused may have an evidentiary burden to adduce sufficient evidence to bring into question the truth of the presumed fact. Thirdly, the accused may have a legal or persuasive burden to prove on a balance of probabilities the non-existence of the presumed fact.

Finally, presumptions are often referred to as either presumptions of law or presumptions of fact. The latter entail "frequently recurring examples of circumstantial evidence" (*Cross on Evidence*, *supra*, at p. 124) while the former involve actual legal rules.

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, it is my view that, upon a finding beyond a reasonable doubt of possession of a narcotic, the accused has the legal burden of proving on a balance of probabilities that he or she was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Once the basic fact of possession is proven, a mandatory presumption of law arises against the accused that he or she had the intention to traffic. Moreover, the accused will be found guilty of the offence of trafficking unless he or she can rebut this presumption on a balance of probabilities. This interpretation of s. 8 is supported by the courts in a number of jurisdictions: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (P.E.I.S.C. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (N.S.C.A.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (N.B.C.A.); *R. v. Landry* (1983), 7 C.C.C. (3d) 555 (Que. C.A.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (Alta. C.A.)

In some decisions it has been held that s. 8 of the *Narcotic Control Act* is constitutional because

impératives. Dans le cas d'une présomption créant une faculté, dès lors qu'il y a un fait établi, on est libre d'en déduire ou ne pas en déduire le fait présumé. Si, par contre, il s'agit d'une présomption impérative, cette déduction est obligatoire.

Une présomption peut aussi être réfutable ou irréfutable. Si elle est réfutable, il y a trois moyens possibles de combattre le fait présumé. Premièrement, l'accusé pourra avoir simplement à susciter un doute raisonnable quant à l'existence de ce fait. Deuxièmement, il pourra avoir la charge de produire une preuve suffisante pour mettre en doute l'exactitude du fait présumé. Troisièmement, il pourra avoir à s'acquitter d'une charge ultime ou d'une charge de persuasion qui l'oblige à prouver selon la prépondérance des probabilités l'inexistence du fait présumé.

Enfin, les présomptions sont souvent décrites comme étant soit des présomptions de droit, soit des présomptions de fait. Ces dernières comportent des [TRADUCTION] «exemples fréquents de preuve indirecte» (*Cross on Evidence*, précité, à la p. 124), alors que les premières comportent des règles de droit expresses.

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon moi, dès qu'on conclut hors de tout doute raisonnable que l'accusé était en possession d'un stupéfiant, celui-ci a la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession de ce stupéfiant pour en faire le trafic. Une fois prouvée, la possession fait naître à l'encontre de l'accusé la présomption de droit impérative qu'il avait l'intention de se livrer au trafic. De plus, l'accusé sera reconnu coupable de l'infraction de trafic, à moins qu'il ne puisse, par une preuve selon la prépondérance des probabilités, réfuter cette présomption. Les cours de plusieurs ressorts ont appuyé cette interprétation de l'art. 8: *R. v. Carroll* (1983), 147 D.L.R. (3d) 92 (C.S.Î.-P.-É. *in banco*); *R. v. Cook* (1983), 4 C.C.C. (3d) 419 (C.A.N.-É.); *R. v. O'Day* (1983), 5 C.C.C. (3d) 227 (C.A.N.-B.); *R. v. Landry*, (1983) 7 C.C.C. (3d) 555 (C.A. Qué.); *R. v. Stanger* (1983), 7 C.C.C. (3d) 337 (C.A. Alb.)

Dans certaines décisions, on a conclu à la constitutionnalité de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

1986 CanLII 46 (SCC)

it places only an evidentiary burden rather than a legal burden on the accused. The ultimate legal burden to prove guilt beyond a reasonable doubt remains with the Crown and the presumption of innocence is not offended. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (Ont. Co. Ct.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (Sask. Q.B.); *R. v. Kupczyniski*, (June 23, 1982, unreported, Ont. Co. Ct.))

This same approach was relied on in *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (Ont. C.A.), a *Canadian Bill of Rights* decision on the presumption of innocence. In that case, a provision in the *Opium and Narcotic Drug Act*, R.S.C. 1952, c. 201, similar to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, was interpreted as shifting merely the secondary burden of adducing evidence onto the accused. The primary onus remained with the Crown. In *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (B.C.C.A.), the British Columbia Court of Appeal held that s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* had not been infringed because s. 33 of the *Food and Drugs Act*, (now R.S.C. 1970, c. F-27, s. 35) required only that an accused raise a reasonable doubt that the purpose of his or her possession was trafficking. This decision, however, was not followed in *R. v. Appleby*, [1972] S.C.R. 303, nor in *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (B.C.C.A.)

Those decisions which have held that only the secondary or evidentiary burden shifts are not persuasive with respect to the *Narcotic Control Act*. As Ritchie J. found in *R. v. Appleby*, *supra*, (though addressing a different statutory provision) the phrase "to establish" is the equivalent of "to prove". The legislature, by using the word "establish" in s. 8 of the *Narcotic Control Act*, intended to impose a legal burden on the accused. This is most apparent in the words "if the accused fails to establish that he was not in possession of the

parce qu'il impose à l'accusé une simple charge de présentation plutôt qu'une charge ultime. Le ministère public a toujours la charge ultime de prouver la culpabilité hors de tout doute raisonnable et il n'y a aucune atteinte à la présomption d'innocence. (*R. v. Therrien* (1982), 67 C.C.C. (2d) 31 (C. de comté Ont.); *R. v. Fraser* (1982), 138 D.L.R. (3d) 488 (B.R. Sask.); *R. v. Kupczyniski* (décision inédite en date du 23 juin 1982, C. de comté Ont.))

Ce même point de vue a été invoqué dans l'arrêt *R. v. Sharpe* (1961), 131 C.C.C. 75 (C.A. Ont.), où il était question de la présomption d'innocence, mais dans le contexte de la *Déclaration canadienne des droits*. Suivant l'interprétation qu'on a donnée dans cette affaire à une disposition de la *Loi sur l'opium et les drogues narcotiques*, S.R.C. 1952, chap. 201, cette disposition, qui était semblable à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, ne reportait sur l'accusé que la charge secondaire de produire des éléments de preuve. Quant à la charge principale, elle continuait d'incomber au ministère public. Dans l'arrêt *R. v. Silk*, [1970] 3 C.C.C. (2d) 1 (C.A.C.-B.), la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'il n'y avait pas eu violation de l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'art. 33 de la *Loi des aliments et drogues* (l'actuel S.R.C. 1970, chap. F-27, art. 35) exigeait simplement d'un accusé qu'il fasse naître un doute raisonnable sur la question de savoir s'il s'agissait d'une possession à des fins de trafic. Toutefois, cet arrêt n'a été suivi ni dans l'arrêt *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303, ni dans l'arrêt *R. v. Erdman* (1971), 24 C.R.N.S. 216 (C.A.C.-B.)

Les décisions établissant que seule la charge secondaire ou la charge de présentation est déplacée n'ont aucune force persuasive pour ce qui est de la *Loi sur les stupéfiants*. Comme l'a conclu le juge Ritchie dans l'arrêt *R. c. Appleby*, précité, (quoique relativement à une disposition législative différente), le terme «établir» équivaut à «prouver». En employant le mot «démontrer» à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, le législateur a voulu imposer à l'accusé une charge ultime. C'est ce qui ressort on ne peut plus clairement de la phrase

1986 CanLII 46 (SCC)

narcotic for the purpose of trafficking, he shall be convicted of the offence as charged".

In the *Appleby* case, Ritchie J. also held that the accused is required to disprove the presumed fact according to the civil standard of proof, on a balance of probabilities. He rejected the criminal standard of beyond a reasonable doubt, relying, *inter alia*, upon the following passage from the House of Lords' decision in *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, at p. 232:

> Generally speaking, no onus lies upon a defendant in criminal proceedings to prove or disprove any fact: it is sufficient for his acquittal if any of the facts which, if they existed, would constitute the offence with which he is charged are "not proved". But exceptionally, as in the present case, an enactment creating an offence expressly provides that if other facts are proved, a particular fact, the existence of which is a necessary factual ingredient of the offence, shall be presumed or deemed to exist "unless the contrary is proved". In such a case the consequence of finding that that particular fact is "disproved" will be an acquittal, whereas the absence of such a finding will have the consequence of a conviction. Where this is the consequence of a fact's being "disproved" there can be no grounds in public policy for requiring that exceptional degree of certainty as excludes all reasonable doubt that that fact does not exist. In their Lordships' opinion the general rule applies in such a case and it is sufficient if the court considers that upon the evidence before it it is more likely than not that the fact does not exist. The test is the same as that applied in civil proceedings: the balance of probabilities.

I conclude that s. 8 of the *Narcotic Control Act* contains a reverse onus provision imposing a legal burden on an accused to prove on a balance of probabilities that he or she was not in possession of a narcotic for the purpose of trafficking. It is therefore necessary to determine whether s. 8 of the *Narcotic Control Act* offends the right to be "presumed innocent until proven guilty" as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*.

suivante: «si l'accusé ne démontre pas qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic, il doit être déclaré coupable de l'infraction dont fait mention l'acte d'accusation».

Dans l'arrêt *Appleby*, le juge Ritchie a conclu en outre que l'accusé doit prouver l'inexistence du fait présumé selon la norme de preuve en matière civile, savoir celle de la prépondérance des probabilités. Il a rejeté la norme d'une preuve hors de tout doute raisonnable applicable en matière criminelle, en se fondant notamment sur le passage suivant tiré de l'arrêt de la Chambre des lords *Public Prosecutor v. Yuvaraj*, [1970] 2 W.L.R. 226, à la p. 232:

> [TRADUCTION] En règle générale, dans des procédures criminelles, le défendeur n'a pas à prouver ou à réfuter quelque fait que ce soit: pour qu'il soit acquitté, il suffit que l'un des faits qui, s'il existait, constituerait l'infraction dont il est accusé, «ne soit pas prouvé». Mais il arrive exceptionnellement, comme en l'espèce, que la loi créant une infraction prévoie expressément que si d'autres faits sont prouvés, un fait précis, dont l'existence constitue un élément essentiel de l'infraction, sera présumé ou réputé exister «à moins que le contraire ne soit prouvé». En pareil cas, la conclusion que ce fait précis est «réfuté» entraîne un acquittement, alors que l'absence d'une telle conclusion entraîne une déclaration de culpabilité. Lorsque c'est là le résultat de la «réfutation» d'un fait, il ne peut y avoir, dans l'intérêt public, de motif d'exiger un degré exceptionnel de certitude tel qu'il lève tout doute raisonnable que ce fait n'existe pas. À notre avis, en pareil cas, la règle générale s'applique et il suffit que la cour considère, compte tenu de la preuve à sa disposition, que le fait n'existe probablement pas. Le critère est le même que celui qui s'applique dans les procédures civiles: celui de la prépondérance des probabilités.

Je conclus que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contient une disposition qui inverse la charge de la preuve en imposant à l'accusé la charge ultime de prouver selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession d'un stupéfiant pour en faire le trafic. Il est donc nécessaire d'établir si l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* porte atteinte au droit d'un inculpé d'être «présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable», garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte*.

1986 CanLII 46 (SCC)

(b) The Presumption of Innocence and s. 11(*d*) of the *Charter*

Section 11(*d*) of the *Charter* constitutionally entrenches the presumption of innocence as part of the supreme law of Canada. For ease of reference, I set out this provision again:

11. Any person charged with an offence has the right

. . .

(*d*) to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal.

To interpret the meaning of s. 11(*d*), it is important to adopt a purposive approach. As this Court stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344:

The meaning of a right or freedom guaranteed by the *Charter* was to be ascertained by an analysis of the purpose of such a guarantee; it was to be understood, in other words, in the light of the interests it was meant to protect.

In my view this analysis is to be undertaken, and the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms . . . .

To identify the underlying purpose of the *Charter* right in question, therefore, it is important to begin by understanding the cardinal values it embodies.

The presumption of innocence is a hallowed principle lying at the very heart of criminal law. Although protected expressly in s. 11(*d*) of the *Charter*, the presumption of innocence is referable and integral to the general protection of life, liberty and security of the person contained in s. 7 of the *Charter* (see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, *per* Lamer J.) The presumption of innocence protects the fundamental liberty and human dignity of any and every person accused by the State of criminal conduct. An individual charged with a criminal offence faces grave social and personal consequences, including potential loss of physical liberty, subjection to

b) La présomption d'innocence et l'al. 11*d*) de la *Charte*

L'alinéa 11*d*) de la *Charte* enchâsse la présomption d'innocence dans la Constitution qui est la loi suprême du Canada. Par souci de commodité, je reproduis de nouveau cette disposition:

11. Tout inculpé a le droit:

. . .

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Il importe dans l'interprétation de l'al. 11*d*) de tenir compte de son objet. Comme l'a souligné cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344:

Le sens d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte* doit être vérifié au moyen d'une analyse de l'objet d'une telle garantie; en d'autres termes, ils doivent s'interpréter en fonction des intérêts qu'ils visent à protéger.

À mon avis, il faut faire cette analyse et l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers . . .

Par conséquent, pour identifier l'objet qui sous-tend le droit garanti par la *Charte* dont il est question en l'espèce, il est important de commencer par comprendre les valeurs fondamentales inhérentes à ce droit.

La présomption d'innocence est un principe consacré qui se trouve au cœur même du droit criminel. Bien qu'elle soit expressément garantie par l'al. 11*d*) de la *Charte*, la présomption d'innocence relève et fait partie intégrante de la garantie générale du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne, contenue à l'art. 7 de la *Charte* (voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, le juge Lamer). La présomption d'innocence a pour effet de sauvegarder la liberté fondamentale et la dignité humaine de toute personne que l'État accuse d'une conduite criminelle. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences

1986 CanLII 46 (SCC)

social stigma and ostracism from the community, as well as other social, psychological and economic harms. In light of the gravity of these consequences, the presumption of innocence is crucial. It ensures that until the State proves an accused's guilt beyond all reasonable doubt, he or she is innocent. This is essential in a society committed to fairness and social justice. The presumption of innocence confirms our faith in humankind; it reflects our belief that individuals are decent and law-abiding members of the community until proven otherwise.

The presumption of innocence has enjoyed long-standing recognition at common law. In the leading case, *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), Viscount Sankey wrote at pp. 481-82:

> Throughout the web of the English Criminal Law one golden thread is always to be seen, that it is the duty of the prosecution to prove the prisoner's guilt subject to what I have already said as to the defence of insanity and subject also to any statutory exception. If, at the end of and on the whole of the case, there is a reasonable doubt, created by the evidence given by either the prosecution or the prisoner, as to whether the prisoner killed the deceased with a malicious intention, the prosecution has not made out the case and the prisoner is entitled to an acquittal. No matter what the charge or where the trial, the principle that the prosecution must prove the guilt of the prisoner is part of the common law of England and no attempt to whittle it down can be entertained.

Subsequent Canadian cases have cited the *Woolmington* principle with approval (see, for example, *Manchuk v. The King*, [1938] S.C.R. 341, at p. 349; *R. v. City of Sault Ste. Marie*, [1978] 2 S.C.R. 1299, at p. 1316).

Further evidence of the widespread acceptance of the principle of the presumption of innocence is its inclusion in the major international human rights documents. Article 11(I) of the *Universal Declaration of Human Rights*, adopted December 10, 1948 by the General Assembly of the United Nations, provides:

sociales et personnelles, y compris la possibilité de privation de sa liberté physique, l'opprobre et l'ostracisme de la collectivité, ainsi que d'autres préjudices sociaux, psychologiques et économiques. Vu la gravité de ces conséquences, la présomption d'innocence revêt une importance capitale. Elle garantit qu'un accusé est innocent tant que l'État n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. Voilà qui est essentiel dans une société qui prône l'équité et la justice sociale. La présomption d'innocence confirme notre foi en l'humanité; elle est l'expression de notre croyance que, jusqu'à preuve contraire, les gens sont honnêtes et respectueux des lois.

La présomption d'innocence a depuis fort longtemps droit de cité en *common law*. Dans l'arrêt de principe *Woolmington v. Director of Public Prosecutions*, [1935] A.C. 462 (H.L.), le vicomte Sankey écrit aux pp. 481 et 482:

> [TRADUCTION] Dans toute la toile du droit criminel anglais se retrouve toujours un certain fil d'or, soit le devoir de la poursuite de prouver la culpabilité du prévenu, sous réserve de ce que j'ai déjà dit à propos de la défense excipant de l'aliénation mentale et sous réserve, également, de toute exception créée par la loi. Si, à l'issue des débats, la preuve produite, soit par la poursuite, soit par le prévenu, fait naître un doute raisonnable quant à savoir si ce dernier a tué la victime avec préméditation, la poursuite a échoué et le prévenu a droit à un acquittement. Peu importe la nature de l'accusation ou le lieu du procès, le principe obligeant la poursuite à prouver la culpabilité du prévenu est consacré dans la *common law* d'Angleterre et toute tentative d'y porter atteinte doit être repoussée.

Le principe posé dans l'arrêt *Woolmington* a par la suite été cité et approuvé dans des arrêts canadiens (voir, par exemple, *Manchuk v. The King*, [1938] R.C.S. 341, à la p. 349; *R. c. Ville de Sault Ste-Marie*, [1978] 2 R.C.S. 1299, à la p. 1316).

L'acceptation générale du principe de la présomption d'innocence ressort en outre de son inclusion dans les plus importants documents internationaux relatifs aux droits de la personne. Le paragraphe 11(I) de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, adoptée le 10 décembre 1948 par l'Assemblée générale des Nations Unies, dispose:

1986 CanLII 46 (SCC)

Article 11

I. Everyone charged with a penal offence has the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a public trial at which he has had all the guarantees necessary for his defence.

In the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 1966, art. 14(2) states:

Article 14

2. Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.

Canada acceded to this Covenant, and the Optional Protocol which sets up machinery for implementing the Covenant, on May 19, 1976. Both came into effect on August 19, 1976.

In light of the above, the right to be presumed innocent until proven guilty requires that s. 11(*d*) have, at a minimum, the following content. First, an individual must be proven guilty beyond a reasonable doubt. Second, it is the State which must bear the burden of proof. As Lamer J. stated in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, at p. 357:

> Section 11(*d*) imposes upon the Crown the burden of proving the accused's guilt beyond a reasonable doubt as well as that of making out the case against the accused before he or she need respond, either by testifying or calling other evidence.

Third, criminal prosecutions must be carried out in accordance with lawful procedures and fairness. The latter part of s. 11(*d*), which requires the proof of guilt "according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal", underlines the importance of this procedural requirement.

(c) Authorities on Reverse Onus Provisions and the Presumption of Innocence

Having considered the general meaning of the presumption of innocence, it is now, I think, desirable to review briefly the authorities on reverse onus clauses in Canada and other jurisdictions.

Article 11

I. Toute personne accusée d'un acte délictueux est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie au cours d'un procès public où toutes les garanties nécessaires à sa défense lui auront été assurées.

Le paragraphe 14(2) du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 1966, porte:

Article 14

2. Toute personne accusée d'une infraction pénale est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le Canada a adhéré à ce pacte ainsi qu'au Protocole facultatif prévoyant les modalités d'application du Pacte, le 19 mai 1976. Les deux sont entrés en vigueur le 19 août 1976.

Compte tenu de ce qui précède, le droit, prévu par l'al. 11*d*), d'être présumé innocent tant qu'on n'est pas déclaré coupable exige à tout le moins que, premièrement, la culpabilité soit établie hors de tout doute raisonnable et, deuxièmement, que ce soit à l'État qu'incombe la charge de la preuve. Comme l'affirme le juge Lamer dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, à la p. 357:

> L'alinéa 11*d*) impose à la poursuite le fardeau de démontrer la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable ainsi que de présenter sa preuve contre l'accusé avant que celui-ci n'ait besoin de répondre, soit en témoignant soit en citant d'autres témoins.

Troisièmement, les poursuites criminelles doivent se dérouler d'une manière conforme aux procédures légales et à l'équité. L'importance de ces dernières ressort de la dernière partie de l'al. 11*d*) qui pose comme exigence que la culpabilité soit établie «conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable».

c) Jurisprudence relative aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve et à la présomption d'innocence

Ayant étudié le sens général de la présomption d'innocence, je crois qu'il convient maintenant de passer brièvement en revue la jurisprudence canadienne et celle d'autres ressorts traitant des dispositions portant inversion de la charge de la preuve.

1986 CanLII 46 (SCC)

(i) The *Canadian Bill of Rights* Jurisprudence

Section 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, which safeguards the presumption of innocence, provides:

> **2.** Every law of Canada shall, unless it is expressly declared by an Act of the Parliament of Canada that it shall operate notwithstanding the *Canadian Bill of Rights*, be so construed and applied as not to abrogate, abridge or infringe or to authorize the abrogation, abridgment or infringement of any of the rights or freedoms herein recognized and declared, and in particular, no law of Canada shall be construed or applied so as to
>
> . . .
>
> (*f*) deprive a person charged with a criminal offence of the right to be presumed innocent until proved guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal . . . .

The wording of this section closely parallels that of s. 11(*d*). For this reason, one of the Crown's primary contentions is that the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence should be determinative of the outcome of the present appeal.

The leading case decided under s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* and relied on by the Crown, is *R. v. Appleby*, *supra*. In that case, the accused had challenged s. 224A(1)(*a*) (now s. 237(1)(*a*)) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which imposes a burden upon an accused to prove that he or she, though occupying the driver's seat, did not enter the vehicle for the purpose of setting it in motion and did not, therefore, have care and control. This Court rejected the arguments of the accused that s. 2(*f*) had been violated; it relied on the *Woolmington* case which held that the presumption of innocence was subject to "statutory exceptions". As Ritchie J. stated in his judgment for the majority at pp. 315-16:

> It seems to me, therefore, that if *Woolmington's* case is to be accepted, the words "presumed innocent until proved guilty according to law . . . " as they appear in

(i) Jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*

L'alinéa 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui protège la présomption d'innocence, est ainsi rédigé:

> **2.** Toute loi du Canada, à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la *Déclaration canadienne des droits*, doit s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre l'un quelconque des droits ou des libertés reconnus et déclarés aux présentes, ni à en autoriser la suppression, la diminution ou la transgression, et en particulier, nulle loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer comme
>
> . . .
>
> *f*) privant une personne accusée d'un acte criminel du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa culpabilité ait été établie en conformité de la loi, après une audition impartiale et publique de sa cause par un tribunal indépendant et non préjugé
>
> . . .

Le texte de cette disposition se rapproche de celui de l'al. 11*d*). Pour cette raison, le ministère public avance parmi ses arguments principaux que ce pourvoi doit être tranché en fonction de la jurisprudence relative à la *Déclaration canadienne des droits*.

L'arrêt de principe portant sur l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, invoqué par le ministère public, est l'arrêt *R. c. Appleby*, précité. Dans cette affaire, l'accusé avait contesté la validité de l'al. 224A(1)*a*) (l'actuel al. 237(1)*a*)) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, qui impose à l'accusé la charge de prouver que, même s'il occupait la place du conducteur d'un véhicule à moteur, il n'était pas entré dans ce véhicule afin de le mettre en marche et que, par conséquent, il n'en n'avait ni la garde ni le contrôle. Cette Cour avait rejeté les arguments de l'accusé portant qu'il y avait eu violation de l'al. 2*f*); elle s'était alors fondée sur l'arrêt *Woolmington* qui établit qu'on peut par voie de disposition législative déroger à la présomption d'innocence. Comme l'a dit le juge Ritchie dans les motifs qu'il a rédigés au nom de la majorité, aux pp. 315 et 316:

> Par conséquent, il me semble que si l'on doit accepter l'affaire *Woolmington*, les termes «du droit à la présomption d'innocence jusqu'à ce que la preuve de sa

1986 CanLII 46 (SCC)

s. 2(*f*) of the *Bill of Rights*, must be taken to envisage a law which recognizes the existence of statutory exceptions reversing the onus of proof with respect to one or more ingredients of an offence in cases where certain specific facts have been proved by the Crown in relation to such ingredients.

In a concurring opinion, Laskin J. (as he then was) put forward an alternative test. He chose not to follow Ritchie J.'s approach of reading a statutory exception limitation into the phrase "according to law" in s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*, and said at p. 317:

> I do not construe s. 2(*f*) as self-defeating because of the phrase "according to law" which appears therein. Hence, it would be offensive to s. 2(*f*) for a federal criminal enactment to place upon the accused the ultimate burden of establishing his innocence with respect to any element of the offence charged. The "right to be presumed innocent", of which s. 2(*f*) speaks, is, in popular terms, a way of expressing the fact that the Crown has the ultimate burden of establishing guilt; if there is any reasonable doubt at the conclusion of the case on any element of the offence charged, an accused person must be acquitted. In a more refined sense, the presumption of innocence gives an accused the initial benefit of a right of silence and the ultimate benefit (after the Crown's evidence is in and as well any evidence tendered on behalf of the accused) of any reasonable doubt: see *Coffin* v. *U.S.* (1895), 156 U.S. 432 at 452.

Nevertheless, Laskin J. went on to hold that the presumption of innocence is not violated by "any statutory or non-statutory burden upon an accused to adduce evidence to neutralize, or counter on a balance of probabilities, the effect of evidence presented by the Crown" (p. 318). The test, according to Laskin J., is whether the legislative provision calls for a finding of guilt even though there is a reasonable doubt as to the culpability of the accused. This would seem to prohibit the imposition of any legal burden on the accused; however, Laskin J. upheld a statutory provision which would appear to have done precisely that.

In a subsequent case, *R. v. Shelley*, *supra*, involving a reverse onus provision regarding

culpabilité ait été établie en conformité de la loi . . . » à l'art. 2(*f*) de la *Déclaration des droits*, doivent être interprétés comme envisageant une loi qui reconnaît l'existence d'exceptions légales déplaçant le fardeau de la preuve en ce qui concerne un élément ou plus d'une infraction, lorsque certains faits précis ont été prouvés par la Couronne relativement à ces éléments.

Dans ses motifs concordants, le juge Laskin (alors juge puîné) a proposé un autre critère. En effet, à la différence du juge Ritchie, il a choisi de ne pas considérer comme une exception légale l'expression «en conformité de la loi» à l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* et, à la p. 317, il a dit ce qui suit:

> Je ne considère pas que l'art. 2(*f*) s'annule lui-même à cause de l'expression «en conformité de la loi» qui y figure. Ainsi, une loi fédérale, en matière criminelle, qui imposerait à l'accusé l'obligation ultime de prouver son innocence relativement à tout élément de l'accusation portée contre lui, enfreindrait l'art. 2(*f*). Le «droit à la présomption d'innocence» dont parle l'art. 2(*f*) signifie, en termes populaires, que le fardeau ultime d'établir la culpabilité incombe au ministère public. Si, à la fin des plaidoiries, il existe un doute raisonnable relativement à tout élément de l'accusation, le prévenu doit être acquitté. Plus précisément, la présomption d'innocence donne au prévenu l'avantage initial du droit au silence et l'avantage ultime (après la présentation de la preuve du ministère public et de toute autre preuve pour le compte du prévenu) de tout doute raisonnable: voir *Coffin* v. *U.S.* (1895), 156 U.S. 432 à 452.

Néanmoins, le juge Laskin a ajouté qu'il n'y a pas de violation de la présomption d'innocence du fait «qu'un prévenu puisse avoir, en vertu d'une loi ou non, l'obligation de présenter une preuve pour neutraliser ou contrecarrer, par une balance des probabilités, l'effet de la preuve du ministère public» (à la p. 318). Selon le juge Laskin, le critère est de savoir si la disposition législative exige une déclaration de culpabilité même s'il subsiste un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé. Cela semblerait donc s'opposer à ce qu'une charge ultime soit imposée à l'accusé. Cependant, le juge Laskin a conclu à la validité d'une disposition législative qui paraît avoir eu précisément cet effet.

Par la suite, dans l'arrêt *R. c. Shelley*, précité, où il s'agissait d'une disposition qui inversait la

1986 CanLII 46 (SCC)

unlawful importation, Laskin C.J. discussed further the views he had articulated in *Appleby* at p. 200:

> This Court held in *R. v. Appleby* that a reverse onus provision, which goes no farther than to require an accused to offer proof on a balance of probabilities, does not necessarily violate the presumption of innocence under s. 2(*f*). It would, of course, be clearly incompatible with s. 2(*f*) for a statute to put upon an accused a reverse onus of proving a fact in issue beyond a reasonable doubt. In so far as the onus goes no farther than to require an accused to prove as essential fact upon a balance of probabilities, the essential fact must be one which is rationally open to the accused to prove or disprove, as the case may be. If it is one which an accused cannot reasonably be expected to prove, being beyond his knowledge or beyond what he may reasonably be expected to know, it amounts to a requirement that is impossible to meet.

In addition, Laskin C.J. sowed the seeds for the development of a "rational connection test" for determining the validity of a reverse onus provision when he stated at p. 202:

> It is evident to me in this case that there is on the record no rational or necessary connection between the fact proved, *i.e.* possession of goods of foreign origin, and the conclusion of unlawful importation which the accused under s. 248(1) must, to avoid conviction, disprove.

Although there are important lessons to be learned from the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence, it does not constitute binding authority in relation to the constitutional interpretation of the *Charter*. As this Court held in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, the *Charter*, as a constitutional document, is fundamentally different from the statutory *Canadian Bill of Rights*, which was interpreted as simply recognizing and declaring existing rights. (See also *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 *per* Wilson J.; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613, *per* Le Dain J.) In rejecting the *Canadian Bill of Rights* religion cases as determinative of the meaning of freedom of religion under the

charge de la preuve en matière d'importation illégale, le juge en chef Laskin a développé davantage l'opinion qu'il avait exprimée dans l'arrêt *Appleby* (à la p. 200):

> Dans l'arrêt *R. c. Appleby*, cette Cour a décidé qu'une disposition qui prévoit le déplacement du fardeau de la preuve et qui n'exige rien de plus d'un accusé que la preuve selon la prépondérance des probabilités, ne viole pas nécessairement la présomption d'innocence de l'al. 2*f*). Bien sûr, il serait vraiment incompatible avec l'al. 2*f*) qu'une loi oblige un accusé à prouver hors de tout doute raisonnable un fait en litige. Tant que le fardeau n'exige pas d'un accusé plus que la preuve d'un fait essentiel selon la prépondérance des probabilités, il doit s'agir d'un fait essentiel que l'accusé est en mesure d'établir ou de réfuter selon le cas. S'il s'agit d'un fait que l'accusé ne peut raisonnablement être en mesure de prouver, soit qu'il l'ignore ou qu'il ne peut raisonnablement être en mesure de le connaître, cela équivaut à une exigence impossible à remplir.

De plus, le juge en chef Laskin a jeté les bases de l'élaboration d'un «critère du lien rationnel» applicable à la détermination de la validité d'une disposition portant inversion de la charge de la preuve. À la page 202, il tient les propos suivants:

> Il me paraît évident en l'espèce qu'il n'y a au dossier aucun lien rationnel ou nécessaire entre le fait prouvé, c.-à-d. la possession de marchandises d'origine étrangère, et la conclusion d'importation illégale que l'accusé doit réfuter en vertu du par. 248(1) pour ne pas être déclaré coupable.

Quoique la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits* soit très instructive, elle n'est nullement déterminante en ce qui concerne l'interprétation constitutionnelle de la *Charte*. Comme cette Cour l'a conclu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, la *Charte*, en tant que document constitutionnel, diffère fondamentalement du texte législatif qu'est la *Déclaration canadienne des droits*, lequel a été interprété comme ne faisant que reconnaître et déclarer l'existence de droits déjà existants. (Voir également *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, le juge Wilson; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613, le juge Le Dain.) En affirmant dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* que les affaires en matière religieuse décidées sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* ne sauraient être déterminantes quant au sens qui

1986 CanLII 46 (SCC)

Charter in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, the Court had occasion to say at pp. 343-44:

> I agree with the submission of the respondent that the *Charter* is intended to set a standard upon which present as well as future legislation is to be tested. Therefore the meaning of the concept of freedom of conscience and religion is not to be determined solely by the degree to which that right was enjoyed by Canadians prior to the proclamation of the *Charter*. For this reason, *Robertson and Rosetanni*, *supra*, cannot be determinative of the meaning of "freedom of conscience and religion" under the *Charter*. We must look, rather, to the distinctive principles of constitutional interpretation appropriate to expounding the supreme law of Canada.

With this in mind, one cannot but question the appropriateness of reading into the phrase "according to law" in s. 11(*d*) of the *Charter* the statutory exceptions acknowledged in *Woolmington* and in *Appleby*. The *Woolmington* case was decided in the context of a legal system with no constitutionally entrenched human rights document. In Canada, we have tempered parliamentary supremacy by entrenching important rights and freedoms in the Constitution. Viscount Sankey's statutory exception proviso is clearly not applicable in this context and would subvert the very purpose of the entrenchment of the presumption of innocence in the *Charter*. I do not, therefore, feel constrained in this case by the interpretation of s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* presented in the majority judgment in *Appleby*. Section 8 of the *Narcotic Control Act* is not rendered constitutionally valid simply by virtue of the fact that it is a statutory provision.

(ii) *Canadian Charter* Jurisprudence

In addition to the present case, there have been a number of other provincial appellate level judgments addressing the meaning of the presumption of innocence contained in s. 11(*d*). This jurisprudence provides a comprehensive and persuasive source of insight into the questions raised in this appeal. In particular, six appellate level courts, in addition to the Ontario Court of Appeal, have held

doit être donné à la liberté de religion garantie par la *Charte*, la Cour a dit, aux pp. 343 et 344:

> Je suis d'accord avec l'intimée que la *Charte* vise à établir une norme en fonction de laquelle les lois actuelles et futures seront appréciées. Donc, le sens du concept de la liberté de conscience et de religion ne doit pas être déterminé uniquement en fonction de la mesure dans laquelle les Canadiens jouissaient de ce droit avant la proclamation de la *Charte*. Pour cette raison, l'arrêt *Robertson and Rosetanni*, précité, ne peut être déterminant quant au sens qui doit être donné à la «liberté de conscience et de religion» garantie par la *Charte*. Il nous faut plutôt recourir aux principes distinctifs d'interprétation constitutionnelle applicables à la loi suprême du Canada.

Dans ce contexte, on ne peut que se demander s'il est approprié de voir dans l'expression «conformément à la loi» figurant à l'art. 11*d*) de la *Charte* les exceptions légales reconnues dans les arrêts *Woolmington* et *Appleby*. L'arrêt *Woolmington* est le produit d'un système juridique dans lequel les droits de la personne ne sont pas enchâssés dans un document constitutionnel. Au Canada, par contre, nous avons tempéré la primauté du Parlement par l'enchâssement de libertés et de droits importants dans la Constitution. La réserve des exceptions légales établie par le vicomte Sankey ne s'applique manifestement pas dans le contexte canadien, car elle irait à l'encontre de l'objet même de l'enchâssement de la présomption d'innocence dans la *Charte*. C'est pourquoi je ne me sens pas lié en l'espèce par l'interprétation qu'a donnée à l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* la Cour à la majorité dans l'arrêt *Appleby*. L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* n'est pas constitutionnel du seul fait qu'il s'agit d'une disposition législative.

(ii) Jurisprudence relative à la *Charte canadienne*

Outre l'espèce, il y a eu plusieurs autres arrêts de cours d'appel provinciales qui ont traité du sens de la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Ils constituent une jurisprudence détaillée et persuasive qui nous éclaire sur les questions soulevées dans le présent pourvoi. En particulier, outre la Cour d'appel de l'Ontario, six autres cours d'appel ont conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

1986 CanLII 46 (SCC)

that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Charter*: *R. v. Carroll*, *supra*; *R. v. Cook*, *supra*; *R. v. O'Day*, *supra*; *R. v. Stanger*, *supra*; *R. v. Landry*, *supra*; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (B.C.C.A.)

Following the decision of the Ontario Court of Appeal in the present case, the Prince Edward Island Supreme Court (*in banco*) rendered its decision in *R. v. Carroll*, *supra*. Writing for the majority, MacDonald J. held at p. 105:

> Unless a provision falls within s. 1 of the Charter, there cannot be a requirement that an accused must prove an essential positive element of the Crown's case other than by raising a reasonable doubt. The presumption of innocence cannot be said to exist if by shifting the persuasive burden the court is required to convict even if a reasonable doubt may be said to exist.

In a concurring judgment, Mitchell J. commented at pp. 107-08:

> Section 11(*d*) gives an accused person the right to be presumed innocent until proven guilty. It follows that if an accused is to be presumed innocent until proven guilty, he must not be convicted unless and until the Crown has proven each and all of the elements necessary to constitute the crime.

Applying these legal conclusions to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, the Court held that s. 11(*d*) had been violated. As Mitchell J. stated at p. 108:

> Under s. 8 an accused is not presumed innocent until proven guilty. He is only presumed innocent until found in possession. Once the Crown proves the accused had possession of the narcotic, he is presumed to be guilty of an intention to traffic until he proves otherwise.

The Nova Scotia Supreme Court, Appellate Division, also concluded that s. 8 is an unconstitutional violation of the s. 11(*d*) presumption of innocence in its decision in *R. v. Cook*, *supra*. After reviewing *R. v. Oakes*, *supra*, and *R. v. Carroll*, *supra*, Hart J.A. concluded at pp. 435-36:

va à l'encontre de la *Charte*: *R. v. Carroll*, précité; *R. v. Cook*, précité; *R. v. O'Day*, précité; *R. v. Stanger*, précité; *R. v. Landry*, précité; *R. v. Stock* (1983), 10 C.C.C. (3d) 319 (C.A.C.-B.)

À la suite de l'arrêt rendu par la Cour d'appel de l'Ontario dans la présente affaire, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard (*in banco*) a rendu l'arrêt *R. v. Carroll*, précité. Le juge MacDonald, qui a rédigé les motifs de la majorité, conclut, à la p. 105:

> [TRADUCTION] À moins qu'une disposition ne relève de l'art. 1 de la Charte, on ne peut exiger d'un accusé qu'il établisse un élément positif essentiel de la preuve du ministère public, si ce n'est en faisant naître un doute raisonnable. On ne peut pas dire que la présomption d'innocence existe si, en raison du déplacement de la charge de persuasion, la cour est tenue de rendre un verdict de culpabilité même si on peut dire qu'il existe un doute raisonnable.

Dans des motifs concordants, le juge Mitchell explique, aux pp. 107 et 108:

> [TRADUCTION] L'alinéa 11*d*) reconnaît à tout accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. Il s'ensuit que, si un accusé doit être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, aucun verdict de culpabilité ne doit être rendu, à moins que le ministère public n'ait établi chacun des éléments constitutifs du crime.

Appliquant ces conclusions de droit à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*, la cour a conclu à la violation de l'al. 11*d*). Comme l'affirme le juge Mitchell, à la p. 108:

> [TRADUCTION] Sous le régime de l'art. 8, un accusé n'est pas présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable. La présomption d'innocence ne joue que jusqu'au moment où l'on conclut qu'il était en possession d'un stupéfiant. Dès lors que le ministère public établit que l'accusé avait le stupéfiant en sa possession, il est, jusqu'à preuve contraire, présumé avoir eu l'intention de se livrer au trafic.

Dans l'arrêt *R. v. Cook*, précité, la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a elle aussi jugé inconstitutionnel l'art. 8 du fait qu'il porte atteinte à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Après avoir examiné les arrêts *R. v. Oakes* et *R. v. Carroll*, précités, le juge Hart conclut, aux pp. 435 et 436:

1986 CanLII 46 (SCC)

Section 8 of the *Narcotic Control Act* is a piece of legislation that attempts to relieve the Crown of its normal burden of proof by use of what is known as a reverse onus. Different types of reverse onus have been known to the law and proof of a case with the aid of a reverse onus can in my opinion, fall into the wording of s. 11(*d*) of the *Charter* as being proof "according to law" .... I know of no justification, however, for holding that it would be "according to law" to allow use of a reverse onus clause which permitted the Crown the assistance of a provision which relieved it from calling any probative evidence to establish one of the essential elements of an offence.

[TRADUCTION] L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* tente, par le recours à ce qu'il est convenu d'appeler une inversion de la charge de la preuve, de dégager le ministère public de son fardeau normal en matière de preuve. On a connu en droit différents types de dispositions portant inversion de la charge de la preuve et, selon moi, une preuve établie à l'aide d'une telle disposition peut être visée par le texte de l'al. 11*d*) de la *Charte*, comme ayant été faite «conformément à la loi» ... Toutefois, à ce que je sache, rien ne justifie la conclusion qu'il serait «conforme à la loi» d'autoriser le recours à une disposition portant inversion de la charge de la preuve qui permet au ministère public de s'aider d'une disposition qui le dispense de produire une preuve probante quelconque visant à établir l'un des éléments essentiels d'une infraction.

Although concurring in result, Jones J.A. maintained that the reasonableness test should be applied with respect to s. 1 and not with respect to the words "according to law" in s. 11(*d*).

Le juge Jones, quoique souscrivant à la conclusion de ses collègues, a soutenu que le critère du caractère raisonnable doit s'appliquer à l'égard de l'article premier et non pas à l'égard de l'expression «conformément à la loi» que l'on trouve à l'al. 11*d*).

The test of reasonableness should be available in considering the secondary question under s. 1 of the Charter. It is important that the burden of proof should be on the Crown to show that a statute which violates s. 11(*d*) of the Charter is demonstrably justified in a free and democratic society. (p. 439)

[TRADUCTION] On doit pouvoir recourir au critère du caractère raisonnable dans l'examen de la question secondaire soulevée par l'article premier de la Charte. Il importe que ce soit au ministère public qu'il incombe de prouver qu'une loi qui viole l'al. 11*d*) de la Charte est manifestement justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. (p. 439)

In *R. v. O'Day*, *supra*, the New Brunswick Court of Appeal struck down s. 8 of the *Narcotic Control Act* and registered its agreement with the three earlier provincial appellate level courts.

Dans l'arrêt *R. v. O'Day*, précité, la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a déclaré inconstitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* et a exprimé son approbation des trois arrêts antérieurs rendus par des cours d'appel provinciales.

The Alberta Court of Appeal in *R. v. Stanger*, *supra*, also found s. 8 unconstitutional; however, the court was not unanimous in this conclusion. On the meaning of s. 11(*d*), Stevenson J.A., writing for the majority, paraphrased Martin J.A.'s comment in *Oakes* and stated at p. 351 that the presumption of innocence meant "first, that an accused is innocent until proven guilty in accordance with established procedure, and secondly, that guilt must be proven beyond a reasonable doubt". Mr. Justice Stevenson also cited MacDonald J.'s comment in *Carroll* that the presumption of innocence is maintained "as long as the prosecution has the final burden of establishing

La Cour d'appel de l'Alberta, dans l'arrêt *R. v. Stanger*, précité, a également conclu à l'inconstitutionnalité de l'art. 8; cette conclusion n'a toutefois pas été unanime. En ce qui concerne le sens de l'al. 11*d*), le juge Stevenson, qui a rédigé les motifs de la majorité, a paraphrasé les observations faites par le juge Martin dans l'arrêt *Oakes*, disant à la p. 351 que la présomption d'innocence signifie [TRADUCTION] «en premier lieu, qu'un accusé est innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la procédure établie et, en deuxième lieu, que la culpabilité doit être prouvée hors de tout doute raisonnable». De plus, le juge Stevenson a cité l'observation du juge MacDonald dans l'ar-

1986 CanLII 46 (SCC)

guilt, on any element of the offence charged, beyond a reasonable doubt" (*supra*, p. 98).

I should add that the majority, in *Stanger*, correctly rejected the applicability of the Privy Council decision in *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. That case concerned constitutional provisions of Singapore which are significantly different from those of the *Charter*; in particular, they do not contain an explicit endorsement of the presumption of innocence. Moreover, the Privy Council did not read this principle into the general due process protections of the Constitution of Singapore.

In *R. v. Landry*, *supra*, the Quebec Court of Appeal invalidated s. 8 of the *Narcotic Control Act* and extended its conclusions to s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights*. As Malouf J.A. stated at p. 561:

> Both the *Bill of Rights* and the Charter recognize the right of an accused to be presumed innocent until proven guilty according to law. I cannot accept that such a basic and fundamental principle can be set aside by such a reverse onus provision.

Finally, in a very brief judgment, *R. v. Stock*, *supra*, the British Columbia Court of Appeal concurred with the Court of Appeal decisions reviewed above, endorsing in particular the Ontario Court of Appeal decision in *Oakes*. An earlier British Columbia Court of Appeal opinion, *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661 (B.C.C.A.), had dismissed an appeal from a ruling which had upheld the constitutionality of s. 8 of the *Narcotic Control Act*; however, the basis for the denial of the appeal was procedural. The court did not assess the constitutionality of s. 8 in relation to the presumption of innocence.

There have also been a number of cases in which the meaning of s. 11(*d*) has been considered in

rêt *Carroll*, précité, portant que la présomption d'innocence vaut [TRADUCTION] «tant que la poursuite a la charge ultime d'établir hors de tout doute raisonnable . . . la culpabilité relativement à tout élément de l'infraction imputée» (précité, à la p. 98).

Je tiens à ajouter que c'est avec raison que, dans l'arrêt *Stanger*, la cour à la majorité a jugé inapplicable l'arrêt du Conseil privé *Ong Ah Chuan v. Public Prosecutor*, [1981] A.C. 648. Cette affaire concernait des dispositions de la Constitution de Singapour qui sont sensiblement différentes de celles de la *Charte*; en particulier, elles ne contiennent pas de reconnaissance explicite de la présomption d'innocence. De plus, le Conseil privé n'a pas estimé que ce principe était inhérent aux dispositions générales de la Constitution de Singapour garantissant le caractère équitable des procédures.

Dans l'arrêt *R. v. Landry*, précité, la Cour d'appel du Québec a déclaré invalide l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Les conclusions de la cour portaient en outre sur l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits*, le juge Malouf faisant remarquer, à la p. 561:

> [TRADUCTION] La *Déclaration des droits* et la Charte reconnaissent toutes deux à l'accusé le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Je ne puis admettre qu'un principe aussi élémentaire et fondamental puisse être écarté par une telle disposition portant inversion de la charge de la preuve.

Finalement, dans l'arrêt très bref *R. v. Stock*, précité, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique s'est dite d'accord avec les arrêts de cours d'appel que nous venons d'examiner, approuvant en particulier l'arrêt *Oakes* de la Cour d'appel de l'Ontario. Dans l'arrêt antérieur *Re Anson and The Queen* (1983), 146 D.L.R. (3d) 661, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique avait rejeté l'appel d'une décision qui avait jugé constitutionnel l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Cependant, ce rejet était fondé sur des motifs de procédure. La cour n'a pas examiné la constitutionnalité de l'art. 8 en fonction de la présomption d'innocence.

Il y a eu en outre plusieurs arrêts dans lesquels le sens de l'al. 11*d*) a été étudié en fonction

1986 CanLII 46 (SCC)

relation to other legislative provisions; see, for example, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (Ont. C.A.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (B.C.C.A.), leave to appeal to S.C.C. granted; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (Ont. C.A.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (N.S.C.A.); *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (Man. C.A.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (Man. C.A.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (Ont. C.A.)

To summarize, the Canadian *Charter* jurisprudence on the presumption of innocence in s. 11(*d*) and reverse onus provisions appears to have solidly accorded a high degree of protection to the presumption of innocence. Any infringements of this right are permissible only when, in the words of s. 1 of the *Charter*, they are reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

(iii) United States Jurisprudence

In the United States, protection of the presumption of innocence is not explicit. Rather, it has been read into the "due process" provisions of the *American Bill of Rights* contained in the Fifth and Fourteenth Amendments of the *Constitution of the United States of America*. An extensive review of the United States case law is provided in Martin J.A.'s judgment for the Ontario Court of Appeal. I will, therefore, merely highlight the major jurisprudential developments.

In *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), Roberts J. outlined the following test at pp. 467-68:

> ... a statutory presumption cannot be sustained if there be no rational connection between the fact proved and the ultimate fact presumed, if the inference of the one from proof of the other is arbitrary because of lack of connnection between the two in common experience.

The comparative convenience of producing evidence was also acknowledged as a corollary test. The case involved a presumption to be drawn,

d'autres dispositions législatives; voir, par exemple, *R. v. Holmes* (1983), 41 O.R. (2d) 250 (C.A. Ont.); *R. v. Whyte* (1983), 10 C.C.C. (3d) 277 (C.A.C.-B.), autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada accordée; *R. v. Lee's Poultry Ltd.* (1985), 17 C.C.C. 539 (C.A. Ont.); *R. v. T.* (1985), 18 C.C.C. (3d) 125 (C.A.N.-É.); *R. v. Kowalczuk* (1983), 5 C.C.C. (3d) 25 (C.A. Man.); *R. v. Schwartz* (1983), 10 C.C.C. (3d) 34 (C.A. Man.); *Re Boyle and The Queen* (1983), 41 O.R. (2d) 713 (C.A. Ont.)

En résumé, la jurisprudence canadienne relative à la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*) de la *Charte* et aux dispositions portant inversion de la charge de la preuve paraît avoir accordé un très haut degré de protection à la présomption d'innocence. Il ne peut y avoir atteinte à ce droit que, comme le dit l'article premier de la *Charte*, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

(iii) Jurisprudence américaine

Aux États-Unis, la présomption d'innocence n'est pas expressément protégée. Au contraire, on a considéré qu'elle découle implicitement des dispositions de l'*American Bill of Rights* relatives au «caractère équitable des procédures», que contiennent les Cinquième et Quatorzième amendements de la *Constitution of the United States of America*. On trouve, dans les motifs que le juge Martin a rédigés pour la Cour d'appel de l'Ontario, un examen approfondi de la jurisprudence américaine, dont je ne soulignerai en conséquence que les points saillants.

Dans la décision *Tot v. United States*, 319 U.S. 463 (1943), le juge Roberts formule le critère suivant, aux pp. 467 et 468:

> [TRADUCTION] ... une présomption légale ne saurait jouer s'il n'existe pas de lien rationnel entre le fait prouvé et le fait ultime présumé, si la conclusion à l'existence de l'un à partir de la preuve de l'autre est arbitraire parce que l'expérience générale ne démontre pas de lien entre ces deux faits.

De plus, on a reconnu comme critère accessoire la facilité relative avec laquelle des éléments de preuve peuvent être produits. Dans cette affaire, il

1986 CanLII 46 (SCC)

from the possession of firearms by a person convicted of a previous crime of violence, that the firearms were illegally obtained through interstate or foreign commerce. Of note was Roberts J.'s comment that even if a rational connection had been proved, the statutory presumption could not be sustained because of the prejudical reliance on a past conviction as part of the basic fact. The accused would be discredited in the eyes of the jury even before he attempted to disprove the presumed fact.

In *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), Harlan J. articulated a more stringent test for invalidity at p. 36:

> ... a criminal statutory presumption must be regarded as "irrational" or "arbitrary", and hence unconstitutional, unless it can at least be said with substantial assurance that the presumed fact is more likely than not to flow from the proved fact on which it is made to depend.

Harlan J. also noted that since the statutory presumption was invalid under the above test, "we need not reach the question whether a criminal presumption which passes muster when so judged must also satisfy the criminal 'reasonable doubt' standard if proof of the crime charged or an essential element thereof depends upon its use" (footnote 64).

The United States Supreme Court did answer this question in *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). It held that where a mandatory criminal presumption was imposed by statute, the State may not "rest its case entirely on a presumption unless the fact proved is sufficient to support the inference of guilt beyond a reasonable doubt" (p. 167). A mere rational connection is insufficient. This case illustrates the high degree of constitutional protection accorded the principle that an accused must be found guilty beyond a reasonable doubt. The

s'agissait d'une présomption, fondée sur la possession d'armes à feu par une personne ayant déjà été déclarée coupable d'un crime violent, que ces armes à feu avaient été illégalement obtenues par le commerce international ou entre états. Soulignons ici que le juge Roberts a fait observer que, même si on avait prouvé l'existence d'un lien rationnel, la présomption légale ne pouvait s'appliquer parce que le fait établi sur lequel on se fondait comportait une déclaration de culpabilité antérieure, préjudiciable à l'accusé. Ce dernier serait donc discrédité aux yeux du jury avant même qu'il n'essaie de réfuter le fait présumé.

Dans la décision *Leary v. United States*, 395 U.S. 6 (1969), à la p. 36, le juge Harlan formule un critère plus sévère pour conclure à l'invalidité:

> [TRADUCTION] ... une présomption légale en matière criminelle doit être tenue pour «irrationnelle» ou «arbitraire» et, partant inconstitutionnelle, à moins qu'on ne puisse affirmer avec beaucoup de certitude que le fait présumé découle probablement du fait établi dont il est censé dépendre.

Le juge Harlan a fait remarquer en outre que, vu l'invalidité de la présomption légale selon le critère énoncé ci-dessus, [TRADUCTION] «nous n'avons pas à nous pencher sur la question de savoir si une présomption en matière criminelle qui répond à ce critère doit aussi satisfaire à la norme du «doute raisonnable», applicable dans les affaires criminelles, lorsque la preuve du crime imputé ou d'un élément essentiel de celui-ci dépend de l'application de cette présomption» (note 64).

La Cour suprême des États-Unis a répondu à cette question dans l'arrêt *County Court of Ulster County, New York v. Allen*, 442 U.S. 140 (1979). Elle a conclu que, lorsqu'une loi crée une présomption impérative en matière criminelle, l'État ne peut [TRADUCTION] «fonder sa preuve entièrement sur une présomption, à moins que le fait prouvé ne suffise pour justifier la conclusion que l'accusé est coupable hors de tout doute raisonnable» (à la p. 167). Un simple lien rationnel ne suffit pas. Cet arrêt démontre donc le haut degré de protection constitutionnelle accordée au principe selon lequel la culpabilité d'un accusé doit être établie hors de tout doute raisonnable. La raison d'être de ce principe a été bien exprimée par le juge Brennan

1986 CanLII 46 (SCC)

rationale for this is well stated by Brennan J. in *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), at pp. 363-64:

The requirement of proof beyond a reasonable doubt has this vital role in our criminal procedure for cogent reasons. The accused during a criminal prosecution has at stake interests of immense importance, both because of the possibility that he may lose his liberty upon conviction and because of the certainty that he would be stigmatized by the conviction. Accordingly, a society that values the good name and freedom of every individual should not condemn a man for commission of a crime when there is reasonable doubt about his guilt.

(iv) *European Convention on Human Rights* Jurisprudence

As mentioned above, international developments in human rights law have afforded protection to the principle of the presumption of innocence. The jurisprudence on *The European Convention on Human Rights* includes a consideration of the legitimacy of reverse onus provisions. Section 6(2) of *The European Convention on Human Rights* reads:

Article 6

2. Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.

The meaning of s. 6(2) was clarified in the *Pfunders Case* (*Austria v. Italy*) (1963), 6 Yearbook E.C.H.R. 740, at p. 782 and p. 784:

This text, according to which everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law, requires firstly that court judges in fulfilling their duties should not start with the conviction or assumption that the accused committed the act with which he is charged. In other words, the onus to prove guilt falls upon the Prosecution, and any doubt is to the benefit of the accused. Moreover, the judges must permit the latter to produce evidence in rebuttal. In their judgment they can find him guilty only on the basis of direct or indirect evidence sufficiently strong in the eyes of the law to establish his guilt.

dans l'arrêt *In Re Winship*, 397 U.S. 358 (1970), aux pp. 363 et 364:

[TRADUCTION] Si l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable joue dans notre procédure criminelle un rôle si vital, il y a de très bonnes raisons à cela. Pour un accusé qui fait face à des poursuites criminelles, l'enjeu revêt une importance capitale, d'une part en raison de la privation de liberté que risque d'entraîner une déclaration de culpabilité et, d'autre part, à cause de l'opprobre qui en résulterait certainement. Par conséquent, une société qui attache de la valeur à la réputation et à la liberté de chaque citoyen doit se garder de condamner une personne pour la perpétration d'un crime lorsqu'il subsiste un doute raisonnable quant à sa culpabilité.

(iv) Jurisprudence portant sur la *Convention européenne des droits de l'homme*

Comme je l'ai déjà mentionné, le droit international dans le domaine des droits de la personne a évolué de manière à protéger le principe de la présomption d'innocence. La jurisprudence relative à la *Convention européenne des droits de l'homme* traite notamment de la légitimité des dispositions portant inversion de la charge de la preuve. Le paragraphe 6(2) de la *Convention européenne des droits de l'homme* est ainsi rédigé:

Article 6

2. Toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie.

Le sens du par. 6(2) a été élucidé dans l'*Affaire Pfunders* (*Autriche c. Italie*) (1963), 6 Annuaire C.E.D.H. 741, aux pp. 783 et 785:

Ce texte, aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé. Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au Ministère public, et le doute profite à l'inculpé. De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir ses contre-preuves. Puis, au moment de prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité de l'intéressé.

1986 CanLII 46 (SCC)

Although the Commission has endorsed the general importance of the requirement that the prosecution prove the accused's guilt beyond a reasonable doubt, it has acknowledged the permissibility of certain exceptions to this principle. For example, the Commission upheld a statutory reverse onus provision in which a man living with or habitually in the company of a prostitute is presumed to be knowingly living on the earnings of prostitution unless he proves otherwise (*X against the United Kingdom*, Appl'n. No. 5124/71, Collection of Decisions, E.C.H.R., 135). The Commission noted the importance of examining the substance and effect of a statutory reverse onus. It concluded, however, at p. 135:

> The statutory presumption in the present case is restrictively worded. ... The presumption is neither irrebuttable nor unreasonable. To oblige the prosecution to obtain direct evidence of "living on immoral earnings" would in most cases make its task impossible.

(See discussion in Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), pp. 113-14.)

(d) Conclusion Regarding s. 11(*d*) of the *Charter* and s. 8 of the *Narcotic Control Act*

This review of the authorities lays the groundwork for formulating some general conclusions regarding reverse onus provisions and the presumption of innocence in s. 11(*d*). We can then proceed to apply these principles to the particulars of s. 8 of the *Narcotic Control Act*.

In general one must, I think, conclude that a provision which requires an accused to disprove on a balance of probabilities the existence of a presumed fact, which is an important element of the offence in question, violates the presumption of innocence in s. 11(*d*). If an accused bears the burden of disproving on a balance of probabilities an essential element of an offence, it would be possible for a conviction to occur despite the existence of a reasonable doubt. This would arise if the accused adduced sufficient evidence to raise a

Bien que la Commission ait reconnu l'importance générale de l'exigence que la poursuite prouve la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, elle a reconnu aussi le caractère acceptable de certaines exceptions à ce principe. Par exemple, la Commission a conclu à la validité d'une disposition légale portant inversion de la charge de la preuve, disposition selon laquelle l'homme qui cohabite avec une prostituée ou qui est régulièrement en sa compagnie est présumé vivre sciemment de revenus tirés de la prostitution, à moins qu'il ne prouve le contraire (*X contre le Royaume-Uni*, demande n° 5124/71, Recueil des décisions, C.E.D.H. 135). La Commission a souligné l'importance d'examiner le contenu et l'effet d'une disposition législative portant inversion de la charge de la preuve. Elle conclut toutefois, à la p. 135:

> [TRADUCTION] La présomption légale en l'espèce est formulée de manière restrictive ... Cette présomption n'est ni irréfutable ni déraisonnable. Obliger la poursuite à obtenir une preuve directe que quelqu'un «vit de revenus immoraux» rendrait, dans la plupart des cas, sa tâche impossible.

(Voir l'analyse de Francis Jacobs, *The European Convention on Human Rights* (Oxford: 1975), aux pp. 113 et 114.)

d) Conclusion relative à l'al. 11*d*) de la *Charte* et à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*

À partir de cet examen de la jurisprudence, nous sommes en mesure de formuler certaines conclusions générales sur les dispositions portant inversion de la charge de la preuve et sur la présomption d'innocence énoncée à l'al. 11*d*). Nous pourrons ensuite appliquer ces principes aux dispositions de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*.

Je crois que, d'une manière générale, on doit conclure qu'une disposition qui oblige un accusé à démontrer selon la prépondérance des probabilités l'inexistence d'un fait présumé qui constitue un élément important de l'infraction en question, porte atteinte à la présomption d'innocence de l'al. 11*d*). S'il incombe à l'accusé de réfuter selon la prépondérance des probabilités un élément essentiel d'une infraction, une déclaration de culpabilité pourrait être prononcée en dépit de l'existence d'un doute raisonnable. Cela se présenterait si l'accusé

1986 CanLII 46 (SCC)

reasonable doubt as to his or her innocence but did not convince the jury on a balance of probabilities that the presumed fact was untrue.

The fact that the standard is only the civil one does not render a reverse onus clause constitutional. As Sir Rupert Cross commented in the *Rede Lectures*, "The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof", delivered in 1976 at the University of Toronto, at pp. 11-13:

> It is sometimes said that exceptions to the Woolmington rule are acceptable because, whenever the burden of proof on any issue in a criminal case is borne by the accused, he only has to satisfy the jury on the balance of probabilities, whereas on issues on which the Crown bears the burden of proof the jury must be satisfied beyond a reasonable doubt .... The fact that the standard is lower when the accused bears the burden of proof than it is when the burden of proof is borne by the prosecution is no answer to my objection to the existence of exceptions to the Woolmington rule as it does not alter the fact that a jury or bench of magistrates may have to convict the accused although they are far from sure of his guilt.

As we have seen, the potential for a rational connection between the basic fact and the presumed fact to justify a reverse onus provision has been elaborated in some of the cases discussed above and is now known as the "rational connection test". In the context of s. 11(*d*), however, the following question arises: if we apply the rational connection test to the consideration of whether s. 11(*d*) has been violated, are we adequately protecting the constitutional principle of the presumption of innocence? As Professors MacKay and Cromwell point out in their article "Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts" (1983), 32 C.R. (3d) 221, at p. 233:

> The rational connection test approves a provision that *forces* the trier to infer a fact that may be simply rationally connected to the proved fact. Why does it follow that such a provision does not offend the constitu-

produisait une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à sa culpabilité, mais ne parvenait pas à convaincre le jury selon la prépondérance des probabilités que le fait présumé est inexact.

Ce n'est pas parce que la norme applicable est la norme de preuve en matière civile qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve est constitutionnelle. Comme l'a expliqué sir Rupert Cross dans «The Golden Thread of the English Criminal Law: The Burden of Proof», conférence donnée en 1976 à l'Université de Toronto dans le cadre des *Rede Lectures* (aux pp. 11 à 13):

> [TRADUCTION] D'aucuns prétendent que des exceptions à la règle posée dans l'arrêt *Woolmington* sont acceptables parce que, lorsque la charge de la preuve relativement à telle question dans une affaire criminelle incombe à l'accusé, celui-ci n'a à convaincre le jury que selon la prépondérance des probabilités, tandis que dans le cas des questions à l'égard desquelles la charge de la preuve incombe au ministère public, le jury doit être convaincu hors de tout doute raisonnable ... Bien que la norme de preuve soit moins sévère dans le cas de l'accusé qu'elle ne l'est dans le cas de la poursuite, je m'oppose tout de même à toute exception à la règle établie dans l'arrêt *Woolmington* parce que cela ne change rien au fait qu'un jury ou une formation de magistrats peut avoir à déclarer l'accusé coupable même s'ils ne sont pas du tout certains de sa culpabilité.

Rappelons ici que certains des arrêts étudiés précédemment ont établi qu'une disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait se justifier par l'existence d'un lien rationnel entre le fait établi et le fait présumé. Il s'agit de ce qu'il est convenu d'appeler maintenant le «critère du lien rationnel». Dans le contexte de l'al. 11*d*), toutefois, la question suivante se pose: si nous appliquons le critère du lien rationnel à la question de savoir s'il y a eu violation de l'al. 11*d*), accordons-nous alors une protection adéquate au principe constitutionnel de la présomption d'innocence? Comme le soulignent les professeurs MacKay et Cromwell dans leur article intitulé «Oakes: A Bold Initiative Impeded by Old Ghosts» (1983), 32 C.R. (3d) 221, à la p. 233:

> [TRADUCTION] Le critère du lien rationnel a pour effet de sanctionner une disposition qui *oblige* le juge à conclure à l'existence d'un fait qui peut n'avoir qu'un lien rationnel avec le fait établi. Pourquoi s'ensuit-il

1986 CanLII 46 (SCC)

tional right to be proved guilty beyond a reasonable doubt?

A basic fact may rationally tend to prove a presumed fact, but not prove its existence beyond a reasonable doubt. An accused person could thereby be convicted despite the presence of a reasonable doubt. This would violate the presumption of innocence.

I should add that this questioning of the constitutionality of the "rational connection test" as a guide to interpreting s. 11(*d*) does not minimize its importance. The appropriate stage for invoking the rational connection test, however, is under s. 1 of the *Charter*. This consideration did not arise under the *Canadian Bill of Rights* because of the absence of an equivalent to s. 1. At the Court of Appeal level in the present case, Martin J.A. sought to combine the analysis of s. 11(*d*) and s. 1 to overcome the limitations of the *Canadian Bill of Rights* jurisprudence. To my mind, it is highly desirable to keep s. 1 and s. 11(*d*) analytically distinct. Separating the analysis into two components is consistent with the approach this Court has taken to the *Charter* to date (see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357).

To return to s. 8 of the *Narcotic Control Act*, I am in no doubt whatsoever that it violates s. 11(*d*) of the *Charter* by requiring the accused to prove on a balance of probabilities that he was not in possession of the narcotic for the purpose of trafficking. Mr. Oakes is compelled by s. 8 to prove he is not guilty of the offence of trafficking. He is thus denied his right to be presumed innocent and subjected to the potential penalty of life imprisonment unless he can rebut the presumption. This is radically and fundamentally inconsistent with the societal values of human dignity and liberty which

qu'une telle disposition ne porte pas atteinte au droit constitutionnel de voir sa culpabilité prouvée hors de tout doute raisonnable?

Un fait établi peut rationnellement tendre à prouver un fait présumé, sans pour autant en prouver l'existence hors de tout doute raisonnable. Un accusé pourrait donc être reconnu coupable malgré l'existence d'un doute raisonnable, ce qui irait à l'encontre de la présomption d'innocence.

Je m'empresse d'ajouter que cette mise en doute de la constitutionnalité du «critère du lien rationnel» comme guide d'interprétation de l'al. 11*d*) ne diminue en rien l'importance de ce critère. C'est toutefois dans le contexte de l'article premier de la *Charte* qu'il convient d'invoquer le critère du lien rationnel. Or, cette question ne s'est pas présentée sous le régime de la *Déclaration canadienne des droits* parce que celle-ci ne contient pas de disposition équivalant à l'article premier. En Cour d'appel en l'espèce, le juge Martin a cherché à combiner l'analyse de l'al. 11*d*) et celle de l'article premier en vue de surmonter les limites de la jurisprudence portant sur la *Déclaration canadienne des droits*. À mon sens, il est très souhaitable qu'à des fins d'analyse l'article premier et l'al. 11*d*) restent distincts. Ce partage de l'analyse en deux composantes est compatible avec la façon dont cette Cour a abordé la *Charte* jusqu'à présent (voir *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357).

Revenons à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Je n'ai pas le moindre doute que cet article viole l'al. 11*d*) de la *Charte* en exigeant de l'accusé qu'il établisse selon la prépondérance des probabilités qu'il n'était pas en possession du stupéfiant pour en faire le trafic. L'article 8 oblige M. Oakes à prouver qu'il n'est pas coupable de l'infraction de trafic. Il se voit ainsi refuser le droit d'être présumé innocent et court en même temps le risque de se voir infliger une peine d'emprisonnement à perpétuité, à moins qu'il ne réussisse à réfuter la présomption. Cela est radicalement et fondamentalement incompatible avec les valeurs sociales de la liberté et de la dignité humaine, que nous faisons nôtres, et va directement à l'encontre de la

1986 CanLII 46 (SCC)

we espouse, and is directly contrary to the presumption of innocence enshrined in s. 11(*d*). Let us turn now to s. 1 of the *Charter*.

V

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* a Reasonable and Demonstrably Justified Limit Pursuant to s. 1 of the *Charter*?

The Crown submits that even if s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates s. 11(*d*) of the *Charter*, it can still be upheld as a reasonable limit under s. 1 which, as has been mentioned, provides:

> **1.** The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

The question whether the limit is "prescribed by law" is not contentious in the present case since s. 8 of the *Narcotic Control Act* is a duly enacted legislative provision. It is, however, necessary to determine if the limit on Mr. Oakes' right, as guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter*, is "reasonable" and "demonstrably justified in a free and democratic society" for the purpose of s. 1 of the *Charter*, and thereby saved from inconsistency with the Constitution.

It is important to observe at the outset that s. 1 has two functions: first, it constitutionally guarantees the rights and freedoms set out in the provisions which follow; and, second, it states explicitly the exclusive justificatory criteria (outside of s. 33 of the *Constitution Act, 1982*) against which limitations on those rights and freedoms must be measured. Accordingly, any s. 1 inquiry must be premised on an understanding that the impugned limit violates constitutional rights and freedoms—rights and freedoms which are part of the supreme law of Canada. As Wilson J. stated in *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 218: " . . . it is important to remember that the courts are conducting this inquiry in light of a

présomption d'innocence enchâssée à l'al. 11*d*). Passons maintenant à l'article premier de la *Charte*.

V

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* constitue-t-il une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer, au sens de l'article premier de la *Charte*?

Le ministère public fait valoir que même à supposer que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevienne à l'al. 11*d*) de la *Charte*, il peut tout de même être déclaré valide pour le motif qu'il constitue une restriction raisonnable au sens de l'article premier qui, rappelons-le, dispose:

> **1.** La *Charte canadienne des droits et libertés* garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

La question de savoir s'il s'agit d'une restriction apportée «par une règle de droit» ne se pose pas en l'espèce puisque l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est une disposition législative dûment adoptée. Il est toutefois nécessaire de déterminer si, dans le cas de M. Oakes, la restriction au droit garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte* est «raisonnable» et si sa justification peut «se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique» au sens de l'art. 1 de la *Charte*, de manière à être compatible avec la Constitution.

Il importe de souligner dès l'abord que l'article premier remplit deux fonctions: premièrement, il enchâsse dans la Constitution les droits et libertés énoncés dans les dispositions qui le suivent; et, deuxièmement, il établit explicitement les seuls critères justificatifs (à part ceux de l'art. 33 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés. En conséquence, tout examen fondé sur l'article premier doit partir de l'idée que la restriction attaquée porte atteinte à des droits et libertés garantis par la Constitution — des droits et des libertés qui font partie de la loi suprême du Canada. Comme le fait remarquer le juge Wilson dans l'arrêt *Singh c. Ministre de l'Emploi et de*

1986 CanLII 46 (SCC)

commitment to uphold the rights and freedoms set out in the other sections of the *Charter*."

A second contextual element of interpretation of s. 1 is provided by the words "free and democratic society". Inclusion of these words as the final standard of justification for limits on rights and freedoms refers the Court to the very purpose for which the *Charter* was originally entrenched in the Constitution: Canadian society is to be free and democratic. The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society. The underlying values and principles of a free and democratic society are the genesis of the rights and freedoms guaranteed by the *Charter* and the ultimate standard against which a limit on a right or freedom must be shown, despite its effect, to be reasonable and demonstrably justified.

The rights and freedoms guaranteed by the *Charter* are not, however, absolute. It may become necessary to limit rights and freedoms in circumstances where their exercise would be inimical to the realization of collective goals of fundamental importance. For this reason, s. 1 provides criteria of justification for limits on the rights and freedoms guaranteed by the *Charter*. These criteria impose a stringent standard of justification, especially when understood in terms of the two contextual considerations discussed above, namely, the violation of a constitutionally guaranteed right or freedom and the fundamental principles of a free and democratic society.

The onus of proving that a limit on a right or freedom guaranteed by the *Charter* is reasonable and demonstrably justified in a free and democrat-

l'Immigration, précité, à la p. 218: « ... il est important de se rappeler que les tribunaux effectuent cette enquête tout en veillant au respect des droits et libertés énoncés dans les autres articles de la *Charte*.»

Un second élément contextuel d'interprétation de l'article premier est fourni par l'expression «société libre et démocratique». L'inclusion de ces mots à titre de norme finale de justification de la restriction des droits et libertés rappelle aux tribunaux l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution: la société canadienne doit être libre et démocratique. Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société. Les valeurs et les principes sous-jacents d'une société libre et démocratique sont à l'origine des droits et libertés garantis par la *Charte* et constituent la norme fondamentale en fonction de laquelle on doit établir qu'une restriction d'un droit ou d'une liberté constitue, malgré son effet, une limite raisonnable dont la justification peut se démontrer.

Toutefois, les droits et libertés garantis par la *Charte* ne sont pas absolus. Il peut être nécessaire de les restreindre lorsque leur exercice empêcherait d'atteindre des objectifs sociaux fondamentalement importants. C'est pourquoi l'article premier prévoit des critères de justification des limites imposées aux droits et libertés garantis par la *Charte*. Ces critères établissent une norme sévère en matière de justification, surtout lorsqu'on les rapproche des deux facteurs contextuels examinés précédemment, savoir la violation d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution et les principes fondamentaux d'une société libre et démocratique.

La charge de prouver qu'une restriction apportée à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte* est raisonnable et que sa justification peut

1986 CanLII 46 (SCC)

ic society rests upon the party seeking to uphold the limitation. It is clear from the text of s. 1 that limits on the rights and freedoms enumerated in the *Charter* are exceptions to their general guarantee. The presumption is that the rights and freedoms are guaranteed unless the party invoking s. 1 can bring itself within the exceptional criteria which justify their being limited. This is further substantiated by the use of the word "demonstrably" which clearly indicates that the onus of justification is on the party seeking to limit: *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*.

The standard of proof under s. 1 is the civil standard, namely, proof by a preponderance of probability. The alternative criminal standard, proof beyond a reasonable doubt, would, in my view, be unduly onerous on the party seeking to limit. Concepts such as "reasonableness", "justifiability" and "free and democratic society" are simply not amenable to such a standard. Nevertheless, the preponderance of probability test must be applied rigorously. Indeed, the phrase "demonstrably justified" in s. 1 of the *Charter* supports this conclusion. Within the broad category of the civil standard, there exist different degrees of probability depending on the nature of the case: see Sopinka and Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), at p. 385. As Lord Denning explained in *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), at p. 459:

> The case may be proved by a preponderance of probability, but there may be degrees of probability within that standard. The degree depends on the subject-matter. A civil court, when considering a charge of fraud, will naturally require a higher degree of probability than that which it would require if considering whether negligence were established. It does not adopt so high a degree as a criminal court, even when it is considering a charge of a criminal nature, but still it does require a degree of probability which is commensurate with the occasion.

se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique incombe à la partie qui demande le maintien de cette restriction. Il ressort nettement du texte de l'article premier que les restrictions apportées aux droits et libertés énoncés dans la *Charte* constituent des exceptions à la garantie générale dont ceux-ci font l'objet. On présume que les droits et libertés sont garantis, à moins que la partie qui invoque l'article premier ne puisse satisfaire aux critères exceptionnels qui justifient leur restriction. C'est ce que confirme l'emploi de l'expression «puisse se démontrer» qui indique clairement qu'il appartient à la partie qui cherche à apporter la restriction de démontrer qu'elle est justifiée: *Hunter c. Southam Inc.*, précité.

La norme de preuve aux fins de l'article premier est celle qui s'applique en matière civile, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités. L'autre possibilité, la preuve hors de tout doute raisonnable qui s'applique en matière criminelle, imposerait selon moi une charge trop lourde à la partie qui cherche à apporter la restriction. Des concepts comme «le caractère raisonnable», «le caractère justifiable» et «une société libre et démocratique» ne se prêtent tout simplement pas à l'application d'une telle norme. Néanmoins, le critère de la prépondérance des probabilités doit être appliqué rigoureusement. En fait, l'expression «dont la justification puisse se démontrer», que l'on trouve à l'article premier de la *Charte*, étaye cette conclusion. La norme générale applicable en matière civile comporte différents degrés de probabilité qui varient en fonction de la nature de chaque espèce: voir Sopinka et Lederman, *The Law of Evidence in Civil Cases* (Toronto: 1974), à la p. 385. Comme l'explique lord Denning dans *Bater v. Bater*, [1950] 2 All E.R. 458 (C.A.), à la p. 459:

> [TRADUCTION] La preuve peut être faite selon la prépondérance des probabilités, mais cette norme peut comporter des degrés de probabilité. Ce degré dépend de l'objet du litige. Une cour civile, saisie d'une accusation de fraude, exigera naturellement un degré de probabilité plus élevé que celui qu'elle exigerait en examinant si la faute a été établie. Elle n'adopte pas une norme aussi sévère que le ferait une cour criminelle, même en examinant une accusation de nature criminelle, mais il reste qu'elle exige un degré de probabilité proportionné aux circonstances.

1986 CanLII 46 (SCC)

This passage was cited with approval in *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] S.C.R. 154, at p. 161. A similar approach was put forward by Cartwright J. in *Smith v. Smith*, [1952] 2 S.C.R. 312, at pp. 331-32:

> I wish, however, to emphasize that in every civil action before the tribunal can safely find the affirmative of an issue of fact required to be proved it must be reasonably satisfied, and that whether or not it will be so satisfied must depend on the totality of the circumstances on which its judgment is formed including the gravity of the consequences . . . .

Having regard to the fact that s. 1 is being invoked for the purpose of justifying a violation of the constitutional rights and freedoms the *Charter* was designed to protect, a very high degree of probability will be, in the words of Lord Denning, "commensurate with the occasion". Where evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry, and this will generally be the case, it should be cogent and persuasive and make clear to the Court the consequences of imposing or not imposing the limit. See: *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, *supra*, at p. 384; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*, at p. 217. A court will also need to know what alternative measures for implementing the objective were available to the legislators when they made their decisions. I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

To establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society, two central criteria must be satisfied. First, the objective, which the measures responsible for a limit on a *Charter* right or freedom are designed to serve, must be "of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. The standard must be high in order to ensure that objectives which are trivial or discordant with the principles integral to a free and democratic society do not gain s. 1 protection. It is necessary, at a minimum, that an objective relate to concerns which are pressing and substan-

Ce passage a été cité et approuvé dans l'arrêt *Hanes v. Wawanesa Mutual Insurance Co.*, [1963] R.C.S. 154, à la p. 161. Un point de vue semblable a été exprimé par le juge Cartwright dans l'arrêt *Smith v. Smith*, [1952] 2 R.C.S. 312, aux pp. 331 et 332:

> [TRADUCTION] Je tiens toutefois à souligner que, dans toute action civile, pour pouvoir conclure sans risque à l'exactitude d'une question de fait qui doit être établie, le tribunal doit être convaincu d'une manière raisonnable qui dépendra de l'ensemble des circonstances à partir desquelles il formera son jugement, y compris la gravité des conséquences . . .

Compte tenu du fait que l'article premier est invoqué afin de justifier une violation des droits et libertés constitutionnels que la *Charte* vise à protéger, un degré très élevé de probabilité sera, pour reprendre l'expression de lord Denning, «proportionné aux circonstances». Lorsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier, ce qui est généralement le cas, elle doit être forte et persuasive et faire ressortir nettement à la cour les conséquences d'une décision d'imposer ou de ne pas imposer la restriction. Voir: *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, précité, à la p. 384; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité, à la p. 217. La cour devra aussi connaître les autres moyens dont disposait le législateur, au moment de prendre sa décision, pour réaliser l'objectif en question. Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux critères fondamentaux. En premier lieu, l'objectif que visent à servir les mesures qui apportent une restriction à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*, doit être «suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté garantis par la Constitution»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. La norme doit être sévère afin que les objectifs peu importants ou contraires aux principes qui constituent l'essence même d'une société libre et démocratique ne bénéficient pas de la protection de

1986 CanLII 46 (SCC)

tial in a free and democratic society before it can be characterized as sufficiently important.

Second, once a sufficiently significant objective is recognized, then the party invoking s. 1 must show that the means chosen are reasonable and demonstrably justified. This involves "a form of proportionality test": *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Although the nature of the proportionality test will vary depending on the circumstances, in each case courts will be required to balance the interests of society with those of individuals and groups. There are, in my view, three important components of a proportionality test. First, the measures adopted must be carefully designed to achieve the objective in question. They must not be arbitrary, unfair or based on irrational considerations. In short, they must be rationally connected to the objective. Second, the means, even if rationally connected to the objective in this first sense, should impair "as little as possible" the right or freedom in question: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352. Third, there must be a proportionality between the effects of the measures which are responsible for limiting the *Charter* right or freedom, and the objective which has been identified as of "sufficient importance".

With respect to the third component, it is clear that the general effect of any measure impugned under s. 1 will be the infringement of a right or freedom guaranteed by the *Charter*; this is the reason why resort to s. 1 is necessary. The inquiry into effects must, however, go further. A wide range of rights and freedoms are guaranteed by the *Charter*, and an almost infinite number of factual situations may arise in respect of these. Some limits on rights and freedoms protected by the *Charter* will be more serious than others in terms of the nature of the right or freedom violated, the extent of the violation, and the degree to which the measures which impose the limit trench upon the integral principles of a free and demo-

l'article premier. Il faut à tout le moins qu'un objectif se rapporte à des préoccupations urgentes et réelles dans une société libre et démocratique, pour qu'on puisse le qualifier de suffisamment important.

En deuxième lieu, dès qu'il est reconnu qu'un objectif est suffisamment important, la partie qui invoque l'article premier doit alors démontrer que les moyens choisis sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer. Cela nécessite l'application d'«une sorte de critère de proportionnalité»: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Même si la nature du critère de proportionnalité pourra varier selon les circonstances, les tribunaux devront, dans chaque cas, soupeser les intérêts de la société et ceux de particuliers et de groupes. À mon avis, un critère de proportionnalité comporte trois éléments importants. Premièrement, les mesures adoptées doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question. Elles ne doivent être ni arbitraires, ni inéquitables, ni fondées sur des considérations irrationnelles. Bref, elles doivent avoir un lien rationnel avec l'objectif en question. Deuxièmement, même à supposer qu'il y ait un tel lien rationnel, le moyen choisi doit être de nature à porter «le moins possible» atteinte au droit ou à la liberté en question: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352. Troisièmement, il doit y avoir proportionnalité entre les effets des mesures restreignant un droit ou une liberté garantis par la *Charte* et l'objectif reconnu comme «suffisamment important».

Quant au troisième élément, il est évident que toute mesure attaquée en vertu de l'article premier aura pour effet général de porter atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*; d'où la nécessité du recours à l'article premier. L'analyse des effets ne doit toutefois pas s'arrêter là. La *Charte* garantit toute une gamme de droits et de libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte* variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et

1986 CanLII 46 (SCC)

cratic society. Even if an objective is of sufficient importance, and the first two elements of the proportionality test are satisfied, it is still possible that, because of the severity of the deleterious effects of a measure on individuals or groups, the measure will not be justified by the purposes it is intended to serve. The more severe the deleterious effects of a measure, the more important the objective must be if the measure is to be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society.

Having outlined the general principles of a s. 1 inquiry, we must apply them to s. 8 of the *Narcotic Control Act*. Is the reverse onus provision in s. 8 a reasonable limit on the right to be presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt as can be demonstrably justified in a free and democratic society?

The starting point for formulating a response to this question is, as stated above, the nature of Parliament's interest or objective which accounts for the passage of s. 8 of the *Narcotic Control Act*. According to the Crown, s. 8 of the *Narcotic Control Act* is aimed at curbing drug trafficking by facilitating the conviction of drug traffickers. In my opinion, Parliament's concern that drug trafficking be decreased can be characterized as substantial and pressing. The problem of drug trafficking has been increasing since the 1950's at which time there was already considerable concern. (See *Report of the Special Committee on Traffic in Narcotic Drugs*, Appendix to Debates of the Senate, Canada, Session 1955, pp. 690-700; see also *Final Report of the Commission of Inquiry into the Non-Medical Use of Drugs* (Ottawa, 1973).) Throughout this period, numerous measures were adopted by free and democratic societies, at both the international and national levels.

At the international level, on June 23, 1953, the *Protocol for Limiting and Regulating the Cultiva-*

démocratique. Même si un objectif est suffisamment important et même si on a satisfait aux deux premiers éléments du critère de proportionnalité, il se peut encore qu'en raison de la gravité de ses effets préjudiciables sur des particuliers ou sur des groupes, la mesure ne soit pas justifiée par les objectifs qu'elle est destinée à servir. Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.

Ayant exposé les principes généraux qui régissent une analyse en vertu de l'article premier, nous devons maintenant les appliquer à l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. La disposition portant inversion de la charge de la preuve qui figure à l'art. 8 apporte-t-elle au droit d'être présumé innocent tant que la culpabilité n'est pas prouvée hors de tout doute raisonnable, une restriction raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Comme je l'ai déjà souligné, pour répondre à cette question, il faut commencer par préciser la nature de l'intérêt ou de l'objectif poursuivi par le législateur en adoptant l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants*. Selon le ministère public, l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* vise à refréner le trafic des stupéfiants en facilitant l'obtention d'un verdict de culpabilité contre les trafiquants. À mon avis, le souci du législateur de réduire le trafic des stupéfiants peut être qualifié de réel et urgent. Le problème du trafic des stupéfiants n'a cessé de s'aggraver depuis les années cinquante, et déjà à cette époque ce phénomène suscitait beaucoup d'inquiétude. (Voir *Rapport du Comité spécial chargé d'enquêter sur le trafic des stupéfiants*, appendice aux Débats du Sénat du Canada, session 1955, aux pp. 736 à 747; voir aussi *Rapport final, Commission d'enquête sur l'usage des drogues à des fins non médicales* (Ottawa, 1973).) Pendant toute cette période, des sociétés libres et démocratiques ont adopté de nombreuses mesures tant sur le plan national que sur le plan international.

Sur le plan international, le *Protocole visant à limiter et à réglementer la culture du pavot, ainsi*

1986 CanLII 46 (SCC)

tion of the Poppy Plant, the Production of, International and Wholesale Trade in, and Use of Opium, to which Canada is a signatory, was adopted by the United Nations Opium Conference held in New York. The *Single Convention on Narcotic Drugs, 1961*, was acceded to in New York on March 30, 1961. This treaty was signed by Canada on March 30, 1961. It entered into force on December 13, 1964. As stated in the Preamble, "addiction to narcotic drugs constitutes a serious evil for the individual and is fraught with social and economic danger to mankind, . . . "

At the national level, statutory provisions have been enacted by numerous countries which, *inter alia*, attempt to deter drug trafficking by imposing criminal sanctions (see, for example, *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), No. 116; *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), c. 38).

The objective of protecting our society from the grave ills associated with drug trafficking, is, in my view, one of sufficient importance to warrant overriding a constitutionally protected right or freedom in certain cases. Moreover, the degree of seriousness of drug trafficking makes its acknowledgement as a sufficiently important objective for the purposes of s. 1, to a large extent, self-evident. The first criterion of a s. 1 inquiry, therefore, has been satisfied by the Crown.

The next stage of inquiry is a consideration of the means chosen by Parliament to achieve its objective. The means must be reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. As outlined above, this proportionality test should begin with a consideration of the rationality of the provision: is the reverse onus clause in s. 8 rationally related to the objective of curbing drug trafficking? At a minimum, this requires that s. 8 be internally rational; there must be a rational connection between the basic fact of possession and the presumed fact of possession for the purpose of trafficking. Otherwise, the reverse onus clause could give rise to unjustified and erroneous

que la production, le commerce international, le commerce de gros et l'emploi de l'opium, dont le Canada est signataire, a été adopté le 23 juin 1953 dans le cadre de la Conférence des Nations unies sur l'opium tenue à New York. La *Convention unique sur les stupéfiants de 1961* a été conclue à New York le 30 mars 1961. Signé par le Canada le même jour, ce traité est entré en vigueur le 13 décembre 1964. Comme on le dit dans le préambule, «la toxicomanie est un fléau pour l'individu et constitue un danger économique et social pour l'humanité . . .»

Sur le plan national, de nombreux pays ont adopté des dispositions législatives visant notamment, par l'imposition de sanctions pénales, à empêcher le trafic des stupéfiants (voir, par exemple, la *Misuse of Drugs Act 1975*, 1975 (N.Z.), nº 116; la *Misuse of Drugs Act 1971*, 1971 (U.K.), chap. 38).

L'objectif de protection de notre société contre les fléaux liés au trafic des stupéfiants est, selon moi, suffisamment important pour justifier dans certains cas l'atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la Constitution. De plus, la gravité du trafic des stupéfiants fait qu'il va presque sans dire que sa répression constitue un objectif suffisamment important aux fins de l'article premier. Le ministère public a donc satisfait au premier critère applicable à une analyse en vertu de l'article premier.

L'étape suivante de l'analyse consiste à examiner le moyen choisi par le législateur pour atteindre son objectif. Ce moyen doit être raisonnable et sa justification doit pouvoir se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. Soulignons encore une fois que l'application de ce critère de proportionnalité doit commencer par un examen de la rationalité de la disposition: existe-t-il un lien rationnel entre la disposition de l'art. 8 portant inversion de la charge de la preuve et l'objectif consistant à refréner le trafic des stupéfiants? Cela nécessite tout au moins que l'art. 8 soit lui-même rationnel. Il doit exister un lien rationnel entre le fait établi de la possession et le fait présumé de la possession à des fins de trafic, sinon la disposition portant inversion de la charge de la preuve pourrait avoir pour conséquence que

1986 CanLII 46 (SCC)

convictions for drug trafficking of persons guilty only of possession of narcotics.

In my view, s. 8 does not survive this rational connection test. As Martin J.A. of the Ontario Court of Appeal concluded, possession of a small or negligible quantity of narcotics does not support the inference of trafficking. In other words, it would be irrational to infer that a person had an intent to traffic on the basis of his or her possession of a very small quantity of narcotics. The presumption required under s. 8 of the *Narcotic Control Act* is overinclusive and could lead to results in certain cases which would defy both rationality and fairness. In light of the seriousness of the offence in question, which carries with it the possibility of imprisonment for life, I am further convinced that the first component of the proportionality test has not been satisfied by the Crown.

Having concluded that s. 8 does not satisfy this first component of proportionality, it is unnecessary to consider the other two components.

VI

Conclusion

The Ontario Court of Appeal was correct in holding that s. 8 of the *Narcotic Control Act* violates the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and is therefore of no force or effect. Section 8 imposes a limit on the right guaranteed by s. 11(*d*) of the *Charter* which is not reasonable and is not demonstrably justified in a free and democratic society for the purpose of s. 1. Accordingly, the constitutional question is answered as follows:

Question:

Is s. 8 of the *Narcotic Control Act* inconsistent with s. 11(*d*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thus of no force and effect?

Answer: Yes.

I would, therefore, dismiss the appeal.

des personnes coupables de simple possession de stupéfiants soient erronément et sans justification déclarées coupables de trafic.

Selon moi, l'art. 8 ne satisfait pas au critère du lien rationnel. Comme l'a conclu le juge Martin de la Cour d'appel de l'Ontario, la possession d'une quantité infime ou négligeable de stupéfiants ne justifie pas une conclusion de trafic. En d'autres termes, il serait irrationnel de déduire qu'une personne avait l'intention de faire le trafic du seul fait qu'elle était en possession d'une petite quantité de stupéfiants. La présomption requise en vertu de l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est trop large et est susceptible dans certains cas d'entraîner des résultats à la fois irrationnels et inéquitables. Compte tenu de la gravité de l'infraction en question, qui comporte la possibilité d'un emprisonnement à perpétuité, je suis d'autant plus persuadé que le ministère public n'a pas satisfait au premier élément du critère de proportionnalité.

Ayant conclu que l'art. 8 ne satisfait pas à ce premier élément de proportionnalité, il n'est pas nécessaire d'examiner les deux autres éléments.

VI

Conclusion

C'est à bon droit que la Cour d'appel de l'Ontario a conclu que l'art. 8 de la *Loi sur les stupéfiants* contrevient à la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il est par conséquent inopérant. L'article 8 apporte au droit garanti par l'al. 11*d*) de la *Charte* une restriction qui n'est pas raisonnable et dont la justification ne peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, au sens de l'article premier. Par conséquent, la question constitutionnelle reçoit la réponse suivante:

Question:

L'article 8 de la *Loi sur les stupéfiants* est-il incompatible avec l'al. 11*d*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérant?

Réponse: Oui.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

1986 CanLII 46 (SCC)

The reasons of Estey and McIntyre JJ. were delivered by

ESTEY J.—I would dismiss this appeal. I agree with the conclusions of the Chief Justice with reference to the relationship between s. 11(*d*) and s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. For the disposition of all other issues arising in this appeal, I would adopt the reasons given by Martin J.A. in the court below.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitors for the respondent: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

Version française des motifs des juges Estey et McIntyre rendus par

LE JUGE ESTEY — Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Je suis d'accord avec les conclusions du Juge en chef quant au lien entre l'al. 11*d*) et l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Pour ce qui est de statuer sur toutes les autres questions que soulève le présent pourvoi, je suis d'avis d'adopter les motifs du juge Martin de la Cour d'appel.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureurs de l'intimé: Cockburn, Foster, Cudmore and Kitely, London.

1986 CanLII 46 (SCC)

TAB 32

Western Journal of Legal Studies

Volume 8
Issue 1 *An Interdisciplinary Approach to Modern Legal Issues*

Article 4

2017

Exploring a More Independent Freedom of Peaceful Assembly in Canada

Basil S. Alexander
Queen's University, basil.alexander@queensu.ca

Recommended Citation
Basil S. Alexander , "Exploring a More Independent Freedom of Peaceful Assembly in Canada", (2018) 8:1 online: UWO J Leg Stud 4

Exploring a More Independent Freedom of Peaceful Assembly in Canada

Abstract

There has been significant progress regarding the law on public demonstrations since the enactment of the Canadian Charter of Rights and Freedoms. However, the freedom of peaceful assembly, one of the four fundamental freedoms protected by section 2 of the Charter, is the least judicially explored freedom. Rather than undertake a free-standing freedom of peaceful assembly analysis, Canadian courts tend to subsume the analysis into freedom of expression. As illustrated by the increasingly frequent occurrence of demonstrations today, freedom of peaceful assembly is an emerging and ongoing issue in constitutional law. Accordingly, it is more crucial than ever that peaceful assembly law be developed and utilized in a manner consonant with the increasing frequency of demonstrations in today's society.

In this paper, the author undertakes a critique of the freedom of peaceful assembly analysis as currently applied by the courts and presents a doctrinal analysis aiming to establish potential features of a stand-alone freedom of peaceful assembly Charter analysis. In particular, the author addresses how Canadian courts should approach peaceful assembly as an independent freedom, in light of the judicial treatment of other freedoms in current jurisprudence.

Keywords

freedom of peaceful assembly, Charter jurisprudence, Constitutional Law, demonstrations, fundamental freedoms

EXPLORING A MORE INDEPENDENT FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN CANADA

BASIL S. ALEXANDER*

INTRODUCTION

There has been significant progress regarding the law on public demonstrations since the Supreme Court of Canada's 1978 decision in *Dupond v Montreal (City of)*.[1] In that decision, which predated the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Charter*"),[2] the majority of the court was hesitant to afford constitutional protection to public demonstrations. Citing the "inarticulateness" of demonstrations, Beetz J. in his majority decision held that demonstrations fell short of becoming "part of language."[3] Thus, demonstrations did not attract protection as part of freedom of speech. Further, Beetz J. stressed that "[t]he right to hold public meetings on a highway or in a park is unknown to English law."[4] As a result, this decision effectively allowed for complete prohibitions on demonstrations in Canada because it upheld the constitutionality of a thirty-day prohibition of any assembly, parade, or gathering in Montréal.[5]

Copyright © 2018 by ALEXANDER.

* Basil S. Alexander is a Ph.D. Candidate in Law at Queen's University. He received his B.Arts.Sc. (Hon.) from McMaster (2000), his L.L.B. and M.P.A. from the University of Victoria (2004), as well as his L.L.M. from the University of Toronto (2014). Basil has been a member of the Law Society of Ontario since 2005. The author is grateful to those who provided feedback at the Western Law Interdisciplinary Graduate Student Conference "Law: Stagnation, Evolution, or Revolution?" in May 2017. He would also like to thank the reviewers and editors of the *Western Journal of Legal Studies* for their beneficial feedback during the review process.

1 [1978] 2 SCR 770 [*Dupond*].

2 Part I of the *Constitution Act, 1982*, being Schedule B to the *Canada Act 1982* (UK), 1982, c 11 [*Charter*].

3 *Dupond*, *supra* note 1 at 797-98. Beetz J stated that demonstrations "are of the nature of a display of force rather than of that of an appeal to reason; their inarticulateness prevents them from becoming part of language and from reaching the level of discourse." *Ibid*.

4 *Ibid* at 797.

For historical perspectives on demonstrations, see generally: M Beare & N Des Rosiers, "Introduction" in M Beare, N Des Rosiers & A Deshman, eds, *Putting the State on Trial: The Policing of Protest during the G20 Summit* (UBC Press: Vancouver, 2015) at 1 [*State on Trial*]; R Stoykewych, "Street Legal: Constitutional Protection of Public Demonstration in Canada" (1985) 43:1 U Toronto Fac L Rev 43; and JD Inazu, "The Forgotten Freedom of Assembly" (2010) 84:3 Tul L Rev 565.

5 *Dupond*, *supra* note 1 at 782-88, 790, and 792-98. This case was decided on a division of powers basis and with a limited evidentiary record (i.e., primarily uncontested city reports regarding the need for the impugned bylaw). *Ibid* at 788. The record today would need to be more substantial given the nature and requirements of *Charter* litigation.

The enactment of the *Charter* "radically altered this perspective."[6] Subsections 2(b) and 2(c) of the *Charter*, the fundamental freedoms of expression and peaceful assembly, are now seen as "essential to the functioning of a free and democratic society."[7] All of the freedoms guaranteed by the *Charter* (e.g., freedom of religion, freedom of expression, freedom of peaceful assembly, and freedom of association, et cetera) protect "rights fundamental to Canada's liberal democratic society."[8] In 1999, for example, a Québec municipal court held that "the right to peaceful protest is an essential tool in democracy to promote legitimate interests, raise public awareness, and influence governments."[9] A Québec superior court also recently stated that demonstrators' access to public spaces (e.g., roads and parks) for the purpose of demonstrating is now protected in Canadian, American, and international law.[10] However, even with this progress, it is still unclear how demonstrations are to be treated by the legal system and, specifically, how the law may protect them.[11] In particular, it remains to be seen whether freedom of peaceful assembly should be further developed as an independent freedom in Canadian law.

Freedom of peaceful assembly is highly relevant to demonstrations. However, I argue that it is the least judicially explored freedom. Rather than undertake a free-standing freedom of peaceful assembly analysis, Canadian judges tend to examine related claims through a freedom of expression lens.[12] This has resulted in the existence of little to no detailed analyses under subsection 2(c) in the modern jurisprudence. In particular, the lack of focus on peaceful assembly raises concerns regarding stagnation of the law and the effectiveness of peaceful assembly as an individual freedom to safeguard demonstrations. This paper argues that taking a free-standing approach to peaceful assembly law would better protect demonstrations by further developing and reforming critical legal issues, such as the scope of protected activities and state

---

6 *Attorney General of Ontario v Dieleman et al* (1994), 20 OR (3d) 229 at 285 (Gen Div).

7 *Garbeau c Montréal (Ville de)*, 2015 QCCS 5246 at para 1 [*Garbeau*] [translated by author]. See also *R v Singh*, 2011 ONSC 717 at para 39.

8 *Mounted Police Association of Ontario v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 1 at para 48 [*Mounted Police*].

9 *R c Lebel*, [1999] JQ No 4995 at para 83 (CM) [translated by author].

10 See generally *Garbeau*, *supra* note 7 at paras 120-56.

11 See BS Alexander, "Demonstrations and the Law: Patterns of Law's Negative Effects on the Ground and the Practical Implications" (2016) 49:3 UBC L Rev 869; N Des Rosiers, "Conclusion: The Future of Protests in Canada" in *State on Trial*, *supra* note 4 at 319; G Babineau, "La manifestation: une forme d'expression collective" (2012) 53:4 Cahiers de droit 761 (QL); and F Makela, "La démocratie étudiante, la grève étudiante et leur régulation par le droit" (2014) 44:2 RDUS 307.

12 See Halsbury's Laws of Canada (online), *Constitutional Law: Charter of Rights*, "Fundamental Freedoms: Freedom of Assembly" (VI.3) at HCHR-42 "Freedom of Assembly"; *Smiley v Ottawa (City)*, 2012 ONCJ 479 at para 41; and *R v Behrens*, [2001] OJ No 245 (Ct J) at para 36.
In some cases, courts themselves noted how the peaceful assembly issues are "subsumed" by the freedom of expression analyses ultimately completed. See e.g. *Figueras v Toronto Police Services Board*, 2015 ONCA 208 at para 78; and *British Columbia Teachers' Federation v British Columbia Public School Employers' Assn*, 2009 BCCA 39 at para 39, leave to appeal to SCC refused, 2009 CanLII 44624.

justification. In light of the frequency of recent "mass arrests" taking place even when the majority of participants were not violent, Québec legal scholar Gabriel Babineau emphasized the necessity of legal protections for demonstrators who remain peaceful.[13] Similarly, Nathalie Des Rosiers noted that

> [i]n reality, protest occurs along a continuum of aggression. … [T]here ought to be a legal framework that both reflects the different types of protest and offers a proportional response. … It is when protests disturb the day-to-day operations of the general population that constitutional protection is essential.[14]

As part of such improvements, courts should use and interpret the freedom of peaceful assembly independently rather than applying freedom of expression analyses. An independent approach would allow for a better articulation of peaceful assembly's role in society as well as what peaceful assembly's core protected elements are.

Correspondingly, this article has two purposes: (1) to critique the freedom of expression analysis currently applied by the courts when hearing peaceful assembly claims; and (2) to present a doctrinal analysis with the aim of establishing the groundwork for a better understanding of the potential merits and features of a standalone freedom of peaceful assembly *Charter* analysis. Ultimately, the aim is to achieve a more comprehensive understanding of the fundamental freedom of peaceful assembly and its related content as a free-standing freedom in Canada.

Toward these ends, this article focuses on how Canadian courts should approach peaceful assembly as an independent freedom in light of the judicial treatment of other freedoms. The paper first explores why peaceful assembly ought to be treated as an independent freedom. It then examines several important commonalities among the fundamental freedoms and the resulting implications for a separate peaceful assembly analysis. The article then focuses on how the constitutional scopes of the other three freedoms are defined and applied. Some key differences are identified, which affect how Canadian courts understand, analyze, and protect each freedom. Finally, the paper argues that the "substantial interference" test is a stronger method for examining peaceful assembly and developing its corresponding content, rather than the current freedom of expression methodology and framework. The "substantial interference" approach would allow for a more thorough understanding of which activities are and ought to be covered by the freedom of peaceful assembly. The conclusion briefly outlines some key considerations in developing the principles necessary to conduct "substantial interference" comparisons in the context of peaceful assembly.

---

[13] Babineau stated that the peaceful aspect of assembly should be "closely linked" to the concept of violence. Babineau, *supra* note 11 at paras 1-4 [translated by author]. See also Alexander, *supra* note 11.

[14] *State on Trial*, *supra* note 4 at 322. Des Rosiers discusses issues related to demonstration requirements, spontaneous demonstrations, communicating with police, police actions, and demonstrator anonymity. *Ibid* at 322-23.

I. PEACEFUL ASSEMBLY SHOULD BE INDEPENDENT FROM EXPRESSION

As noted above, courts currently subsume peaceful assembly analyses into those of freedom of expression. Namely, courts tend to view the impugned laws and the activities they interfere with through the lens of expression, rather than using a framework unique to peaceful assembly. This poses two problems for the coherent development of the freedom of peaceful assembly.

First, it makes peaceful assembly seem like a derivative of expression, as opposed to a free-standing freedom. While there is obvious overlap with freedom of expression, the *Charter* lists peaceful assembly separately, rather than as part of the group of protections included alongside expression.[15] It is noteworthy that freedom of peaceful assembly is not explicitly included with "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication" as enumerated in subsection 2(b). There must be a purpose for this difference, especially since there is a presumption against tautology.[16] The separation in drafting reflects that peaceful assembly is a unique collective and expressive activity that involves rationales and issues warranting distinction from those included in the *Charter* guarantee of freedom of expression. Freedom of peaceful assembly is undoubtedly deserving of a unique focus given its role in Canadian and other liberal-democratic societies, both historically and recently.[17] Peaceful assembly should accordingly stand "as an independent right with independent content, essential to the development and maintenance of the vibrant civil society upon which our democracy rests."[18]

Second, it is difficult to develop the necessary content, analyses, and themes of peaceful assembly in a comprehensive manner if our courts continue to focus on applying well-settled freedom of expression law and corresponding justification analyses.[19] As noted in *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, there are few authorities dealing in detail with the freedom of peaceful assembly as it appears in Canadian law.[20] The 2015 Québec superior court case *Garbeau c Montréal (Ville de)* examines the related law in more detail than others.[21] The broad and inclusive nature of the freedom of expression framework, which instead orients litigants and judges toward section 1 justification analyses, was designed for general expression purposes— not specifically for peaceful assembly.

---

15 *Charter*, *supra* note 2, ss 2(b)(c).

16 R Sullivan, *Sullivan on the Construction of Statutes*, 6th ed (Markham, ON: LexisNexis, 2014) at paras 8.23-8.27. *Cf* at paras 8.28-8.31.

17 See references *supra* note 4 and note 11.

18 *Mounted Police*, *supra* note 8 at para 49.

19 For further examples, see *Batty v Toronto (City)*, 2011 ONSC 6862 at paras 76ff [*Batty*]; and *Calgary (City) v Bullock (cob Occupy Calgary)*, 2011 ABQB 764 at paras 31ff [*Occupy Calgary*].

20 *Villeneuve c Montréal (Ville de)*, 2016 QCCS 2888 at para 386 [*Villeneuve*] [translated by author].

21 See *Garbeau*, *supra* note 7.

Given the continued utility of demonstrations in today's society for the expression of dissent, peaceful assembly warrants its own independent development. For example, in the United States, numerous demonstrations occurred during 2017 in response to a variety of issues, particularly following the election of President Donald Trump and his engagement with certain issues[22] (namely race-related issues).[23] Similarly, demonstrations are a major part of Canadian history. Examples include the Winnipeg General Strike and demonstrations during the Great Depression.[24] Demonstrations were and continue to be ideologically driven or targeted against bias and discrimination.[25] They also frequently involve Indigenous issues or issues connected to global summits, such as the Toronto G20 Summit in 2010.[26] Notably, several litigated cases arose recently in Québec, in part the result of greater demonstration activity by post-secondary education students after the Québec provincial government proposed a significant tuition increase in 2012.[27] More recently, far right and counter demonstrations occurred in Vancouver and Québec City.[28] These examples reflect the fact that freedom of peaceful assembly is an emerging, ongoing, and high-stakes issue in constitutional law. Accordingly, it is more crucial than ever that peaceful assembly law be developed and utilized in a manner consonant with the increasing frequency of demonstrations in today's society.

II. KEY THEMES AND COMMONALITIES AMONG THE FUNDAMENTAL FREEDOMS

To understand how an independent peaceful assembly freedom should be shaped, it is useful to first examine some themes associated with the fundamental freedoms as well as their applicability to peaceful assembly. As indicated, section 2 of

---

22 See Crowd Counting Consortium, "Reports & Trends," online: <https://sites.google.com/view/crowdcounting consortium/reports-trends>; M Berman & W Lowery, "'It's now or never': How anti-Trump protests spread across the U.S.," *The Washington Post* (12 November 2016), online: <www.washingtonpost.com/news/post-nation/wp/2016/11/11/its-now-or-never-how-anti-trump-protests-spread-across-the-u-s/>; and S Jaffe, "Why Anti-Trump Protests Matter," *Rolling Stone* (15 November 2016), online: <www.rollingstone.com/culture/why-anti-trump-protests-matter-w450561>.

23 See Touré, "A Year Inside the Black Lives Matter Movement", *Rolling Stone* (7 December 2017), online: <www.rollingstone.com/politics/news/toure-inside-black-lives-matter-w513190>.

24 See *State on Trial*, *supra* note 4 at 5-9.

25 *Ibid* at 9-11

26 See *ibid* at 5 and 11-14.

27 For more information, see *Villeneuve*, *supra* note 20 at paras 100ff; *Québec (Ville de) c Bérubé*, 2016 QCCM 122 at paras 62-88 and 122 [*Bérubé*], aff'd 2017 QCCS 5163; and Makela, *supra* note 11.

28 See e.g. CBC News, "Protest against far-right rally draws thousands in Vancouver" (19 August 2017), online: <www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/anti-racism-rally-vancouver-city-hall-1.4253117>; and CBC News, "Quebec City police arrest 44 at far-right protest and counter-demonstration" (25 November 2017), online: <www.cbc.ca/news/canada/montreal/quebec-city-police-arrest-44-at-far-right-protest-and-counter-demonstration-1.4419752>.

the *Charter* guarantees four fundamental freedoms: freedom of religion (s. 2(a)), freedom of expression (s. 2(b)), freedom of peaceful assembly (s. 2(c)), and freedom of association (s. 2(d)).[29] With respect to the general role of these four freedoms in Canadian society, Dickson J. made several oft-cited comments in *R v Big M Drug Mart Ltd*, a case regarding freedom of religion. For example, he noted that "a free society" aims at equal enjoyment of the freedoms, and that variability, rather than uniformity, is a key aspect of a "truly free society."[30] Significantly, he also stated that "[f]reedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint" such that a person may "[act] of his [*sic*] own volition."[31]

> One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience.[32]

Dickson J. emphasized the freedoms' focus on limiting coercion and constraint. Accordingly, it is not surprising that the freedoms generally impose negative obligations on government actors (i.e., not to interfere), rather than positive obligations (i.e., to actively protect, assist, or facilitate the freedoms), unless exceptional circumstances apply.[33] Generally speaking, courts would likely interpret a free-standing freedom of peaceful assembly and its corresponding obligations on the state similarly, focusing largely on negative obligations.

While such a general approach would be appropriate for many issues related to peaceful assembly (e.g., whether and how people wish to assemble, and the variety of concerns that may result in assembly), the specific nature of the freedom of peaceful

---

29 *Charter*, *supra* note 2.
Courts often use "freedom of religion" and "freedom of expression" as short-forms for the associated freedoms (i.e., "freedom of conscience and religion" and "freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication"). Similarly, this article uses these short-forms for convenience. See e.g. *R v Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 SCR 295 at 345-47 (freedom of religion) [*Big M Drug Mart*]; and *Irwin Toy Ltd v Quebec (Attorney General*, [1989] 1 SCR 927 at 968-69 & 1005-06 (freedom of expression) [*Irwin Toy*].

30 *Big M Drug Mart*, *ibid* at 336.

31 *Ibid*.

32 *Ibid* at 336-37.

33 See *Delisle v Canada (Deputy Attorney General)*, [1999] 2 SCR 989 at paras 25-29 & 33; *Dunmore v Ontario (Attorney General)*, 2001 SCC 94 at paras 19-29 (exception for legislative under-inclusion in the freedom of association context).

assembly likely calls for a deeper analysis respecting corresponding state and societal obligations. In particular, it is important for state obligations to be carefully laid out in the context of demonstration. Assemblies are collective actions that require physical space in order to be effectively carried out; however, the state often controls or regulates such location (e.g., spaces in front of or near government buildings, roads, and parks). Demonstrations are also often a means to express dissent to those in power. Further, the thrust of demonstrations is their disruptiveness or ability to draw attention. This necessarily involves interaction with law and regulatory enforcement as well as interactions with others' rights, societal norms, and expectations.[34] Special considerations relating to the state's obligations ought to be applicable to government actors to ensure that peaceful assemblies can occur and are not prevented. This will require separate and more comprehensive analyses on behalf of the judiciary.

Moreover, the courts' general reticence to impose positive obligations on the state in the *Charter* freedom context does not mean that the application of the fundamental freedoms is only characterized negatively. This is particularly true when considered from the perspective of potential claimants. For example, freedom of religion includes "the right to believe…what one chooses, to declare one's beliefs openly, …to practice one's religion in accordance with its tenets [and]…to teach and disseminate one's beliefs."[35] While LeBel J. considered these elements to be "positive aspects" of the freedom of religion,[36] they may only be viewed as positive from the perspective of claimholders. On the other hand, freedom of religion also includes "the right not to be compelled to belong to a particular religion or to act in a manner contrary to one's religious beliefs"—an entitlement framed in the negative.[37] Again, courts frame freedom of religion negatively, but in a manner that entitles claimholders rather than the government. The emphasis here is not on directing the state to refrain from constraining and coercing; rather, *claimholders* have the right to conduct activities and to be free from state constraint and coercion.

The freedom of association has been treated by courts in an analogous manner. It includes a negative prerogative not to associate (i.e., not to be part of a union or other group) as well as various positive elements, such as entitling persons to join with others in forming associations, to pursue constitutional rights, and "to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities."[38] Similarly, freedom of

---

34 See e.g. *State on Trial*, *supra* note 4 at 322-23; Alexander, *supra* note 11.

35 *Congrégation des témoins de Jéhovah de St-Jérôme-Lafontaine v Lafontaine (Village)*, 2004 SCC 48 at para 65, LeBel J dissenting [*Congrégation*]. See also *Big M Drug Mart*, *supra* note 29 at 336-37.

36 *Congrégation*, *ibid* at para 65.

37 *Ibid* [emphasis added, citation omitted]. See also *Big M Drug Mart*, *supra* note 29 at 336-37.

38 *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 41-42 & 65-66. However, section 1 of the *Charter* may justify an infringement of the entitlement not to be part of a union. See e.g. *Lavigne v Ontario Public Service Employees Union*, [1991] 2 SCR 211 at 281ff, 333ff, & 342.

expression entails a positive right to express oneself in numerous ways.[39] It has also been interpreted as including a negative right, to *not* be compelled to express something (e.g., "to say nothing or…not to say certain things").[40] These examples are not exhaustive, but they show how courts would and should use the claimant's perspective to help interpret the scope of an independent freedom of assembly. The examples also illustrate how the content of each freedom becomes clearer and more practically concrete when viewed predominantly from a claimant perspective. It is likely that the courts would analyze, interpret, and apply freedom of peaceful assembly in a manner similar to that of the other fundamental freedoms, given the freedoms' inherent syntactical and semantic similarities. For example, from a claimant perspective, there is a right to form or join a peaceful assembly or to choose not to do so, a peaceful assembly ought to be able to draw society's attention and interest to issues, and, finally, peaceful assembly is a way to communicate with and influence those in power, particularly when there are limited or no means to effect change in other ways. As has been seen with the other fundamental freedoms, a free-standing freedom of peaceful assembly would also develop practically over time.

Notwithstanding a *new* approach to applying freedom of peaceful assembly, it is well settled that courts are bound to use a generous and purposive approach in interpreting the *Charter*.[41] Courts determine the scope of application for a freedom such as peaceful assembly by analyzing its purpose "in light of the interests it was meant to protect."[42] Courts conduct this analysis

> by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical objects of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the *Charter*.[43]

The *Charter* must "be placed in its proper linguistic, philosophic and historical contexts."[44] That said, courts are instructed to conduct an "activity-based contextual approach" that looks at the "activity in question in its full context and history" when considering the fundamental freedoms.[45] As will be discussed, the freedoms vary on

---

39 See e.g. Halsbury's Laws of Canada, *Constitutional Law: Charter of Rights*, "Fundamental Freedoms: Freedom of Expression: Specific Types of Expression" (VI.2(2)) at HCHR-40 (online).

40 See e.g. *Slaight Communications Inc v Davidson*, [1989] 1 SCR 1038 at 1048 & 1080 (reference letter with specified content justified under section 1).

41 *Hunter v Southam Inc*, [1984] 2 SCR 145 at 155-56 [*Hunter*]; and *Big M Drug Mart*, *supra* note 29 at 344.

42 *Big M Drug Mart*, *ibid*.

43 *Ibid*. See also *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 47-48.

44 *Big M Drug Mart*, *supra* note 29 at 344.

45 *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 47-48.

how their respective scopes are defined for the purpose of determining constitutional infringements. However, none of the freedoms are unlimited in terms of what they include, and the limiting factors inevitably inform courts' decisions about what is included or excluded in the scope of each freedom. For example, although subsection 2(c) is the only explicitly qualified freedom (i.e., "peaceful assembly"),[46] all of the other freedoms have been interpreted to exclude violence or injury from their scope. A religious practice may not injure others or their right to hold their own beliefs.[47] Protected forms of expression likewise do not include those that are violent.[48] Similarly, violent associational activities are not protected.[49] In the case of the freedom of peaceful assembly, the modifier "peaceful" ultimately reinforces the approach already taken with respect to the other *Charter* freedoms. It should also be noted that Canada's international obligations and related analyses may provide useful insights into how courts would approach and shape the much less litigated and still developing *Charter* freedom of peaceful assembly.[50]

Moving forward, a key interpretive question is whether courts will focus on individual or collective rights in their independent analyses of peaceful assembly. While one of the functions of the *Charter* is "the unremitting protection of individual rights and liberties,"[51] this does not mean that *Charter* rights do not have a collective dimension. In fact, in *Mounted Police Association of Ontario v Canada (Attorney General)*, the Supreme Court of Canada made it clear that "the *Charter* does not exclude collective rights" and that "its s. 2 guarantees extend to groups."[52] In support of this perspective, the Court noted that "peaceful assembly is…a group activity incapable of individual performance." The Court also cited additional examples in the expression, voting, and religion contexts,[53] and it ultimately held that freedom of association protects three classes of group activities.[54] The treatment of the fundamental freedoms by the Supreme Court of Canada in this case and others indicates that any approach to

---

46 See *Charter*, *supra* note 2, s 2 [emphasis added]. See also *Villeneuve*, *supra* note 20 at paras 386-90 (peaceful assembly has internal requirement of peaceful).

47 *Big M Drug Mart*, *supra* note 29 at 346.

48 *Irwin Toy*, *supra* note 29 at 970.

49 *Suresh v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 SCC 1 at para 107.

50 See e.g. *Garbeau*, *supra* note 7 at paras 143-53; and Organization for Security and Co-operation in Europe – Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR) & Venice Commission, *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly*, 2nd ed (Warsaw: OSCE/ODIHR, 2010) [OSCE/ODIHR Guidelines]. See also *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn v British Columbia*, 2007 SCC 27 at paras 69-79 [*Health Services*] (analogous example in the freedom of association context).

51 *Hunter*, *supra* note 41 at 155.

52 *Mounted Police*, *supra* note 8 at para 64 [emphasis added].

53 *Ibid*.

54 These consist of: "(1) the right to join with others and form associations; (2) the right to join with others in the pursuit of other constitutional rights; and (3) the right to join with others to meet on more equal terms the power and strength of other groups or entities." *Ibid* at para 66.

peaceful assembly must recognize that "collective rights complement rather than undercut individual rights" and that "[b]oth are essential for full *Charter* protection."[55]

Thus far, this paper has focused on understanding how peaceful assembly would likely be interpreted in light of content and scope of issues common to all of the freedoms. However, fundamental freedom infringements are also inextricably subject to justification pursuant to section 1 of the *Charter*, the final step of most *Charter* analyses.[56] In addition to the requirement that the limit be prescribed by law,[57] the well-known *R v Oakes*[58] test governs what is considered a justifiable infringement.[59]

The past application of the *Oakes* test demonstrates the potential issues and considerations that would likely arise when considering whether peaceful assembly infringements are justified. For example, the regulation of roads in Québec and the reasons for such regulation have been found to be pressing and substantial objectives for a law limiting demonstrations on roads.[60] Justification often turns on the later stages of minimal impairment and proportionality. It is thus not surprising that claims involving demonstrators who erect permanent structures or shelters have not been successful at these stages of the *Oakes* test.[61] Municipal and superior courts in Québec have also found, in *Bérubé* and *Villeneuve* respectively, that section 1 justified a requirement for demonstrators to provide an itinerary in the form of a location or a route to assist police.[62] Such a requirement was found to be minimally impairing, as notice was the only requirement; no authorization or permit was required, and the only lesser alternative was to provide no notice at all.[63] These examples illustrate the kinds of issues that need to be proactively considered as part of developing the scope and content of an independent freedom of peaceful assembly.

---

55 *Ibid* at para 65.

56 *Charter*, *supra* note 2, s 1.

57 *Ibid*, s 1.

58 [1986] 1 SCR 103 [*Oakes*].

59 In other words, whether there is "a pressing and substantial object" and whether "the means chosen are proportional to that object." The latter includes a rational connection to the objective, minimal impairment of the affected right, and "proportionality between the deleterious and salutary effects." *Carter v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 5 at para 94 [*Carter*]. The *Oakes* test is the subject of extensive detailed commentary; this article does not review the test or its corresponding elements in further detail. For more information, however, see e.g. PW Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed (Toronto: Carswell, 2007) (looseleaf) vol 2, ch 38.

60 *Garbeau*, *supra* note 7 at paras 210-14 ("security, the free movement of persons and goods on public roads and access to the buildings that surround them") [translated by author].

61 See *Batty*, *supra* note 19 at paras 70-72 (Occupy Toronto case; infringement focus was on expression analysis); and *Occupy Calgary*, *supra* note 19 at para 12 (infringement of expression conceded).

62 *Villeneuve*, *supra* note 20 at paras 386-90; *Bérubé*, *supra* note 27 at para 133.

63 See *Villeneuve*, *ibid* at paras 140, 143-45, & 460-62; and *Bérubé*, *ibid* at paras 130-31. For clarity, notice could be provided to the last minute in these situations. *Villeneuve*, *ibid* at paras 143-45& 460; and *Bérubé*, *ibid* at para 131.
For a discussion of the guidelines and the American law regarding permit and authorization system, see *Garbeau*, *supra* note 7 at paras 471-478.

Once the core aspects of an independent freedom of peaceful assembly are better known and described in jurisprudence, related infringements can be more properly considered in relation to these areas. For example, in the context of freedom of association, an exclusion of Royal Canadian Mounted Police ("RCMP") members from collective bargaining was found to be unjustified.[64] This result was defensible, because other police forces used collective bargaining,[65] and the exclusion had the practical effect of preventing RCMP members from engaging in core activities associated with freedom of assembly. Complete prohibitions of core aspects should not be easily justified given the ensuing deleterious effects.[66] The same principle would apply to core aspects of an independent freedom of peaceful assembly. It is also important to understand how different perspectives on what might constitute a potential infringement may or may not align with what constitutes the core constitutional content at law. For instance, from the demonstrators' perspective, the 24-hour nature of the Occupy demonstrations was arguably their defining feature; any participating demonstrator would have seen limiting the hours as a practical ban. However, laws limiting the time and duration of demonstrations were viewed by courts as justified given the other interests involved and the presence of other alternatives.[67] Had these cases involved an independent analysis of the freedom of peaceful assembly, the courts would have better considered what constituted the core aspects of the freedom when conducting both their infringement and justification analyses.

This section has outlined a number of the considerations that ought to influence an independent freedom of peaceful assembly, particularly in light of the commonalities and themes found among the other fundamental freedoms. However, more juridical attention must be devoted to defining the scope of such a freedom, especially since no *Charter* right or freedom is unlimited.

---

64 *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 135-39.

65 See e.g. *ibid* at paras 147, 151-53.

66 While it was not necessary for the majority in *Mounted Police* to conduct a proportionality analysis, the Court made comments that illustrate the negative impacts of a significant exclusion in the freedom of association context. For example, "[t]he function of collective bargaining is not served by a process which undermines employees' rights to choose what is in their interest and how they should pursue those interests." *Ibid* at para 85. Further, "[t]he function of collective bargaining is not served by a process which is dominated by or under the influence of management. This is why a meaningful process of collective bargaining protects the right of employees to form and join associations that are independent of management." *Ibid* at para 88 [citation omitted]. "If employees cannot choose the voice that speaks on their behalf, that voice is unlikely to speak up for their interests. It is precisely employee choice of representative that guarantees a representative voice." *Ibid* at para 101. The exclusion "fostered, rather than inhibited, dissatisfaction and unrest within the RCMP." *Ibid* at para 147.

67 *Batty*, *supra* note 19 at paras 106-11; *Occupy Calgary*, *supra* note 19 at paras 43-46.

III. A KEY DIFFERENCE BETWEEN THE FREEDOMS—DEFINING THE SCOPE

Each of the fundamental freedoms—peaceful assembly aside—uses different approaches in defining the constitutional scopes of the freedom at law. This is understandable given the different issues at play and the variety of activities protected by each freedom. It is necessary to define the scope of these freedoms, since no *Charter* right is absolute, and each will inevitably interact with other rights—including those held by the modern political state.[68] An understanding of how the courts interpret these scopes differently provides insight into the most beneficial approach to peaceful assembly over the long term.

The approach to freedom of religion, for example, focuses on what constitutes an infringement on the freedom. There are two parts to the test: first, whether a claimant "sincerely believes in a belief or practice that has a nexus with religion," and second, whether the law or action at issue is a "more than trivial or insubstantial" interference with the claimant's ability to act in accordance with his or her religious beliefs.[69] A majority of the Supreme Court of Canada has held that a case-by-case examination is necessary to determine if such interference occurs.[70] This is consistent with the variety of religious beliefs and practices for which constitutional protection could potentially be claimed. Furthermore, the interference must be such that it reasonably or actually threatens a religious belief or practice. If it does not threaten actual beliefs or conduct, it is a "trivial or insubstantial" interference.[71] In other words, there must be some impact or effect of the impugned law for there to be protection under the *Charter* freedom of religion.[72]

In contrast, freedom of expression takes a more expansive approach. If an activity "conveys or attempts to convey a meaning, it has expressive content and *prima facie* falls within the scope" of the freedom.[73] This indicates a broad and inclusive approach.[74] The next step in the analysis addresses whether the purpose or the effect of the impugned government action restricts expression.[75] Given the broad nature of the first step, and the reality that *Charter* litigation would not occur unless the second step was likely to be fulfilled (i.e., in practice, it is a relatively low infringement threshold), freedom of expression jurisprudence focuses largely on whether the infringing law can

---

68 See e.g. *Operation Dismantle Inc v Canada*, [1985] 1 SCR 441 at 450 & 488-90.
69 *Alberta v Hutterian Brethren of Wilson Colony*, 2009 SCC 37 at para 32 [*Hutterian Brethren*].
70 *Syndicat Northcrest v Amselem*, 2004 SCC 47 at para 60.
71 *Hutterian Brethren*, *supra* note 69 at para 32.
72 See e.g. *Multani v Commission scolaire Marguerite-Bourgeoys*, 2006 SCC 6 (public school prohibited wearing of kirpan, even with conditions).
73 *Irwin Toy*, *supra* note 29 at 969, 978, 1005-06 & 1007.
74 *Ibid* at 970.
75 *Ibid* at 971, 978-79, 1005-06 & 1007.

be justified.[76]

When applicable, the Supreme Court of Canada has also distinguished between form and content as part of the expression analysis. Generally, all content is worthy of protection, but the method or location may not be.[77] For example, the scope of freedom of expression is limited by the Supreme Court of Canada's holding that violent expression and expression on private property are not protected by the *Charter* freedom.[78] The Court similarly developed a test to determine whether expression on a particular government-owned property is covered by the freedom (e.g., public streets compared to private offices).[79] However, the resulting restrictions on scope are relatively small compared to the overall breadth of the freedom. It should also be noted that even if method or location do not exclude a particular expression from protection, these factors may still ultimately contribute to the section 1 analysis.[80]

Given the broad nature of this methodology, it is not surprising that Canadian courts conduct peaceful assembly analyses through an expression lens, or simply by importing the expression tests.[81] Such an approach is understandable because peaceful assembly is, by nature, an expressive activity.[82] However, this approach does not easily acknowledge the unique realities, motivations, and roles associated with peaceful assemblies, such as their collective nature, which differs from expression more generally.

Finally, the judicial approach to freedom of association focuses on "substantial interference," which, although it seems similar to the freedom of religion approach, uses slightly different language. There are various activities protected by freedom of association,[83] and courts will consider whether these activities and their corresponding

---

76 Halsbury's Laws of Canada, *Constitutional Law: Charter of Rights*, "Fundamental Freedoms: Freedom of Expression: General Section 2(b) Doctrine" (VI.2(1)) at HCHR-39, "Scope of freedom of expression" (online).

77 *Montréal (City) v 2952-1366 Québec Inc*, 2005 SCC 62 at para 60 [*2952-1366*]; *Irwin Toy*, *supra* note 29 at 969-70.

78 *2952-1366*, *ibid* paras 60-61 & 72; *Irwin Toy*, *supra* note 29 at 969-70.

79 *2952-1366*, *ibid* at paras 73-80. The key question is whether expression in the place conflicts with the purposes of the freedom (i.e., democratic discourse, truth finding, and self-fulfillment). Two factors are to be accordingly considered: the historical or actual function of the place; and whether other aspects of the place suggest that expression there would undermine the freedom's values.

80 See e.g. *2952-1366*, *ibid* at para 99; and *R v Banks*, 2007 ONCA 19 at para 133, leave to appeal to SCC refused, 2007 CanLII 37182.

81 See generally *supra* note 12. See also: *Villeneuve*, *supra* note 20 at paras 381–85, 397, 407–37; *Batty*, *supra* note 19 at paras 70-75; *Occupy Calgary*, *supra* note 19 at para 31; and *Bérubé*, *supra* note 27 at paras 110-16.

82 See e.g. OSCE/ODIHR Guidelines, *supra* note 50 at 15 & 17 ("1.2 Definition of assembly. … [T]he intentional and temporary presence of a number of individuals in a public place for a common expressive purpose" and "3.3 … Assemblies are held for a common expressive purpose and, thus, aim to convey a message" [emphasis added]).

83 *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 66–67 & 80. For example, protected classes of activities include the right to join with others and form associations, to pursue other constitutional rights, and "to meet on more equal terms the power and strength" of others. Accordingly, the freedom guarantees "the right of

rights have been substantially interfered with. Substantial interference takes place when "the intent or effect [of a law or an action] … seriously undercut[s] or undermine[s]" the key activity,[84] such as in the context of collective bargaining. The courts' inquiries are contextual and fact-specific, and the focus is on whether there has been or are likely to be significant adverse impacts.[85] The inquiries usually focus on the importance of the affected matter and the extent to which it is impacted.[86] Substantial interference is more likely if a central issue is the one affected.[87] For example, in the collective bargaining context, the right to strike is vital; limiting association in a way that substantially interferes with such collective bargaining is, accordingly, a violation.[88] However, in order for courts to apply this approach effectively, one must understand which core activities and corresponding rights are protected as part of the freedom. Such tenets took a number of years to develop in the association context.[89]

IV. THE SUBSTANTIAL INTERFERENCE TEST IS BEST FOR PEACEFUL ASSEMBLY'S SCOPE

To better facilitate the development of peaceful assembly as an independent freedom, courts need to revise the default approach to its scope. The analyses used with respect to freedom of religion and freedom of association are compatible with freedom of peaceful assembly, given the freedoms' general similarities. Freedom of religion and freedom of association are both more concerned with specifically examining activities and degrees of infringement, whether interference is "more than trivial or insubstantial" or "substantial" respectively. It is unclear whether the two standards are identical, or if there is a possibility that an infringement may fall between the two (e.g., it is higher than "more than trivial or insubstantial" but not high enough to reach "substantial"). However, the practical difference between these two standards may be minimal given how the analyses in fact play out in their respective contexts. As well, there is always a spectrum of infringement: even if the degree of infringement plays a limited role at the scope-defining stage, it will likely still play a role in the section 1 justification stage.

---

employees to meaningfully associate in the pursuit of collective workplace goals," which includes a right to a collective bargaining process.

84 *Health Services, supra* note 50 at para 92. Potential examples include: "union breaking" laws or actions; bad faith actions; and unilaterally nullifying negotiated terms without any meaningful discussion and consultation process.

85 *Ibid*.

86 *Ibid* at paras 93-94.

87 *Meredith v Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2 at para 52, Abella J dissenting; and *Health Services, supra* note 50 at paras 95-96.

88 *Saskatchewan Federation of Labour v Saskatchewan*, 2015 SCC 4 at paras 24-25. Abella J noted that if "one of the meaningful dispute resolution mechanisms commonly used in labour relations" were to be used instead in the context of essential services legislation, it would be more likely to be justified under section 1. *Ibid* at para 25.

89 For a general summary, see *Mounted Police, supra* note 8 at paras 30-66.

Such an approach also allows for and results in unique analyses and outcomes that better account for peaceful assembly's unique features and character.

Given that this paper is concerned with the development of the legal principles underlying peaceful assembly, the lens of peaceful assembly itself indicates which approach is best. Accordingly, the substantial interference test offers more potential towards developing the freedom's scope and content. This is particularly so because an independent freedom of peaceful assembly is more akin to freedom of association than freedom of religion. While both freedoms have collective aspects, religion's approach makes sense in its own context, since there is a significant diversity of activities—within and varying across religions—that courts may need to analyze to determine whether there is constitutional protection. It is difficult for courts to develop a practical core of detailed, universal activities, as well as corresponding practice rights that would apply across all religions. More flexibility is needed, and most of the resulting limits occur as part of section 1 analyses. In contrast, there is a much narrower range of activities that warrant constitutional protection under the freedom of association. This is analogous to peaceful assembly, which is similarly limited in nature. A smaller range of protected activity allows for a narrower focus on precisely which activities and rights are central to the freedom. Consistent with the courts' mandated purposive approach "to consider the most concrete purpose or set of purposes that underlies the right or freedom in question, based on its history and full context,"[90] it follows that the courts should interpret a free-standing freedom of peaceful assembly in the latter manner.

Since scope aids in determining what precisely is protected by the freedom, the substantial interference test also allows for a stronger enunciation of the inherent core, for which there is constitutional protection. In turn, this may provide greater practical guidance regarding the *Charter* freedom's scope and content. Judicial treatment of freedom of association illustrates how purposes become more understandable and enforceable when they become more concrete.[91] A similar approach would be beneficial to a better understanding of peaceful assembly, such as where and how assemblies should occur.[92] Guidance from the courts in this context may also be particularly helpful to police and other state actors who interact with demonstrators, given that such state actors usually deal with demonstrations on the ground and have significant powers that can be employed against demonstrators.[93]

---

90 *Mounted Police*, *supra* note 8 at para 50 [emphasis added by author].

91 For examples in the freedom of association context, see *supra* note 84 above.

92 For example, the OSCE/ODIHR Guidelines provide that, "as a general rule, assemblies should be facilitated within 'sight and sound' of their target audience." OSCE/ODIHR Guidelines, *supra* note 50 at 17. This contrasts with the experience of the Toronto G20, as the meeting occurred at the Metro Toronto Convention Centre, but the official protest zone was some distance away on the north side of Queen's Park.

93 For further discussion of these and related issues, see Alexander, *supra* note 11; and WW Pue, R Diab, & G Jackson, "The Policing of Major Events in Canada: Lessons from Toronto's G20 and Vancouver's

In addition, the threshold for "substantial interference" is higher by its nature than what is used now. As a result, if a finding of substantial interference to a claimant's freedom to assemble peacefully is made, there is a stronger likelihood that the protected activity in question will survive section 1 justification analyses. The infringement would require a higher threshold than the lower threshold it is currently subject to under subsumed freedom of expression analyses. This is especially important because it would increase pressure on the state to come up with stronger justifications for such infringements. As indicated, demonstrations and potential corresponding state interventions and responses are more prevalent now than ever. This has been illustrated by, among other incidences: the Toronto G20 Summit; Idle No More demonstrations (and those inspired by other Indigenous issues); the Occupy movement; student protests in Québec; far-right and counter-demonstrations; and other protests elsewhere—including the United States. The successful certification of more and more Canadian class actions involving demonstration issues also reinforces the importance of developing this area:[94] courts are evidently becoming more willing to intervene to protect the rights of those whose freedom to assemble peacefully have been collectively denied or impeded.

In spite of this, there are two caveats worth noting. First, the substantial interference test is helpful only when coupled with an understanding of what content the interference is relative to. In other words, the substantial interference test tends to rely on articulations of core activities in defining the scope of each freedom. The association cases took decades to develop in this respect. In contrast, there is currently a relative dearth of peaceful assembly cases. While the lack of freedom of peaceful assembly jurisprudence initially appears to be a significant issue, there are methods to mitigate this concern. For example, many of the principles discussed in other areas of *Charter* jurisprudence (i.e., regarding freedom of association and expression) may inform the development of peaceful assembly, and are applicable by analogy.[95] As well, the *Guidelines on Freedom of Peaceful Assembly* (the "Guidelines") by the Organization for Security and Co-operation in Europe – Office for Democratic Institutions and Human Rights (OSCE/ODIHR) and the Venice Commission provide an excellent base on which to develop the scope and build the content of Canada's freedom of peaceful

---

Olympics" (2015) 32:2 Windsor YB Access Just 181. See also *Garbeau*, *supra* note 7; *Villeneuve*, *supra* note 20; and *Bracken v Fort Erie (Town)*, 2017 ONCA 668 at paras 49-52, 54, 59 & 76-82. While an expression case, *Bracken* is an example of a town improperly characterizing uncivil dissent as violent, going too far, and effectively preventing that dissent.

94 See e.g. *Good v Toronto (Police Services Board)*, 2016 ONCA 250, leave to appeal to SCC refused, 2016 CanLII 76801; *Matton c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4297; *Charest-Bourdon c (Ville de)*, 2017 QCCS 4291; *Valade c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4299; *Dépelteau c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4298; *Beauchemin-Laporte c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4293; *Daigneault-Roy c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4292; and *Lebrun c Montréal (Ville de)*, 2017 QCCS 4288.

95 See e.g. *Mounted Police*, *supra* note 8 at paras 48, 57-58, 62, 69-70 & 80.

assembly.[96] Accordingly, this freedom will not be built from nothing.

Second, some may be concerned that the threshold of "substantial interference" has the effect of shifting the onus from the state, as part of justification, to the claimant, as part of the freedom's scope and content. However, given the "leeway" currently afforded to state justification in contemporary freedom jurisprudence,[97] as well as the nature of *Charter* litigation in general, it is unclear whether this shift has any real effect in practice. Both the claimant and the state must present their arguments and evidence, and regardless of who bears the burden or which issue—scope versus justification—the court will weigh more heavily in each case. There may be no real impact evident in practice. Most importantly, the nature of each individual case will likely determine what evidence is required more than any onus shift, and the *Guidelines* will likely help claimants meet some of their requirements. Finally, from a civil litigation perspective, it is often tactically better for claimants to set the initial characterization of issues rather than responding defensively to the government's narrative. Demonstrator perspectives can thus better frame the issues from the beginning, which is beneficial for understanding and developing the content of an independent freedom of peaceful assembly.[98]

CONCLUSION

Despite the relative lack of development of peaceful assembly as a free-standing *Charter* freedom, its independence has considerable potential. Accordingly, this article conducts some preliminary doctrinal steps in outlining a better approach to its analysis to help realize that potential in the Canadian context. In particular, courts ought to treat and develop freedom of peaceful assembly as an independent freedom instead of simply a form of expression. Commonalities among the fundamental freedoms provide some initial guidance regarding how courts should approach, interpret, and develop an independent freedom of peaceful assembly. Instead of using the freedom of expression framework—which seems to be the default at present—to determine scope and analyze peaceful assembly issues, courts should use the substantial interference approach of freedom of association. As indicated, its nature is closely akin to an independent freedom of peaceful assembly. Such an approach is also better suited to facilitate the

---

96 OSCE/ODIHR Guidelines, *supra* note 50.

97 See e.g. *Hutterian Brethren*, *supra* note 69 at paras 35, 37, 55 & 67-71; *Cf* paras 143-49, 154, 156 & 173, Abella J dissenting.

98 In contrast, a criminal defence perspective may argue that it is better to have a lower threshold on what is considered interference, and leave the onus on the state. However, unlike criminal situations where legislatures and courts provide significant starting points, such as the *Criminal Code* and case law, peaceful assembly typically does not have such guidance. As well, since a claimant usually needs to prove his or her case on a "balance of probabilities" in such situations, rather than the lower standard of a "reasonable doubt" as in the case of the state, it is often tactically better to frame the issues from the beginning rather than in response to the opposing side's characterization.

development of peaceful assembly's content as a free-standing independent freedom.

While these theories are by no means comprehensive, this work sets the stage for the next key step: synthesizing and developing the key principles and content of the freedom of peaceful assembly. While this article has referred to some relevant materials that may be of assistance in this project (e.g., key Canadian cases and the *Guidelines* by the OSCE/ODIHR and the Venice Commission), such resources serve only as starting points. More comprehensive explorations are necessary. Many more questions remain unanswered. For example: what are the potential purposes and aims of demonstrations (e.g., political or broader), and how should they be incorporated as part of a constitutionally guaranteed freedom of peaceful assembly?[99] Are there releases of societal frustration or similar aspects that should be better recognized? Is there a role for demonstrations of a longer duration, or even demonstrations that are permanent? How should these and other considerations interact with the realities of a post–9/11 environment?[100] What are the experiences and approaches of other jurisdictions?[101] Among others, these questions illustrate the reasons why additional work is needed for the law of peaceful assembly to realize its full potential in Canada, especially given its fundamental role in society and its increased prevalence. Most crucially, a free-standing freedom of peaceful assembly needs to be developed in order to protect and benefit those people who may not otherwise be able to influence those in power.

[99] See e.g. Babineau, *supra* note 11.

[100] For example, increased investigatory and detention powers, as well as monitoring tools. See e.g. *State on Trial*, *supra* note 4 at Part 2; C Forcese & K Roach, *False Security: The Radicalization of Canadian Anti-terrorism* (Toronto: Irwin Law, 2015); AP Sherwood, "The 'State of Exception' Today: 9/11's Revolutionary Effect on Law, War and Bodies" (Paper delivered at *Law: Stagnation, Evolution or Revolution?*, Western Law's Interdisciplinary Graduate Student Conference, Faculty of Law, Western University, 19 May 2017).

[101] See e.g. Orsolya Salat, *The Right to Freedom of Assembly: A Comparative Study* (Oxford: Hart Publishing, 2015).

TAB 33

The Biases of Experts: An Empirical Analysis of Expert Witness Challenges

JASON M. CHIN*, MICHAEL LUTSKY** AND ITIEL E. DROR***

ABSTRACT

Biased expert witnesses pose a distinct challenge to the legal system. In the criminal sphere, they have contributed to several wrongful convictions, and in civil cases, they can protract disputes and reduce faith in the legal system. This has inspired a great deal of legal-psychological research studying expert biases and how to mitigate them. In response to the problem of biased experts, courts have historically employed procedural mechanisms to manage partiality, but have generally refrained from using exclusionary rules. Canada diverged from this position in 2015, developing an exclusionary rule in *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co.* In this article, we assembled a database of 229 Canadian bias cases pre- and post-*White Burgess* to evaluate the impact that this case had on the

* Dr. Jason Chin is a Lecturer at Sydney Law School. He received his JD from the University of Toronto Faculty of Law, and his MA and PhD in Psychology from the University of British Columbia.

We heartily thank Andrew Fell for invaluable feedback during the conception of this research project. Many of the ideas herein were also discussed at the annual meeting of the Evidence-based Forensics Initiative. Sarah Hamid provided tireless research and editorial support.

** Michael Lutsky is a JD/MBA candidate at the University of Toronto Faculty of Law and Rotman School of Management, Class of 2021. He received his Bachelor of Arts (Honours) in Psychology from Queen's University in 2017.

*** Dr. Itiel Dror is Senior Cognitive Neuroscience Researcher at University College London (UCL). He received his PhD from Harvard University, specializing in why experts make mistakes, and specifically looking at biases and scientific evidence in legal proceedings. The authors heartily thank Andrew Fell for invaluable feedback during the conception of this research project. Many of the ideas herein were also discussed at the annual meeting of the Evidence-based Forensics Initiative. Sarah Hamid provided tireless research and editorial support.

jurisprudence. The data suggests that *White Burgess* increased the frequency of challenges related to expert biases, however, did not noticeably affect the proportion of experts that were excluded. This suggests that the exclusionary rule introduced in *White Burgess* did not significantly impact the practical operation of expert evidence law, as it pertains to bias. We conclude by recommending that one way for courts to better address the problem of biased experts is to recognize the issue of contextual bias.

I. INTRODUCTION

One of the most formidable hurdles in generating and conveying knowledge is curbing one's own biases; we often see what we want to see.[1] This can occur unintentionally and even unconsciously.[2] In law, many wrongful accusations and convictions have been attributed to biased expert judgments (we will parse the term "bias" in Part II).[3] In this vein, a great deal of recent research in the field of psychology and law has

---

Marcus Munafò et al, "A Manifesto for Reproducible Science" (2017) 1:1 Nature Human Behaviour 1 at 1 [Munafò, Science Manifesto].

See Emily Pronin, Daniel Y Lin & Lee Ross, "The Bias Blind Spot: Perceptions of Bias in Self Versus Others." (2002) 28:3 Personality & Soc Psychology Bull 369. This is known as the bias blind spot and has been specifically demonstrated in both forensic science experts, as well as forensic psychology experts. See Jeff Kukucka et al, "Cognitive Bias and Blindness: A Global Survey of Forensic Science Examiners" (2017) 6:4 J Applied Research in Memory & Cognition 452 [Kukucka et al, Forensics Survey]; Patricia A Zapf et al, "Cognitive Bias in Forensic Mental Health Assessment: Evaluator Beliefs About Its Nature and Scope" (2018) 24:1 Psychol Pub Pol'y & L 1 [Zapf et al, Forensic Mental Health Survey].

See e.g. Ontario, *The Commission on Proceedings Involving Guy Paul Morin: Report* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 1998) vol 1 (The Honourable Fred Kaufman, C.M., Q.C.) at 100 [Morin Report]: "rather than remaining neutral and dispassionate, [the expert] acted in a manner favouring the objectives of the prosecution..."; Ontario, *Inquiry into Pediatric Forensic Pathology in Ontario: Report* (Toronto: Ministry of the Attorney General, 2008) vols 1–4 (The Honourable Stephen T Goudge) at 43, 69, 79, 153-156, 374-377 [Goudge Report]; US, *A Review of the FBI's handling of the Brandon Mayfield Case*. (Washington, DC: Department of Justice, Office of the Inspector General, 2006), online (pdf): <oig.justice.gov/special/s0601/final.pdf> [perma.cc/VT4K-SQ5V]. See generally Bruce MacFarlane, "Convicting The Innocent: A Triple Failure of the Justice System" (2006) 31:3 Man LJ 403; Emma Cunliffe, "Observations about the quality of the investigation of Colten Boushie's death should be assessed against the backdrop of wider systemic racism" (27 September 2018), online: *Policy Options* <policyoptions.irpp.org/magazines/september-2018/the-forensic-failures-of-the-stanley-trial/> [perma.cc/L6WW-A7B7].

studied the biases of forensic experts and how to limit them.[4] Despite the detrimental effect expert bias has on legal proceedings, courts around the world have traditionally refrained from excluding experts for non-independence, partiality, or bias. Instead, courts have let concerns of bias affect the weight ascribed to an expert's testimony.[5] In 2015, the Supreme Court of Canada deviated from this position in *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co.* ("*WBLI*"), holding that bias can be cause to exclude an expert's testimony.[6] In this article, we report the results of an empirical study attempting to measure the impact of the exclusionary rule put forth in *WBLI*. Our results suggest that *WBLI* did not change the practical operation of evidence law in Canada, as it pertains to bias. As a result, courts around the world may wish to learn from the Canadian experience and employ a more expansive and multi-faceted approach to the biases of expert witnesses.

There are many reasons to be concerned with the biases of expert witnesses: bias can reduce the accuracy of the expert's opinion, diminish the public's faith in the justice system, and create unjust, potentially life-ruining, outcomes. Exacerbating the problem, research has found that the vast majority of experts believe that they can overcome such biases through mere willpower, a naïve belief that psychologists have long concluded to be

---

4 See Itiel E Dror, "Biases in forensic experts" (2018) 360:6386 Science 243 [Dror, Biases in forensic experts]; Itiel E Dror, "A Hierarchy Expert Performance (HEP)" (2016) 5:2 J Applied Research in Memory & Cognition at 121.

5 See e.g. *White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co*, 2015 SCC 23 at paras 41-44 [*WBLI*]; Paul Michell & Renu Mandhane, "The Uncertain Duty of the Expert Witness" (2005) 42:3 Alta L Rev 635 at 650; The Australian position, in *Uniform Evidence Law* jurisdictions (New South Wales, Victoria, Tasmania, the Northern Territories, and the Australian Capital Territory) was recently reaffirmed in *Chen v R*, [2018] NSWCCA 106; In the U.S., see Daniel J Capra et al "Forensic Expert, Testimony, Daubert, and Rule 702" (2018) 86:4 Fordham L Rev 1463.

6 *WBLI*, *supra* note 5; About *WBLI*, Peter Sankoff writes: "The decision was an extremely important one. Previously, Canadian courts were divided about whether experts could be excluded where there were signs of bias or partiality, and, if so, in what circumstances. The Supreme Court attempted to provide more transparent standards for the admissibility inquiry, recognizing that questions of bias need to be treated seriously, though with an understanding of the basic realities of the adversarial process..." [emphasis added] Alan W Mewett & Peter J Sankoff, *Witnesses* (Toronto: Carswell, 2018) at chapter 16.8.

misguided.[7] Despite the threat they can pose to justice, experts often carry a lot of weight in the trial process, possessing knowledge the judge and jury cannot be expected to have.[8] As a result, the Supreme Court of Canada, in *WBLI*, was faced with a difficult task: in an adversarial system that is inherently inundated with bias, how much bias is too much? Or, put differently, when should trial judges intervene if it seems likely that the expert is biased and partial?

In what follows, we will first review the ways in which experts can become biased (Part II) and how courts have traditionally approached these issues (Part III). Then, in Part IV, we will discuss the Canadian approach for dealing with this issue, as it was laid down in *WBLI*. Part V includes an empirical analysis of the pre-and post *WBLI* case law, finding that any effect *WBLI* had on the biased expert witness jurisprudence was likely insignificant. Part VI concludes and offers some preliminary reflections on how courts in the future can more effectively deal with expert bias.

II. A PANOPLY OF BIASES

> I propose that people motivated to arrive at a particular conclusion attempt to be rational and to construct a justification of their desired conclusion that would persuade a dispassionate observer. They draw the desired conclusion only if they can muster of the evidence to support it. In other words, they maintain an 'illusion of objectivity'. To this end, they search memory for those beliefs and rules that could support their desired conclusion. They may also creatively combine accessed knowledge to construct new beliefs that could logically support their desired conclusion. It is this process of memory search and belief construction that is biased by directional goals. The objectivity of this justification construction is illusory because people do not realize that the process is biased by their goals, that they are accessing only a subset of their relevant knowledge, that they would probably access different beliefs and rules in the presence of different directional goals, and they might even be capable of justifying opposite conclusions on different occasions.[9]

Before discussing the Canadian approach and its effectiveness, it will be useful to parse the various types of biases and causes of bias that scholars

---

7 Kukucka et al, Forensics Survey, *supra* note 2; Zapf et al, Forensic Mental Health Survey, *supra* note 2.

8 *R v D(D)*, 2000 SCC 43 at para 57 [*DD*]; Jason M Chin & William E Crozier, "Rethinking the Ken Through the Lens of Psychological Science" (2018) 55:3 Osgoode Hall LJ 625.

9 Ziva Kunda, "The Case for Motivated Reasoning" (1990) 108:3 Psychological Bull 480 at 482-483 [emphasis added].

and courts have considered. Moreover, we will explain that biases are extensive and pernicious.[10] As Ziva Kunda describes in the above quote, cognitive scientific research finds that these biases can contaminate the expert's memory and reasoning processes in ways they cannot know.[11] Experts may therefore labour under what psychologists term a "bias blind spot" resulting in the "illusion of objectivity."[12] In law, this can result in expert witnesses seeing their own field and work as balanced and fair, while more easily seeing others as biased.[13] For instance, in a 2017 survey of forensic science examiners, approximately 71% agreed that cognitive bias is a cause for concern in forensics, but only 26% agreed that it impacted their own judgments.[14] These issues may be pronounced for intuitive, subjective, or experience-based forms of expertise, because such expertise does not follow a chain of reasoning that can be scrutinized for bias.[15]

We use the term "bias" broadly in this article to describe any systematic error in reasoning and thinking that can alter an individual's memory, perception, and decision making.[16] In this manner, there are several causes and forms of bias (and we do not intend to provide an exhaustive list). In the interest of brevity, and in light of the existing research examining these

---

10 Richard H Thaler & Cass A Sunstein, *Nudge: Improving decisions about health, wealth and happiness* (London, England: Penguin, 2009) at 19-42; Munafò, Science Manifesto, *supra* note 1 at 2; D Michael Risinger et al, "The *Daubert/Kumho* Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion" (2002) 90:1 Cal L Rev 1.

11 David M Paciocco, "Unplugging Jukebox Testimony in an Adversarial System: Strategies for Changing the Tune on Partial Experts" (2009) 34:2 Queen's LJ 565 at 567 [Paciocco, Jukebox]; David E Bernstein, "Expert Witnesses, Adversarial Bias, and the (Partial) Failure of the Daubert Revolution" (2008) 93:2 Iowa L Rev 451 at 455-456 [Bernstein, Partial Failure].

12 Kathleen A Kennedy & Emily Pronin, "Bias Perception and the Spiral of Conflict" in Jon Hanson & John Jost, eds, *Ideology, Psychology, and Law* (Oxford University Press, 2012) 410; Kunda, *supra* note 9.

13 Kukucka et al, Forensics Survey, *supra* note 2; Zapf et al, Forensic Mental Healthy Survey, *supra* note 2.

14 Kukucka et al, Forensic Survey, *supra* note 2 at 454.

15 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 578; Jason M Chin, Jan Tomiska & Chen Li, "Drawing the Line Between Lay and Expert Opinion Evidence" (2017) 63:1 McGill LJ 89 [Chin et al, Opinion Evidence].

16 Martie G Haselton, Daniel Nettle & Paul W Andrews, "The Evolution of Cognitive Bias" in David Buss, ed, *The Handbook of Evolutionary Psychology* (Hoboken: John Wiley & Sons, Inc, 2015) 724.

concepts, we will provide only a cursory (and bulleted) overview:

- A relationship or what Paciocco referred to as an association bias.[17] Simply being assigned a side (even at random) can unconsciously bias an expert toward that side.[18] Additionally, many forensic experts work for the police (some forensic crime laboratories are even part of the prosecuting District Attorney's Office), which can also be a source of organizational relationship bias.
- A tangible reward. A financial stake in the outcome of a case (including the possibility of being retained again) may unconsciously bias the expert in favour of one side.[19]
- Pre-existing views and selection bias.[20] An expert may be selected because he or she has a particular view on an issue, which may diverge from the consensus in the field.[21] For example, there may be a dispute in real estate about how to most accurately assign a value to property. The court will have a hard time knowing whether the expert's view is orthodox because parties will be motivated to retain a witness whose opinion accords with their case theory. Pre-existing views (including whether an accused is guilty or innocent)

---

17 Paciocco, Jukebox, supra note 11 at 577.

18 See Daniel C Murrie et al, "Are Forensic Experts Biased by the Side That Retained Them?" (2013) 24:10 Psychological Science 1889. In the Murrie et al study, practicing forensic psychologists were told they were retained by the defence or prosecution with minimal instructions as to how they should perform their assessment task: "The attorney addressed the defense-allegiance participants with statements that are typical of many defense attorneys (e.g. 'We try to help the court understand that the data show not every sex offender really poses a high risk of reoffending'). Likewise, he addressed participants in the prosecution-allegiance condition with statements that are typical of prosecutors (e.g. 'We try to help the court understand that the offenders we bring to trial are a select group whom the data show are more likely than other sex offenders to reoffend'). In both conditions, he asked participants to score the offenders using the two risk instruments. He also hinted at the possibility of future opportunities for paid consultation." [Murrie, Forensic Experts].

19 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 577; Bernstein, *supra* note 11 at 455.

20 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 575-584.

21 *Ibid.* This view may result from a "professional bias", such as a practitioner of a certain methodology seeking to defend that method despite evidence suggesting it is flawed. It may also flow from "noble cause distortion", with experts in some areas seeing themselves on the "side of good", thus making it morally acceptable (in their minds) to dissemble in their evidence and testimony.

may result in confirmation bias, as the expert tends to distort information to fit that view.[22]

- Contextual bias. Contextual information, such as emotional case facts or whether the accused confessed, has a demonstrable and well-supported impact on decision making.[23] This biasing contextual information can impact relatively robust domains of forensic science, such as fingerprinting[24] and DNA.[25] Oftentimes, such information is irrelevant to the expert's task.[26] Contextual bias, although the focus of a great deal of recent scientific research, is rarely expressly considered by courts.[27]
- Bias cascades. Biases not only impact an individual expert at one stage of the investigation, but they can cascade to other aspects of the investigation and also impact other experts and legal professionals.[28] For instance, a crime scene investigator may be impacted by irrelevant contextual information at the crime scene, and then also be impacted by the same biasing information when her or she analyzes the evidence back at the crime laboratory. Hence, the bias cascades from one aspect (CSI) to another aspect (analytic work in the crime laboratory) of the investigation.

---

22 Raymond S Nickerson, "Confirmation Bias: A Ubiquitous Phenomenon in Many Guises" (1998) 2:2 Rev General Psychology 175; Alan D Gold, *Expert Evidence in Criminal Law: The Scientific Approach*, 2nd ed (Toronto: Irwin, 2009) at 98.

23 Gary Edmond et al, "Contextual Bias and Cross-contamination in the Forensic Sciences: the Corrosive Implications for Investigations, Plea Bargains, Trials and Appeals" (2014) 14:1 L Probability & Risk 1 [Edmond et al, Contextual bias]; US, President's Council of Advisors on Science and Technology, *Forensic Science in Criminal Courts: Ensuring Scientific Validity of Feature-Comparison Methods, Report to the President, September 2016* (Washington DC: Executive Office of the President, 2016) at 31 [PCAST Report].

24 Itiel Dror & Robert Rosenthal, "Meta-analytically Quantifying the Reliability and Biasability of Forensic Experts" (2008) 53:4 J Forensic Sciences 900.

25 Itiel Dror & Greg Hampikian, "Subjectivity and bias in forensic DNA mixture interpretation" (2011) 51:4 Science & Justice 204.

26 Edmond et al, Contextual bias, *supra* note 23 at 2

27 See Part VI, *below*.

28 Dror, Biases in forensic experts, *supra* note 4; Itiel Dror et al, "The Bias Snowball and the Bias Cascade Effects: Two Distinct Biases That May Impact Forensic Decision Making" (2017) 62:3 J Forensic Sciences 832 [Dror, Snowball]. See *R v Howard*, [1989] 1 SCR 1337, 1989 CanLii 99 discussing the possibility that confession evidence may have cascaded into the expert shoeprint identification opinion.

- Bias snowball. Bias can also snowball when forensic examiners are exposed to irrelevant details about the case and then share these details as well as their biased conclusion or case theory with another examiner. Bias then snowballs (i.e., increases in magnitude) because the bias now has a double impact (i.e., the direct impact of the biasing information itself, as well as its indirect impact via the conclusion of the other examiner). Then, more bias snowballing can occur when the factfinder hears from both examiners, each presenting their finding as if they are independent lines of evidence.[29]

The various biases listed above can originate from three general sources: (1) specific case-related information, (2) wider factors relating to the expert and the environment, and (3) human nature (see Figure 1).

Figure 1. Taxonomy of seven sources of bias. These factors may relate to the specific case itself (top of the pyramid), may originate from factors arising from the specific expert making the decision and environmental factors (the middle of the pyramid), or from human nature itself (bottom of the pyramid).[30]

Specific case-related information includes any irrelevant information that experts do not need in order to do their work (e.g., police suspicions,

---

29 Dror, Snowball, *supra* note 28.

30 Dror, Sources of Bias, *supra* note 37.

information about the investigation, emotionally evocative case facts, the suspect's past criminal record, their race or religion).[31] This is commonly referred to as "domain irrelevant information."[32] In addition, sometimes even relevant information, such as reference materials (e.g. the suspect's fingerprint, DNA, handwriting, etc) can bias an expert's opinion or analysis.[33] To illustrate, an expert who is presented with a suspect's reference materials may perceive or interpret the actual evidence from the crime scene in a way that is consistent with those of the suspect. That is, the expert goes backwards from the suspect to the evidence, rather than from the evidence to the suspect; this phenomenon has been termed "suspect/target driven bias."[34]

The wider factors that can bias experts include their experience, training, background, motivation, and organizational culture.[35] And lastly, the biasing factors related to fundamental human nature arise from cognitive architecture and how the brain processes information. For example, humans use unconscious mental shortcuts known as heuristics that produce economies but can slant judgment away from rational outcomes in many cases.[36] These are independent of the specific case and the expert involved.[37]

Before proceeding, it is important to emphasize that research findings are clear: experts are not immune to any of the biases and contextual influences discussed above.[38]

Influential legal decisions (and later, *WBLI* itself) generally do not engage with the science of cognitive bias, and, perhaps as a result, simply classify biases into two categories: independence and partiality.[39]

---

31 Edmond et al, Contextual bias, *supra* note 23

32 *Ibid.*

33 Jeanguenat, Budowle, & Dror, "Strengthening Forensic DNA decision making through a better understanding of the influence of cognitive bias" (2017) 57:6 Science & Justice 415

34 *Ibid.*

35 Murrie, Forensic Experts, *supra* note 18

36 Daniel Kahneman, *Thinking, Fast and Slow* (New York: Farrar, Straus and Giroux, 2013).

37 Itiel Dror, "Human Expert Performance in Forensic Decision Making: Seven Different Sources of Bias" (2017) 49:5 Australian J Forensic Sciences 541 [Dror, Sources of Bias].

38 See Itiel E Dror et al, "No one is immune to contextual bias–Not even forensic pathologists" (2018) 7:2 J Applied Research in Memory & Cognition 316

39 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 572: "As has been pointed out, bias can be a function either of a lack of independence or a lack of impartiality." *National Justice Compania Naviera SA v Prudential Assurance*, [1993] FSR 563 at 565, [1993] 2 Lloyd's LR

Independence concerns the expert's relationship with either the parties to the litigation (e.g., a friendship with the defendant) or with the litigation itself (e.g., a financial stake in the outcome.) Courts generally accept some level of non-independence, as experts are typically retained and paid by one party.[40] Partiality refers to the expert's biased state of mind or attitude, and generally manifests itself in some sort of behaviour.[41] It may flow from non-independence, a pre-existing belief, contextual cues, or other similar sources.

III. ADDRESSING BIAS IN COURTS

> There is the tendency in every expert to have an unconscious bias in favour of the party who calls him as a witness.[42]

Given the many influences that can slant an expert's judgment, courts have, unsurprisingly, been concerned with the objectivity of experts for centuries.[43] However, an English decision from the early 1990s, *National Justice Compania Niveira S.A. v Prudential Assurance* ("*The Ikarian Reefer*") is often credited with the modern interest in bias.[44] In that case, Creswell J, troubled by a protracted battle of experts, laid out several duties and responsibilities of expert witnesses (e.g. independence, impartiality).[45] *The Ikarian Reefer* inspired a great deal of procedural reform (e.g. expert codes of conduct, jointly appointed experts) and wide acceptance that experts owed a duty of independence and impartiality.[46]

---

68 [*The Ikarian Reefer*]; Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 638-638; *WBLI*, *supra* note 5 at paras 48-49. See also Mewett & Sankoff, *supra* note 6 at chapter 16.8(ii)-(iii).

40 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 573.

41 *Ibid*; Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 638-639.

42 *Earle Smith Construction Co v Aylmer High School Board*, [1940] OJ No 244 (QL) at para 26.

43 See *Lawrence v Pehlke (Trustee of)*, [1937] OJ No 63 (QL); *Abinger v Ashton* (1873), 17 LR Eq 358 at 374, 22 WR 582.

44 *The Ikarian Reefer*, *supra* note 39; *WBLI*, *supra* note 5 at paras 26-32; Gary Edmond, "After Objectivity: Expert Evidence and Procedural Reform" (2003) 25 Sydney Law Review 131 [Edmond, After Objectivity].

45 *The Ikarian Reefer*, *supra* note 39 at 565.

46 For a review in Canada see Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 585; Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 641-646. In Australia, see Edmond, After Objectivity, *supra* note 44. For post-*Ikarian Reefer* interest in the experts' duties, see *DD*, *supra* note 8; *R v K(L)*, 2011 ONSC 2562 [*KL*]; *Deemar v College of Veterinarians*, 2008 ONCA 600 [*Deemar*].

Still, the existence of such a duty and new procedures can only go so far. As we discussed above, experts will rarely be aware of their biases, and therefore simply reminding them of their duty to be objective and impartial may often prove ineffective. Moreover, even if experts are aware of their biases, such biases cannot simply be overcome through mere willpower.[47] Indeed, even in the face of admonitions from bodies like the National Academy of Sciences about the danger of cognitive biases in the forensic sciences, forensic examiners – testifying in court – continue to deny the importance of blinding themselves to biasing information.[48] As a result, it may be that simply demanding expert witnesses be "objective" (a somewhat nebulous notion itself) is not enough, raising the question of whether a potentially biased expert ought to be excluded altogether.[49]

In Canada, post-*Ikarian Reefer* cases disagreed about whether it was appropriate to exclude experts who appeared to violate their duty to the court (although, as we will see, many courts did opt to exclude experts for bias).[50] Some courts and commentators suggested that the influential Ontario appellate decision in *R v Abbey* opened the door to excluding biased testimony under the trial judge's residual discretion to exclude evidence when its costs exceed its benefits to the trial process (with bias diminishing the benefits of admitting the evidence through reduced reliability).[51] These

---

47 Dror, Biases in forensic experts, *supra* note 4.

48 Gary Edmond, David Hamer & Emma Cunliffe, "A little ignorance is a dangerous thing: engaging with exogenous knowledge not adduced by the parties" (2016) 25:3 Griffith L Rev 383, Edmond, After Objectivity, *supra* note 44; Jason M Chin & D'Arcy White, "Forensic Bitemark Identification Evidence in Canada" (2019) 52:1 UBC L Rev 57.

49 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 589-591. Edmond, After Objectivity, *supra* note 44.

50 For exclusions, see *R v Kovats*, 2000 BCPC 176; *R v Docherty*, 2010 ONSC 3628; *R v Morrissey*, 8 CR (6th) 27, 2002 CarswellOnt 3439. For a prominent decision holding that bias goes only to weight, see *R v Klassen*, 2003 MBQB 253. For a review, see *WBLI*, *supra* note 5 at paras 35-40; *Van Bree*, 2011 ONSC 4273 at paras 36-49 [*Van Bree*]; *KL*, *supra* note 46 at paras 9-22. See also *Deemar*, *supra* note 46.

51 *R v Abbey*, 2009 ONCA 624 at para 87: "When one looks to potential probative value, one must consider the reliability of the evidence. Reliability concerns reach not only the subject matter of the evidence, but also the extent to which the expert is shown to be impartial and objective". See *Van Bree*, *supra* note 50 at paras 36-56, 97, Lisa Dufraimont, "New Challenges for the Gatekeeper: The Evolving Law on Expert Evidence in Criminal Cases" (2012) 58:3/4 Crim LQ 531 at 553-554

cases, along with influential academic scrutiny of the Canadian judicial approach to bias, set the stage for *WBLI*.[52]

IV. *WHITE BURGESS LANGILLE V ABBOTT AND HALIBURTON CO*

WBLI expanded – in form – the Canadian approach to potentially biased experts in two principal ways. First, it confirmed that concerns about an expert's bias go to both weight and admissibility.[53] Second, Cromwell J, writing for the court, held that (some level of) unbiasedness is both a factor in the trial judge's discretionary exclusion of expert evidence (based on weighing its probative value and prejudicial effect) and a threshold requirement.[54]

As to the threshold inquiry, the Court held that bias ought to be considered under *Mohan*'s "properly qualified expert" element.[55] Moreover, this threshold can generally be met with the expert's recognition (and oath) as to his or her duty to the court to be independent and impartial.[56] A challenge establishing a "realistic concern" that the expert is "unable and/or unwilling to comply with that duty"[57] then shifts the burden to the party

---

52 See Paciocco, Jukebox, *supra* note 11; Hon S Casey Hill et al., *McWillams' Canadian Criminal Evidence* (Toronto. Canada Law Book, 2008) (loose-leaf, 4th ed) at 12-58 [McWilliams]. The approach of the authors of McWilliams and Paciocco was, for the most part, ultimately adopted by the Supreme Court of Canada. Compare Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 595-599 with *WBLI*, *supra* note 5 at paras 52-54. The Supreme Court in *WBLI* also relied heavily on Michell & Mandhane, *supra* note 5, which argued against an exclusionary rule in the context of civil trials.

53 See the sources at *supra* note 50.

54 *WBLI*, *supra* note 5 at paras 52-54.

55 *Ibid* at para 53. The full expert evidence admissibility rule (which gradually evolved from *Mohan* to *Abbey*, and then to *White Burgess*) can be summarized as follows: "Under the first step of the test, the opinion must meet four preconditions: logical relevance, absence of an exclusionary rule, a properly qualified expert, and necessity (note *Abbey* had relegated necessity to the second stage). Further, novel or contested science must receive special reliability scrutiny...If the evidence passes the first step, only then does it receive the discretionary costs-benefits weighing, which also includes reliability and any bias or partiality the expert may possess."; Jason M Chin, "Abbey Road: The (ongoing) journey to reliable expert evidence" (2018) Can Bar Rev 96:3 422 at 429 [citations omitted]. See *WBLI*, *supra* note 5 at paras 14-25.

56 The court largely adopted the framework proposed by Professor (as he then was) Paciocco and the authors of McWilliams, see *supra* note 52.

57 *WBLI*, *supra* note 5 at para 48.

proffering the expert to prove otherwise.[58] The Court was also careful to state that the threshold was "not particularly onerous" and that it would be "quite rare that a proposed expert's evidence would be ruled inadmissible."[59]

As to what level of biasedness would warrant exclusion, the Court seemed to rely on the two general categories of bias outlined above: independence and impartiality.[60] The court noted that independence can be interfered with by the expert's interest in or relationship to the current proceeding.[61] On this point, Cromwell J said that a direct financial interest in the outcome of the case or a very close familiar relationship with one of the parties may be cause for concern, but mere employment with a party would likely be insufficient to exclude the expert.[62] The second category includes any sort of demonstrable partiality, such as assuming "the role of an advocate."[63] In either case, the Court clarified that a mere reasonable apprehension of bias, the standard used for disqualifying judges and administrative decision makers, was inapplicable.[64] Rather, as stated above, the test is whether the expert is unwilling or unable to comply with his or her duty to the court.[65] The Court also held that concerns about

---

58 *Ibid.* This must be established on a balance of probabilities

59 *Ibid* at para 49.

60 *Ibid* at paras 32, 49. The first prong seems to align with what the Court referred to earlier as impartiality and bias: "The expert's opinion must be impartial in the sense that it reflects an objective assessment of the questions at hand.... It must be unbiased in the sense that it does not unfairly favour one party's position over another." The second aligns with a lack of independence: "It must be independent in the sense that it is the product of the expert's independent judgment, uninfluenced by who has retained him or her or the outcome of the litigation." They also generally correspond with the categories provided by Peter Sankoff (Mewett & Sankoff, *supra* note 6 at 16.8(ii)-(iii)) in his analysis of case law: "interest in the proceeding" and "demonstrated absence of objectivity". See also Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 642-644; Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 573-574.

61 *WBLI*, *supra* note 5 at para 49.

62 *Ibid.*

63 *WBLI*, *supra* note 5 at para 49. Examples of this prong cited in *WBLI*, *supra* note 5 at para 37. See also Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 648.

64 *WBLI*, *supra* note 5 at para 50.

65 In *WBLI* itself, the impugned expert was a partner at a the accounting firm that initially discovered the alleged accounting errors that formed the basis of the claim (albeit a different office than the one that found the errors). The defendants argued that the partner was not independent, *inter alia*, because she would have to opine on the work on her own firm. The Supreme Court found that this level of bias did not meet their

independence and impartiality should factor into the trial judge's residual discretion to exclude evidence when its costs outweigh its benefits.[66]

WBLI is undoubtedly an important case.[67] It provides useful clarification on the place of bias in the *Mohan* test. Indeed, as Cromwell J stated, inserting bias into the test, "ensures that the courts will focus expressly on the important risks associated with biased experts."[68] The case also walks a fine line. While arguably adding to the trial judge's gatekeeping responsibilities, it set a high bar for establishing bias. In doing so, it recognized that the reality of an adversarial system is that an expert witness will feel some level of allegiance with the party calling him or her.[69] Therefore, there is a question as to whether such an approach would actually lead to more exclusions, or if its main contribution would be in simply making courts and advocates more aware of issues of expert bias.

V. BIAS CASES, PRE- AND POST-*WHITE BURGESS*

In our study of pre- and post-*WBLI* decisions, we sought to examine what effect an exclusionary rule would have on expert bias jurisprudence. Did it inspire more challenges? Were experts more likely to be excluded or see the weight accorded to their evidence reduced? And if there was a discernable effect, was it felt more in criminal or civil cases? Moreover, we hope that compiling these cases will be of use to practitioners and evidence scholars.

First, we created a database of decisions in which an expert was challenged for bias. To do this, we searched the WestlawNext Canada[70] online database under "All Cases and Decisions" for the following words in the body of the judgment: impartial, impartiality, partial, bias, biased, independent, independence, advocate, and advocacy.[71] For the pre-*WBLI*

---

new test. The expert appeared to understand her duty to the court and the connection between her work and possible losses to her firm (e.g. should she find their initial work was shoddy) were speculative. See *WBLI*, *supra* note 5 at paras 56-62.

66 *Ibid* at paras 54-55.

67 See Sankoff & Mewett, *supra* note 6 at chapter 16.8.

68 *WBLI*, *supra* note 5 at para 53, citing McWilliams, *supra* note 52 and Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 [emphasis added].

69 Edmond, After Objectivity, *supra* note 44.

70 Online: <www.westlawnextcanada.com/>.

71 We limited our search to expert evidence cases by restricting it to cases in which "expert" was in the headnote and (1) "Mohan" was anywhere in the case (for pre-*WBLI* cases), or

case law, we searched the five years before the *WBLI* decision was handed down (May 1, 2010 to April 30, 2015). For the post-*WBLI* case law, we searched from May 1, 2015 to May 28, 2018 (i.e., just over three years after the case was decided).[72] We pre-registered (predefined) our search parameters and time window before collecting and examining the data to help ensure that any expectations we had would not influence the results.[73] This practice is in line with current best practices in social scientific methods.[74]

The second author (Lutsky) then reviewed the cases and screened out those based on pre-registered specifications (e.g., "bias" was used in a different context or only to summarize the law, see Appendix A). The remainder were deemed "relevant." The first author (Chin) reviewed 10% of these choices, and Lutsky and Chin discussed any difficult-to-categorize cases.[75] We treated any distinct instance of an expert being challenged for bias as a "decision" for the purposes of our study (i.e., any given reported case could contain multiple "decisions" if multiple experts were challenged

---

(2) "White Burgess" or "Mohan" was anywhere in the case (for post *WBLI* cases). See supplementary material, online: <https://osf.io/awy5v/> for the precise search strings we used.

72 We classified one case that was decided temporally after *WBLI* as a pre-*WBLI* decision because the case was heard before *WBLI* and decided not long after *WBLI*. As a result, we did not think that *WBLI* would have been available to the parties. That case is *R v J (N)*, 2015 ONSC 4347. For a full description of how we classified cases during the pre- and post-*WBLI* interstitial period, see Supplementary Materials, online <https://osf.io/awy5v/>.

73 Preregistration available online: <https://osf.io/ed8f5/>.

74 Brian A Nosek et al, "The Preregistration Revolution" (2018) Proceedings of the National Academy of Sciences 201708274 at 4, under "Challenge 3: Data Are Preexisting"; Brian A Nosek & D Stephan Lindsay, "Preregistration Becoming the Norm in Psychological Science" (28 February 2018), online: <www.psychologicalscience.org/observer/preregistration-becoming-the-norm-in-psychological-science> [perma.cc/29QY-VSS7]; Matthew Warren, "First analysis of 'pre-registered' studies shows sharp rise in null findings" (24 October 2018), online: <www.nature.com/articles/d41586-018-07118-1> [perma.cc/74NV-3MU4].

75 For example, we excluded from our database *Gaudet v Grewal*, 2014 ONSC 3542 because the expert was challenged but died before he could give evidence, making it difficult to know how the court would have ultimately decided. We also excluded *McKerr v CML Healthcare Inc*, 2012 BCSC 1712 because although the term objectivity was used with respect a description of the expert, it was not in the context of an admissibility challenge.

for bias for different reasons). This resulted in 229 "relevant decisions,"[76] comprising 113 pre-*WBLI* and 116 post-*WBLI* decisions.[77] A full list of these cases is available at Appendix B.

Lutsky then reviewed these cases and coded them according to pre-registered criteria (see Appendix A). Importantly, cases were coded according to whether the court found potential indicators of either the expert's (1) independence (through a connection to the party or possible interest in the outcome), (2) demonstrated partiality (usually through the behaviour of the expert), or (3) both. Appendix A contains a further description of how these decisions were made with examples of such categorizations. For instance, potential non-independence was described by courts in situations when the expert was an employee of a party,[78] a friend of a party,[79] or a police officer investigating the alleged crime.[80] Partiality included being argumentative,[81] discounting evidence consistent with the other side's case,[82] and straying into legal argument.[83]

Lutsky then coded these cases based on whether the evidence was: excluded (or assigned no weight, which we construed as an effective exclusion for the purposes of this study) for bias (i.e., non-independence or partiality); excluded for other reasons; admitted; or expressly assigned less weight by the trial judge for bias.[84] Once again Chin reviewed both 10% of these choices and difficult-to-categorize cases.[85]

---

76 See the full database online: <https://osf.io/hqyv5/>. If two experts were challenged for the same reasons and the same reasons were given for admitting or excluding them, this was treated as one line of data.

77 See *supra* note 72.

78 *Ontario (Ministry of Labour) v Advanced Construction Techniques Ltd.*, 121 WCB (2d) 256, 2015 CarswellOnt 6803 [*Ontario v Advanced Construction*].

79 *MacWilliams v Connors*, 2014 PESC 12.

80 *R v Lee*, 2014 ONCJ 640.

81 *West Moberly First Nations v British Columbia*, 2018 BCSC 730.

82 *R v Carter*, 2014 ABPC 291.

83 *PM Snelgrove General Contractors & Engineers Ltd v Jensen Building Ltd*, 2015 ONSC 585 [*Snelgrove*].

84 For a full accounting of this process, see the online supplementary material, online: <https://osf.io/awy5v/>. For practicality, cases in which the expert was excluded for bias *and* other reasons were coded as excluded for bias Those cases are flagged in the main data file, see online <https://osf.io/hqyv5/>. The exception is *R v Ennis-Taylor* 2017 ONSC 5797, in which the trial judge expressly said that bias alone would not have been enough to exclude the evidence.

85 For example, it was sometimes difficult to determine if an expert was excluded, given reduced weight, or neither. For instance, in *Uponor AB v Heatlink Group Inc.*, 2016 FC

Before reporting our findings, a key limitation of our study should be highlighted: our research contains only reported decisions (on one commercial database). Certainly, experts' alleged bias has been judicially considered in many decisions we do not have access to (e.g., mid-trial oral evidentiary holdings). In fact, one recent estimate found that only about 2% of criminal cases are ultimately reported.[86] Moreover, we have no information on the frequency at which potentially biased expert evidence produces settlements and plea deals. That said, we believe the cases we researched are important. It is the body of case law that litigators and courts have the most access to, and so these cases form the most accessible precedent on the issue of biased experts.

First, we calculated the total number of relevant decisions per year (i.e., the number of times in which an expert's bias was at issue). As shown in Figure 2, there was a relatively steady number of such reported cases (about 20-30) in years before *WBLI* was decided. The year immediately after *WBLI* saw a considerable uptick in bias cases (e.g., 26 challenges in 2014 nearly doubled to 51 in 2016). This increase may be attributable to parties testing the boundaries of the new doctrine.

---

320 at para 130, the trial judge said that the expert would be assigned "little if any weight [emphasis added]". We classified this as a reduction in weight, but it seemed very close to an exclusion. Similarly, in *R v Hood*, 2016 NSPC 19, the trial judge preferred one expert to another because of bias. We also categorized this as a reduction in weight, which seemed implicit from the judge's analysis.

Jennifer Chandler "The use of neuroscientific evidence in Canadian Criminal proceedings" (2015) 2:3 JL & Biosciences 550 at 556.

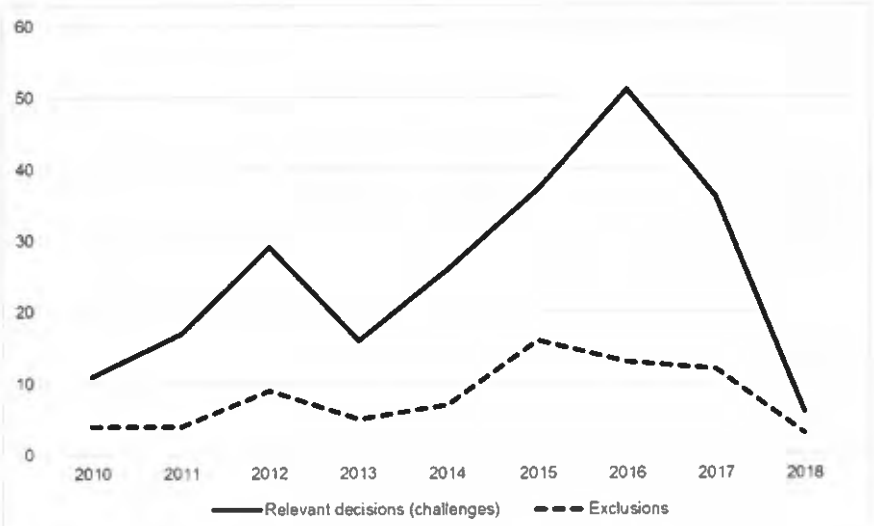

Figure 2. The number of relevant decisions (i.e., expert challenges) charted against the number exclusions per year (*WBLI* was decided on April 30, 2015).

As can also be seen from Figure 2, despite *WBLI* seeming to inspire more bias challenges, the actual number of exclusions for bias has remained relatively steady, with a slight increase after *WBLI* (9 in 2012, 5 in 2013, 7 in 2014, 16 in 2015, 13 in 2016, and 12 in 2016).

The rate of exclusion for bias (non-independence or partiality) was remarkably similar pre-and post-*WBLI*, with a slightly lower rate (31.0%) after the case was decided, as compared to before (32.7%). The year in which *WBLI* was decided may be particularly illustrative: in 2015, decisions that had the benefit of *WBLI* excluded experts 34.8% of the time, compared to 57.1% in 2015 cases that came before it. Similarly, judges pre-*WBLI* expressly assigned less weight to expert evidence because of bias in 11.5% of relevant decisions and in 10.3% of such decisions after *WBLI*. This suggests that either *WBLI* did not strongly expand the reasons for which an expert could be excluded for bias or that the post-*WBLI* challenges were less meritorious, or some combination of the two. In either case, it does not support the theory that *WBLI* changed the practical operation of the law in an extreme fashion (and perhaps not at all).

We also analyzed *WBLI*'s effect on the admission of experts in criminal and civil cases. Research in the U.S. has found that new (ostensibly more

rigorous) standards for admitting experts has affected civil trials more than criminal trials, with more demanding requirements disproportionately imposed on experts in civil trials.[87] We found that before *WBLI*, experts in civil cases were successfully excluded for bias in 42.4% of cases, but only in 19.1% of criminal cases. This considerable difference may be due, in part, to the fact that experts in criminal trials are typically tendered by the Crown. The defence is often limited in resources, and thus may not have the capacity to mount a successful challenge (as compared to more equally matched parties in civil trials).[88] This effect is also somewhat surprising because civil trials are typically decided by a judge alone and thus are cases when the judge is likely to relax his or her gatekeeping of expert evidence (it may also indicate some bias in our sample whereby evidentiary decisions in criminal trials are less likely to be reported).[89] For reasons that are not immediately clear, *WBLI* did appear to impact civil cases the most, with that 42.4% exclusion rate dropping to 34.2%. In the criminal sphere, those challenging experts for bias fared somewhat better, with the exclusion rate increasing about 5% to 24.3%.[90]

As to the type of bias experts are excluded for, there was not a dramatic change after *WBLI*. Before *WBLI*, independence challenges were successful (i.e., the expert was ultimately excluded for lack of independence when it was raised) 22.6% of the time and impartiality challenges were successful 42.9% of the time. After *WBLI*, independence challenges found slightly more success than they had before (25.8%), whereas the success rate for impartiality challenges slightly dropped (40.9%).

Finally, we examined the part of the expert evidence test that experts are evaluated under. Post-WBLI, challenges under the "properly qualified expert" criterion found success in 32.7% of such instances. This compares

---

87 D Michael Risinger, "Navigating Expert Reliability: Are Criminal Standards of Certainty Being Left on the Dock?" (2000) 64:1 Alb L Rev 99; Peter J Neufeld, "The (Near) Irrelevance of Daubert to Criminal Justice and Some Suggestions for Reform" (2005) 95:1 American J Public Health 107.

88 Keith A Findley, "Innocents at Risk: Adversary Imbalance, Forensic Science, and the Search for Truth" (2008) 38:3 Seton Hall L Rev 893.

89 *Chan v Ernn Mills Town Centre Corp*, 2005 CarswellOnt 6741 at para 31, 143 ACWS (3d) 1143. Further, *WBLI* was a civil case and thus may present a more clearly relevant precedent in that area.

90 As to reductions in weight due to bias, that occurred in 7.6% of relevant civil decisions before *WBLI* and 8.9% of cases afterwards. This rate fell for criminal cases, from 17.0% to 13.5%.

to a 60% exclusion rate of such experts considered under the trial judge's discretionary gatekeeping exercise. This may be due to the high bar (for bias) set in out *WBLI's* enunciation of threshold non-biasedness and generally increased exclusion (as suggested in other work) at the discretionary gatekeeping stage.[91]

VI. DISCUSSION AND CONCLUSIONS

Our findings suggest that, following *WBLI*, there was an increase in the frequency of challenges related to expert biases. This may be the result of parties testing the boundaries of the new precedent with relatively weak arguments for bias. Despite the increased activity in this area, it is surprising how little an impact *WBLI* had across the metrics we explored. Most notably, the number of experts excluded for bias remained relatively constant between pre- and post-*WBLI* cases. One explanation for this is that *WBLI* did not meaningfully change the law, but simply confirmed and formally articulated a rule that lower courts were already applying.[92] This is a theory that our empirical analysis is limited in its ability to address (we hope, however, that the database we have compiled will assist with such work). Still, in this section, we will offer some preliminary observations based on our review of the cases. In general, we will suggest that one way for the courts to develop the expert bias jurisprudence in a manner that is sensitive to the psychology of bias is to broaden their independence inquiry to include questions specifically about contextual bias.

Recall that both before and after *WBLI*, the success rate for impartiality challenges was higher than that for independence challenges (and both only changed by a few percentage points). This consistency suggests that courts

---

91 *WBLI*, *supra* note 5 at para 49; Emma Cunliffe, "A New Canadian Paradigm? Judicial Gatekeeping and the Reliability of Expert Evidence" in Paul Roberts & Michael Stockdale, eds, *Forensic Science Evidence and Expert Witness Testimony: Reliability Through Reform?* (Cheltenham: Edward Elgar, 2018) 310. In generally balancing an expert's contribution to the case versus the prejudice he or she presents, and the defence's ability to address that prejudice, see Gary Edmond & Kent Roach, "A Contextual Approach to the Admissibility of the State's Forensic Science and Medical Evidence" (2011) 61:3 UTLJ 343.

92 Indeed, one post *WBLI* appellate decision noted that Professor (as he then was) Paciocco's framework, that was adopted in *WBLI*, was wholly adopted by the case's trial court. *R v Natsis*, 2018 ONCA 425 at para 9 [*Natsis* ONCA]; *R v Natsis*, 2014 ONCJ 532 [*Natsis* ONCJ].

are more sensitive to impartiality challenges, an observation buttressed by the fact that partiality is typically defined as being behavioural and attitudinal, making it relatively easy to observe.[93] Moreover, impartiality challenges may justify exclusion of an expert not simply because they indicate bias, but also because they cast doubt on the reliability of an expert's opinion (an exclusionary rule that predates *WBLI*).[94] To better illustrate what constitutes excludable partiality, the following list contains the expert behaviours that commonly led to exclusion in both pre- and post-*WBLI* cases:

- uncritically accepting the client's facts;[95]
- focusing on one set of research;[96]
- ignoring contradictory evidence;[97]
- focusing on weaker evidence;[98]
- drawing only the conclusions favourable to their client from the facts;[99]
- adopting an argumentative tone; [100] and
- straying into legal argument.[101]

---

93 Michell & Mandhane, *supra* note 5 at 638.

94 See Chin, *Abbey Road*, *supra* note 55 at n 33.

95 For pre-*WBLI* exclusions see *Malenfant v Lavergne*, 2010 ONSC 2894 at para 38; *KL*, *supra* note 46; *Piccolo v Piccolo*, 2014 ONSC 5280 at paras 13-15. For post-*WBLI* exclusions see *Martin Marietta Materials Canada Ltd. v Beaver Marine Ltd*, 2016 NSSC 225 at para 83 [*Martin Marietta*].

96 For pre-*WBLI* exclusions see *G (CM) v S (DW)*, 2015 ONSC 2201 at para 65. For post-*WBLI* exclusions see *JP v British Columbia (Children and Family Development)*, 2017 BCAA 308 at para 200, *R v Colpitts*, 2016 NSC 219 at para 32.

97 For pre-*WBLI* exclusions see *DM Drugs Ltd v Bywate*, 2013 ONCA 356 at para 45 [*DM Drugs*]; *R v Phinney*, 2012 NSPC 68 at para 3 [*Phinney*]. For post-*WBLI* exclusions see *R v Giles*, 2016 BCSC 294 at para 124 [*Giles*].

98 For pre-*WBLI* exclusions see *Phinney*, *supra* note 97 at para 24. For post-*WBLI* exclusions see *Allard v Canada*, 2016 FC 236 at para 247.

99 For pre-*WBLI* exclusions see *Gould v Western Coal Corp*, 2012 ONSC 5184 at para 94. For post-*WBLI* exclusions see *Bruff Murphy v Gunawardena*, 2016 ONSC 7 at para 123.

100 For pre-*WBLI* exclusions see *Carmen Alfano Family Trust v Piersant*, 2012 ONCA 297 at para 115 [*Carmen Alfano*]; D.M. Drugs, *supra* note 97 at para 29; *Snelgrove*, *supra* note 83 at para 11; For post-*WBLI* exclusions see *R v Sriskanda*, 2016 ONCJ 667 at para 39.

101 For pre-*WBLI* exclusions see *Carmen Alfano*, *supra* note 100 at para 115; *Snelgrove*, *supra* note 83 at paras 12, 14.

As to independence, both before and after *WBLI*, a rather strong connection to the case, parties, or issues was required to justify exclusion. Before *WBLI*, these included a direct financial interest,[102] being asked to opine on the reliability or quality of their own work,[103] strong professional advocacy on a relevant issue,[104] and deep involvement in the investigation or allegiance with investigators.[105] Very similar reasons resulted in exclusion after *WBLI*.[106] Moreover, a controversial case decided before *WBLI* was affirmed in light of the new doctrine.[107]

Despite its largely neutral effect, one positive outcome from *WBLI* is that it appeared to increase the discussion around confirmation bias. Within our search, none of the cases before *WBLI* mentioned confirmation bias, while eight cases expressly mentioned it after *WBLI*.[108] Some of this interest in confirmation bias may flow from Paciocco's influential pre-*WBLI* article, which contained a substantial treatment of confirmation bias.[109] Nevertheless, this recognition by the courts of a specific psychological bias marks a step forward in expert witness jurisprudence. To continue moving forward, and to further increase judicial control over biased experts in the

---

102 *Dean Construction Co v MJ Dixon Construction Ltd*, 2011 ONSC 4629 at para 60.

103 *Decision No 858/12I2*, 2014 ONWSIAT 1105 at paras 20-21; *Kobilke v Jeffries*, 2014 ONSC 1786 at para 41.

104 *R v McPherson*, 2011 ONSC 7717 at para 31.

105 *R v Lauzon*, CarswellOnt 10976 at para 11; *Ontario v Advanced Construction*, *supra* note 78 at para 52. But see *Natsis* ONCA, *supra* note 92.

106 For a direct financial interest, see *McKinlay v Zachow*, 2018 ABQB 365 at para 99. For giving an opinion on one's own work, see *M(M) v M(R)*, 2016 ONSC 7003 at para 16. For previous advocacy work, see *McKitty v Hayani*, 2017 ONSC 6321 at para 35. For involvement in the investigation, see *BC Hydro & Power Authority and IBEW, Local 258 (Petersen Termination), Re*, 2015 CarswellBC 3847 at paras 28, 29, [2016] BCWLD 781 [*BC Hydro*]. It should be noted that experts both before and after *WBLI* have been excluded for a combination of partiality and non-independence, see *R v Livingston*, 2017 ONCJ 645.

107 *Natsis* ONCA, *supra* note 92 at para 9. The Court of Appeal for Ontario noted that the trial judge had applied Professor (as he then was) Paciocco's framework, which was adopted in *WBLI*.

108 *St Clair Boating & Manna v Michigan Electric Supply Co*, 2017 ONSC 23 at para 82; *R v Piechotta*, 2016 BCPC 463 at paras 185-186; *R v France*, 2017 ONSC 2040 at para 17; *Giles*, *supra* note 97 at 123; *AE v TE*, 2017 ABQB 449 at para 178; *R v Hood*, 2016 NSPC 19 at para 144; *Young v Insurance Corp. of British Columbia*, 2017 BCSC 2306 at para 6; *Van Bree*, *supra* note 50 at 103.

109 Paciocco, Jukebox, *supra* note 11 at 577-581.

future, we recommend courts broaden their bias analysis to include consideration of contextual bias.[110]

Recall that psychological research has found that contextual factors (e.g., emotionally evocative facts, the perceived exigency of the situation) substantially alter perception, memory, and judgment.[111] Notwithstanding this research, none of the judgements in our search included any express discussion of contextual bias (similar inadvertence has also been noted in Australia and the UK),[112] nor have there been any discussions on the use of bias countermeasures, such as Linear Sequential Unmasking (i.e., progressively exposing experts to just the evidence they must know to perform their task).[113] Moreover, independence challenges related to an expert's exposure to irrelevant and extraneous (but biasing) information are treated inconsistently. These types of challenges are most often raised when a proposed expert participated in a related investigation before the proceeding. Within our analysis, we found seven instances where an expert was permitted to testify despite their involvement in a related investigation,[114] and five instances where an expert's involvement in a related investigation was used as reason to reject their testimony.[115] What is likely contributing to this inconsistency is the absence of any discussion of contextual bias by the courts.

---

110 See Edmond et al, Contextual Bias, *supra* note 23.

111 See Part II. See also Jennifer L Mnookin, "The Uncertain Future of Forensic Science" 147:3 Daedalus 99 at 104.

112 Edmond et al, Contextual Bias, *supra* note 23 at n 2: "We identified no sustained discussion or responses to 'contextual bias' or 'cognitive bias' in reported appellate judgments in England, Australia and Canada, though there are several passing references..." But, see *R v Smith-Wilson*, 2016 SKQB 33 at paras 150-151 in which the expert failed to mention in her report that she had been exposed to biasing information

113 Itiel Dror et al, "Context Management Toolbox: A Linear Sequential Unmasking (LSU) Approach for Minimizing Cognitive Bias in Forensic Decision Making" (2015) 60:4 J Forensic Sciences 1111 [Dror, Context Management].

114 *R v Ali*, 2011 BCSC 1850 at para 28, *R v Parisien*, 2011 ONCJ 354 at para 13 [*Parisien*]; *R v Pelich*, 2012 ONSC 3224 at paras 18-21; *Market Surveillance Administrator, Re*, 2015 CarswellAlta 1400 paras 91, 111, [2015] AWLD 4488; *R v Tang*, 2015 ONCA 470 paras 6-7; *R v Dixon*, 2015 ONSC 8065 at paras 47-50; *R v Farnham*, 2016 SKCA 111 at paras 78, 85 [*Farnham*].

115 *Van Bree*, *supra* note 50 at para 116-118, *R v Tremblett*, 2012 NSPC 121 at paras 9, 29, 33; *Ontario v Advanced Construction*, *supra* note 78 at para 86; *BC Hydro supra* note 106 at paras 28-29; *R v Fabos*, 2015 ONSC 8013 at para 47

To better control for contextual bias, and to resolve the inconsistency discussed above, courts should more critically consider an expert's exposure to contextual information when conducting their independence analysis. Several of the cases we reviewed may have benefited from such an exercise. For instance, in *R v Live Nation Canada*, the engineers who gave expert testimony were present at the accident and witnessed the deaths of numerous people.[116] In this case, and in several others like it,[117] the trial judge seemed to place significant weight on the expert's demeanor (e.g. whether the expert appeared an honest witness) and the expert's denials regarding their susceptibility to contextual factors. Given that experts may not be aware when they fall victim to contextual bias, relying on their demeanour or confidence in their own opinion is, in our view, misguided. This is similar to the case of the confident but mistaken eye witness; a phenomenon that has been widely discussed in both the psychological and legal literature.[118] We believe similar emphasis should be placed on the potential for contextual bias to sway the opinions of experts. In addition to screening out potentially inaccurate evidence, taking contextual bias more seriously at trial may encourage parties and investigators to keep such biasing information from the experts in the first place.

To conclude, while our analysis of the Canadian approach and the impact of *WBLI* has been generally pessimistic, it does seem to have had a salutary effect on the coherence of evidence law. As we discussed above, *WBLI* ended the debate about whether bias could be cause to exclude an expert and provided some clarity about how much bias was sufficient for exclusion (e.g., a reasonable apprehension is insufficient).[119] This clarity is useful in less obvious ways as well. Consider, for instance, *Matsalla v Rocky Mountain Dealerships Inc*, in which the court noted that while some Saskatchewan civil procedure rules established a duty of objectivity, such rules were not applicable in small claims court.[120] The lack of directly

---

116 *R v Live Nation Canada*, 2016 ONCJ 22 at para 5.

117 *Farnham*, *supra* note 114 at para 78; *Parsien*, *supra* note 114 at para 1.

118 See Chin & Crozier, *supra* note 8 at 636

119 See the sources at *supra* note 50. Some pre-*WBLI* decisions did rely on a reasonable apprehension of bias, see *Van Bree*, *supra* note 50 at para 110: "The advantage of using a reasonable person standard is that the reasonable person assessing the appearance of bias must be informed of all the relevant circumstances, including the background factors that uphold the impartiality of the witness. As will be seen, I find this to be a factor tending to diminish appearances of bias of police officers.".

120 Matsalla v Rocky Mountain Dealerships Inc, 2017 SKQB 335 at para 25.

relevant legislation might have prompted a great deal of analysis as to why the *Small Claims Act Rules* and *Regulations* were not similarly drafted.[121] The court, however, quickly noted the precedent in *WBLI* and its explanation of the expert's duty. The matter was then easily decided. This economy and clarity are certainly beneficial, but perhaps it is now time to move on to certain subtler and thornier issues inherent in the biases of experts.

---

[121] The Small Claims Act, 1997, SS 1997, c S-50.11; RRS c S-50.11 Reg 1.

Appendix A. Methodological Details

Appendix A. Selected details about our methodology. For a full accounting see the online supplementary materials: <https://osf.io/awy5v/> and preregistration: <https://osf.io/ed8f5/>.

Determination of a decision's relevance for the database

- No
    - the word bias, partial, independent, or advocate was used in a different context
    - the word bias, partial, independent, or advocate was used in the correct context but only to summarize the law
- Yes
    - the word bias, partial, independent, or advocate was used in the context of a challenge to the admissibility of an expert's evidence

Operational definitions of impendence and partiality

- Independence
    - Yes (1): Situations where the Court acknowledges that the expert has a relationship/connection with one of the parties or a demonstrated interest in the outcome of the case, that could potentially affect his or her ability to be impartial. Importantly, this includes situations where the Court ultimately concludes that the expert's relationship/connection with one of the parties would/did not affect their ability to be impartial. For example, in *R v Edison* (2015 NBBR 74), the defence argued that a police officer's expert opinion should not be admitted because police officers were biased in favour of the Crown. The Court acknowledged that there generally is a connection between police officers and the Crown counsel; however, the Court ruled that this connection does not affect the police officer's ability to be impartial.
    - Non-exhaustive list of examples:
        - The expert is employed by one of the parties or by a company closely connected to the case (*Ontario (Ministry of Labour) v Advanced*

Construction Techniques Ltd, 2015 CarswellOnt 6803 at para 55)
    - The expert is related to or friends with one of the parties in the case (*MacWilliams v Connors*, 2014 PESC 12 at para 33 and 34)
    - The expert has a demonstrated interest in the outcome of the case (*R v Tremblett*, 2012 NSPC 121 at para 29)
    - The expert is a police officer who was on the investigation team involved in the case (*R v Lee*, 2014 ONCJ 640 at para 13)
    - The expert worked closely with the investigation team or other individuals involved in the case (*Ontario (Ministry of Labour) v Advanced Construction Techniques Ltd*, 2015 CarswellOnt 6803 at para 52)
  - No (0): Situations where the Court does not identify any relationship/connection between the expert and either party that could potentially affect the expert's ability to be impartial.

- Partiality
  - Yes (1): Situations where the Court acknowledges that the expert's report/testimony potentially demonstrates that he or she has a bias towards one of the parties. Importantly, this includes situations where the Court ultimately concludes that the expert did not engage in partial behaviour in his or her testimony/report. For example, *in Conseil Scolaire Francophone de la Colmbie-Britaanique* (2014 BCSC 851 at paras 37, 51), the impartiality of an expert was questioned due to her evasiveness during cross-examination. Specifically, the expert often disputed with counsel the form of question she was asked. The court agreed that the expert was evasive, however attributed her evasiveness due to her carefulness with language. The court explained that the expert wanted to be precise with her words, which should not be seen as a demonstration of biased behaviour. The

behaviour of the expert in that case is an example of potentially partial/biased behaviour which the court ultimately concluded was not a demonstration of bias/partiality.

- Non-exhaustive list of examples:
  - Being argumentative/difficult with opposing counsel during cross-examination (*Redman v Kirder*, 2015 BCSC 178 at para 122)
  - Adopting the position of an advocate for one of the parties (*R v Carter,*, 2014 ABPC 291 at para 37) – the expert in the case emphasized that she took a favourable position to one of the parties and completely discounted evidence that opposed her position
  - Exclusively relying on evidence that supports the expert's viewpoint (G (CM) v S (DW), 2015 ONSC 2201 at para 72)
  - Giving a testimony that resembles a legal argument to support one of the parties rather than on opinion to answer a factual question. (*P.M. Snelgrove General Contractors & Engineers Ltd. V Jensen Building Ltd.*, 2015 ONSC 585 at para 12)
- No (0): Situations where the Court does not identify any potential instances of biased/partial behaviour in the expert's testimony/report.

Appendix B. Bias cases, pre- and post-*White Burgess Langille Inman v Abbott and Haliburton Co.*

Appendix B. A database of pre- and post-*WBLI* decisions including the case name, citation (neutral when possible), a description of the expert's area of expertise and whether the expert was admitted (0) or excluded (1). See the full database online: <https://osf.io/hqyv5/>. Post-*WBLI* cases are in greyscale.

Case Name	Citation	Expertise	Exclude?
Andersen v St. Jude Medical Inc.	2010 ONSC 5768	Expert on cardiovascular pathology	0
Bedford v Canada Expert 2 (Janice Raymond)	2010 ONSC 4264	Expert in medical ethics	0
Bedford v Canada Expert 3 (Richard Poulin)	2010 ONSC 4264	Sociology professor with an expertise in prostitution	0
Bedford v Canada: Expert 1 (Melissa Farley)	2010 ONSC 4264	Counselling Psychologist	0
Duff v Alberta	2010 ABPC 250	Forensic Toxicologist	0
Gutbir v University Health Network	2010 ONSC 6394	Neonatologist	1
Malenfant v Lavergne	2010 ONSC 2894	Expert in substance addictions	1
R v Lauzon	2010 CarswellOnt 10976	Police Constable	1
R v Sappleton	2010 ONSC 5704	Police Detective	0

R v Zoraik: Constable Yeager	2010 BCPC 472	Police Constable	0
Warkentin v Riggs: Dr. D.G. Hunt	2010 BCSC 1706	Expert Medical Legal Consultant	1
Brandiferri v Wawanesa Mutual Insurance Co.	2011 ONSC 3200	Licensed engineer and chemist	0
Commercial Electronics Ltd. V Savics	2011 BCSC 162	Expert in design and installation of residential integration systems	0
Dean Construction Co v M.J. Dixon Construction Ltd: Chester Hodgins	2011 ONSC 4629	Expert in delay analysis and costing of claims	1
Dean Construction Co v M.J. Dixon Construction Ltd: Sean Keegan	2011 ONSC 4629	Engineer	1
Edmondson v Payer	2011 BCSC 118	Family Physician	0
Grigoroff v Wawanesa Mutual Insurance Co.	2011 ONSC 2279	Psychiatrist	0
N.I.W.A v Pacific Inland Resources	2011 BCHRT 294	Specialist in Internal Medicine	0
R v Ali	2011 BCSC 1850	Police Detective	0
R v K (L)	2011 ONSC 2562	Psychologist	1
R v McPherson	2011 ONSC 7717	Law Professor	0

R v Myles	2011 CarswellOnt 10352	Police Sergeant	0
R v Parisien	2011 ONCJ 354	Police Constable	0
R v Van Bree	2011 ONSC 4273	Police Detective	1
R v Wilkinson	2011 SKQB 371	Police Officer	0
Ross River Dena Council v Canada	2011 YKSC 87	Lawyer	0
Steen Estate v Iran	2011 ONSC 6464	Expert on Iranian Affairs	0
Wakeley v Wakeley	2011 ONSC 5566	Accountant	0
Carmen Alfano Family Trust v Piersanti	2012 ONCA 297	Accountant	1
Continental Roofing Ltd. V J.J.'s Hospitality Ltd	2012 ONSC 1751	Architect and Engineer	0
Edmondson v Payer	2012 BCCA 114	Family Physician	0
First Nations Child and Family Caring Society of Canada v Attorney General of Canada	2012 CHRT 28	Unspecified	0
Gallant v Brake-Patten	2012 NLCA 23	Neurologist	0
Gould v Western Coal Corp	2012 ONSC 5184	Accountant	1

Henderson v Risi	2012 ONSC 3459	President of a company which undertakes business valuations and litigation accounting	0
Kappell v Brown	2012 BCSC 113	Lawyer	1
Lees v Casorso	2012 NSSC 301	Doctor	0
Lockridge v Ontario	2012 ONSC 2316	Doctor	1
Lush v Connell	2012 BCCA 203	Radiologist	0
McDonald v Murray's Horticultural Services Ltd.: Mr. Ken Tobin	2012 NLTD(G) 127	Structural Engineer	0
Ottawa (City) v TKS Holdings Inc.	2012 ONSC 7633	Engineer	1
R v Aitken	2012 BCCA 134	Podiatrist and Forensic Gait Analysist	0
R v Alcantara	2012 ABQB 225	Police Sergeant	0
R v C(M): Expert 1 (Dr. Moore)	2012 ONSC 868	Cognitive Psychologist	0
R v C(M): Expert 1 (Dr. Wolfe)	2012 ONSC 868	Expert on child abuse	0
R v Gager	2012 ONSC 1472	Street Gang Expert	0
R v Gager	2012 ONSC 388	Police Officer	0

R v Pearce: Dr. Moore	2012 MBQB 22	Psychologist	1
R v Pelich	2012 ONSC 3224	Police Officer	0
R v Phinney	2012 NSPC 68	Police Constable	1
R v Sarsfield	2012 ONSC 6154	RCMP Corporal	0
R v Shafia	2012 ONSC 1538	Professor of Women and Gender Studies	0
R v Shehaib	2012 ONCJ 144	Police Officer	1
R v Tremblett	2012 NSPC 121	Police Constable	1
R v Vu	2012 BCPC 46	Police Constable	0
R(J) v University of Calgary: Expert 1 (Malmo)	2012 ABQB 342	Psychologist	0
R(J) v University of Calgary: Expert 2 (Mayhew)	2012 ABQB 342	Psychologist	0
Blackmore v R	2013 TCC 263	Expert on sociology of religion	0
Brock Estate v Crowell: Jessie Gmeiner	2013 NSSC 259	Actuary	1
Brock Estate v Crowell: Mr. Nicholas Metivier	2013 NSSC 259	Owner of an art gallery	1

Brock Estate v Crowell: Ms. Elizabeth Nobles	2013 NSSC 259	Fine art appraiser	0
Citizens Coalition of Greater Fort Erie, Re: Expert 1 (Dr. Gayler)	2013 CarswellOnt 7871	Expert in land use and planning	1
Citizens Coalition of Greater Fort Erie, Re: Expert 2 (Group of Experts called by Defendant)	2013 CarswellOnt 7871	Professional Planners	0
D.M. Drugs Ltd. V Bywater: Mr. Jim Roberts	2013 ONCA 356	Expert in boiler design	1
D.M. Drugs Ltd. V Bywater: Mr. Michael Learmonth	2013 ONCA 356	Expert on fires	1
Fielding v Fielding	2013 ONSC 1458	Developmental Psychologist	0
McEwing v Canada (Attorney General)	2013 FC 525	Expert in research methodology and design and applied statistical analysis	0
R v Chegini	2013 ONSC 1082	Expert Translator	0
R v Clark	2013 MBQB 130	Police Officer	0
R v Georgiev	2013 BCCA 431	RCMP Officer	0
R v Maple Lodge Farms	2013 ONCJ 535	Veterinarian	0

R v Williams	2013 ONSC 1076	Police Officer	0
Walsh v BDO Dunwoody LLP	2013 BCSC 1463	Legal expert in tax law	0
Abbott v Abbott	2014 NLTD(F) 2	Accountant	0
Bourque-Coyle and Dieppe (City), Re	2014 CarswellNB 84	Expert in urban street design, traffic accidents and road safety	1
Bradley v Eastern Platinum Ltd.	2014 ONSC 4284	Mining Expert	0
Conseil Scolaire Francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia	2014 BCSC 851	Professor of Sociolinguists and Languages	0
Decision No. 1748/131	2014 ONWSIAT 2593	Doctor	0
Decision No. 858/1212	2014 ONWSIAT 1105	Doctor	1
Kobilke v Jeffries	2014 ONSC 1786	Psychiatrist	1
Kroeplin v Director, Ministry of the Environment: Mr. Richard James	2014 CarswellOnt 5220	Acoustical Engineer	0
Kroeplin v Director, Ministry of the Environment: Mr. William Palmer	2014 CarswellOnt 5220	Engineer with expertise in acoustics.	0

MacWilliams v Connors	2014 PESC 12	Doctor	0
Maras v Seemore Entertainment	2014 BCSC 1109	Psychiatrist	1
Moore v Getahun: Dr. Ronald Taylor	2014 ONSC 237	Orthopedic Surgeon	0
Moore v Getahun: Dr. Russel Tanzer	2014 ONSC 237	Emergency Room Physician	0
Ontario Professional Foresters Assn. v Robertson	2014 ONSC 4724	Professional Forester	1
Piccolo v Piccolo	2014 ONSC 5280	Financial Advisor/Accountant	1
R v Carter	2014 ABPC 291	Forensic Alcohol Specialist	0
R v Hersi	2014 ONSC 1258	Investigator and advisor on peace and security issues in Africa	0
R v Lee	2014 ONCJ 640	Police Officer	0
R v M(D)	2014 ONSC 1747	Doctor with experience with child abuse victims	0
R v Montgomery	2014 ONSC 2775	Expert with regard to biology of lakes, fish habitat and how it is impacted	0
R v Murray	2014 ABPC 112	Expertise in wildlife law in the state of Alaska	0

R v Natsis: Constable John Hewitt	2014 ONCJ 532	Traffic Accident Reconstruction Expert	0
R v Natsis: Constable Robert Kern	2014 ONCJ 532	Traffic Accident Reconstruction Expert	0
R v Natsis: Constable Shawn Kelly	2014 ONCJ 532	Traffic Accident Reconstruction Expert	0
R v Nguyen	2014 BCPC 95	RCMP Sergeant	0
R v Pearce: Dr. Jordan Peterson	2014 MBCA 70	Psychologist	1
Blatherwick v Blatherwick	2015 ONSC 2606	Business Valuator	0
Bustos v Tardif	2015 ABQB 202	Automobile Appraiser	0
Dakota Ridge Builders Ltd v Niemela	2015 BCSC 581	Lawyer	1
Dustbane Products Ltd V Gifford Associates Insurance Brokers Inc.	2015 ONSC 1036	Insurance Expert	0
G. (C.M.) *v* S (D.W.): *Dr. Jacinta Willems*	2015 ONSC 2201	Doctor of Naturpathic Medicine	1
G. (C.M.) *v* S (D.W.): *Dr. Nicole Lederman*	2015 ONSC 2201	Doctor of Chiropractic Medicine	1
HLP Solution Inc. c. R.	2015 TCC 41	Computer Science Research and Technology Advisor	1
Moore v Getahun	2015 ONCA 55	Orthopedic Surgeon	0

Ontario (Ministry of Labour) v Advanced Construction Techniques Ltd	2015 CarswellOnt 6803	Engineer	1
P.M. Snelgrove General Contractors & Engineers Ltd. V Jensen Building Ltd.	2015 ONSC 585	Expertise not specified in the motion	1
Paur (Committee of) v Providence Health Care	2015 BCSC 1008	Psychiatrist	0
R v Edison	2015 NBQB 74	RCMP Sergeant	0
R v J(N)	2015 ONSC 4347	Forensic Kinesiologist	1
Redmon v Krider	2015 BCSC 178	Medical Doctor	1
10565 Nfld. Inc. v Canada	2015 NLTD(G) 168	Accountant	0
1483489 Ontario Inc. v Air Liquide Canada Inc.	2015 ONSC 7343	Chemical Engineer	1
Anderson v Canada	2015 NLTD(G) 138	The expert has worked for many years conducting historical research on Newfoundland and Labrador	0
Anderson v Canada	2015 NLTD(G) 181	Psychologist with experience in social work and family therapy	0

Babstock v Atlantic Lottery Corp.	2015 NLTD(G) 116	Research Associate on problem gambling	0
BC Hydro & Power Authority and IBEW, Local 258 (Petersen Termination), Re	2015 CarswellBC 3847	Police Constable	1
Canadian Imperial Bank of Commerce v Deloitte & Touche	2015 ONSC 7695	Accountant	1
Eli Lilly Canada Inc. v Apotex Inc.	2015 FC 875	Urologist	0
Keresturi v Keresturi	2015 ONSC 3565	Unspecified	1
Market Surveillance Administrator, Re: Dr. Jeffrey Church	2015 CarswellAlta 1400	Expert in Economics	0
Market Surveillance Administrator, Re: Dr. Matt Ayres	2015 CarswellAlta 1400	Expert in Economics	0
R v A. (T.)	2015 ONCJ 624	Detective Constable	0
R v Dixon	2015 ONSC 8065	Police Constable	0
R v Duffy	2015 ONCJ 693	Forensic Accountant	0
R v Elmadani	2015 NSPC 65	Psychologist	0
R v Esseghaier	2015 ONSC 5855	Psychologist	1
R v Fabos	2015 ONSC 8013	Police Sergeant	1

R v Tang	2015 ONCA 470	Accountant	0
R v Tesfai	2015 ONSC 7792	Detective Sergeant	0
Telus Communications Co. and TWU (Mendez), Re	2015 CarswellNat 7298	Family Practitioner of the Grievor	1
Wakeley v Wakeley	2015 ONSC 3561	Financial Accountant	0
Wolney v Selkirk Vinyl Ltd.	2015 BCSC 1009	Significant amount of construction background and experience	0
X v Y	2015 ONSC 7681	Senior Social Worker with a Masters in Social Work	1
Allard v Canada: Corporal Shane Holmquist	2016 FC 236	Police Corporal	1
Allard v Canada: Len Garis	2016 FC 236	Fire Chief	0
Anderson v Pieters	2016 BCSC 889	Family Physician	1
Arctic Cat Inc. v Bombardier Recreational Productions Inc.	2016 FC 1047	Mechanical Engineer	0
Arslan v Sekerbank T.A.S.	2016 SKCA 77	Turkish lawyer	0
Baker Estate v Poucette	2016 ABQB 557	Economist	0

Bier v Continental Motors, Inc.	2016 BCSC 1393	Lawyer	0
Bordin v Iacobucci	2016 ONSC 1333	Unspecified (but likely some sort of economist/financial advisor)	0
British Columbia (Workers' Compensation Board) v Flanagan Enterprises (Nevada) Inc.	2016 BCSC 650	Former Superintendent of Transport Canada's Aircraft Evaluation Group	0
Bruff-Murphy v Gunawardena	2016 ONSC 7	Psychiatrist	0
Bye v Newman	2016 BCSC 2671	Accident Reconstruction Expert	1
Christoforou and John Grant Haulage Ltd., Re	2016 CHRT 14	Doctor	0
Davies v Clarington (Municipality)	2016 ONSC 3900	PhD in Engineering/oil and gas	0
Davies v Clarington (Municipality)	2016 ONSC 6636	Chartered Accountant	1
Decision No. 1173/16	2016 ONWSIAT 1783	Audiologist	0
Dimitrijevic v Pavlovich	2016 BCSC 1529	Doctor	1
E (P.G) v C (H.R)	2016 BCSC 1316	Psychologist	0
Gordon v Canada	2016 ONCA 625	Economist	0

Jossy v Johnson	2016 BCSC 1023	Psychiatrist	0
Kitching v Devlin	2016 ABQB 212	Lawyer	0
L. (C.G.) v L. (D.K.)	2016 ABQB 71	Accountant	0
LBP Holdings Ltd. V Allied Nevada Gold Corp	2016 ONSC 6037	Bankruptcy Specialist	0
M(M.) v M(R.)	2016 ONSC 7003	Certified Professional Accountant	1
Martin Marietta Materials Canada Ltd. V Beaver Marine Ltd.	2016 NSSC 225	Engineer	1
Providence Health Care v Dunkley	2016 BCSC 1383	Professor with a focus on sign language	0
R v Apetrea	2016 ABCA 395	Forensic Video Analyst	0
R v Colpitts	2016 NSSC 219	Chartered Accountant	0
R v D(D)	2016 ONSC 7249	Psychologist	1
R v Farnham	2016 SKCA 111	Journeyman Electrician	0
R v Fracassi	2016 ONSC 6120	Neurologist	0
R v Giles	2016 BCSC 294	RCMP Constable	1
R v Hood: Dr. Risk Kronfli	2016 NSPC 19	Psychologist	0

R v Hood: Dr. Stephen Hucker, and Dr. Lisa Ramshaw (discussed by the judge together)	2016 NSPC 19	Psychologists	0
R v Live Nation Canada Inc.	2016 ONCJ 223	Civil Engineer	0
R v Morrill	2016 ABQB 638	Psychiatrist	0
R v Piechotta	2016 BCPC 463	Police Constable	0
R v Shafia	2016 ONCA 812	Professor of Women and Gender Studies	0
R v Smith-Wilson	2016 SKQB 33	Forensic Video Analyst	1
R v Snowdon	2016 NSSC 321	Police Constable	0
R v Soni	2016 ABCA 231	Accident Reconstruction Expert (also a police officer)	0
R v Sriskanda	2016 ONCJ 667	Police Sergeant	1
R v Vader	2016 CarswellAlta 1704	Expert in Human Molecular Genetics	1
Rioux and Nova Scotia (Department of Justice), RE	2016 CarswellNS 981	Police Officer	0
Rosati v Reggimenti	2016 ONSC 7013	Certified Professional Accountant	0

U. (L.A.) v U. (I.B.)	2016 ABQB 74	Psychologist	0
Untinen v Dykstra	2016 ONSC 4721	Unspecified	0
Uponor AB v Heatlink Group Inc.	2016 FC 320	Engineer	0
Virc v Blair	2016 ONSC 49	Business Valuator	1
Wise v Abbott Laboratories, Ltd.	2016 ONSC 7275	Doctor	0
Wright v Detour Gold Corp.	2016 ONSC 6807	Investment banker and director of a number of publicly-listed mining companies.	0
XPG, A Partnership v Royal Bank of Canada	2016 ONSC 3508	Former Employee of the plaintiff company	0
AE v TE	2017 ABQB 449	Psychologist	0
Brookfield Residential (Alberta) LP v Imperial Oil Ltd.	2017 ABQB 218	Geoenvironmental Engineer	0
Bruff-Murphy v Gunawardena	2017 ONCA 502	Psychiatrist	1
Ciba Specialty Chemicals Water Treatments Limited v SNF Inc.	2017 FCA 225	Unspecified	0
Cole v Lau	2017 BCSC 2610	Psychiatrist/Radiologist	0
Hilton v Brink	2017 BCSC 1492	Orthopedic Doctor	0

Hodgson v Musqueam Indian Band	2017 FC 509	Real Estate Appraisal Expert	0
J.P. v British Columbia (Children and Family Development): Claire Reeves	2017 BCCA 308	Doctor	1
J.P. v British Columbia (Children and Family Development): Glen Woods	2017 BCCA 308	Retired RCMP Officer	0
Kaul v The Queen	2017 TCC 55	Licensed Art Appraiser	0
Keresturi v Keresturi	2017 ONCA 162	Expert Valuator	1
Level One Construction Ltd. V Burnham	2017 CarswellBC 3727	Journalism Professor	0
Lewis v Lewis	2017 PECA 11	Accountant	0
Lichtman v R	2017 TCC 252	Rabbi	0
Luckett v Chahal	2017 BCSC 1031	Medical Illustrations	1
Matsalla v Rocky Mountain Dealerships inc.	2017 SKQB 335	Journeyman Mechanic	1
McKitty v Hayani	2017 ONSC 6321	Medical Doctor	1

Nerbas v Manitoba	2017 MBQB 206	Infrastructure, Development, and Planning	0
Noseworthy v Noseworthy	2017 ONSC 2752	Chartered Professional Accountant	0
R v Abbey	2017 ONCA 640	Expert on gang culture	0
R v Bookout	2017 SKQB 41	Forensic Alcohol Specialist	0
R v Dim	2017 NSCA 80	Nurse/Sexual Assault Examiner	0
R v Ennis-Taylor	2017 ONSC 5797	Psychologist	0
R v Ford	2017 ABQB 542	Psychologist	0
R v France	2017 ONSC 2040	Forensic Pathologist	0
R v Garnier	2017 NSSC 259	Psychologist	0
R v Livingston	2017 ONCJ 645	Retired Police Officer	1
R v McManus	2017 ONCA 188	Police Officer	1
R v Reid	2017 ONSC 4082	Police Detective	0
Sivell v Sherghin	2017 ONSC 1368	Urologist	1
St. Clair Boating & Marina, a Division of 1537768 Ontario Ltd...	2017 ONSC 23	Fire Investigator	0

Stout v Bayer Inc.	2017 SKQB 329	Attorney	1
Turner v Dionne	2017 BCSC 1924	Psychiatrist	1
Virc v Blair	2017 ONCA 394	Business Valuator	1
Walter Energy Canada Holdings, Inc., Re	2017 BCSC 53	Attorney	0
Young v Insurance Corp. of British Columbia	2017 BCSC 2306	Forensic Engineer	0
Fortress Real Developments Inc. v Franklin	2018 ONSC 296	Unspecified	1
Fraser, Re	2018 NSUARB 74	Engineer	0
McKinlay v Zachow: Dr. Ashwani Singh	2018 ABQB 365	Medical Doctor	1
Oberholtzer v Tocher	2018 BCSC 821	Orthopedic Surgeon	0
R v Natsis	2018 ONCA 425	Traffic Reconstruction Expert	0
West Moberly First Nations v British Columbia	2018 BCSC 730	Expert on environmental matters	1